



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven

Knigge, M.W.

Citation

Knigge, M. W. (2012, October 24). *De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20018>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20018>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20018> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Knigge, Martina Wilhelmina

Title: De procesovereenkomst : over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven

Date: 2012-10-24

De procesovereenkomst

Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven

Serie Burgerlijk Proces en Praktijk

Redactie:

Prof. mr. G.R. Rutgers
Prof. mr. H.J. Snijders
Prof. mr. J.B.M. Vranken

Eerder verschenen dissertaties:

- I. Derdenbeslag
- II. Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht
- III. De Europese Executoriale Titel
- IV. De goede procesorde
- V. De dwangsom in het burgerlijk recht
- VI. E-arbitrage
- VII. Het hoger beroep en het cassatieberoep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba
- VIII. De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken
- IX. Het inzagerecht
- X. De exhibitieplicht
- XI. Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure
- XII. Sturen met proceskosten. Wie bepaalt de prijs van verstorend procesgedrag?
- XIII. De procesovereenkomst

Eerder verschenen monografieën:

1. Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg
2. Civiel appel
3. Bewijslastverdeling
4. De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken
5. Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechterlijke uitspraken
6. Procederen met of zonder procesvertegenwoordiging
7. Mediation in juridisch perspectief
8. Schets van het Europees civiel procesrecht
9. De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba
10. Artikel 6 EVRM en de civiele procedure
11. Vrijwaring & Interventie
12. Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht
13. Overeenkomst tot arbitrage

De procesovereenkomst

Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 24 oktober 2012
klokke 16.15 uur

door

Martina Wilhelmina Knigge

geboren te Groningen

in 1980

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. H.J. Snijders

Overige leden: prof. mr. W.D.H. Asser
 prof. mr. A.G. Castermans
 prof. mr. Jac. Hijma
 prof. mr. G.J. Meijer (Erasmus Universiteit Rotterdam)
 prof. mr. M.V. Polak
 prof. mr. J.B.M. Vranken (Tilburg University)

Mr. M.W. Knigge

De procesovereenkomst

Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 10705 0

ISBN 978 90 13 10716 6 (E-book)

NUR 822-209

© 2012, Kluwer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag 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 uitgeverij.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl

Aan mijn ouders
Aan Martijn

INHOUDSOPGAVE

1 Inleiding / 1

- 1.1 Aanleiding voor het onderzoek / 1
- 1.2 Nadere vaststelling van het onderwerp / 2
- 1.2.1 Gebondenheid rechter / 2
- 1.2.2 Afwijking door middel van verklaringen of gedragingen / 4
- 1.2.3 Afwijking van het procesrecht / 5
- 1.2.4 Binding omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid / 6
- 1.3 Onderzoeksvragen / 6
- 1.4 Wijze van onderzoek / 7
- 1.5 Plan van behandeling / 7

2 Toepasselijk recht / 9

- 2.1 Inleiding / 9
- 2.2 Burgerlijk recht of burgerlijk procesrecht? / 9
- 2.3 Procesovereenkomsten met een internationaal karakter / 13
- 2.4 Forumkeuze onder de EEX-verordening / 16
- 2.5 Conclusie / 18

Deel 1 Toelaatbaarheid / 21

3 In de wet geregelde mogelijkheden om af te wijken van het procesrecht / 23

- 3.1 Inleiding / 23
- 3.2 Overzicht van in de wet geregelde afwijkingsmogelijkheden / 24
- 3.2.1 Inleiding / 24
- 3.2.2 Afwijking van de wettelijke competentieverdeling en/of het stelsel
van rechtsmiddelen / 24
- 3.2.3 Afwijking van het wettelijke bewijsrecht / 26
- 3.2.4 Afwijking van de regels omtrent de rechtsingang en de gang van zaken
tijdens de procedure / 26
- 3.3 Analyse van voorwaarden voor afwijking / 27
- 3.3.1 Inleiding / 27
- 3.3.2 Geschil / 28

3.3.3	Vrije bepaling / 30
3.3.4	Bepaalde rechtsbetrekking / 37
3.3.5	Bewijs- en vormvoorschriften / 40
3.3.6	Onredelijke vertraging van het geding / 40
3.3.7	Beperkingen met betrekking tot het moment van afwijking / 41
3.3.8	Redelijk belang / 43
3.4	Overeenkomst of enkel een bepaalde verklaring of gedraging? / 44
3.5	Conclusie / 47
4	Toelaatbaarheid van niet in de wet geregelde procesovereenkomsten: algemene uitgangspunten / 51
4.1	Inleiding / 51
4.2	Procesovereenkomsten omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid: rechtsvergelijking / 53
4.2.1	Inleiding / 53
4.2.2	Duits recht / 54
4.2.2.1	Algemeen / 54
4.2.2.2	Werking / 55
4.2.2.3	Toelaatbaarheid / 57
4.2.2.4	Tussenconclusie / 61
4.2.3	Engels recht / 61
4.2.4	Ontwikkelingen in het Nederlandse recht / 63
4.3	Procesovereenkomsten omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid: beoordeling / 65
4.3.1	Verhouding tussen verbintenissen van partijen en processuele gevolgen / 65
4.3.1.1	Uitgangspunt / 65
4.3.1.2	Toetsing van het uitgangspunt: confraternele correspondentie / 67
4.3.1.3	Toetsing van het uitgangspunt: geheimhoudingsplicht bij mediation / 68
4.3.1.4	Tussenconclusie / 70
4.3.2	Overeenkomst omtrent een processuele bevoegdheid of afwijking van regels van procesrecht? / 70
4.3.3	Belang van de mogelijkheid feitelijk het gewenste resultaat te bereiken / 72
4.3.4	Tussenconclusie / 75
4.4	Afwijking van het procesrecht / 76
4.4.1	Inleiding / 76
4.4.2	Regelend – dwingend – superdwingend recht / 77
4.4.3	Regelend – dwingend – superdwingend procesrecht / 78
4.4.3.1	Inleiding / 78
4.4.3.2	Tot de rechter gerichte regels / 78
4.4.3.3	Afstand van fundamentele rechten / 79
4.4.3.4	Afwijking van regels van openbare orde / 84
4.4.3.5	Tussenconclusie / 86
4.4.4	Duits recht / 86

Inhoudsopgave

4.5	Hoe kan worden vastgesteld of sprake is van dwingend of regelend recht? / 87
4.5.1	Algemeen / 87
4.5.2	Karakter van het burgerlijk procesrecht / 89
4.5.2.1	Algemeen / 89
4.5.2.2	Beoordeling / 90
4.5.2.3	Ontwikkelingen in de beoordeling van het karakter van het procesrecht / 94
4.6	Gronden voor dwingend procesrecht / 95
4.6.1	Bescherming van partijen / 95
4.6.2	Bescherming van de belangen van derden / 96
4.6.3	Bescherming van het algemeen belang / 97
4.6.3.1	Beperking inzet van overheidsmiddelen / 97
4.6.3.2	Voldoende toegang tot rechtspraak / 98
4.6.3.3	Vertrouwen in de rechtspraak / 99
4.6.3.4	Vertrouwen in de overheid / 99
4.7	Voorwaarden voor afwijking / 100
4.8	Procesovereenkomsten en dwingend privaatrecht / 101
4.8.1	Inleiding / 101
4.8.2	De opvatting van Wagner / 101
4.8.3	Formulering van een hoofdregel / 103
4.8.4	Uitzonderingen op de hoofdregel / 105
4.8.5	Vormvoorschriften / 107
4.9	Procesovereenkomsten in het kader van arbitrage en bindend advies / 108
4.9.1	Algemene uitgangspunten / 108
4.9.2	Bescherming van partijen / 109
4.9.3	Bescherming van de belangen van derden / 110
4.9.4	Bescherming van het algemeen belang / 110
4.9.4.1	Beperking inzet van overheidsmiddelen / 110
4.9.4.2	Voldoende toegang tot rechtspraak / 110
4.9.4.3	Vertrouwen in de rechtspraak / 110
4.9.4.4	Vertrouwen in de overheid / 111
4.9.5	Tussenconclusie / 112
4.9.6	Verschil tussen arbitrage en bindend advies / 112
4.9.7	Procesovereenkomsten gesloten tijdens een arbitrage- of bindendadviesprocedure / 114
4.10	Conclusie / 115
5	Overeenkomsten omtrent de bevoegdheid om te procederen / 117
5.1	Inleiding / 117
5.2	Het recht op toegang tot de rechter / 118
5.2.1	Artikel 6 EVRM / 118
5.2.2	Artikel 17 Grondwet / 118
5.3	Volledige uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen / 119
5.3.1	Inleiding / 119

5.3.2	Rechtsvergelijking / 122
5.3.2.1	Engels recht / 122
5.3.2.2	Duits recht / 123
5.3.2.3	Tussenconclusie / 124
5.3.3	Natuurlijke verbintenis / 125
5.3.3.1	Inleiding / 125
5.3.3.2	Duitse literatuur / 126
5.3.3.3	Onderscheid natuurlijke verbintenis en uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen / 127
5.3.3.4	De natuurlijke verbintenis en het gevaar van eigenrichting / 130
5.3.4	Uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen met betrekking tot een gedeelte van een vordering / 131
5.3.5	Tussenconclusie / 132
5.4	Tijdelijke uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen / 132
5.4.1	Inleiding / 132
5.4.2	De overeenkomst tot bindend advies / 132
5.4.3	De overeenkomst tot mediation / 133
5.4.3.1	Stand van zaken / 133
5.4.3.2	Beoordeling / 135
5.5	Uitsluiting van de bevoegdheid een vordering in kort geding in te stellen / 137
5.5.1	Algemeen / 137
5.5.2	Arbitrage en bindend advies / 138
5.6	Inhoudelijke beperkingen / 138
5.6.1	Inleiding / 138
5.6.2	Duits recht / 139
5.6.3	Beoordeling / 140
5.6.4	Arbitrage en bindend advies / 143
5.6.5	Pro forma verweer bij beëindiging arbeidsovereenkomst / 143
5.6.6	De grote leugen / 146
5.6.7	Het geheimhoudingsbeding bij mediation / 147
5.7	De overeenkomst om te procederen / 150
5.7.1	Geldigheid van de overeenkomst om te procederen / 150
5.7.2	Schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad? / 152
5.7.3	Arbitrage en bindend advies / 153
5.8	Uitbreiding van de bevoegdheid van de rechter: welwillendheidsbeslissingen / 153
5.8.1	Inleiding / 153
5.8.2	Duitse literatuur / 154
5.8.3	Stand van zaken / 155
5.8.4	Wanneer is het geven van een welwillendheidsbeslissing wenselijk? / 157
5.8.5	Heroverweging van de heersende leer / 158
5.8.6	Arbitrage en bindend advies / 159
5.8.7	Tussenconclusie / 159
5.9	Conclusie / 159

6	Uitsluiting van fundamentele rechten / 161
6.1	Inleiding / 161
6.2	Uitsluiting van fundamentele rechten in het kader van de overheidsrechtspraak / 162
6.2.1	Inleiding / 162
6.2.2	Openbaarheid van de procedure / 162
6.2.3	Onafhankelijk en onpartijdig gerecht / 163
6.2.4	Een eerlijke behandeling / 164
6.2.5	Mondelinge behandeling / 167
6.2.6	Redelijke termijn / 168
6.2.7	Motivering van de uitspraak / 171
6.2.8	Tussenconclusie / 172
6.3	Uitsluiting van fundamentele rechten in het kader van arbitrage en bindend advies / 172
6.3.1	Inleiding / 172
6.3.2	Algemene uitgangspunten / 174
6.3.2.1	Jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens / 174
6.3.2.2	Invulling in het Nederlandse recht; arbitrage / 175
6.3.2.3	Invulling in het Nederlandse recht; bindend advies / 176
6.3.3	Openbaarheid van de procedure / 177
6.3.4	Onafhankelijk en onpartijdig gerecht / 178
6.3.4.1	Algemeen / 178
6.3.4.2	Arbitrage / 179
6.3.4.3	Bindend advies / 185
6.3.5	Een eerlijke behandeling / 188
6.3.5.1	Algemeen / 188
6.3.5.2	Beperking processuele mogelijkheden / 189
6.3.5.3	Uitsluiting van het recht op een gelijke behandeling / 190
6.3.5.4	Uitsluiting van het recht om van een bepaalde kwestie kennis te nemen en/of zich hierover uit te laten / 191
6.3.5.5	Tussenconclusie / 192
6.3.6	Mondelinge behandeling / 192
6.3.7	Redelijke termijn / 193
6.3.7.1	Algemeen / 193
6.3.7.2	Arbitrage / 193
6.3.7.3	Bindend advies / 195
6.3.8	Motivering van de uitspraak / 195
6.3.8.1	Algemeen / 195
6.3.8.2	Arbitrage / 197
6.3.8.3	Bindend advies / 200
6.3.9	Tussenconclusie / 201
6.4	Conclusie / 202

7 Overeenkomsten tot gemeenschappelijk handelen / 205

- 7.1 Algemeen / 205
- 7.2 Uitstel voor het verrichten van proceshandelingen / 207
- 7.3 Relatieve bevoegdheid in de verzoekschriftprocedure / 207
- 7.4 Vrijwillige verschijning in kort geding / 209
- 7.5 Vrijwillige verschijning bij de kantonrechter / 210
- 7.6 Een van het rolreglement afwijkende procesvoering / 212
- 7.7 Conclusie / 214

Deel 2 Werking / 215

8 Obligatoire werking? / 217

- 8.1 Inleiding / 217
- 8.2 Engels recht / 219
- 8.3 Duits recht / 222
- 8.4 Wet, literatuur, jurisprudentie en geschiedenis / 224
 - 8.4.1 Inleiding / 224
 - 8.4.2 Wettelijke bepalingen en parlementaire geschiedenis / 224
 - 8.4.3 Literatuur / 226
 - 8.4.4 Jurisprudentie / 228
 - 8.4.5 Historische ontwikkeling / 229
- 8.5 Obligatoire werking: beoordeling / 230
- 8.6 Uitwerking: de bewijsovereenkomst / 232
- 8.7 Overeenkomsten met internationale aspecten / 233
 - 8.7.1 Inleiding / 233
 - 8.7.2 Belemmeringen op grond van de EEX-verordening? / 233
 - 8.7.3 Gevolgen van analoge toepassing van buitenlands burgerlijk recht / 235
- 8.8 Overeenkomst tot forumkeuze beheerst door de EEX-verordening / 236
- 8.9 Conclusie / 238

9 Ambtshalve toepassing? / 239

- 9.1 Inleiding / 239
- 9.2 Procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regeland recht / 239
- 9.3 Procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde / 240
- 9.4 Ambtshalve toetsing op grond van de richtlijn oneerlijke bedingen / 248
- 9.5 Conclusie / 253

Deel 3 Inhoud van het procesovereenkomstenrecht / 255

10 Regels die procesovereenkomsten beheersen; algemeen / 257

- 10.1 Inleiding / 257

Inhoudsopgave

10.2	Totstandkoming / 258
10.2.1	Algemeen / 258
10.2.2	Stilzwijgende totstandkoming van procesovereenkomsten / 258
10.2.3	Bewijs- en vormvoorschriften / 259
10.2.4	Forumkeuze beheerst door de EEX-verordening / 260
10.2.5	Tussenconclusie / 262
10.3	Wilsgebreken / 262
10.4	Uitleg / 263
10.5	Strijd met de redelijkheid en billijkheid/misbruik van recht / 265
10.5.1	Procesovereenkomsten beheerst door Nederlands procesrecht / 265
10.5.2	Forumkeuze beheerst door de EEX-verordening / 267
10.6	Algemene voorwaarden / 269
10.6.1	Inleiding / 269
10.6.2	Artikel 6:233 sub a BW: onredelijke bezwarendheid / 269
10.6.2.1	Procesovereenkomsten beheerst door Nederlands procesrecht / 269
10.6.2.2	Forumkeuze beheerst door de EEX-verordening / 271
10.6.3	Artikel 6:233 sub b BW: redelijke mogelijkheid tot kennisneming / 274
10.6.3.1	Procesovereenkomsten beheerst door Nederlands procesrecht / 274
10.6.3.2	Forumkeuze beheerst door de EEX-verordening / 275
10.7	Overgang van procesovereenkomsten / 276
10.8	Conclusie / 277
11	Regels die de verbintenis uit procesovereenkomst beheersen / 279
11.1	Inleiding / 279
11.2	Nakoming / 279
11.3	Nakoming van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst: het procedeerverbod / 280
11.3.1	Inleiding / 280
11.3.2	Nederlandse rechtspraak en literatuur / 280
11.3.3	Engels recht: de 'anti-suit injunction' / 283
11.3.4	Duits recht / 286
11.3.5	Het Hof van Justitie en de 'anti-suit injunction' / 287
11.3.6	Uitgangspunten bij de beoordeling / 292
11.3.7	Verbod om in Nederland te procederen / 294
11.3.7.1	Belang / 294
11.3.7.2	Wet, aard der verplichting en rechtshandeling / 296
11.3.7.3	Tussenconclusie / 298
11.3.8	Verbod op procedure in het buitenland / 298
11.3.8.1	Belang / 298
11.3.8.2	Wet, aard der verplichting en rechtshandeling / 299
11.3.8.3	Tussenconclusie / 301
11.4	Nakoming van een verbintenis uit de overige procesovereenkomsten / 301
11.5	Schadevergoeding / 304
11.6	Schadevergoeding bij schending van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst / 305

11.6.1	Inleiding / 305
11.6.2	Procedure in Nederland in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst / 306
11.6.2.1	De rechter neemt de zaak niet in behandeling / 306
11.6.2.2	De rechter neemt de zaak wel in behandeling / 312
11.6.2.3	Tussenconclusie / 315
11.6.3	Procedure in het buitenland (niet-EEX-land) in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst / 315
11.6.3.1	Inleiding / 315
11.6.3.2	Erkenning van buitenlandse uitspraken / 316
11.6.3.3	De rechter neemt de zaak niet in behandeling / 317
11.6.3.4	De rechter neemt de zaak wel in behandeling / 322
11.6.3.5	Tussenconclusie / 331
11.6.4	Procedure in een EEX-staat in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst / 331
11.6.4.1	Inleiding / 331
11.6.4.2	Erkenning / 332
11.6.4.3	De rechter neemt de zaak niet in behandeling / 332
11.6.4.4	De rechter neemt de zaak wel in behandeling / 333
11.7	Schadevergoeding bij schending van overige procesovereenkomsten / 335
11.8	Conclusie / 336

De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven Samenvatting / 337

1	Inleiding / 337
2	Toelaatbaarheid / 337
2.1	Algemene uitgangspunten / 337
2.2	Toepassing / 339
3	Werking / 341
3.1	Obligatoire werking? / 341
3.2	Ambtshalve toepassing? / 342
4	Regels die procesovereenkomsten beheersen / 342
4.1	Toepasselijk recht / 342
4.2	Inhoud van het procesovereenkomstenrecht / 343

The agreement as to proceedings. About the parties' freedom to shape civil proceedings. Summary / 345

1	Introduction / 345
2	Admissibility / 345
2.1	General guiding principles / 345
2.2	Application / 347
3	Effect / 348
3.1	Obligatory effect? / 348
3.2	Ex-officio application? / 349

Inhoudsopgave

- 4 Rules governing agreements as to proceedings / 350
- 4.1 Applicable law / 350
- 4.2 Content of the law on agreements as to proceedings / 350

Literatuur / 353

Jurisprudentieregister / 377

Zakenregister / 387

Curriculum vitae / 397

1 Inleiding

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

Over het burgerlijk proces wordt veel geklaagd: procedures zouden te lang duren, kosten zouden te hoog zijn en het proces te formalistisch.¹ Deze klachten lijken van alle tijden.² Er wordt dan ook voortdurend gezocht naar mogelijke verbeteringen. De oplossing wordt de laatste jaren met name gezocht in een beperking van de partijautonomie en een verschuiving van bevoegdheden naar de rechter.³ Zo hebben de onderzoekers van de Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht ervoor gepleit de partijautonomie als grondslag voor het proces los te laten en in plaats daarvan als uitgangspunt de gezamenlijke verantwoordelijkheid van rechter en partijen te nemen. De partijautonomie zou namelijk als gevolg hebben dat het proces wordt opgevat als strijdtoneel, hetgeen zou leiden tot tactisch gedrag vanuit het eigen belang en verwaarlozing van het processuele belang van de wederpartij.⁴

Zelfs indien partijen hun autonomie gebruiken om samen te werken, wordt het resultaat niet altijd als wenselijk ervaren. Zo wordt vaak beweerd dat partijen te gemakkelijk akkoord gaan met verzoeken tot uitstel van de wederpartij. Dit zou een belangrijke oorzaak zijn waarom procedures zo lang duren.⁵

Wordt de autonomie van partijen dus meestal ervaren als een probleem, door sommigen wordt hierin ook een mogelijke oplossing gezien. Partijen zouden namelijk, door procesafspraken te maken, kunnen zorgen voor een procedure op maat.⁶ De gedachte is dat verschillende typen zaken verschillende procedures vereisen. Differentiatie van procedures door de wetgever heeft echter als nadeel dat het procederen gecompliceerder wordt. Immers, hoe meer onderscheidingen het procesrecht kent, des te meer debat er ontstaat over procedurele kwesties.⁷ De oplossing hiervoor zou zijn om partijen zelf de procedure vast te laten stellen. Zo kan de procedure worden

1 Zie Asser, Groen & Vranken 2003, p. 21; Van der Wiel 2004, p. 1.

2 Zie hierover ook Dommering 1983, p. 189-191.

3 Zo ook Van der Wiel 2004, p. 2, 351.

4 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 77 e.v.

5 Zie bijv. Eshuis 2007, o.a. p. 51, 123, 181, 200-202, 277-278, 287, 288; oudere literatuur betreft Leijten 2000, p. 32-34; Hammerstein 1996, p. 65-66; De Lange-Tegelaar 1995, p. 1503; Barendrecht 1995, p. 74; Mollema 1995, p. 1203; Rapport Gemengde Commissie 1995, m.n. p. 1, 4, 9, 11, 14, 18.

6 Snijders 1987, p. 1493-1496; Duk 2003, p. 65; Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 643.

7 Zie bijv. Asser, Groen & Vranken 2003, p. 149; Snijders 1987, p. 1489-1490.

afgestemd op de behoeften in een specifieke zaak.⁸ Door Asser is bovendien opgemerkt dat een voordeel van procesovereenkomsten boven wetgeving is dat partijen zich wellicht eerder houden aan afspraken die zij zelf gemaakt hebben. Het proces zou hierdoor voorspelbaarder worden.⁹

De autonomie van partijen hoeft dus niet steeds een probleem te zijn, maar kan wellicht juist bijdragen aan een snel en efficiënt verloop van de procedure. Door de wetgever is daarom, in aansluiting op een pleidooi van Asser om meer gebruik te maken van bindende procesafspraken, in artikel 191 Rv een regeling opgenomen om het maken van dergelijke afspraken tussen partijen te faciliteren.¹⁰ In het eerste lid van dit artikel is bepaald dat de rechter na afloop van een voorlopig getuigenverhoor een comparitie kan bevelen. Daarbij kan, blijkens het tweede lid, ook de verdere wijze van behandeling van geschillen worden besproken. Afspraken dienaangaande worden, wanneer een partij dat verlangt, in een proces-verbaal vastgelegd. Volgens toenmalig minister Korthals wordt hiermee een aanzet gegeven tot een meer algemene erkenning van procesafspraken.¹¹

Hoewel de wetgever dus wil stimuleren dat partijen bindende afspraken maken, bestaat over dergelijke overeenkomsten nog veel onduidelijkheid. In welke gevallen is een dergelijke afspraak bijvoorbeeld mogelijk? Kunnen partijen ook afwijken van het procesrecht indien dit niet uitdrukkelijk in de wet is aangegeven? Welke gevolgen hebben dergelijke afspraken? Indien een partij de overeenkomst schendt, kan de wederpartij dan schadevergoeding vorderen wegens wanprestatie? Welk recht is van toepassing op deze overeenkomsten?

Gezien de nuttige rol die procesovereenkomsten (wellicht) zouden kunnen spelen in civiele procedures, is meer duidelijkheid over dergelijke vragen gewenst. Om deze reden worden procesovereenkomsten aan een onderzoek onderworpen.¹²

1.2 Nadere vaststelling van het onderwerp

1.2.1 Gebondenheid rechter

In dit proefschrift worden 'procesovereenkomsten' onderzocht. In deze inleiding kan nog geen exacte definitie van dit begrip worden gegeven: juist door het onderzoek zal duidelijk moeten worden wat een 'procesovereenkomst' nu eigenlijk precies is. Wel wordt hier een nadere afbakening gegeven van de fenomenen die deel uitmaken van het onderzoek.

Er is voor gekozen om enkel overeenkomsten te onderzoeken waardoor de rechter gebonden wordt zonder dat hiervoor zijn goedkeuring is vereist. Met de term 'procesovereenkomst' wordt hierna dus slechts gedoeld op dergelijke overeenkomsten.¹³ Een voorbeeld hiervan is de forumkeuze. Uit artikel 8 lid 1 Rv blijkt dat de Nederlandse

8 Zie bijv. Snijders 1987, p. 1493-1496; Duk 2003, p. 65.

9 Asser 1999, p. 24 e.v.

10 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 367-368; zie Asser 1999, p. 24 e.v.

11 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 643.

12 Zie over het belang van een onderzoek naar procesovereenkomsten ook Flach 1995, p. 2643.

13 Asser gaat in zijn preadvies uit van een ander begrip 'procesafpraak'. Naar zijn mening behoeven de procesafspraken namelijk steeds de goedkeuring van de rechter. Zie Asser 1999, p. 25.

rechter in principe rechtsmacht heeft indien partijen bij overeenkomst een Nederlandse rechter hebben aangewezen. De rechter heeft in dat geval niet de mogelijkheid om rechtsmacht toch af te wijzen. De goedkeuring van de rechter is in een dergelijk geval niet vereist.

Overeenkomsten die slechts geldig zijn indien de rechter zijn goedkeuring hiervoor geeft, vallen kortom buiten het kader van dit onderzoek. De reden dat gekozen is om dergelijke overeenkomsten uit te sluiten, is ten eerste om het onderzoeksterrein te beperken. Wordt het begrip ‘procesovereenkomst’ ruimer genomen, dan zouden alle gevallen waarin de wet bepaalt dat de rechter rekening houdt met de wil van partijen bij het nemen van een procedurele beslissing, moeten worden gezien als bepalingen die in principe een procesovereenkomst mogelijk maken. Een voorbeeld hiervan is artikel 168 Rv, waarin is bepaald dat de rechter het verhoor van getuigen tot het leveren van tegenbewijs in afwijking van de normaal geldende wettelijke regeling na overleg met partijen kan doen plaatsvinden in aansluiting op het verhoor van de voor het bewijs gehoorde getuigen. Hoewel de rechter in een dergelijk geval wel gewicht zal toekennen aan overeenstemming tussen partijen dat het verhoor direct dient plaats te vinden, is hij hieraan niet gebonden.

Naast deze praktische grond bestaan er ook inhoudelijke redenen die een dergelijke beperking rechtvaardigen. De gevallen waarin de rechter tegen zijn wil kan worden gebonden aan de overeenkomst van partijen zijn het meest interessant vanuit het oogpunt van zeggenschap over het proces. Wie heeft uiteindelijk het recht om de gang van zaken tijdens de procedure te bepalen? Zijn dit partijen, om wier materiële rechten het gaat, of is dit de overheid, die de civiele procedure ter beschikking stelt? Met dit onderzoek wordt beoogd om in deze kwestie meer inzicht te verkrijgen.

Deze beperking dwingt ten slotte tot meer nauwkeurigheid bij het onderzoek naar de vraag in welke gevallen partijen geldig een procesovereenkomst kunnen sluiten. Als voorbeeld kan de vraag dienen in hoeverre partijen van de wet afwijkende termijnen voor de procesvoering kunnen overeenkomen. Ter beantwoording van deze vraag zou men kunnen volstaan met de constatering dat, hoewel partijen er belang bij kunnen hebben zelf de termijnen vast te stellen, hier in sommige gevallen ook algemene belangen aan in de weg staan. Conclusie zou dan zijn dat een afspraak op dit gebied wel is toegestaan, maar dat hiervoor steeds de toestemming van de rechter is vereist. Voor partijen is het echter van belang te weten, *in welke gevallen* de rechter zijn goedkeuring zal weigeren. Om dit te kunnen bepalen moet worden onderzocht welke belangen precies aan een dergelijke afspraak in de weg kunnen staan. Een dergelijk belang is bijvoorbeeld het belang dat de organisatie van het gerecht niet wordt doorkruist. Partijen zouden om deze reden bijvoorbeeld niet ervoor kunnen kiezen hun proceshandelingen te verrichten op een dinsdag, indien de vaste roldag van het gerecht een woensdag is. Tegen afspraken waarbij wel uitgegaan wordt van de vaste roldag bestaat, vanuit dit oogpunt althans, geen bezwaar. Dit voorbeeld toont aan dat een onderzoek naar de vraag in welke gevallen de rechter zonder toestemming gebonden is, tot een veel nauwkeuriger analyse dwingt van de belangen die eventueel aan de afspraak in de weg staan. Dit verschaft partijen meer zekerheid: duidelijk wordt *onder welke voorwaarden* afwijking van het procesrecht toelaatbaar is.

Het feit dat voor de overeenkomsten die centraal staan in dit onderzoek de goedkeuring van de rechter niet vereist is, betekent overigens niet dat deze overeenkomsten niet in overleg met de rechter tot stand kunnen komen. Goed denkbaar is dat deze procesovereenkomsten tijdens bijvoorbeeld een regiezitting, na een suggestie hiertoe van de rechter, gesloten worden. Van een vereiste is echter geen sprake.

Nu zal het onderscheid tussen overeenkomsten waaraan de rechter zonder meer gebonden is, en overeenkomsten die zijn goedkeuring behoeven, niet steeds scherp te maken zijn. Als men het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bestudeert, valt op dat er in verschillende wetsbepalingen aandacht is voor de wil van partijen. De gevolgen die aan deze wil worden toegekend, verschillen nogal. Soms dient de rechter de eensluidende wil van partijen zonder meer te volgen: zo is in artikel 229 Rv bepaald dat op verlangen van de in het geding verschenen partijen de rechter de uitspraak uitstelt. In andere gevallen heeft de rechter meer vrijheid. Uit artikel 133 lid 2 Rv blijkt bijvoorbeeld dat partijen uitstel kunnen vragen voor het nemen van conclusies. Volgens dit artikel volgt de rechter een daartoe strekkend, eenstemmig verzoek van partijen, tenzij dit zou leiden tot onredelijke vertraging van het geding. De rechter kan in dit geval het verzoek dus slechts op deze specifieke grond weigeren. Ten slotte lijkt de rechter soms zonder meer voorbij te kunnen gaan aan de wil van partijen. Zo blijkt uit artikel 87 lid 1 Rv dat de rechter op verzoek van partijen een comparitie *kan* bevelen. Hij hoeft dit dus kennelijk niet te doen. Soms is slechts bepaald dat de rechter dient te overleggen met partijen, zonder dat blijkt dat hij ook gevolg moet geven aan hun wensen. Zie in dit verband bijvoorbeeld artikel 168 Rv.

De vraag of de rechter aan de overeenkomst van partijen is gebonden zonder dat hij zijn goedkeuring geeft, is kortom niet eenduidig te beantwoorden. In sommige gevallen kan hij de afspraak van partijen helemaal niet toetsen, in andere gevallen slechts op een beperkt aantal gronden, en in weer andere gevallen heeft hij een onbeperkte beoordelingsruimte. Noodzakelijkerwijs is de grens die hier wordt getrokken daarom enigszins arbitrair. In dit onderzoek worden wél betrokken de gevallen, waarin weigering gevolg te geven aan een overeenkomst van partijen slechts mogelijk is op een beperkt aantal gronden die door de wet specifiek omschreven zijn. Een bepaling als artikel 133 lid 2 Rv, op grond waarvan de rechter een eenstemmig verzoek van partijen tot uitstel voor het nemen van conclusies volgt tenzij dit zou leiden tot onredelijke vertraging van het geding, maakt kortom wel deel uit van het onderzoek. Niet begrepen in dit onderzoek worden de gevallen waarin de rechter zelf de criteria kan vaststellen die hij hanteert bij het besluit of hij de eensluidende wil van partijen volgt.

1.2.2 *Afwijking door middel van verklaringen of gedragingen*

Soms bepaalt de wet uitdrukkelijk dat partijen *bij overeenkomst* een bepaald procesrechtelijk gevolg in het leven kunnen roepen. Zo volgt uit artikel 8 lid 1 Rv dat de Nederlandse rechter in principe rechtsmacht heeft, indien partijen hem bij overeenkomst hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen. Er zijn echter ook bepalingen waarin niet gesproken wordt over een overeenkomst, maar die een bepaalde verklaring of gedraging van partijen vereisen. Zo volgt uit artikel 255 lid 2 Rv dat partijen in geval van het kort geding kunnen afwijken van het vereiste van een

dagvaarding. Hiervoor is nodig dat partijen vrijwillig ter terechtzitting van de voorzieningenrechter in kort geding verschijnen. Een overeenkomst tussen partijen lijkt niet vereist, het lijkt voldoende dat zij *feitelijk* samen in kort geding verschijnen. Een ander voorbeeld is artikel 229 Rv. Hierin valt te lezen dat de rechter de uitspraak uitstelt 'op verlangen' van de in het geding verschenen partijen. Aan de voorwaarde van artikel 229 Rv lijkt voldaan indien partijen, geheel onafhankelijk van elkaar, aan de rechter verklaren dat zij de uitspraak graag uitgesteld zouden willen zien.¹⁴

Ook dergelijke bepalingen, waarbij afwijking van het procesrecht afhankelijk wordt gemaakt van een bepaalde verklaring of gedraging van partijen, worden betrokken in het onderzoek. Reden is dat partijen in deze gevallen evenzeer de mogelijkheid hebben om de gang van zaken tijdens de procedure te bepalen. Ook hier kunnen zij hun wil opleggen aan de rechter. Feitelijk zal bovendien vaak wel degelijk een afspraak aan het gedrag van partijen ten grondslag liggen. De partijautonomie wordt dan ook wel als grondslag van deze bepalingen gezien.¹⁵

Bovendien is het de vraag, of in deze gevallen inderdaad geen overeenkomst tussen partijen vereist is. Zoals gezegd zal aan het gedrag van partijen vaak wel degelijk een afspraak ten grondslag liggen. Zo is niet goed denkbaar dat partijen toevallig samen in kort geding verschijnen. Dit roept de vraag op of dergelijke bepalingen niet een overeenkomst tussen partijen veronderstellen. Is reeds voldoende dat partijen feitelijk het vereiste gedrag vertonen, of is daarnaast toch ook noodzakelijk dat hieraan wilsovereenstemming ten grondslag ligt? Op deze vraag zal in hoofdstuk 3 worden ingegaan.

Naast de vraag of een overeenkomst tussen partijen in het kader van dergelijke bepalingen *noodzakelijk* is, is het nuttig om te onderzoeken of een dergelijke overeenkomst reeds *voldoende* is. Dienen partijen daadwerkelijk het door de wet vereiste gedrag te vertonen, of zijn zij reeds gebonden aan een voorafgaande afspraak? Ook deze vraag komt in dit proefschrift aan de orde (zie hoofdstuk 7).

1.2.3 Afwijking van het procesrecht

In dit proefschrift worden overeenkomsten onderzocht waarbij partijen de regels die gelden in het proces bepalen. Dergelijke overeenkomsten worden hierna gemakshalve overeenkomsten waarbij partijen afwijken van het procesrecht genoemd, al is van afwijking strikt genomen niet steeds sprake. Soms verklaren partijen bij hun overeenkomst inderdaad een bepaalde regel buiten toepassing en stellen een eigen regel daarvoor in de plaats. Een voorbeeld is de forumkeuze: partijen wijken hierbij af van de wettelijke rechtsmachtregels en bepalen zelf welk forum bevoegd is. In andere gevallen wordt door de overeenkomst wel een bepaalde regel buiten toepassing gelaten, maar hebben partijen niet de vrijheid om hun eigen regel hiervoor in de plaats te stellen. De wet geeft hun enkel de vrijheid om voor een specifiek alternatief te kiezen. Een voorbeeld biedt artikel 398 sub 2 Rv, op grond waarvan partijen kunnen

14 Ook in Duitsland wordt wel onderscheid gemaakt tussen 'Prozessverträge' en 'Gesamtakte'; zie bijv. Schiedermaier 1935, p. 27 e.v.; Wagner 1998, p. 337 e.v.

15 Zie bijv. de parlementaire geschiedenis bij art. 229 Rv; Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 402. Zie m.b.t. art. 1052 lid 2 Rv *Kamerstukken I* 1985/86, 18 464, nr. 191b, p. 2-3. Zie m.b.t. art. 18 EEX-Verdrag (art. 24 EEX-Vo) HvJ EG 7 maart 1985, NJ 1986, 336 (Spitzley/Sommer), r.o. 15.

overeenkomen om, in afwijking van het wettelijke stelsel van rechtsmiddelen, sprongcassatie bij de Hoge Raad in te stellen. Ten slotte is denkbaar dat partijen bij overeenkomst niet een bepaalde wettelijke regel buiten toepassing verklaren, maar de wet aanvullen. Zij geven een regeling voor een onderwerp dat in de wet niet geregeld is.

Buiten beschouwing in dit proefschrift blijven overeenkomsten waarbij partijen niet afwijken van het procesrecht, maar van het materiële recht dat hun geschil beheerst. Het onderscheid tussen beide typen overeenkomst valt niet altijd gemakkelijk te maken. Niet gekeken wordt in ieder geval naar de overeenkomst waarbij partijen een rechtskeuze doen. Ook blijft buiten beschouwing de overeenkomst in het kader van de arbitrage waarbij partijen het scheidsgerecht de opdracht geven als goede mannen naar billijkheid te oordelen (zie artikel 1054 lid 3 Rv).

1.2.4 *Binding omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid*

In de Duitse literatuur wordt, naast de overeenkomst waarbij partijen afwijken van het procesrecht, vaak nog een ander type procesovereenkomst onderscheiden. Het gaat om overeenkomsten die betrekking hebben op een processuele bevoegdheid. Op vele plaatsen in het wetboek worden aan partijen bevoegdheden toegekend, zoals de bevoegdheid tot het stellen van feiten. Nu wordt het in de Duitse literatuur over het algemeen mogelijk geacht dat partijen zich bij overeenkomst binden omtrent de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid. Zij komen dan overeen geen gebruik te maken van een bepaalde bevoegdheid of om haar juist wel uit te oefenen.¹⁶ Zo zouden partijen bijvoorbeeld kunnen afspreken om tijdens de procedure bepaalde feiten niet te stellen. Door een dergelijke overeenkomst wordt, zo lijkt het, niet afgeweken van een regel van procesrecht, maar verbinden partijen zich tot bepaald procesgedrag.¹⁷

In hoofdstuk 4 komt de vraag aan de orde, of een dergelijk type procesovereenkomst ook naar Nederlands recht moet worden erkend. Dergelijke overeenkomsten worden dus niet op voorhand van het onderzoek uitgesloten. Deel van het onderzoeksveld maken daarmee alle overeenkomsten en feitelijke gedragingen van partijen uit, waarmee zij ofwel afwijken van het procesrecht, ofwel zich binden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid, en die niet de goedkeuring van de rechter behoeven.

1.3 **Onderzoeksvragen**

De eerste hoofdvraag die in dit proefschrift centraal staat betreft de toelaatbaarheid van procesovereenkomsten. In welke gevallen kunnen partijen geldig een procesovereenkomst sluiten? Is dit slechts mogelijk indien dit uitdrukkelijk in de wet is bepaald, of kan dit ook in andere gevallen? Niet alleen wordt daarbij gekeken naar de overheidsprocedure, maar ook wordt ingegaan op de arbitrage en het bindend advies voor zover zij het karakter hebben van rechtspraak.¹⁸ Hebben partijen in het kader van

¹⁶ Zie bijv. Wagner 1998, p. 52-57; Baumgärtel 1957, p. 189 e.v.; Schlosser 1968, p. 63 e.v.; Mansel 1996, p. 64 e.v.; Eckardt & Dendorfer 2001, m.n. p. 790.

¹⁷ Zie Wagner 1998, p. 54-57.

¹⁸ Het zuivere bindend advies en de arbitrage op grond van art. 1020 lid 4 Rv blijven dus buiten beschouwing.

deze procedures meer vrijheid om procesovereenkomsten te sluiten of niet? De eerste hoofdvraag luidt kortom: in hoeverre kunnen partijen in de overheidsprocedure door middel van een overeenkomst of door middel van onderling afgestemde verklaringen of gedragingen afwijken van het procesrecht of zich binden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid? Welke mogelijkheid hebben zij hiertoe in het kader van arbitrage en bindend advies?

De tweede hoofdvraag die in dit proefschrift aan de orde komt, is de vraag welke werking procesovereenkomsten hebben. Wat zijn de gevolgen van een procesovereenkomst? Worden hierdoor enkel processuele gevolgen in het leven geroepen, of doen zij ook verbintenissen voor partijen ten opzichte van elkaar ontstaan? Indien een van de partijen een procesovereenkomst schendt, pleegt zij dan wanprestatie? Ook is het de vraag of de rechter procesovereenkomsten ambtshalve toepast, of dat partijen zich hierop dienen te beroepen.

Ten slotte wordt in dit proefschrift onderzocht, welke regels op procesovereenkomsten van toepassing zijn. Procesovereenkomsten lijken een hybride karakter te hebben. Aan de ene kant is er sprake van een overeenkomst, aan de andere kant roept deze overeenkomst processuele gevolgen in het leven.¹⁹ Door welk recht worden procesovereenkomsten beheerst? Is dit het burgerlijk recht of het burgerlijk procesrecht? Of dienen beide stelsels wellicht cumulatief te worden toegepast? Ook wordt gekeken naar de inhoud van dit recht op het gebied van procesovereenkomsten. Welke specifieke regels gelden er voor procesovereenkomsten?

1.4 Wijze van onderzoek

In dit proefschrift wordt aan de hand van literatuur- en jurisprudentieonderzoek getracht een antwoord te vinden op de onderzoeksvragen. Daarbij wordt, waar dit relevant wordt geacht, ook aandacht besteed aan het Duitse en het Engelse recht.

Het onderzoek is afgesloten op 15 februari 2012. Met latere ontwikkelingen is slechts incidenteel rekening gehouden.

1.5 Plan van behandeling

De eerste hoofdvraag, betreffende de toelaatbaarheid, komt in deel I van dit proefschrift aan de orde. Daarbij zal in hoofdstuk 3 worden ingegaan op de vraag in welke gevallen op grond van de wet afwijking van het procesrecht mogelijk is, waarna in de volgende hoofdstukken wordt onderzocht of partijen ook een procesovereenkomst kunnen sluiten indien dit niet uitdrukkelijk in de wet is bepaald. In hoofdstuk 4 wordt daartoe een algemeen theoretisch kader ontwikkeld, waarna in hoofdstuk 5, 6 en 7 op de toelaatbaarheid van een aantal specifieke overeenkomsten wordt ingegaan.

De vraag naar de werking van procesovereenkomsten wordt in deel II van dit proefschrift behandeld. In hoofdstuk 8 komt de vraag aan de orde of uit procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen voortvloeien, terwijl in hoofdstuk 9 wordt onderzocht of de rechter deze overeenkomsten ambtshalve toepast.

¹⁹ Zie m.b.t. de overeenkomst tot forumkeuze bijv. Kuypers 2008, p. 12, 391; Balk 1975, p. 5.

De laatste hoofdvraag, de vraag naar de regels die procesovereenkomsten beheersen, komt in hoofdstuk 2 en in deel III van dit proefschrift aan de orde. In hoofdstuk 2 wordt in zijn algemeenheid de vraag beantwoord welk recht op procesovereenkomsten van toepassing is. Er is voor gekozen om deze vraag 'los' voor in het proefschrift te behandelen, omdat hij ook voor beantwoording van de andere onderzoeksvragen van belang is. In deel III wordt vervolgens meer specifiek gekeken welke regels voor procesovereenkomsten gelden: hier zal de inhoud van het 'procesovereenkomstenrecht' nader worden vastgesteld.

2 Toepasselijk recht

2.1 Inleiding

Met betrekking tot de procesovereenkomst doet zich de vraag voor, welk recht hierop van toepassing is. Is dit het burgerlijk recht en/of het burgerlijk procesrecht? Ook spelen er vragen van internationaal privaatrecht. Aan de hand van welk rechtstelsel dienen procesovereenkomsten te worden beoordeeld? Deze vragen komen in dit hoofdstuk aan de orde.

2.2 Burgerlijk recht of burgerlijk procesrecht?

Welk recht is op procesovereenkomsten van toepassing? Is dit het burgerlijk recht, of het burgerlijk procesrecht, of wellicht beide? Snijders heeft betoogd dat op burgerlijkrechtelijke verschijnselen die zich voordoen in of rond het burgerlijk proces, zowel het burgerlijk recht als het burgerlijk procesrecht rechtstreeks van toepassing zijn. Hij deelt deze verschijnselen dus niet toe aan een van deze gebieden, maar acht de normen van beide gebieden rechtstreeks toepasselijk. Naar zijn mening mag een burgerlijkrechtelijk verschijnsel in of rond het proces niet anders worden behandeld dan buiten het proces, tenzij hiervoor legitimatie in de procesrechtelijke context kan worden gevonden. Deze werkwijze heeft als voordeel dat indien in een bepaald geval beide rechtsgebieden tegenstrijdige oplossingen bieden, men gedwongen wordt alle mogelijk toepasselijke regels te verdisconteren. Bovendien wordt door deze methode zo veel mogelijk de eenheid van recht gewaarborgd.¹

In Duitsland heeft Wagner echter een ander standpunt verdedigd.² Naar zijn mening moet steeds vastgesteld worden tot welk rechtsgebied een bepaalde overeenkomst behoort, tot het burgerlijk recht of het burgerlijk procesrecht. Gekeken moet daarvoor worden naar de inhoud van de overeenkomst, waarbij het gaat om de vraag op welk rechtsgebied de door partijen beoogde rechtsgevolgen intreden. Beogen partijen door de overeenkomst procesrechtelijke rechtsverhoudingen te beïnvloeden, dan is sprake van een procesrechtelijke overeenkomst.³ Een andere benaderingswijze,

¹ Snijders 1992a, m.n. p. 18-20.

² Wagner 1998, p. 17 e.v., p. 278-280.

³ Zo ook Schiedermair 1935, p. 33 e.v.

die op hetzelfde neerkomt, is te bepalen tot welk rechtsgebied de door de overeenkomst getroffen regeling zou behoren indien zij niet door een overeenkomst, maar door een rechtsregel in het leven was geroepen. Op grond van dit criterium kunnen volgens Wagner als procesrechtelijke overeenkomsten niet alleen die overeenkomsten worden gekwalificeerd die gericht zijn op de afwijking van procesregels, maar ook die waarbij partijen beogen te beschikken over een processuele bevoegdheid.⁴ Dergelijke procesrechtelijke overeenkomsten worden volgens Wagner volledig beheerst door het procesrecht. Probleem daarbij is dat de 'Zivilprozessordnung' slechts incidenteel bepalingen met betrekking tot overeenkomsten kent. Volgens Wagner kan echter in veel gevallen worden teruggegrepen op de regeling van de overeenkomst zoals in het 'Bürgerliches Gesetzbuch' (BGB) is gegeven. De voorschriften in dit wetboek zijn de uitdrukking van algemene rechtsovertuigingen, waardoor zij niet slechts gelden voor het burgerlijk recht, maar ook voor andere deelgebieden van de rechtsorde. Dit is slechts anders indien in deze deelgebieden een afwijkende regeling is gegeven. Telkens zal in een concreet geval gekeken moeten worden, of de regeling gegeven in het BGB of een specifieke procesrechtelijke bepaling dient te worden toegepast. Aangezien de voorschriften van het burgerlijk recht uitdrukking vormen van algemene rechtsovertuigingen, vereist afwijking van het BGB volgens Wagner een inhoudelijke onderbouwing.⁵

Opvallend is dat, hoewel Snijders en Wagner een verschillende benadering hanteren, zij uiteindelijk tot hetzelfde resultaat komen. Beiden menen dat op de hier aan de orde zijnde rechtsfiguren de regeling zoals in het burgerlijk recht is gegeven kan worden toegepast en dat afwijking hiervan gelegitimeerd dient te worden. Beiden staan een benadering van geval tot geval voor, waarbij in een concrete situatie gekeken moet worden of de regel die in het burgerlijk recht is gegeven gehanteerd kan worden of dat er een specifieke procesrechtelijke regel bestaat die in dat geval het meest passend is. Hoe valt dit gelijke resultaat te verklaren?

Naar mijn mening is het met name van belang te benadrukken dat burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht deel uitmaken van één rechtsorde. Aangezien beide gebieden onderdeel zijn van hetzelfde systeem, dienen onderlinge verschillen zo veel mogelijk vermeden te worden. Een verschil kan enkel geaccepteerd worden zover dit noodzakelijk is vanwege het specifieke karakter van het betreffende rechtsgebied. Op deze manier wordt de eenheid van recht zo veel mogelijk gewaarborgd. Dit uitgangspunt lijken zowel Snijders als Wagner te onderschrijven. Snijders meent dat de eenheid van recht centraal moet staan, en niet het eigen karakter van deelgebieden van het recht, ook al zal daar volgens hem wel rekening mee gehouden moeten worden.⁶ Wagner betoogt dat er algemene rechtsovertuigingen zijn die voor alle deelgebieden van de rechtsorde gelden.⁷ Dit gelijke uitgangspunt van beide auteurs kan verklaren waarom zij uiteindelijk tot hetzelfde resultaat komen.

4 Wagner 1998, p. 17 e.v.

5 Wagner 1998, p. 278-280; zie ook, m.b.t. de bewijsovereenkomst, Scheltema 1935, p. 420.

6 Snijders 1992a, p. 18-19.

7 Wagner 1998, p. 279.

Dit uitgangspunt is tegenwoordig overigens ook leidend in de discussie over de afgrenzing tussen privaatrecht en publiekrecht.⁸ Heersend daar is de zogenaamde 'gemengde rechtsleer'. Volgens deze leer dienen verschillen tussen het privaatrecht en het publiekrecht zo veel mogelijk vermeden te worden. Daarbij geldt dat op rechtsbetrekkingen op het grensvlak tussen privaatrecht en publiekrecht zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke normen (al dan niet rechtstreeks) kunnen worden toegepast.⁹ Over de vraag hoe bepaald moet worden, welke normen in een concreet geval van toepassing zijn, bestaat minder duidelijkheid.¹⁰

Naar mijn mening is dit uitgangspunt, dat verschillende rechtsgebieden deel uitmaken van één rechtssysteem zodat onderlinge verschillen zo veel mogelijk vermeden moeten worden, van principieel belang. Indien dit uitgangspunt voldoende voor ogen wordt gehouden, is het van minder betekenis hoe dit uitgangspunt precies wordt uitgewerkt. Denkbaar is om, evenals Snijders, met betrekking tot figuren op het grensgebied tussen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht in het geheel af te zien van toedeling tot een van deze rechtsgebieden en de normen van beide gebieden rechtstreeks toepasselijk te achten. Deze benadering heeft als voordeel dat hiermee erkend wordt dat de grens tussen de twee rechtsgebieden niet scherp te trekken valt.¹¹ Het is echter ook mogelijk om, zoals Wagner doet, dergelijke figuren wel eerst toe te delen aan een van deze gebieden, om vervolgens de regels van het andere rechtsgebied, waar dat gewenst is, analoog toe te passen. Voordeel van deze benadering is dat zij beter aansluit bij de gebruikelijk gehanteerde systematiek, waarin burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht als twee afzonderlijke rechtsgebieden worden onderscheiden. Zo wordt er in het BW van uitgegaan dat de regels van boek 3 e.v. BW slechts rechtstreeks gelden voor vermogensrechtelijke verhoudingen. Dit volgt uit de verschillende schakelbepalingen, waarin is bepaald dat de regels buiten het vermogensrecht *overeenkomstig* kunnen worden toegepast (zie bijvoorbeeld artikel 3:59, 3:79, 3:326 BW).¹² Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat overeenkomstige toepassing op procesrechtelijke rechtshandelingen niet zonder meer uitgesloten is, al zal men hiermee uitermate voorzichtig dienen te zijn.¹³

Hoewel beide benaderingen tot hetzelfde resultaat leiden, zal toch een keuze gemaakt moeten worden. In dit onderzoek wordt uitgegaan van de tweede

8 Overigens meent Wagner dat het burgerlijk procesrecht publiekrecht is, zodat het ook bij het onderscheid tussen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht gaat om de afgrenzing tussen privaatrecht en publiekrecht. Zie Wagner 1998, p. 13-17. Naar Nederlands recht wordt over het algemeen aangenomen dat burgerlijk procesrecht recht van gemengd publiekrechtelijke en privaatrechtelijke aard is. Zie Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 1-2, nr. 2; Stein/Rueb 2011, p. 2; Zonderland 1977, p. 4-6.

9 Zie bijv. Scheltema & Scheltema 2008, p. 2-4, 8-13; Lubach 1982, p. 100 e.v.; Bloembergen 1977; Van der Hoeven 1970, p. 205 e.v.; zie over de gemengde rechtsleer en de ontwikkelingen in het denken over de verhouding tussen privaatrecht en publiekrecht nader Crijns 2010, p. 393 e.v.

10 Zie Crijns 2010, p. 445.

11 Zie Snijders 1992a, p. 17; zie m.b.t. het Duitse recht ook Baumgärtel 1957, p. 64; zie m.b.t. het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht Crijns 2010, o.a. p. 444, 449; Scheltema & Scheltema 2008, o.a. p. 1-2, 187; Lubach 1982, p. 101-102; Van der Hoeven 1970, p. 205, 218-219.

12 Zie in het kader van de verhouding tot het publiekrecht ook Scheltema & Scheltema 2008, p. 7-8.

13 Parl. Gesch. Boek 3, p. 251.

benadering. Reden is dat zij het meest in overeenstemming is met het wettelijke systeem.¹⁴

Volgens de gekozen benadering dient vastgesteld te worden of de overeenkomsten die in dit onderzoek aan de orde zijn procesrechtelijk of privaatrechtelijk van aard zijn. Hiervoor wordt, in navolging van Wagner, gekeken naar de inhoud van de overeenkomst, waarbij het gaat om de vraag op welk rechtsgebied de door partijen beoogde rechtsgevolgen intreden.¹⁵ Op grond van dit criterium kunnen als procesrechtelijke overeenkomsten worden gekwalificeerd zowel die overeenkomsten die gericht zijn op de afwijking van procesregels, als die waarbij partijen beogen zich te binden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid (indien deze laatste overeenkomsten als apart type kunnen worden erkend; zie hierover paragraaf 4.2-4.3). Partijen beogen met dergelijke overeenkomsten immers met name gevolgen te bewerkstelligen die liggen op het gebied van het procesrecht.¹⁶

Daarbij geldt wel dat de toedeling van deze figuren tot het burgerlijk procesrecht enigszins arbitrair is. Veel procesovereenkomsten hebben wel degelijk vermogensrechtelijke kenmerken. Zo zijn zij er over het algemeen op gericht (een van) partijen stoffelijk voordeel te verschaffen, bijvoorbeeld door het verminderen van de kosten van de procedure of het vergroten van de kansen op winst in de procedure. Bell schrijft met betrekking tot de overeenkomsten tot forumkeuze en tot arbitrage:

‘[J]urisdiction and arbitration agreements are to be viewed as a potentially valuable aspect of any contractual bargain between the parties.’¹⁷

Volgens hem zal een partij voor een gunstig forumkeuze- of arbitragebeding over het algemeen een prijs moeten betalen.¹⁸ In dat geval zal een dergelijk beding kortom verkregen zijn in ruil voor stoffelijk voordeel.

Ondanks het feit dat deze overeenkomsten wel degelijk vermogensrechtelijke kenmerken hebben, worden zij hier toch als procesrechtelijk gekwalificeerd.¹⁹ Daarbij is van belang dat het begrip ‘vermogensrecht’ niet eenduidig is. Smits wijst erop dat

14 De Hoge Raad heeft onlangs echter geoordeeld dat de overeenkomst waarbij een gemeente zich verplicht om bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheden op een bepaalde wijze uit te oefenen, een gemengd (privaatrechtelijk en bestuursrechtelijk) karakter heeft. Zie HR 8 juli 2011, NJ 2011, 463, m.nt. M.R. Mok (Etam c.s./Gem. Zoetermeer), r.o. 3.6.2. De Hoge Raad kiest er dus niet voor deze overeenkomst toe te delen tot één van beide rechtsgebieden, maar acht beide rechtstelsels kennelijk rechtstreeks van toepassing. Een andere opvatting was verdedigd door o.a. Scheltema & Scheltema 2008, p. 190 e.v.; Crijns 2010, p. 464 e.v.

15 Zie Wagner 1998, p. 27 e.v. Ook in de literatuur m.b.t. de afbakening van de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke overeenkomst wordt tegenwoordig aangenomen dat de inhoud en strekking van de overeenkomst bepalend zijn. Zie Crijns 2010, p. 448-449.

16 Zo ook Wagner 1998, p. 17 e.v.

17 Bell 2003, p. 277.

18 Bell 2003, p. 276; zie ook Born 2010, p. 13; Wagner 1998, p. 307-308.

19 Meijer ziet de overeenkomst tot arbitrage daarentegen wel als vermogensrechtelijk van aard; Meijer 2011, p. 211. Ook de bewijsovereenkomst wordt door sommige auteurs (kennelijk) als een vermogensrechtelijke rechtshandeling gezien, aangezien zij de schakelbepaling van art. 6:216 BW hierop toepasbaar achten; zie Hijma & Olthof 2011, p. 310-311, nr. 454; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 227, nr. 201; Castermans 1986, p. 120. Anderen kwalificeren de bewijsovereenkomst echter niet als vermogensrechtelijk; zie Hülsmann 1938, p. 161, 153-154; Scheltema 1935, p. 420. Van der Wiel meent dat over deze vraag valt te twisten; Van der Wiel 2002a, p. 222.

het oordeel dat een verhouding vermogensrechtelijk is een kwalificatie is die voortvloeit uit rechtsnormen.²⁰ Daarbij geldt volgens Wessels dat het begrip ‘subjectief vermogensrecht’ mee dient te evolueren met nieuwe ontwikkelingen in de maatschappij. Volgens hem is onder dit begrip naar huidige maatstaven meer te begrijpen dan vroeger is aangenomen.²¹ Een geheel eenduidig criterium, aan de hand waarvan rechtshandelingen in een bepaald hokje kunnen worden gestopt, valt niet te geven. De reden dat ervoor gekozen is om de in dit onderzoek centraal staande figuren als procesrechtelijk te kwalificeren, is dat de procesrechtelijke aspecten overheersen. De overeenkomsten zijn met name gericht op het in het leven roepen van gevolgen die liggen op het gebied van het procesrecht, namelijk het beïnvloeden van de regels van procesrecht en het beschikken over processuele bevoegdheden. Dit wil niet zeggen dat de hiervoor behandelde vermogensrechtelijke aspecten niet van belang zijn. Zoals is aangegeven, kan het burgerlijk recht analoog worden toegepast op deze figuren. Gezien de vermogensrechtelijke kenmerken ligt analoge toepassing des te meer voor de hand.

Aangenomen wordt kortom dat procesovereenkomsten worden beheerst door het procesrecht. Daarbij dient voor ogen gehouden te worden dat, vanuit de gedachte van eenheid van recht, onnodige verschillen tussen het procesrecht en het burgerlijk recht vermeden dienen te worden. Het zou vreemd zijn indien de overeenkomst in het burgerlijk procesrecht op geheel andere wijze werd geregeld dan in het burgerlijk recht. Het overeenkomstenrecht zoals dit is ontwikkeld in het burgerlijk recht vormt de uitdrukking van algemene rechtsgedachten, zodat deze regeling ook op het gebied van het burgerlijk procesrecht tot uitgangspunt kan worden genomen en afwijking hiervan dient te worden gelegitimeerd.

2.3 Procesovereenkomsten met een internationaal karakter

In de vorige paragraaf is tot uitgangspunt genomen dat procesovereenkomsten procesrechtelijk van aard zijn. Het is de vraag of dit uitgangspunt wel kan worden gehanteerd in geval van procesovereenkomsten met een internationaal karakter, zoals de overeenkomst tot internationale forumkeuze of tot arbitrage. Bij dergelijke overeenkomsten doen zich namelijk ook kwesties van internationaal privaatrecht voor: welk rechtstelsel is hierop van toepassing? In de literatuur met betrekking tot de forumkeuze wordt ervan uitgegaan dat onderscheid gemaakt moet worden tussen de verschillende aspecten van de overeenkomst.²² Zo wordt wel aangenomen dat de toelaatbaarheid wordt beheerst door de *lex fori*, terwijl voor de vraag of sprake is van wilsovereenstemming moet worden gekeken naar het rechtstelsel dat wordt aangewezen door de regels van internationaal privaatrecht voor overeenkomsten.²³ Vaak ligt aan een dergelijk onderscheid de gedachte ten grondslag dat bepaalde aspecten

20 Smits 2003, p. 9.

21 Wessels 1984, p. 89 e.v.; Wessels 1982, p. 369 e.v.

22 Zie voor een overzicht van de in de Nederlandse en buitenlandse literatuur verdedigde opvattingen Kokkini-Iatridou & Boele-Woelki 1993, p. 348 e.v.; Kuypers 2008, p. 388 e.v.

23 Zie bijv. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 112; Kuypers 2008, p. 389 e.v.; Strikwerda 2008, p. 224, nr. 219; zie m.b.t. het Duitse recht Schlosser 2007, p. 116-117.

door het procesrecht worden beheerst, terwijl op andere het burgerlijk recht van toepassing is. Zie in deze zin bijvoorbeeld Kuypers:

'De forumkeuze heeft een dualistisch karakter. Het is een procesrechtelijke overeenkomst waardoor rekening moet worden gehouden met procesrechtelijke en verbintenisrechtelijke aspecten. Het beoordelen van een forumkeuze uitsluitend aan de hand van de *lex fori* zou aan het hybride karakter van een forumkeuze geen recht doen.'²⁴

De beantwoording van de vraag of procesovereenkomsten worden beheerst door het procesrecht of door het burgerlijk recht heeft dus ook gevolgen op het terrein van het internationaal privaatrecht. Kan tegen deze achtergrond het standpunt dat procesovereenkomsten door het procesrecht worden beheerst wel gehandhaafd worden? Het lijkt immers niet wenselijk wat betreft IPR-kwesties zomaar af te wijken van de heersende leer.

In dit proefschrift zal niet uitgebreid ingegaan worden op vragen van internationaal privaatrecht.²⁵ Volstaan wordt met de opmerking dat ook voor procesovereenkomsten met een internationaal karakter wel degelijk volgehouden kan worden dat zij procesrechtelijk van aard zijn. Weliswaar heeft dit tot gevolg dat, in tegenstelling tot wat gewoonlijk wordt verdedigd, slechts de *lex fori* op deze overeenkomsten van toepassing is, maar feitelijk hoeft dit afwijkende standpunt geen grote gevolgen te hebben. Ook met betrekking tot de overeenkomst tot forumkeuze en tot arbitrage heeft te gelden dat in de proceswetgeving niet alle kwesties zijn geregeld. In veel gevallen zal het procesrecht ook hier terug moeten grijpen op het overeenkomstenrecht zoals dit is ontwikkeld in het burgerlijk recht. Dit hoeft echter niet per se nationaal burgerlijk recht te zijn. Denkbaar is dat het burgerlijk recht van een *ander* rechtsstelsel analoog dient te worden toegepast. De *lex fori* kan bijvoorbeeld verwijzen naar het rechtsstelsel dat wordt aangewezen door de normale regels van internationaal privaatrecht voor overeenkomsten.

Voordeel van de opvatting dat de overeenkomsten tot internationale forumkeuze en tot arbitrage geheel door de *lex fori* worden beheerst, is dat geen geforceerde afbakening hoeft plaats te vinden tussen meerdere aspecten van deze overeenkomsten op de grond dat deze naar hun aard van elkaar zouden verschillen. Een goed criterium om onderscheid te kunnen maken is lastig te vinden. Zo wordt in de literatuur betoogd dat de rechter de toelaatbaarheid van de overeenkomst als vanzelfsprekend slechts aan de hand van zijn eigen recht dient te beoordelen. Het is immers aan ieder land zelf om de rechtsmacht van zijn gerechten te bepalen.²⁶ Aan de andere kant wordt aangenomen dat op de vraag of partijen wilsovereenstemming hebben bereikt, ook een vreemd rechtsstelsel van toepassing kan zijn. Echter, wilsovereenstemming is (in geval van prorogatie) een *voorwaarde* voor het aannemen van rechtsmacht. Indien de vraag of van wilsovereenstemming sprake is beantwoord wordt naar buitenlands recht, bepaalt dit buitenlandse recht dus mede in welke

24 Kuypers 2008, p. 391; zie verder bijv. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 112; Balk 1975, p. 5.

25 Zie hiervoor m.b.t. de overeenkomst tot forumkeuze Kuypers 2008, p. 388 e.v.; Kokkini-Iatridou & Boele-Woelki 1993, p. 348 e.v.; m.b.t. de overeenkomst tot arbitrage Meijer 2011, p. 363 e.v.

26 Zie bijv. Kuypers 2008, p. 394; De Boer 1996, p. 82-83.

gevallen de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Van een principieel onderscheid tussen beide aspecten kan kortom niet worden gesproken.²⁷

Aangezien het Nederlandse recht de voorwaarden dient te bepalen waaronder de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, lijkt het juister om als uitgangspunt te nemen dat overeenkomsten die van invloed zijn op deze rechtsmacht, door de rechter aan de hand van het eigen recht (met inbegrip van de internationale regelingen waaraan Nederland gebonden is, zoals de EEX-verordening) worden beoordeeld. Daarbij kan dit recht voor bepaalde vragen uiteraard wel verwijzen naar buitenlands recht. Het is echter niet zo dat op bepaalde aspecten *naar hun aard* een ander rechtstelsel van toepassing is. Dat bepaalde aspecten niet in de eigen wetgeving zijn behandeld, maar worden overgelaten aan een ander rechtstelsel, berust op een keuze van de wetgever. Het staat de wetgever vrij om deze aspecten alsnog zelf te regelen.

Aangezien de Nederlandse proceswetgeving geen uitgebreide regeling van de overeenkomst kent, zal over het algemeen teruggesproken moeten worden op een bepaald stelsel van burgerlijk recht. Soms geeft de Nederlandse proceswetgeving expliciet aan dat hiervoor buitenlands recht in aanmerking komt. Zo blijkt uit artikel 1074 lid 1 Rv dat de Nederlandse rechter zich in geval van een overeenkomst tot arbitrage buiten Nederland onbevoegd verklaart, tenzij de overeenkomst ongeldig is onder het op die overeenkomst toepasselijke recht. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat de vaststelling van het recht dat van toepassing is op de arbitrageovereenkomst kan geschieden op grond van de algemene regels van internationaal privaatrecht.²⁸ Ook in het Verdrag van New York wordt voor de vraag of een overeenkomst tot arbitrage geldig is in artikel V lid 1 sub a expliciet verwezen naar bepaalde nationale rechtssystemen.

Artikel 8 Rv laat zich niet uit over de vraag hoe beoordeeld moet worden of van een geldige overeenkomst tot forumkeuze sprake is. In de parlementaire geschiedenis is echter opgemerkt:

'Duidelijkheidshalve wordt erop gewezen dat dit vijfde lid evenmin als andere leden van artikel 8 (1.1.7) de kwestie van de materieelrechtelijke geldigheid van het forumkeuze-beding aanroert. Die kwestie moet worden bezien in het licht van het materiële recht dat op de overeenkomst en, indien daarvoor een van de hoofdovereenkomst afwijkend regime geldt (zie het zesde lid), op dit beding van toepassing is. De vaststelling van dat recht moet geschieden op grond van de het geval beheersende regels van internationaal privaatrecht.'²⁹

Ook in dit geval wordt voor de vraag of de overeenkomst geldig is verwezen naar het rechtstelsel dat wordt aangewezen door het internationaal privaatrecht.

Ook voor procesovereenkomsten met een internationaal karakter kan kortom tot uitgangspunt worden genomen dat zij procesrechtelijk van aard zijn. De Nederlandse rechter zal dergelijke overeenkomsten steeds toetsen aan het Nederlandse procesrecht (waartoe ook de internationale regelingen waaraan Nederland is gebonden behoren). Het Nederlandse procesrecht kan wel meebrengen dat voor bepaalde vragen gekeken moet worden naar buitenlands recht.

27 Zie ook Kokkini-Iatridou & Boele-Woelki 1993, p. 347.

28 Zie *Kamerstukken II* 1985/86, 18 464, nr. 6 (MvA), p. 40.

29 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 112.

2.4 Forumkeuze onder de EEX-verordening

Tot uitgangspunt is genomen dat procesovereenkomsten geheel beheerst worden door het procesrecht, terwijl het burgerlijk recht analoog kan worden toegepast. Het is de vraag wat in dit verband heeft te gelden voor overeenkomsten tot forumkeuze die worden beheerst door de EEX-verordening. Houdt ook de EEX in dat met betrekking tot bepaalde vragen teruggegrepen dient te worden op het burgerlijk recht van een bepaalde staat? Of regelt de EEX alle vragen die zich rond de forumkeuze kunnen voordoen uitputtend?

Verdedigd is wel dat de overeenkomst tot forumkeuze in haar geheel wordt beheerst door de EEX-regeling, en dat er dus geen ruimte is voor toepassing van nationale bepalingen van burgerlijk recht.³⁰ Voordeel van een dergelijke benadering is dat hierdoor een uniforme rechtstoepassing zo veel mogelijk wordt gewaarborgd. Elke EEX-staat kent een eigen stelsel van burgerlijk recht, zodat toepassing hiervan al snel tot verschillende resultaten kan leiden.³¹ Nadeel van een dergelijke benadering is dat de EEX-regeling zich over vele vragen niet uitlaat. Als niet kan worden teruggegrepen op het recht van een bepaalde staat, is onduidelijk welke normen wel moeten worden gehanteerd.

Met name uit de arresten Duffryn/Petereit, Benincasa/Dentalkit en Gasser/MISAT zou kunnen worden afgeleid dat de EEX volgens het Hof van Justitie geen ruimte laat voor toepassing van nationaal recht. In het arrest Duffryn/Petereit oordeelde het Hof dat het begrip 'overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter' autonoom dient te worden uitgelegd. Hierdoor zou een zo groot mogelijke uniformiteit van de uit de EEX-regeling voortvloeiende rechten en verplichtingen worden verzekerd.³² Het is echter onduidelijk of het Hof van Justitie hiermee wel bedoelde dat *alle* aspecten van de overeenkomst autonoom dienen te worden uitgelegd, dus ook de vraag naar wilsovereenstemming of wilsgebreken. Het arrest Benincasa/Dentalkit geeft een aanwijzing dat dit inderdaad de juiste interpretatie is. In dit arrest bepaalde het Hof van Justitie dat de geldigheid van het forumkeuzebeding los moet worden beoordeeld van de geldigheid van de overeenkomst waarvan het beding deel uitmaakt. Het Hof overwoog:

'Een bevoegdheidsbeding, dat een procedurele functie heeft, wordt beheerst door de bepalingen van het Executieverdrag, dat tot doel heeft eenvormige regels voor de internationale rechterlijke bevoegdheid in het leven te roepen. Daarentegen zijn de materiële bepalingen van de hoofdovereenkomst waarin het beding is opgenomen, alsmede elke betwisting betreffende de geldigheid daarvan, onderworpen aan de *lex causae*, die wordt bepaald door het internationaal privaatrecht van de staat van de aangezochte rechter.'³³

Het lijkt erop dat volgens het Hof een bevoegdheidsbeding *enkel* wordt beheerst door de bepalingen van het Executieverdrag. Ook uit het arrest Gasser/MISAT lijkt dit te volgen. In deze zaak ging het om de vraag wie de geldigheid van een overeenkomst tot forumkeuze dient te beoordelen: de als eerst aangezochte rechter, of het gerecht dat in de forumkeuze als bevoegd wordt aangewezen? De regering van het Verenigd

³⁰ Zie Kuypers 2008, p. 389 e.v., p. 402 e.v.

³¹ Zo ook Kuypers 2008, p. 404-405.

³² HvJ EG 10 maart 1992, NJ 1996, 279 (Duffryn/Petereit), r.o. 13-14.

³³ HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 25.

Koninkrijk betoogde dat het aan dit laatste gerecht is om de geldigheid te beoordelen, omdat het aangewezen gerecht in het algemeen beter in staat zou zijn om zich over de werking van het beding uit te spreken voor zover dit beding wordt beheerst door zijn 'eigen' materiële recht. Deze redenering wordt niet door het Hof gevolgd:

'Bovendien is het laatst aangezochte gerecht in geen geval beter dan het eerst aangezochte gerecht in staat om te beoordelen, of dit laatste al dan niet bevoegd is. Die bevoegdheid wordt immers rechtstreeks bepaald door de regels van het Executieverdrag, die voor de twee gerechten gelijkelijk gelden en door elk van hen met hetzelfde gezag kunnen worden uitgelegd en toegepast (...).'³⁴

Verderop in het arrest merkt het Hof nog terloops op dat het begrip 'forumkeuzebeding' als een autonoom begrip moet worden aangemerkt en uitsluitend aan de vereisten van artikel 17 EEX-Verdrag (artikel 23 EEX-Vo) moet worden getoetst.³⁵ Het lijkt er dus niet op dat het Hof ruimte laat voor toepassing van het materiële recht van een bepaalde staat.

Daar staat tegenover dat in het voorstel tot aanpassing van de EEX-verordening van een andere opvatting wordt uitgegaan. Het voorgestelde nieuwe artikel 23 EEX-Vo bepaalt dat indien partijen een gerecht of de gerechten van een lidstaat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen, dit gerecht of deze gerechten bevoegd zijn, *tenzij de overeenkomst krachtens het recht van die lidstaat substantieel nietig is*. Naar toekomstig recht staat dus vast dat er wel degelijk ruimte is voor toepassing van nationaal recht.

De vraag is of hieruit niet moet worden afgeleid dat dit ook reeds geldt naar huidig recht. Doel van de aanpassing van artikel 23 EEX-Vo is om een geharmoniseerde regel te geven voor de vraag *welk* nationaal recht toegepast dient te worden.³⁶ Uitgangspunt van het voorstel is dus *dat* er ruimte is voor toepassing van nationaal recht. In een rapport ter voorbereiding van het voorstel wordt opgemerkt dat, hoewel artikel 23 EEX-Vo op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie weinig ruimte lijkt te laten voor toepassing van nationaal recht, in de praktijk lidstaten vaak wel refereren aan nationaal recht.³⁷ Daarnaast bestaat in de literatuur verschil van mening of op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie wel geconcludeerd moet worden dat geen ruimte is voor toepassing van het recht van de lidstaten.³⁸

34 HvJ EG 9 december 2003, NJ 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 48.

35 HvJ EG 9 december 2003, NJ 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 51.

36 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM(2010)748, p. 10.

37 Hess, Pfeiffer & Schlosser 2007, p. 159, nr. 376.

38 Bell 2003, p. 290 lijkt er bijv. wel van uit te gaan dat Benincasa/Dentalkit meebrengt dat de geldigheid volledig aan de hand van de EEX-regeling dient te worden beoordeeld. Ook A-G Strikwerda lijkt in principe deze mening toegedaan, maar meent wel dat het Hof van Justitie nog een zekere ruimte laat voor toepassing van nationaal recht bij de beoordeling van de vraag of aan het vereiste van overeenstemming is voldaan; zie zijn conclusie voor HR 16 mei 2008, RvdW 2008, 525 (Pentamedia/New Skies), nr. 22; zie ook Hof Amsterdam 13 januari 2009, NJF 2009, 118, r.o. 4.7. Volgens Gaudemet-Tallon 2010, p. 141, nr. 152 moet worden afgewacht of het Hof van Justitie deze visie inderdaad bevestigt; Vlas daarentegen schrijft in zijn noot onder Benincasa/Dentalkit dat het Hof zich niet uitlaat over de vraag welk recht de geldigheid van de forumkeuze zelf beheerst. Dit moet naar zijn mening worden bepaald aan de hand van het IPR van de geadiëerde rechter; Noot Vlas bij HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), nr. 3; Burgerlijke rechtsvordering, P. Vlas, art. 23 EEX-Vo, aant. 7.1.

Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat ook naar huidig recht de overeenkomst tot forumkeuze niet uitputtend wordt beheerst door de EEX, maar dat kan worden teruggegrepen op nationaal recht. Hiervoor komt, in anticipatie op de inwerkingtreding van het voorstel, het recht van de lidstaat van het in de forumkeuze aangewezen gerecht in aanmerking.

Hoewel kan worden aangenomen *dat* de EEX-verordening ruimte laat voor toepassing van nationaal recht, is daarmee nog niet de vraag beantwoord *welke* ruimte de EEX-verordening laat. Naar mijn mening is deze ruimte zeer gering. Het Hof van Justitie lijkt de toepassing van regels van nationaal recht in het kader van artikel 23 EEX-Vo zo veel mogelijk te willen beperken. Zo kan uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie worden afgeleid dat aan een forumkeuze geen nadere eisen mogen worden gesteld dan in de verordening gegeven.³⁹ Het staat lidstaten bijvoorbeeld, mede gezien het belang van de rechtszekerheid, niet vrij om andere vormvoorschriften voor te schrijven dan in de EEX-regeling worden genoemd.⁴⁰ Ook de keuze van het aangewezen gerecht kan volgens het Hof van Justitie slechts aan de vereisten van de EEX-regeling worden getoetst.⁴¹ Duidelijk is verder dat het Hof van Justitie in het kader van de EEX grote waarde aan rechtszekerheid hecht.⁴² Het Hof acht een uniforme toepassing van de bevoegdheidsregels van belang.⁴³ Met betrekking tot artikel 23 EEX-Vo benadrukt het Hof van Justitie dat de rechter zich gemakkelijk over zijn bevoegdheid moet kunnen uitspreken.⁴⁴ Aannemelijk is kortom dat in het kader van de EEX slechts een beperkte rol is weggelegd voor de toepassing van nationaal recht, aangezien een uniforme rechtstoepassing op het gebied van de forumkeuze zo veel mogelijk moet worden gewaarborgd. Met name op het gebied van de totstandkoming van de overeenkomst en de wilsgebreken zal waarschijnlijk wel teruggegrepen kunnen worden op het recht van een bepaalde lidstaat. Op deze voorschriften lijkt ook het voorgestelde nieuwe artikel 23 EEX-Vo, gezien zijn bewoordingen, te doelen. Daarbuiten zal die ruimte mijns inziens zeer beperkt zijn. In met name hoofdstuk 10 zal de vraag in hoeverre ruimte bestaat voor toepassing van bepalingen van nationaal burgerlijk recht nog nader aan de orde komen.

2.5 Conclusie

Voor de vraag welk recht van toepassing is op procesovereenkomsten is het uitgangspunt dat burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht deel uitmaken van één rechtssysteem van principieel belang. Dit uitgangspunt brengt mee dat onnodige

39 Zo ook Burgerlijke rechtsvordering, P. Vlas, art. 23 EEX-Vo, aant. 1; Strikwerda 2008, p. 259.

40 HvJ EG 24 juni 1981, NJ 1981, 546, m.nt. JCS (Elefanten Schuh/Jacqmain), r.o. 24-26; HvJ EG 16 maart 1999, nr. C-159/97, NJ 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 34-38.

41 HvJ EG 16 maart 1999, nr. C-159/97, NJ 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 48-49.

42 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie, Kuypers 2008, p. 925, 926; Pontier & Burg 2004, p. 69 e.v. Zie o.a. HvJ EG 1 maart 2005, NJ 2007, 369, m.nt. P. Vlas (Owusu/Jackson), r.o. 38-41; HvJ EG 9 december 2003, NJ 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 51, 72; HvJ EG 16 maart 1999, NJ 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 48; HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 27-29.

43 HvJ EG 1 maart 2005, NJ 2007, 369, m.nt. P. Vlas (Owusu/Jackson), r.o. 43.

44 HvJ EG 16 maart 1999, NJ 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 34, 46-50; HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 27-29; zie ook Pontier & Burg 2004, p. 108, 143.

verschillen tussen beide gebieden vermeden dienen te worden. Indien dit uitgangspunt voldoende voor ogen wordt gehouden, is de precieze uitwerking ervan van minder betekenis. Gekozen is in dit proefschrift voor de benadering waarin figuren op het grensgebied tussen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht eerst worden toegedeeld tot een van beide gebieden, waarbij de regels van het andere gebied, waar dat gewenst is, analoog worden toegepast.

In de gekozen benadering dienen procesovereenkomsten procesrechtelijk te worden gekwalificeerd, aangezien zij met name gericht zijn op het in het leven roepen van gevolgen die liggen op het gebied van het procesrecht. Dat in de proceswetgeving geen uitgebreide regeling van de figuur van de overeenkomst is opgenomen, staat hieraan niet in de weg. Het overeenkomstenrecht zoals dit is ontwikkeld in het burgerlijk recht kan, gezien het beginsel van eenheid van recht, ook voor het burgerlijk procesrecht tot uitgangspunt worden genomen. Afwijking van deze regeling dient te worden gelegitimeerd.

Procesovereenkomsten met een internationaal karakter dienen door de Nederlandse rechter aan de hand van het Nederlandse procesrecht beoordeeld te worden. Wel kan het burgerlijk recht ook hier analoog worden toegepast. Het Nederlandse procesrecht brengt mee dat ook buitenlands recht hiervoor in aanmerking komt.

De EEX-verordening laat een beperkte ruimte voor de toepassing van nationaal burgerlijk recht op de overeenkomst tot forumkeuze. Voor toepassing komt in aanmerking het recht van de lidstaat van het gerecht dat bij de forumkeuze is aangewezen.

De vraag waar toepassing van deze algemene uitgangspunten in concrete gevallen toe leidt, is in dit hoofdstuk niet aan de orde gekomen. Op deze vraag zal in hoofdstuk 10 en 11 worden ingegaan. Daar zal getracht worden de inhoud van het 'procesovereenkomstenrecht' nader vast te stellen.

DEEL 1

Toelaatbaarheid

3 In de wet geregelde mogelijkheden om af te wijken van het procesrecht

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de in de wet geregelde mogelijkheden om af te wijken van het procesrecht behandeld. Zoals reeds in paragraaf 1.2.2 is opgemerkt, kan daarbij onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin de wet een overeenkomst tussen partijen vereist om van het procesrecht af te wijken, en gevallen waarin de wet slechts spreekt over een bepaalde verklaring of gedraging van partijen. Beide typen bepalingen komen in dit hoofdstuk aan de orde. Daarbij zal niet elk wetsartikel waarbij afwijking van het procesrecht mogelijk wordt gemaakt afzonderlijk besproken en geanalyseerd worden. Voor een dergelijke uitgebreide analyse is hier geen plaats.¹ Wel zal aandacht worden besteed aan een aantal gemeenschappelijke kenmerken van deze bepalingen.

De overeenkomst tot bindend advies zal in dit hoofdstuk niet behandeld worden. Deze overeenkomst is slechts gedeeltelijk in de wet geregeld. Uit artikel 7:900 BW volgt wel dat partijen kunnen overeenkomen om hun geschil aan bindend adviseurs voor te leggen. De gevolgen die een dergelijke overeenkomst heeft voor de bevoegdheid van de overheidsrechter zijn echter niet geregeld. Niet bepaald is of, en zo ja, onder welke voorwaarden, de overeenkomst tot bindend advies meebrengt dat de overheidsrechter een zaak niet in behandeling neemt. Om deze reden wordt deze overeenkomst behandeld als een niet door de wet geregelde mogelijkheid tot afwijking van het procesrecht. Zij komt aan de orde in paragraaf 5.4.2.

Hierna wordt eerst een kort overzicht gegeven van de verschillende in de wet geregelde gevallen, waarbij zij in drie categorieën worden onderverdeeld. In veel van deze wetsartikelen wordt de mogelijkheid om af te wijken van het procesrecht onderworpen aan bepaalde voorwaarden. In paragraaf 3.3 worden de meest voorkomende voorwaarden geanalyseerd. In paragraaf 3.4 worden ten slotte de gevallen waarin afwijking van het procesrecht afhankelijk is gemaakt van een verklaring of gedraging van partijen nader onder de loep genomen.

¹ Naar sommige procesovereenkomsten is reeds uitgebreid onderzoek gedaan. Zie voor de overeenkomst tot forumkeuze bijv. Kuypers 2011 en voor de overeenkomst tot arbitrage bijv. Meijer 2011.

3.2 Overzicht van in de wet geregelde afwijkingsmogelijkheden

3.2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt een kort overzicht gegeven van de verschillende in de wet geregelde mogelijkheden om af te wijken van het procesrecht. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de gevallen waarin wordt afgeweken van de wettelijke competentieverdeling en/of het stelsel van rechtsmiddelen (paragraaf 3.2.2), de gevallen waarin wordt afgeweken van het bewijsrecht (paragraaf 3.2.3) en de gevallen waarin wordt afgeweken van de regels omtrent de rechtsingang en de gang van zaken tijdens de procedure (paragraaf 3.2.4).

3.2.2 Afwijking van de wettelijke competentieverdeling en/of het stelsel van rechtsmiddelen

In de wet wordt het in verschillende bepalingen mogelijk gemaakt om bij overeenkomst af te wijken van de normaal gesproken geldende competentieverdeling of van het wettelijke stelsel van rechtsmiddelen. Zo kunnen partijen door middel van een overeenkomst tot arbitrage bevoegdheid aan de overheidsrechter ontnemen en toekennen aan een scheidsgerecht (zie artikel 1020 lid 1 jo. artikel 1022 lid 1 en artikel 1074 lid 1 Rv). Ook kunnen partijen invloed uitoefenen op de internationale rechtsmacht, door middel van een overeenkomst tot forumkeuze (zie artikel 23 EEX-Vo en artikel 8 Rv). In de dagvaardingsprocedure is niet alleen afwijking van de internationale rechtsmacht bij overeenkomst mogelijk, maar kunnen partijen ook afwijken van de relatieve bevoegdheidsregels (zie artikel 108 lid 1 Rv). Verder kunnen partijen overeenkomen om de rechtbank over te slaan en hun geschil bij de aanvang van het geding dadelijk ter kennis van het gerechtshof dat in hoger beroep bevoegd zou zijn te brengen (zie artikel 329 Rv, de prorogatie). Partijen kunnen ten slotte overeenkomen van hoger beroep af te zien (zie artikel 333 Rv) of om dit over te slaan (artikel 398 sub 2 Rv, sprongcassatie). Dergelijke overeenkomsten, waarbij partijen afwijken van de wettelijke competentieverdeling en/of het stelsel van rechtsmiddelen, worden hierna bevoegdheidsovereenkomsten genoemd.

Naast de bepalingen waarin voor afwijking een overeenkomst wordt vereist, zijn er ook wetsbepalingen waarin wordt gesproken over een bepaalde gedraging of verklaring van partijen. Partijen kunnen bijvoorbeeld door middel van een stilzwijgende forumkeuze afwijken van de internationale competentie. Uit artikel 24 EEX-Vo en artikel 9 Rv volgt dat de Nederlandse rechter in principe bevoegd wordt, indien de verweerder verschijnt zonder de bevoegdheid te betwisten. Stilzwijgende forumkeuze is in de dagvaardingsprocedure ook met betrekking tot de relatieve bevoegdheid mogelijk, zoals blijkt uit artikel 110 lid 1 Rv. In de verzoekschriftprocedure geldt dat een relatief onbevoegde rechter de zaak toch in behandeling neemt indien de verzoeker en de opgeroepen belanghebbenden hebben aangegeven geen verwijzing te wensen (zie artikel 270 lid 1 Rv). In echtscheidingszaken is de rechter bevoegd indien de andere echtgenoot de bevoegdheid niet betwist (artikel 270 lid 2 Rv). Daarnaast kunnen partijen bevoegdheid verlenen aan een kantonrechter door zich samen tot hem te wenden en zijn beslissing in te roepen

(zie artikel 96 Rv; omgekeerde prorogatie). In dit laatste geval is zowel afwijking van de absolute als van de relatieve bevoegdheid mogelijk. Ten slotte is arbitrage mogelijk doordat partijen in het arbitraal geding verschijnen en geen beroep doen op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage (artikel 1052 lid 2 Rv).

Buiten beschouwing in deze paragraaf zijn tot nog toe gebleven verschillende internationale regelingen waarbij afwijking van de wettelijke competentieverdeling mogelijk wordt gemaakt. In het kader van de overeenkomst tot arbitrage is het Verdrag van New York van belang.² Artikel II van dit verdrag verplicht Nederland, als verdragsluitende staat, de schriftelijke overeenkomst tot arbitrage te erkennen. De rechter bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt over een onderwerp ten aanzien waarvan partijen een overeenkomst tot arbitrage hebben gesloten, dient partijen op grond van dit artikel in principe, op verzoek van een hunner, naar arbitrage te verwijzen. In dit proefschrift wordt slechts incidenteel aandacht besteed aan het Verdrag van New York. De reden is dat partijen dit verdrag vaak niet nodig hebben, omdat aangenomen kan worden dat het Verdrag van New York er niet aan in de weg staat dat een partij zich op artikel 1074 lid 1 Rv beroept.³ Dit is voor een partij over het algemeen gunstiger, aangezien het Verdrag van New York een relatief strenge schriftelijkheidseis kent.⁴

Ook in het kader van de overeenkomst tot forumkeuze zijn verschillende internationale regelingen van belang. Naast de EEX-verordening, die hiervoor reeds aan de orde is gekomen, is dit ten eerste het EVEX II-Verdrag. Dit is een verdrag tussen de EG en de lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie (Liechtenstein, Noorwegen, IJsland en Zwitserland). Inhoudelijk gezien vertoont het verdrag een grote gelijkenis met de EEX-verordening. Het verdrag kent, net als de EEX, aan partijen de mogelijkheid toe om zelf een bevoegd gerecht aan te wijzen (zie artikel 23 en 24 EVEX II-Verdrag). Dit verdrag blijft in het navolgende verder buiten beschouwing.

In verschillende bijzondere internationale regelingen zijn bepalingen opgenomen waarin forumkeuze mogelijk wordt gemaakt. Het gaat bijvoorbeeld om artikel 31 CMR-Verdrag, artikel 4 Alimentatieverordening en artikel 12 Brussel IIbis. Ook op deze bepalingen zal niet verder worden ingegaan.

Ten slotte kan nog worden gewezen op het Haags Forumkeuzeverdrag, dat op 30 juni 2005 tot stand is gekomen. Dit verdrag regelt de bevoegdheid in geval van een exclusieve forumkeuze en de erkenning en de tenuitvoerlegging van uitspraken van het aangewezen gerecht. Het verdrag is nog niet in werking getreden, maar inmiddels wel door de Verenigde Staten en de Europese Unie ondertekend. In de toekomst kan het een belangrijke rol gaan spelen. Het blijft in dit proefschrift verder buiten beschouwing.

2 Het Verdrag inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van scheidsrechterlijke uitspraken 1985, te vinden op www.uncitral.org.

3 Aangenomen kan worden dat de meestbegunstigingsbepaling van art. VII Verdrag van New York hier analoog kan worden toegepast. Zie in dit verband Meijer 2011, p. 261, met verwijzingen.

4 Zo ook Meijer 2011, p. 261; Snijders 2011c, p. 388, art. 1074 Rv, aant. 1, p. 392, art. 1075 Rv, aant. 1.

3.2.3 *Afwijking van het wettelijke bewijsrecht*

Uit artikel 153 Rv blijkt dat partijen bij overeenkomst van het wettelijke bewijsrecht kunnen afwijken. Partijen kunnen ten eerste een van de wet afwijkende bewijslastverdeling overeenkomen (bewijslastovereenkomst). Daarnaast kunnen partijen het aantal door de wet toegelaten bewijsmiddelen wijzigen (bewijsmiddelovereenkomst). Zij kunnen bijvoorbeeld afspreken dat bewijs alleen geleverd kan worden door middel van schriftelijke stukken. Ook kunnen partijen een overeenkomst omtrent de bewijskracht sluiten, bijvoorbeeld door af te spreken dat een bepaald stuk tussen hen tot volledig bewijs zal strekken. Ten slotte is een overeenkomst mogelijk waarbij het leveren van tegenbewijs wordt uitgesloten.⁵

3.2.4 *Afwijking van de regels omtrent de rechtsingang en de gang van zaken tijdens de procedure*

In verschillende bepalingen wordt het partijen mogelijk gemaakt om af te wijken van de regels omtrent de rechtsingang of de gang van zaken tijdens de procedure. Voor afwijking wordt in deze gevallen geen overeenkomst vereist, maar steeds een bepaalde verklaring of gedraging van partijen.

Ten eerste kunnen partijen in bepaalde gevallen afwijken van het vereiste van een dagvaarding of een exploit. Zo is in artikel 255 lid 2 Rv bepaald dat partijen vrijwillig ter terechtzitting van de voorzieningenrechter in kort geding kunnen verschijnen. In dat geval is een dagvaarding dus niet nodig. Ook kunnen partijen zich, zonder dagvaarding, samen tot een kantonrechter van hun keuze wenden. De normale procesregels zijn daarbij niet van toepassing. Het geding wordt gevoerd op de wijze als door de kantonrechter bepaald (zie artikel 96 Rv). Voorts geldt dat, indien het geding is geschorst, het in principe bij exploit dient te worden hervat. Blijkens artikel 227 lid 1 sub b en artikel 228 lid 1 Rv kan hervatting echter ook plaatsvinden doordat een van de partijen, met instemming van de andere partij, een akte ter rolle neemt.

Partijen hebben verschillende mogelijkheden om af te wijken van de termijnen die gelden tijdens de procedure. Zo is in artikel 133 lid 2 Rv bepaald dat partijen uitstel kunnen vragen voor het nemen van conclusies. De rechter volgt een daartoe strekkend, eenstemmig verzoek van partijen, tenzij dit zou leiden tot onredelijke vertraging van het geding. Blijkens lid 3 geldt hetzelfde voor de termijnen voor het verrichten van andere proceshandelingen. In artikel 229 Rv is bepaald dat op verlangen van de in het geding verschenen partijen de rechter de uitspraak uitstelt. Ook in de echtscheidingsprocedure is verlenging van termijnen mogelijk. Zo blijkt uit artikel 816 lid 5 Rv dat de rechter de termijn voor het indienen van het verweerschrift op eensluidend verzoek van de echtgenoten verlengt, tenzij dit leidt tot onredelijke vertraging van het geding. Uit artikel 818 lid 3 Rv volgt dat op een eensluidend verzoek van de echtgenoten de behandeling ter terechtzitting niet wordt aangevangen of voortgezet voor het verstrijken van een door hen aangeduide termijn, tenzij dit leidt tot onredelijke vertraging van het geding.

⁵ Zie over de verschillende typen bewijsovereenkomsten Van der Wiel 2002a, p. 222-223; Scheltema 1935, p. 419.

Partijen kunnen ten slotte hun zaak royeren. In artikel 246 lid 1 Rv is bepaald dat op verlangen van partijen de zaak op de rol wordt doorgehaald. De rechtsgevolgen van deze doorhaling kunnen partijen blijkens lid 2 bij overeenkomst bepalen. Mogelijk is dat partijen met het royement de instantie beëindigen, maar noodzakelijk is dit niet.⁶

Naast deze wetsartikelen die het in een specifiek geval mogelijk maken om af te wijken van de gang van zaken tijdens de procedure, bestaat er een aantal meer algemene bepalingen waarbij afwijking mogelijk wordt gemaakt. Zo is artikel 191 Rv van belang, met welk artikel beoogd wordt het maken van bindende procesafspraken te faciliteren.⁷ In het eerste lid van dit artikel is bepaald dat de rechter na afloop van een voorlopig getuigenverhoor een comparitie kan bevelen. Daarbij kan, blijkens het tweede lid, ook de verdere wijze van behandeling van geschillen worden besproken. Afspraken dienaangaande worden, wanneer een partij dat verlangt, in een procesverbaal vastgelegd. Volgens toenmalig minister Korthals wordt hiermee een aanzet gegeven tot een meer algemene erkenning van procesafspraken.⁸ Het bespreken van de gang van zaken tijdens de procedure is ook mogelijk tijdens andere comparities, zoals de comparitie na antwoord. Dit staat niet met zo veel woorden in de wet, maar is een algemeen erkend doel van de comparitie.⁹ Naast artikel 191 Rv moet ook gewezen worden op artikel 1.4 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken. In dit artikel is bepaald dat partijen gebonden zijn aan de wijze en termijnen van procesvoering als in het reglement voorzien, tenzij de rechtbank op hun eenstemmig verzoek dat vóór de eerste roldatum is gedaan, een daarvan afwijkende procesvoering toestaat. In paragraaf 7.6 wordt betoogd dat de rechter een dergelijk verzoek in sommige gevallen niet mag weigeren.

3.3 Analyse van voorwaarden voor afwijking

3.3.1 Inleiding

In veel wetsbepalingen wordt afwijking van het procesrecht afhankelijk gemaakt van bepaalde voorwaarden. Hierna zullen de voorwaarden die veel voorkomen geanalyseerd worden. Daarbij wordt onder meer ingegaan op de vraag wat het doel is van een bepaalde voorwaarde, hoe deze voorwaarde moet worden uitgelegd en of deze voorwaarde analoog moet worden toegepast op eventuele niet in de wet geregelde mogelijkheden tot afwijking van het procesrecht.

Besproken worden de voorwaarden dat de overeenkomst betrekking heeft op een geschil, dat dit geschil voortvloeit uit een rechtsbetrekking die ter vrije bepaling van partijen staat, dat de rechtsbetrekking bepaald is en dat de afwijking van het procesrecht niet leidt tot onredelijke vertraging van het geding. Kort wordt ingegaan op de bewijs- en vormvoorschriften die gelden bij forumkeuze en arbitrage. Ook worden de beperkingen met betrekking tot het moment waarop kan worden afgeweken van het procesrecht besproken. Ten slotte komt de uitzondering in artikel 8 lid 1 en 9 sub a Rv aan de orde die geldt indien geen redelijk belang aanwezig is.

6 Zie bijv. Rb. Almelo 1 september 2010, *NJF* 2010, 402.

7 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 367-368.

8 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 643.

9 Van der Linden 2010, p. 77; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 174, nr. 146.

3.3.2 Geschil

In verschillende wetsbepalingen wordt vereist dat een procesovereenkomst betrekking heeft op een 'geschil'. Zo bepaalt artikel 329 Rv dat partijen in alle voor hoger beroep bij het gerechtshof vatbare geschillen (...) overeen kunnen komen die geschillen bij de aanvang van het geding dadelijk ter kennis te brengen van het gerechtshof dat in hoger beroep bevoegd zou zijn. Zie verder artikel 23 lid 1 EEX-Vo en artikel 8 lid 1 en 2, artikel 108 lid 1 en artikel 1020 lid 1 Rv. Een uitzondering vormt artikel 333 Rv, waar gesproken wordt over 'zaken'.

Nu is het zo dat procesovereenkomsten niet 'los' kunnen bestaan. Procesovereenkomsten zijn hulpovereenkomsten, dat wil zeggen overeenkomsten die zelfstandig geen reden van bestaan hebben, maar zijn aangegaan in afhankelijkheid van een buiten hen liggende rechtsverhouding.¹⁰ Partijen kunnen bijvoorbeeld niet simpelweg arbitrage overeenkomen, maar zullen altijd 'iets' aan arbitrage moeten onderwerpen. Het is van belang om vast te stellen wat dit 'iets' precies is. Een helder inzicht op dit punt kan helpen om vragen van derdenwerking te beantwoorden, zoals de vraag of in geval van overgang van een vordering de nieuwe schuldeiser gebonden is aan een procesovereenkomst gesloten tussen de oorspronkelijke partijen.

Indien men naar de wet kijkt, lijkt het 'iets' waaraan procesovereenkomsten gekoppeld moeten zijn, een geschil te zijn. Het is de vraag of deze conclusie wel juist is. De term 'geschil' is niet erg gelukkig gekozen. Niet steeds wanneer een partij een rechtsvordering instelt, hoeft er immers sprake te zijn van een geschil. Denkbaar is dat de wederpartij de vordering niet betwist. Het is onaannemelijk dat de wetgever de mogelijkheid van een procesovereenkomst voor dit soort 'incassoprocedures' heeft willen uitsluiten. De wettelijke term 'geschil' zal dus in ieder geval ruim moeten worden uitgelegd: ook in geval van een niet-betwiste rechtsvordering is hieraan voldaan.¹¹

Er valt echter nog een ander bezwaar aan te voeren tegen het begrip 'geschil'. Denkbaar is namelijk dat partijen twee procedures voeren met betrekking tot hetzelfde geschil, maar enkel met betrekking tot een daarvan een procesovereenkomst willen sluiten. Zo kunnen zij afspreken dat zij, omwille van een vlotte gang van zaken, geen getuigen mee mogen nemen naar een zitting in kort geding. Dit betekent niet dat zij getuigenbewijs ook hebben willen uitsluiten met betrekking tot een eventueel te voeren bodemprocedure in hetzelfde geschil. Niet duidelijk is waarom partijen niet op deze manier zouden mogen differentiëren naar gelang het de rechtsvordering in kort geding en de rechtsvordering in de bodemprocedure betreft. De wettelijke bepalingen moeten dan ook niet zo worden uitgelegd, dat de procesovereenkomst steeds moet gelden voor *alle* procedures die over een bepaald geschil gevoerd worden.

Niet gezegd kan al met al worden dat procesovereenkomsten steeds gekoppeld dienen te zijn aan een bepaald geschil. Ook kan mijns inziens niet worden aangenomen dat zij betrekking moeten hebben op een bepaald recht of een bepaalde rechtsverhouding. Ook over een recht of rechtsverhouding kan immers in meerdere

10 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), p. 66, nr. 90.

11 Zo ook Meijer 2011, p. 142; Snijders 2011c, p. 76, art. 1020 Rv, aant. 2.

procedures worden geprocedeerd, terwijl niet met betrekking tot al deze procedures een procesovereenkomst behoeft te zijn gesloten. Beter is het daarom om aan te nemen dat procesovereenkomsten steeds betrekking moeten hebben op een bepaalde *rechtsvordering*, een bepaald *verzoek* of een bepaald *verweer*.¹²

Het feit dat de procesovereenkomst wordt aangegaan in afhankelijkheid van een bepaalde rechtsvordering, een bepaald verzoek of een bepaald verweer, en niet van het subjectieve recht of de rechtsverhouding zelf, verklaart waarom de rechten uit een dergelijke overeenkomst ook gelden indien er helemaal geen recht of rechtsverhouding blijkt te zijn. Voor zowel de overeenkomst tot forumkeuze als de overeenkomst tot arbitrage geldt de zogenaamde separabiliteit. Dit houdt in dat deze procesovereenkomsten los van de overeenkomst waarvan zij deel uitmaken, dienen te worden beoordeeld. De door een forumkeuze aangewezen rechter is hierdoor bevoegd te oordelen over de rechtsgeldigheid van de hoofdovereenkomst waarop de forumkeuze ziet. Het feit dat hij eventueel tot de conclusie komt dat de hoofdovereenkomst niet geldig is, doet aan zijn bevoegdheid niets af.¹³ Dit betekent dat deze overeenkomsten ook hun werking kunnen hebben indien er wel een rechtsvordering wordt ingesteld of een verzoek wordt ingediend, terwijl er (achteraf) helemaal geen recht of rechtsverhouding heeft bestaan. Het is dan ook beter de overeenkomst tot forumkeuze en tot arbitrage gekoppeld te zien aan de rechtsvordering of het verzoek.

Tegengeworpen kan worden dat toch ook het omgekeerde zich kan voordoen: er kan ook sprake zijn van een geldige procesovereenkomst terwijl er nog geen rechtsvordering, verzoek of verweer is. Overeenkomsten als de bewijsovereenkomst, de overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage kunnen gesloten worden voordat er een procedure is begonnen of zelfs maar sprake is van een geschil. Toch bestaan in dergelijke gevallen wel potentiële rechtsvorderingen, verzoeken en verweren: het is mogelijk dat in de toekomst wel een rechtsvordering wordt ingesteld, een verzoek wordt gedaan of een verweer wordt gevoerd. Enkel indien dit daadwerkelijk gebeurt, heeft de procesovereenkomst haar werking. Dat de overeenkomst met betrekking tot toekomstige rechtsvorderingen, verzoeken of verweren gesloten wordt, is dus geen probleem.¹⁴ Wel zal voldoende duidelijk moeten zijn voor welke rechtsvorderingen, verzoeken en verweren de procesovereenkomst geldt. Aan deze eis is bijvoorbeeld voldaan indien bepaald is dat de overeenkomst geldt voor alle rechtsvorderingen, verzoeken en verweren die voortvloeien uit een bepaalde rechtsbetrekking.

Partijen hoeven bij het sluiten van de procesovereenkomst niet alle rechtsvorderingen, verzoeken en verweren waarop de overeenkomst betrekking heeft

12 Zie in dit verband, m.b.t. de overeenkomst tot arbitrage, Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 431; Meijer 2011, p. 648, 651; Snijders 2011c, p. 96, art. 1020 Rv, aant. 7.

13 Zie art. 8 lid 6 Rv (internationale forumkeuze); art. 108 lid 4 Rv (relatieve bevoegdheid); art. 1053 Rv (arbitrage); zie voor forumkeuze onder de EEX-regeling HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 21-32. Overigens moet een nuancering worden gemaakt wat betreft de overeenkomst tot arbitrage. Partijen kunnen namelijk niet alleen rechtsgeschillen aan arbitrage onderwerpen, maar ook een puur feitelijke vaststelling, zoals de vaststelling van de hoedanigheid of van de toestand van zaken (zie art. 1020 lid 4 sub a Rv). In dergelijke gevallen heeft de overeenkomst tot arbitrage dus niet betrekking op een *rechtsvordering*. Deze overeenkomst heeft dus een ruimer bereik.

14 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), p. 66-67, nr. 90.

afzonderlijk te benoemen. In geval van bijvoorbeeld een overeenkomst tot arbitrage kunnen zij volstaan met de formulering dat zij alle geschillen voortvloeiende uit een bepaalde rechtsbetrekking aan arbitrage onderwerpen. Voldoende duidelijk is in dat geval dat de overeenkomst geldt voor *alle* rechtsvorderingen en verzoeken met betrekking tot een dergelijk geschil.

Niet vereist is kortom dat een procesovereenkomst gekoppeld is aan een recht, rechtsverhouding of een geschil. Zij wordt aangegaan in afhankelijkheid van een rechtsvordering, een verzoek of een verweer. Dit geldt zowel voor de in de wet, als voor de niet in de wet geregelde procesovereenkomsten. Dat in sommige wetsbepalingen wordt gesproken over 'geschillen' doet hier niet aan af. Aangenomen moet worden dat deze wetsbepalingen er niet aan in de weg staan dat partijen, indien in een geschil meerdere rechtsvorderingen worden ingesteld, een procesovereenkomst sluiten die slechts voor één van deze rechtsvorderingen geldt.

3.3.3 Vrije bepaling

In meerdere bepalingen waarin afwijking van het procesrecht mogelijk wordt gemaakt komt de beperking voor dat geen sprake mag zijn van een zaak die niet ter vrije bepaling van partijen staat. Opvallend is echter dat deze beperking telkens net iets anders is geformuleerd. Ten eerste zit er verschil in datgene, wat ter vrije bepaling van partijen dient te staan. Zo spreekt artikel 1020 lid 3 Rv (overeenkomst tot arbitrage) over '*rechtsgevolgen* welke niet ter vrije bepaling van partijen staan'. Ook artikel 153 Rv (bewijsovereenkomst) heeft het over 'gevolgen'. In artikel 8 en 108 Rv (forumkeuze) wordt daarentegen gesproken over een '*rechtsbetrekking* die tot hun vrije bepaling staat', terwijl het in artikel 329 Rv (prorogatie) gaat over '*zaken* die ter vrije bepaling van de partijen staan'. Artikel 96 Rv ('omgekeerde' prorogatie) en artikel 333 Rv (uitsluiting hoger beroep) hanteren ten slotte een combinatie van de hiervoor genoemde mogelijkheden: zij spreken over '*zaken die slechts rechtsgevolgen betreffen* die ter vrije bepaling van partijen staan'.

Ook het gevolg dat aan het niet ter vrije bepaling staan wordt gekoppeld, lijkt te verschillen. In artikel 153 Rv (bewijsovereenkomst) staat dat bewijsovereenkomsten in dat geval 'buiten toepassing [blijven]'. In artikel 1020 lid 3 (overeenkomst tot arbitrage) is bepaald dat deze overeenkomst niet mag *leiden* tot de vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling staan. In de overige gevallen lijkt sprake van een voorwaarde om van het procesrecht af te kunnen wijken. Zo bepaalt artikel 329 Rv: 'In alle (...) zaken die ter vrije bepaling van de partijen staan, kunnen partijen overeenkomen (...) (etc.).'

Volgens Franx is dit verschil in formulering van belang voor de vraag hoe de zinsnede in een bepaald geval moet worden uitgelegd. Volgens hem beperkt artikel 8 Rv het aantal *rechtsbetrekkingen* waarover een forumkeuze kan worden overeengekomen, terwijl artikel 1020 lid 3 Rv slechts de *rechtsgevolgen* beperkt waartoe een overeenkomst tot arbitrage kan leiden. Hij merkt daarbij op dat de omstandigheid dat een rechtsverhouding wordt beheerst door bepalingen van dwingend recht of van openbare orde in het algemeen niet aan arbitrage in de weg staat.¹⁵

¹⁵ Franx 1996, p. 92.

Het is echter de vraag of inderdaad veel waarde moet worden gehecht aan dit verschil in formulering. De parlementaire geschiedenis van deze artikelen wijst daar niet op. Hierin wordt namelijk regelmatig naar elkaar verwezen.¹⁶ De wetgever gaat er dus kennelijk van uit dat deze bepaling steeds hetzelfde inhoudt.

Hoewel het gezien de parlementaire geschiedenis niet waarschijnlijk is dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen de verschillende wetsbepalingen, maakt de opvatting van Franx wel duidelijk dat verschillende interpretaties van de 'niet-ter-vrije-bepaling'-zinsnede denkbaar zijn. Ten eerste is het mogelijk deze bepaling als een geldigheidsvoorwaarde te zien. Een overeenkomst die hieraan niet voldoet zou dan van het begin af aan ongeldig zijn. Daarbij dient dan wel te worden aangenomen dat het enkele feit dat wellicht een regel van openbare orde van toepassing is op de rechtsverhouding van partijen, nog niet aan de bevoegdheid tot het sluiten van een procesovereenkomst in de weg staat. Op het moment van het sluiten van de overeenkomst zal immers nauwelijks vast te stellen zijn, of voor een in de toekomst tussen partijen rijzend geschil wellicht regels van openbare orde gelden. Enkel op rechtsgebieden waarbij de openbare orde in zeer sterke mate betrokken is, zou kunnen worden aangenomen dat partijen geen geldige overeenkomst zouden kunnen sluiten.

Een andere opvatting is dat de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking geen geldigheidsvoorwaarde is, maar slechts in een concreet geval meebrengt dat de procesovereenkomst buiten toepassing gelaten moet worden. Dit is het geval indien toepassing van de procesovereenkomst ertoe leidt dat regels van openbare orde niet worden nageleefd. Buitentoe passinglating komt in een dergelijk geval dus niet pas aan de orde indien de openbare orde in zeer sterke mate betrokken is. Reden is dat in het concrete geval getoetst wordt, zodat het steeds mogelijk is om in te grijpen als de overeenkomst leidt tot strijd met de openbare orde.

Welke interpretatie moet nu gevolgd worden? Deze vraag is nog niet zo gemakkelijk te beantwoorden. Als men kijkt naar de parlementaire geschiedenis bij artikel 149 Rv (oorspronkelijk artikel 176 Rv), waarin deze zinsnede ook voorkomt, lijkt de tweede interpretatie de juiste te zijn. Artikel 149 lid 1 Rv houdt in dat de rechter, ondanks het ontbreken van een voldoende betwisting door de wederpartij, bewijs mag verlangen zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. In de parlementaire geschiedenis staat hierover opgemerkt:

'Als voorbeeld diene het echtscheidingsproces. Niet-betwisting van gesteld overspel kan leiden tot een echtscheiding zonder dat daarvoor een door de wet geëiste grond aanwezig is. Daarentegen kan erkenning van een door de wederpartij gestelde verzoening op dwingend recht geen inbreuk maken. Men heeft zich dus telkens af te vragen of de niet-betwisting in concreto zodanige inbreuk tot gevolg kan hebben.'¹⁷

Er lijkt dus steeds in het concrete geval beoordeeld te moeten worden of een regel van openbare orde in het geding is. Niet alleen in zaken die in sterke mate verweven zijn

16 Zie bijv. Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111 (internationale forumkeuze); Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 110 (bewijsovereenkomst); *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 4; *Kamerstukken II* 1985/86, 18 464, nr. 6 (MvA), p. 5 (arbitrage).

17 Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 77.

met de openbare orde, maar ook in vermogensrechtelijke zaken waarin regels van openbare orde aan de orde zijn, mag de rechter bewijs verlangen:

'Hetzelfde kan zich voordoen bij vermogensrechtelijke betrekkingen wanneer niet-betwisting een met dwingend recht strijdig rechtsgevolg zou kunnen teweegbrengen. Men denke aan het geval, dat een overeenkomst, waarvoor de door de wet vereiste vergunning niet is verleend, door niet-betwisting rechtskracht zou kunnen verkrijgen.'¹⁸

In de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de bewijsovereenkomst wordt verwezen naar artikel 149 Rv.¹⁹ Ook in artikel 153 Rv lijkt dus geen sprake te zijn van een geldigheidsvoorwaarde, maar van een grond waarop de overeenkomst in het concrete geval buiten toepassing dient te blijven.²⁰ Een dergelijke toetsing in het concrete geval lijkt ook het meest wenselijk. Indien de rechter in een vermogensrechtelijke zaak bijvoorbeeld vermoedt dat partijen een regel van openbare orde proberen te ontduiken, is het wenselijk dat hij een bewijsovereenkomst buiten toepassing kan laten. Ook de formulering van artikel 153 Rv wijst op de juistheid van een dergelijke interpretatie. Bepaald is namelijk dat bewijsovereenkomsten *buiten toepassing blijven* indien zij betrekking hebben op het bewijs van feiten waaraan het recht gevolgen verbindt, die niet ter vrije bepaling van partijen staan.

Daarentegen lijkt deze interpretatie in geval van bijvoorbeeld de forumkeuze veel minder voor de hand te liggen. De rechter dient immers zijn bevoegdheid aan het begin van de procedure te kunnen beoordelen, zonder dat hij hiervoor uitgebreid kennis neemt van het inhoudelijke geschil van partijen. De rechter moet gemakkelijk kunnen beoordelen of hij bevoegd is.²¹ Om vast te kunnen stellen of er wellicht een regel van openbare orde geldt, op grond waarvan de overeenkomst tot forumkeuze buiten toepassing dient te blijven, zal de rechter zich echter moeten verdiepen in de inhoud van het geschil. Dat een dergelijke interpretatie niet moet worden gevolgd, lijkt te worden bevestigd door de formulering van de wettelijke bepalingen. Zoals hiervoor is opgemerkt, lijkt in deze bepalingen sprake van een geldigheidsvoorwaarde. Aannemelijk lijkt dus dat de overeenkomst tot forumkeuze op grond van de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking van het begin af aan ongeldig kan zijn, en niet slechts in het concrete geval buiten toepassing gelaten dient te worden. Hetzelfde lijkt te gelden voor bijvoorbeeld de prorogatie (artikel 329 Rv),²² de 'omgekeerde' prorogatie (artikel 96 Rv) en de uitsluiting van het hoger beroep (artikel 333 Rv).

Afhankelijk van het type bepaling dat aan de orde is, lijkt kortom een verschillende interpretatie voor de hand te liggen. Dit is niet in overeenstemming met de eerdere constatering dat de wetgever er juist van uit lijkt te gaan dat de bepaling in alle gevallen dezelfde betekenis heeft. Ook ligt het voor de hanteerbaarheid van het recht niet voor de hand om te differentiëren naar het type bepaling dat aan de orde is. Het is

18 Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 77; zie ook Veegens 1973, p. 70-71.

19 Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 110.

20 Volgens Veegens is dit inderdaad het geval; zie Veegens 1973, p. 74.

21 Zie in het kader van de EEX-regeling o.a. HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 27 e.v.; HvJ EG 16 maart 1999, NJ 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 48; zie ook Pontier & Burg 2004, p. 108-109.

22 Zie Hammerstein 2010 (T&C Rv), art. 329, aant. 2; Burgerlijke rechtsvordering, K.E. Mollema, art. 329 Rv, aant. 1.

dan ook de vraag of het niet tóch mogelijk is, om tot een interpretatie te komen die voor alle bepalingen kan worden gehanteerd.

Wellicht kan hetgeen Wagner heeft geschreven met betrekking tot de toelaatbaarheid van procesovereenkomsten in het Duitse recht hier steun bieden. Blijkens zijn beschouwingen over dit onderwerp zijn er twee manieren waarop het recht van openbare orde doorwerkt in de geldigheid van procesovereenkomsten. Ten eerste staat de openbare orde soms aan het sluiten van procesovereenkomsten in de weg. Dit is het geval in zaken die niet alleen worden beheerst door dwingend materieel recht, maar waarin ook de autonomie van partijen tijdens het proces is beperkt. Voorbeelden van dergelijke zaken vindt men in het personen- en familierecht, waar de rechter zelf onderzoek dient te doen naar de feiten (zie tegenwoordig § 29 FamFG). Met betrekking tot dergelijke zaken, die zozeer worden beheerst door recht van openbare orde dat sprake is van een inperking van de processuele partijautonomie, is volgens Wagner de mogelijkheid tot het sluiten van procesovereenkomsten beperkt.²³ De openbare orde beïnvloedt de geldigheid van procesovereenkomsten volgens hem daarnaast nog op een andere wijze. Procesovereenkomsten mogen namelijk niet leiden tot een resultaat dat in strijd is met de openbare orde. De openbare orde staat hier niet zozeer aan het sluiten van een procesovereenkomst in de weg, maar beperkt enkel de gevolgen waartoe een dergelijke overeenkomst kan leiden. Op grond hiervan kan een toelaatbare procesovereenkomst in het concrete geval buiten toepassing gelaten worden.²⁴

In de opvatting van Wagner is het dus niet het een of het ander, maar vindt er een dubbele toets aan de openbare orde plaats. Ook voor het Nederlandse recht lijkt een dergelijke dubbele toets goed gehanteerd te kunnen worden. Indien in een wetsartikel de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking is opgenomen, betekent dit dat partijen niet kunnen afwijken van het procesrecht indien sprake is van een materieelrechtelijke rechtsbetrekking die sterk beheerst wordt door recht van openbare orde. De toets vindt abstract plaats, los van de vraag welke effecten de afwijking uiteindelijk sorteert in een concreet geschil. Daarnaast geldt dat de overeenkomst van partijen, voor zover zij wel geldig is, niet mag leiden tot een resultaat dat in strijd is met de openbare orde. Een dergelijke dubbele toets brengt bijvoorbeeld mee dat de bewijsovereenkomst niet slechts in bepaalde gevallen wegens strijd met de openbare orde buiten toepassing gelaten dient te worden, maar dat de openbare orde er soms reeds een beletsel voor vormt dat deze overeenkomst geldig gesloten kan worden.

Dat naar Nederlands recht een dergelijke dubbele toets aan de openbare orde in de praktijk ook al plaatsvindt, kan worden geïllustreerd aan de hand van de overeenkomst tot arbitrage. Aangenomen wordt over het algemeen dat arbitrage in bepaalde typen zaken is uitgesloten. Zo zal arbitrage op het gebied van het personen- en familierecht vaak niet mogelijk zijn.²⁵ Dit betekent echter niet dat steeds indien een regel van openbare orde op het geschil van partijen van toepassing is, arbitrage is

23 Wagner 1998, p. 102-106.

24 Wagner 1998, p. 109-111, 633, 642. Zie m.b.t. Wagners standpunt nader par. 4.8.2.

25 Zie m.b.t. de vraag in welke zaken arbitrage mogelijk is nader Snijders 2011c, p. 81-92, art. 1020 Rv, aant. 5.

uitgesloten.²⁶ Wel is het zo dat een arbitraal vonnis waarvan de inhoud in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, vernietigbaar is op grond van artikel 1065 lid 1 sub e Rv. Ook kan tenuitvoerlegging in dat geval op grond van artikel 1063 lid 1 Rv worden geweigerd. Hoewel de toepasselijkheid van regels van openbare orde dus niet steeds aan de geldigheid van een overeenkomst tot arbitrage in de weg staat, kan schending van dergelijke regels wel reden zijn om het vonnis te vernietigen of tenuitvoerlegging te weigeren.²⁷ Op deze manier is gewaarborgd dat de overeenkomst niet leidt tot een resultaat dat in strijd is met de openbare orde. Anders dan in het geval van de bewijsovereenkomst brengt de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking dus niet mee dat de overeenkomst tot arbitrage in een bepaald geval buiten toepassing gelaten dient te worden. De wet kent andere mechanismen om te bewerkstelligen dat de overeenkomst niet leidt tot een resultaat dat strijdig is met de openbare orde.

Ook voor de internationale forumkeuze op grond van artikel 8 lid 2 Rv wordt in feite een vergelijkbaar systeem gehanteerd. Indien de rechter moet beoordelen of een forumkeuze voor een buitenlandse rechter geldig is, toetst hij of de overeenkomst betrekking heeft op een rechtsbetrekking die sterk beheerst wordt door recht van openbare orde. Het enkele feit dat wellicht een regel van openbare orde van toepassing zou kunnen zijn op het geschil van partijen, staat nog niet aan de geldigheid van de overeenkomst in de weg. Erkenning van de uiteindelijke uitspraak van een buitenlandse rechter kan echter worden geweigerd op grond van het feit dat de openbare orde in Nederland zich tegen erkenning verzet.²⁸

Niet in alle gevallen is de tweede toets zo duidelijk zichtbaar als in geval van arbitrage en forumkeuze voor een buitenlandse rechter. Toch is ook in deze gevallen gewaarborgd dat de overeenkomst in het concrete geval niet leidt tot een resultaat dat in strijd is met de openbare orde. Een voorbeeld biedt de overeenkomst tot prorogatie. Een dergelijke overeenkomst is geldig indien zij ziet op een rechtsbetrekking die niet in sterke mate beheerst wordt door recht van openbare orde. Het hof, dat op grond van de overeenkomst bevoegd wordt, zal op de zaak Nederlands recht van openbare orde toepassen. Als gevolg hiervan is gewaarborgd dat de overeenkomst tot prorogatie niet in het concrete geval leidt tot een resultaat dat in strijd is met de openbare orde. Dit is echter niet het gevolg van het feit dat het hof iets 'bijzonders' doet: de Nederlandse rechter past immers hoe dan ook het Nederlandse recht van openbare orde toe. De tweede toets vindt hier dus plaats doordat de rechter zijn normale taak vervult. Ook voor de andere gevallen waarin partijen zich in afwijking van het

26 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie, Snijders 2011c, p. 83, 88-89, art. 1020 Rv, aant. 5; Sanders 1996, p. 24-25; Franx 1996, p. 92.

27 Zo ook Sanders 1996, p. 25.

28 Zie over het Nederlandse systeem van erkenning Rosner 2004, p. 5 e.v. Zie m.n. HR 14 november 1924, NJ 1925, 91 (bontmantel), p. 95; Zie ook de conclusie van A-G Vranken voor HR 17 december 1993, NJ 1994, 350, m.nt. JCS (Esmil/PGSP), nr. 37. Zie in het kader van de EEX-verordening art. 34, waar als weigeringsgrond voor erkenning is opgenomen het feit dat de erkenning 'kennelijk' in strijd is met de openbare orde van de aangezochte lidstaat. Overigens wordt in het voorstel tot aanpassing van de EEX-verordening de exequatur-procedure afgeschaft en is de inhoudelijke openbare orde niet langer een grond die aan tenuitvoerlegging van een beslissing in de weg kan staan. Zie Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM(2010)748, p. 6-8.

procesrecht tot een (andere) Nederlandse rechter wenden geldt dat de tweede toets impliciet plaatsvindt, namelijk in de normale taakuitoefening van de rechter.

Ook voor het Nederlandse recht kan kortom aangenomen worden dat in die gevallen, waarin de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking is opgenomen, een dubbele toets aan de openbare orde plaatsvindt. Dergelijke procesovereenkomsten kunnen niet geldig gesloten worden indien zij betrekking hebben op gebieden die sterk verweven zijn met recht van openbare orde. Daarnaast geldt dat dergelijke overeenkomsten bovendien niet in een concreet geval mogen leiden tot een resultaat dat in strijd is met de openbare orde. In geval van de bewijsovereenkomst betekent dit dat de overeenkomst in een concreet geval buiten toepassing kan worden gelaten. In andere gevallen is op andere wijze gewaarborgd dat geen strijd met de openbare orde ontstaat.

De vraag is nog, wanneer de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking precies aan de geldigheid van een procesovereenkomst in de weg staat. Hoe valt te bepalen of een rechtsbetrekking zo sterk verweven is met recht van openbare orde, dat niet langer geldig afgeweken kan worden van het procesrecht? Vaak worden in de literatuur als voorbeeld zaken op het gebied van het personen- en familierecht genoemd.²⁹ Veel duidelijkere aanwijzingen vallen in de literatuur niet te vinden.

Hiervoor is gebleken dat Wagner in dit verband het criterium hanteert, of de processuele partijautonomie ingeperkt is. In sommige gevallen dient de rechter naar Duits recht bijvoorbeeld zelf onderzoek te doen naar de feiten, en is hij niet gebonden aan de eensluidende stellingen van partijen. In deze gevallen is volgens Wagner ook de mogelijkheid om procesovereenkomsten te sluiten beperkt.³⁰ Dit criterium is naar Nederlands recht echter veel lastiger te hanteren. Weliswaar is ook de Nederlandse rechter in bepaalde gevallen bevoegd bewijs te verlangen ondanks eensluidende stellingen van partijen, maar de vraag *wanneer* dit zo is, is weer afhankelijk gemaakt van het 'niet-ter-vrije-bepaling'-criterium (zie artikel 149 lid 1). In het Nederlandse recht biedt het criterium, of de processuele partijautonomie ingeperkt is, dus veel minder houvast dan in het Duitse recht. Al met al valt een veel duidelijker antwoord niet te geven dan in de literatuur al is gedaan op de vraag, wanneer een rechtsbetrekking zo sterk verweven is met recht van openbare orde dat niet langer geldig afgeweken kan worden van het procesrecht.

Ten slotte wordt nog opgemerkt dat met betrekking tot die rechtsbetrekkingen die niet ter vrije bepaling van partijen staan, niet iedere afwijking van het procesrecht is uitgesloten. In sommige wetsbepalingen waarbij afwijking van het procesrecht mogelijk wordt gemaakt, is de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking namelijk niet opgenomen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de mogelijkheid om zonder dagvaarding in kort geding te verschijnen (artikel 255 lid 2 Rv), de mogelijkheid van uitstel van de uitspraak (artikel 229 en 286 Rv), de hervatting van het geding per akte ter rolle

29 Zie bijv. Verstijlen 2008, p. 131; noot Van Dam-Lely bij Rb. Utrecht (sector kanton) 30 juni 2006, *WR* 2007, 7, nr. 4; Wetzels 2005, p. 143; Asser 2004, p. 78; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 73; Castermans 1986, p. 119; zie m.b.t. de vraag welke gebieden wel ter vrije bepaling van partijen staan Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111; De Boer 1996, p. 71-72.

30 Wagner 1998, p. 102-106. Wagner meent daarbij, dat slechts die procesovereenkomsten ontoelaatbaar zijn die in verband staan met de beperking van de processuele partijautonomie. Niet alle procesovereenkomsten zijn dus uitgesloten. Zie hierover nader par. 4.8.2.

(artikel 227 lid 1 sub b en artikel 228 lid 1 Rv) en de doorhaling op de rol (artikel 246 Rv). Daarbij moet wel worden bedacht dat veel van deze wetsbepalingen slechts zien op de dagvaardingsprocedure, zodat zij hoe dan ook niet van toepassing zijn op de meerderheid van de zaken die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Daarnaast is echter van belang dat het in deze gevallen gaat om bepalingen die hiervoor zijn gerangschikt in de categorie 'afwijking van de regels omtrent de rechtsingang en de gang van zaken tijdens de procedure'. In deze gevallen is nauwelijks sprake van een verband met het materiële geschil dat aan de orde is. Partijen hebben niet of nauwelijks de mogelijkheid de uitkomst van het geding door toepassing van een dergelijke bepaling te beïnvloeden. In de gevallen waarin de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking wel is opgenomen, geldt dat er een veel nauwere band met de uitkomst van het geschil aanwezig is. Zo zal een forumkeuze voor een buitenlandse rechter veelal gevolgen hebben voor de wijze waarop de zaak behandeld wordt. In een dergelijk geval bestaat dus het gevaar dat partijen het materiële recht door middel van een procesovereenkomst uithollen.³¹

Opvallend is dat de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking niet is opgenomen in artikel 398 sub 2 Rv met betrekking tot de sprongcassatie. Ook een overeenkomst tot sprongcassatie kan gevolgen hebben voor de uitkomst van het geding. Als gevolg van een dergelijke overeenkomst is het voor partijen immers niet meer mogelijk om op te komen tegen feitelijke oordelen van de rechter in eerste aanleg. Oorspronkelijk gold deze eis dan ook wel voor de sprongcassatie. Bij de invoering van het nieuwe BW is hij echter afgeschaft in verband met de rechtsvragen die naar aanleiding van het nieuwe wetboek zouden kunnen rijzen. De gedachte was dat de sprongcassatie met name in de eerste tijd na de inwerkingtreding van het nieuwe BW goede diensten zou kunnen bewijzen.³² Het feit dat afwezigheid van de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking tegenwoordig acceptabel wordt geacht, kan mijns inziens daarnaast worden verklaard door het feit dat sprongcassatie pas kan worden overeengekomen nadat uitspraak is gedaan in eerste aanleg. Op dat moment hebben partijen immers ook de mogelijkheid om te berusten in de uitspraak (zie artikel 334 Rv). De overeenkomst tot sprongcassatie is wat dat betreft dus minder vergaand.

Over het algemeen geldt de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking dus slechts voor die procesovereenkomsten waarbij een nauwe band bestaat met de materiële zaak waarover geprocedeerd wordt. Voor zover er mogelijkheden bestaan om van het procesrecht af te wijken die niet in de wet geregeld zijn (zie hierover hoofdstuk 4 e.v.), kan hiervoor hetzelfde worden aangenomen. Zo zal een overeenkomst tot bindend advies niet geldig gesloten kunnen worden met betrekking tot die rechtsbetrekkingen, die sterk beheerst worden door recht van openbare orde. Daarnaast zal de overeenkomst tot bindend advies niet mogen leiden tot een resultaat dat in strijd is met de openbare orde. Dit blijkt ook uit artikel 7:902 BW, waar is bepaald dat een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Hoewel in dit artikel niet letterlijk de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking is opgenomen, komt de

31 Zie in dit verband ook Wagner 1998, p. 112-113.

32 Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 64.

regeling inhoudelijk op hetzelfde neer. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt namelijk dat de maatstaf van artikel 7:902 BW een uitwerking van de zinsnede ‘ter vrije bepaling van partijen staan’ voor het geval van de vaststellingsovereenkomst is.³³

3.3.4 Bepaalde rechtsbetrekking

In sommige wetsartikelen wordt het vereiste van een ‘bepaalde rechtsbetrekking’ gesteld. Zo volgt uit artikel 108 lid 1 Rv dat een forumkeuze in het kader van de relatieve bevoegdheid enkel mogelijk is met betrekking tot ‘geschillen die zijn ontstaan of zullen ontstaan naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking’. Vergelijkbare formuleringen zijn opgenomen met betrekking tot de internationale forumkeuze (artikel 23 lid 1 EEX-Vo en artikel 8 lid 1 en 2 Rv) en de arbitrage (artikel 1020 lid 1 Rv).

Het ligt voor de hand om dit vereiste in al deze bepalingen op dezelfde wijze uit te leggen. Zo wordt in de memorie van toelichting bij artikel 8 Rv in verband met dit vereiste verwezen naar het EEX-Verdrag, waarbij opgemerkt wordt dat de Nederlandse rechter wellicht het Hof van Justitie zal volgen bij de uitleg van dit vereiste.³⁴

Aan het vereiste van een ‘bepaalde rechtsbetrekking’ zal vrij snel zijn voldaan.³⁵ Een dergelijke rechtsbetrekking kan zowel voortvloeien uit overeenkomst, als bijvoorbeeld uit onrechtmatige daad.³⁶ Niet vereist is dat de rechtsbetrekking op het moment van het sluiten van de procesovereenkomst reeds bestaat. Ook een toekomstige rechtsbetrekking kan voldoende bepaald zijn.³⁷ In de parlementaire geschiedenis bij artikel 8 Rv wordt opgemerkt dat een algemene forumkeuze niet is toegestaan. In het midden wordt gelaten of de rechtsbetrekking voldoende bepaald is indien een forumkeuze wordt opgenomen in een kaderovereenkomst of raamovereenkomst met betrekking tot alle overeenkomsten die in dit verband worden gesloten. Dit zou een vraag zijn van uitleg, waarbij de Nederlandse rechter wellicht het Hof van Justitie zal volgen indien het zich hierover uitsprekt.³⁸ In de literatuur wordt er wél van uitgegaan dat in geval van een kader- of raamovereenkomst aan het vereiste van een ‘bepaalde rechtsbetrekking’ is voldaan.³⁹

De strekking van het vereiste van een ‘bepaalde rechtsbetrekking’ is de bescherming van partijen. Voorkomen moet worden dat partijen zich kunnen binden zonder dat zij de gevolgen hiervan goed kunnen overzien. Zo overwoog het Hof van Justitie in het kader van het EEX-Verdrag in verband met dit vereiste:

‘Hierdoor wordt vermeden, dat een partij wordt verrast door de toekenning aan een bepaald gerecht van de bevoegdheid om kennis te nemen van alle geschillen die voortvloeien uit haar betrekkingen

33 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3 (MvT), p. 39; *Kamerstukken II* 1989/90, 17 779, nr. 4 (nota van wijziging), p. 13; zie hierover ook Meijer 1992, p. 56.

34 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111; zie ook Kuypers 2008, p. 655-656.

35 Zie over de uitleg van dit vereiste in het kader van art. 1020 Rv uitgebreid Meijer 2011, p. 144 e.v.; zie in het kader van de internationale forumkeuze Kuypers 2008, p. 637 e.v.

36 Zie in het kader van art. 1020 Rv *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 4.

37 Kuypers 2008, p. 644-645; Meijer 2011, p. 145.

38 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111.

39 Zie m.b.t. arbitrage Meijer 2011, p. 145, 147; Snijders 1995, p. 8; zie m.b.t. forumkeuze Kuypers 2008, p. 644, 646, 655.

met haar medecontractant en die hun oorsprong vinden in een andere betrekking dan die welke aanleiding vormde voor de overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter.⁴⁰

Ook in de memorie van toelichting bij artikel 8 Rv wordt opgemerkt dat de reden van de bepaling is bescherming van partijen tegen afstand van hun natuurlijk forum voor een onbeperkt aantal van alle soorten zaken.⁴¹

In de literatuur is de kritiek geuit dat dit vereiste nauwelijks aan de bescherming van partijen zou bijdragen. Zo lopen partijen volgens De Boer bij iedere forumkeuze het risico dat de weg naar hun natuurlijke forum wordt geblokkeerd. Als partijen ervoor behoed moeten worden dat zij a priori afstand doen van hun natuurlijke forum, zou men, strikt genomen, iedere forumkeuze moeten verwerpen die tot stand is gekomen vóór sprake is van een geschil. Ook kan De Boer zich een 'algemene' forumkeuze niet zo goed voorstellen buiten een kader- of raamovereenkomst, en juist zo'n soort forumkeuze zou volgens de toelichting best toelaatbaar kunnen zijn.⁴² Ook Wagner heeft met betrekking tot het Duitse recht kritiek op het vereiste van 'ein bestimmtes Rechtsverhältnis', dat onder meer is opgenomen in § 40 lid 1 ZPO met betrekking tot de forumkeuze. Naar zijn mening is de bescherming die dit beginsel partijen kan bieden zeer gering. Dit vereiste beschermt bijvoorbeeld niet tegen vergaande procesbedingen in algemene voorwaarden. Met het oog hierop heeft de Duitse wetgever dan ook nadere maatregelen moeten treffen.⁴³

Door Schilken is naar aanleiding hiervan met betrekking tot het Duitse recht betoogd dat de grondslag van het vereiste niet (langer) gezocht moet worden in de bescherming van partijen, maar in de 'Rechtsklarheit und Rechtssicherheit'. Met het oog op de rechtszekerheid is het van belang dat een voldoende individualisering van de concrete rechtsbetrekking en de daaruit voortvloeiende geschillen plaatsvindt. Een parallel kan daarbij volgens Schilken worden getrokken met het goederenrechtelijke bepaaldheidsvereiste. Ook dit vereiste dient ter verzekering van duidelijkheid van rechtsverhoudingen. Het moet bijvoorbeeld duidelijk zijn welke goederen in een bepaald geval worden overgedragen, zodat vastgesteld kan worden tot welk vermogen zij behoren. Aangezien doel van het bepaaldheidsvereiste in § 40 lid 1 ZPO volgens Schilken dus slechts is dat voldoende vaststaat op welke mogelijke vorderingen een forumkeuze betrekking heeft, kan dit vereiste naar zijn mening ruim worden uitgelegd.⁴⁴

Het betoog van Schilken acht ik niet overtuigend. In het goederenrecht hangt het individualiseringsbeginsel samen met het belang dat goederenrechtelijke verhoudingen voor derden kenbaar zijn.⁴⁵ Met betrekking tot het vereiste van 'ein bestimmtes Rechtsverhältnis' in het kader van § 40 lid 1 ZPO overweegt Schilken dat het in het belang van de rechtszekerheid is dat *partijen* op het moment van de afspraak vast kunnen stellen op welke potentiële vorderingen de forumkeuze betrekking heeft.⁴⁶

40 HvJ EG 10 maart 1992, NJ 1996, 279 (Duffryn/Petereit), r.o. 31.

41 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3, (MvT) p. 38.

42 De Boer 1996, p. 70.

43 Wagner 1998, p. 173.

44 Schilken 2004, p. 442-447.

45 Snijders & Rank-Berenschot 2007, p. 62, nr. 80.

46 Schilken 2004, p. 445.

Al met al lijkt ook in zijn opvatting het vereiste van een 'bepaalde rechtsbetrekking' te dienen ter bescherming van partijen.

Denkbaar is wellicht ook dat niet een parallel moet worden getrokken met het individualiseringsbeginsel in het goederenrecht, maar met het vereiste van artikel 6:227 BW dat de verbintenissen die partijen op zich nemen bepaalbaar moeten zijn. Betoogd zou kunnen worden dat het vereiste van een 'bepaalde rechtsbetrekking' dient om vast te kunnen stellen welke gevolgen een procesovereenkomst heeft. Partijen moeten in een concreet geval kunnen bepalen of hun geschil onder de overeenkomst valt of niet. Kuypers lijkt in het kader van de internationale forumkeuze er inderdaad van uit te gaan dat dit (mede) de strekking van deze bepaling is. Hij merkt bijvoorbeeld op:

'De bepaaldheid van een forumkeuze vloeit voort uit het bestaan van wilsovereenstemming. De wilsovereenstemming over de forumkeuze moet een voorwerp hebben. Indien partijen onvoldoende voor ogen hebben gehad in welke omvang zij hun rechtsbetrekking hebben willen onderwerpen aan een forumkeuze, is de forumkeuze niet voldoende bepaald.'⁴⁷

Kuypers merkt bovendien op, dat niet slechts 'bepaaldheid' voldoende is, de enkele 'bepaalbaarheid' van het toepassingsbereik van de forumkeuze zou volstaan.⁴⁸

Mijns inziens valt echter niet vol te houden dat dit inderdaad de strekking van de bepaling is. Ook indien partijen voor alle toekomstige geschillen die tussen hen mochten rijzen uit welke rechtsbetrekking dan ook, een forumkeuze overeenkomen, valt met betrekking tot een concreet geschil wel degelijk vast te stellen of de overeenkomst hierop van toepassing is. Aan het vereiste van 'bepaalbaarheid' is in dit geval dus voldaan. Een dergelijke algemene forumkeuze heeft men echter juist onmogelijk willen maken.⁴⁹

De ratio van de bepaling gaat mijns inziens dus verder en moet toch worden gezocht in de bescherming van partijen. Naar mijn mening heeft deze bepaling op deze grond ook wel degelijk enige zin. Uiteraard is de bescherming die het vereiste van een 'bepaalde rechtsbetrekking' partijen biedt, zeer gering. Het zal niet vaak voorkomen dat partijen een procesafpraak maken met betrekking tot *alle* denkbare geschillen die tussen hen kunnen rijzen. Geheel ondenkbaar is het echter niet. Franx merkt bovendien terecht op dat de beperking tot een bepaalde rechtsbetrekking maakt dat partijen ongeveer weten over welke geschillen het zal gaan, terwijl een forumkeuze 'voor alle soorten zaken' in veel verdergaande mate een sprong in het duister zou zijn.⁵⁰

Opvallend is dat het vereiste van een 'bepaalde rechtsbetrekking' niet in alle wetsbepalingen, waarin het partijen mogelijk wordt gemaakt om af te wijken van het procesrecht, is opgenomen. In die gevallen waarin afwijking slechts mogelijk is met betrekking tot reeds bestaande geschillen, is dit begrijpelijk. In deze gevallen is immers per definitie aan het vereiste voldaan. Waarom het vereiste echter niet is opgenomen in artikel 329 (prorogatie), artikel 333 (uitsluiting hoger beroep) en

⁴⁷ Kuypers 2008, p. 638; zie ook bijv. p. 641.

⁴⁸ Kuypers 2008, p. 645.

⁴⁹ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3, (MvT) p. 38; zie ook HvJ EG 10 maart 1992, NJ 1996, 279 (Duffryn/Petereit), r.o. 31-33.

⁵⁰ Franx 1996, p. 93.

artikel 153 Rv (bewijsovereenkomst), is onduidelijk. Het is niet zo dat deze overeenkomsten (duidelijk) minder vergaande gevolgen hebben dan een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage. Ook in het kader van deze overeenkomsten is dus van belang dat partijen de gevolgen van de afspraak goed kunnen overzien. Mijns inziens moet dit vereiste hier dan ook analoog worden toegepast. Voor zover er mogelijkheden bestaan om af te wijken van het procesrecht die niet in de wet geregeld zijn (zie hierover hoofdstuk 4 e.v.), kan hiervoor hetzelfde worden aangenomen. Zo zullen partijen ook slechts geschillen die voortvloeien uit een 'bepaalde rechtsbetrekking' aan bindend advies kunnen onderwerpen.

3.3.5 *Bewijs- en vormvoorschriften*

In verschillende bepalingen met betrekking tot procesovereenkomsten is een bewijsvoorschrift opgenomen. Zo bepaalt artikel 1021 Rv dat de overeenkomst tot arbitrage wordt bewezen door een geschrift. Daarvoor is voldoende een geschrift dat in arbitrage voorziet of dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard. Eenzelfde bepaling is in artikel 8 lid 5 Rv opgenomen met betrekking tot de internationale forumkeuze en in artikel 108 lid 3 Rv met betrekking tot de interne forumkeuze. Artikel 23 EEX-Vo kent voor de overeenkomst tot forumkeuze geen bewijsvoorschrift, maar wel bepaalde vormvoorschriften.

Hier zal niet diep op deze bewijs- en vormvoorschriften worden ingegaan. In paragraaf 10.2 komen zij nader aan de orde. Bovendien is over deze bepalingen elders al veel geschreven.⁵¹

Aangenomen kan worden dat voor de niet in de wet geregelde mogelijkheden om af te wijken van het procesrecht geen bewijs- of vormvoorschriften gelden. Voor een dergelijk voorschrift zal een uitdrukkelijke wettelijke bepaling nodig zijn, omdat anders voor partijen niet duidelijk is dat zij zich aan het voorschrift moeten houden en wat dit voorschrift precies inhoudt.

3.3.6 *Onredelijke vertraging van het geding*

In sommige bepalingen die het mogelijk maken voor partijen om af te wijken van het procesrecht is een uitzondering opgenomen voor het geval dat een dergelijke afwijking zou leiden tot 'onredelijke vertraging van het geding'. Een dergelijke uitzondering komt met name voor met betrekking tot de mogelijkheden om af te wijken van de termijnen die in de procedure gelden (zie bijvoorbeeld artikel 133 lid 2 en 3, artikel 816 lid 5 en artikel 818 lid 3 Rv).

Doel van deze uitzondering is te waarborgen dat een behandeling binnen een redelijke termijn plaatsvindt. Dit wordt niet alleen door artikel 6 EVRM vereist, ook artikel 20 Rv bepaalt dat de rechter waakt tegen onredelijke vertraging van de procedure.

Het begrip 'onredelijke vertraging van het geding' is een open norm. De rechter lijkt hierdoor een grote vrijheid te hebben om te beoordelen of hij gehoor geeft aan

⁵¹ Zie bijv. Kuypers 2008, p. 461 e.v.; Meijer 2011, p. 397 e.v.

een verzoek van partijen of niet. Bij nadere beschouwing is de beoordelingsruimte van de rechter echter minder ruim dan zij in eerste instantie lijkt. De norm van ‘onredelijke vertraging van het geding’ wordt namelijk nader ingevuld door de verschillende landelijke rolreglementen die zijn ontwikkeld. Zo wordt in artikel 2.8 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken artikel 133 lid 2 en 3 Rv nader uitgewerkt. Uit deze bepaling blijkt dat een eerste eenstemmig verzoek van partijen tot uitstel van het nemen van een conclusie of een akte wordt ingewilligd. Nadere verzoeken van partijen dienen echter te worden gemotiveerd. In het Procesreglement scheiding wordt ter uitwerking van het begrip ‘onredelijke vertraging’ in artikel 816 lid 5 en artikel 818 lid 3 Rv zelfs een concrete termijn genoemd, namelijk van één jaar (zie artikel 5.2 en 7.6 van dit reglement). Voor zover het eenstemmig verzoek van partijen leidt tot een uitstel van de procedure van langer dan een jaar sinds de oorspronkelijke datum voor de proceshandeling, is in het algemeen sprake van een onredelijke vertraging van de procedure.

Door deze uitwerkingen van het begrip ‘onredelijke vertraging’ in de verschillende procesreglementen, wordt de ruimte van de rechter om te beoordelen of een eenstemmig verzoek van partijen moet worden afgewezen, dus ingeperkt. In veel gevallen zal de rechter het verzoek van partijen dan ook zonder meer moeten inwilligen.

Denkbaar is dat ook voor sommige van de niet in de wet geregelde mogelijkheden om af te wijken van het procesrecht deze voorwaarde gesteld moet worden. Partijen zouden in een dergelijk geval dan weliswaar kunnen afwijken van een bepaalde procesregel, maar enkel indien deze afwijking niet leidt tot onredelijke vertraging van het geding.

3.3.7 Beperkingen met betrekking tot het moment van afwijking

In sommige wetsbepalingen worden beperkingen gesteld aan het moment waarop kan worden afgeweken van het procesrecht. Dit geldt bijvoorbeeld in bepaalde gevallen voor de overeenkomst tot forumkeuze. Zo kent de EEX-verordening een speciale regeling voor verzekeringszaken, consumentenzaken en arbeidszaken. Voor dat er een geschil is, is forumkeuze op deze gebieden slechts onder strenge voorwaarden mogelijk. Na het ontstaan van het geschil gelden echter geen beperkingen (zie artikel 13, 17 en 21 EEX-Vo). In het commune bevoegdheidsrecht valt een vergelijkbare regeling te vinden in artikel 8 lid 3 en 4 Rv. Derogatie van de Nederlandse rechter is in arbeidszaken en consumentenzaken slechts mogelijk na het ontstaan van het geschil, tenzij het de werknemer of de consument is die zich op de overeenkomst beroept om zich tot de rechter van een vreemde staat te wenden. In het kader van de interne forumkeuze zijn beperkingen in de tijd gesteld bij arbeidszaken, consumentenzaken, huurzaken en zaken waarin de vordering ten hoogste € 25.000 beloopt. Ook in deze gevallen is forumkeuze slechts mogelijk na het ontstaan van het geschil, tenzij het de werknemer, de consument of de huurder is die zich tot de aangewezen rechter wendt (zie artikel 108 lid 2 Rv).

Sprongcassatie kan pas overeengekomen worden nadat het vonnis in eerste ressort is gewezen (zie artikel 398 sub 2 Rv). Wel kunnen partijen reeds voordat er een geschil is hoger beroep uitsluiten (zie artikel 333 Rv).⁵² Een dergelijke uitsluiting

52 Zie HR 14 mei 1925, NJ 1925, 1032 (Deventer IJzergieterij en Machinefabriek/Hettner).

staat niet aan cassatie in de weg, tenzij partijen ook haar hebben uitgesloten.⁵³ Op deze manier kunnen partijen in zaken die slechts rechtsgevolgen betreffen die ter vrije bepaling van partijen staan voor het ontstaan van het geschil kortom wel feitelijk een vergelijkbaar resultaat als met de sprongcassatie bereiken.

In die wetsbepalingen waarin niet gesproken wordt over een overeenkomst, maar waarin afwijking van het procesrecht afhankelijk is gemaakt van een bepaalde verklaring of gedraging van partijen tijdens het geding, lijkt op het eerste gezicht per definitie sprake van een beperking met betrekking tot het moment waarop kan worden afgeweken van het procesrecht. Afwijking lijkt slechts mogelijk nadat het geschil is gerezen. Het is echter de vraag of dit inderdaad steeds het geval is. Is immers wel steeds vereist dat partijen daadwerkelijk de gevraagde verklaring of gedraging verrichten? Of zijn zij in sommige gevallen ook al gebonden aan een voorafgaande overeenkomst? Dienen partijen bijvoorbeeld in het kader van artikel 96 Rv daadwerkelijk bij de kantonrechter te verschijnen, of wordt de kantonrechter ook al bevoegd indien zij hebben afgesproken om te verschijnen? Op de vraag, in hoeverre partijen daadwerkelijk de gevraagde verklaring of gedraging dienen te verrichten, wordt ingegaan in hoofdstuk 7. Deze gevallen blijven in deze paragraaf daarom rusten.

Er gelden ook beperkingen wat de mogelijkheid om in algemene voorwaarden af te wijken van het procesrecht betreft (zie bijvoorbeeld artikel 6:236 sub k BW). Deze beperkingen blijven hier verder rusten. Hierop zal in paragraaf 10.6 worden ingegaan.

Wat is nu de reden om het moment waarop kan worden afgeweken van het procesrecht te beperken? In het kader van de overeenkomst tot forumkeuze worden deze beperkingen gemotiveerd met een beroep op de bescherming van de zwakke partij.⁵⁴ De zwakke partij moet, voordat er sprake is van een geschil, beschermd worden tegen overeenkomsten die haar worden opgedrongen door een sterkere partij. De gedachte daarbij is kennelijk dat na het ontstaan van het geschil aan een dergelijke bescherming geen behoefte meer bestaat, omdat de zwakke partij op dat moment de gevolgen van de overeenkomst kan overzien. Op dat moment zal zij bovendien enkel akkoord gaan met berechting door een andere rechter indien zij hier ook zelf achterstaat.⁵⁵

Beperkingen met betrekking tot het moment van afwijking zijn kortom met name ingegeven door de wens (één van) partijen te beschermen. Ook voor eventuele niet in de wet geregelde mogelijkheden om af te wijken van het procesrecht kan dit reden zijn voor een dergelijke beperking (zie hierover nader hoofdstuk 4 e.v.). Hiertoe zal met name aanleiding zijn indien te verwachten is dat partijen vóór het ontstaan van het geschil de gevolgen van de overeenkomst niet goed zullen kunnen overzien.

53 HR 3 december 1954, *NJ* 1955, 56 (Ooms/Douma); HR 4 juni 2010, *NJ* 2010, 312 (Euroland c.s./Gilde c.s.).

54 Zie m.b.t. de EEX rapport-Jenard, p. 68, p. 165; rapport-Schlosser, p. 135-136; rapport-Almeida Cruz, Desantes en Jenard, p. 151-152; Voorstel voor een Verordening, p. 167; HvJ EG 14 juli 1983, *NJ* 1984, 716, m.nt. JCS (Gerling/Tesoro), r.o. 17; HvJ EG 12 mei 2005, *NJ* 2006, 513, m.nt. P. Vlas onder *NJ* 2006, 514 (SFIP/Axa Belgium e.a.), r.o. 30-31. Zie m.b.t. het commune bevoegdheidsrecht Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111. Zie m.b.t. de interne forumkeuze Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 271-272.

55 Zie ook Gaudemet-Tallon 2010, p. 282, nr. 278, p. 299, nr. 291, p. 310-311, nr. 300; Ynzonides & Van de Hel-Koedoot 2010 (*T&C Rv*), art. 108 Rv, aant. 2.

3.3.8 Redelijk belang

In artikel 8 lid 1 Rv is bepaald dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft indien partijen hem bij overeenkomst hebben aangewezen, tenzij daarvoor geen redelijk belang aanwezig is. Eenzelfde uitzondering is opgenomen in artikel 9 sub a Rv met betrekking tot de stilzwijgende forumkeuze. Deze beperking komt niet voor in artikel 8 lid 2 Rv, waar de derogatie van de Nederlandse rechter is geregeld. Ook is een dergelijke bepaling niet te vinden in de EEX-verordening. Ten slotte kennen ook andere wetsbepalingen waarin partijen de mogelijkheid wordt gegeven af te wijken van het procesrecht een dergelijke beperking niet.

Wat is nu de reden voor opname van dit vereiste in het kader van de forumkeuze voor de Nederlandse rechter? In de parlementaire geschiedenis bij artikel 8 Rv wordt in dit verband verwezen naar het Piscator-arrest, waarin prorogatie van de Nederlandse rechter door de Hoge Raad voor het eerst mogelijk werd geacht.⁵⁶ In dit arrest werd de 'redelijk-belang'-beperking inderdaad gesteld, maar dit werd niet expliciet gemotiveerd. Achtergrond van de beperking lijkt te zijn dat Nederland zijn gerechtelijk apparaat niet zo maar in alle gevallen ter beschikking wil stellen. De gerechten worden immers door de overheid gefinancierd.⁵⁷ Daarnaast lijkt opname van deze beperking met name negatief te zijn ingegeven: duidelijk moest worden gemaakt dat voor de geldigheid van de forumkeuze *niet* vereist is dat er voldoende aanknopingspunten zijn met de Nederlandse rechtssfeer. De Hoge Raad overweegt in dit arrest namelijk:

'Met de onder 3.1 aangestipte argumentatie (...) valt niet wel te verenigen dat een keuze van pp. van de Nederlandse rechter als forum ter berechting van geschillen die tussen hen mochten rijzen of zijn gerezen, slechts dan effectief is (...) indien de voor die rechter ingestelde vordering voldoende aanknopingspunten heeft met de Nederlandse rechtssfeer (...). De eis dat de ingestelde vordering voldoende aanknopingspunten heeft met de Nederlandse rechtssfeer, sluit uit dat pp. de Nederlandse rechter kunnen kiezen enkel omdat zij hem beschouwen als neutrale, dat wil zeggen als in generlei opzicht bij hun (mogelijke) geschillen betrokken rechter. Zowel bij vorenbedoelde argumentatie als bij de regeling welke de prorogatie in het interne rechtsverkeer heeft gevonden, past het best als regel van Nederlands internationaal bevoegdheidsrecht te aanvaarden dat pp. (...) ter kennisneming van geschillen over zaken die te hunner vrije bepaling staan, de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in beginsel vrijelijk vermogen te vestigen, tenzij daarvoor geen redelijk belang aanwezig is.'⁵⁸

Voldoende aanknopingspunten met de Nederlandse rechtssfeer zijn dus niet vereist. De forumkeuze is pas dan ongeldig, indien hiervoor geen redelijk belang aanwezig is.

Tegen deze achtergrond lijkt aannemelijk dat deze bepaling niet te streng moet worden uitgelegd. In de literatuur wordt aangenomen dat een redelijk belang vrijwel steeds aanwezig zal zijn.⁵⁹ Ook in de praktijk wordt soepel met deze bepaling

⁵⁶ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111.

⁵⁷ Zie ook Kuypers 2008, p. 933.

⁵⁸ HR 1 februari 1985, NJ 1985, 698, m.nt. JCS (Piscator), r.o. 3.2. Denkbaar is (daarnaast) dat opname van dit vereiste een historische achtergrond heeft; zie de toelichting van Franx bij zijn voordracht tot cassatie in het belang der wet, nr. 5.10 en Franx 1996, p. 91.

⁵⁹ Kuypers 2008, p. 938; Strikwerda 2008, p. 223, nr. 219; Vlas & Ibili 2003, p. 312; De Boer 1996, p. 77; Franx 1996, p. 91; Schultsz in zijn noot bij HR 1 februari 1985, NJ 1985, 698, m.nt. JCS (Piscator), nr. 3. Zie over de precieze uitleg van dit vereiste uitgebreid Kuypers 2008, p. 935 e.v.

omgegaan: volgens Kuijpers is sinds het Piscator-arrest in 1985 nog nooit de bevoegdheid van de Nederlandse rechter afgewezen wegens afwezigheid van een redelijk belang.⁶⁰ In de literatuur is dan ook wel de vraag gesteld, of het niet beter zou zijn indien deze beperking werd afgeschaft.⁶¹ Afschaffing lijkt inderdaad voor de hand te liggen, zeker aangezien een vergelijkbare beperking in de EEX-verordening ontbreekt.⁶²

3.4 Overeenkomst of enkel een bepaalde verklaring of gedraging?

Zoals hiervoor is gebleken, maken sommige wetsbepalingen afwijking van het procesrecht niet afhankelijk van een overeenkomst tussen partijen, maar van een bepaalde verklaring of gedraging van hen. Zo bepaalt artikel 96 Rv dat partijen in alle zaken die slechts rechtsgevolgen betreffen die ter vrije bepaling van hen staan, zich samen tot een kantonrechter van hun keuze kunnen wenden en zijn beslissing kunnen inroepen. Op deze manier kunnen zij onder meer bevoegdheid verlenen aan een kantonrechter die normaal gesproken niet bevoegd zou zijn. Verder valt in artikel 229 Rv te lezen dat de rechter de uitspraak uitstelt 'op verlangen' van de in het geding verschenen partijen.

Nu is het de vraag, of in dergelijke gevallen inderdaad geen overeenkomst tussen partijen is vereist. De letter van deze bepalingen wijst hier wel op. In principe wordt immers steeds enkel gevraagd dat partijen feitelijk de genoemde gedraging verrichten. Zo lijkt aan de voorwaarden van artikel 229 Rv voldaan indien partijen, geheel onafhankelijk van elkaar, aan de rechter verklaren dat zij de uitspraak graag uitgesteld zouden willen zien. Van een overeenkomst is dan geen sprake.

Toch wordt met betrekking tot sommige van deze bepalingen wel degelijk aangenomen dat een overeenkomst de grondslag is voor de afwijking van het procesrecht. Een voorbeeld biedt artikel 1052 lid 2 Rv, waarin is bepaald dat een in het arbitraal geding verschenen partij voor alle weren een beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst dient te doen, op straffe van verval van recht. Blijft een betwisting achterwege, dan is het scheidsgerecht dus bevoegd.⁶³ Een overeenkomst tussen partijen lijkt niet nodig om het scheidsgerecht deze bevoegdheid te verlenen. Voldoende lijkt dat partijen daadwerkelijk verschijnen en de bevoegdheid van het scheidsgerecht niet betwisten. In de parlementaire geschiedenis wordt echter opgemerkt:

'Volledigheidshalve voegt de ondergetekende hieraan toe, dat wanneer een partij arbitrage aanvraagt en de wederpartij daartegen verweer ten principale voert, zonder een beroep te doen op het ontbreken van de arbitrage-overeenkomst, door die wisseling van stukken een arbitrage-overeenkomst geacht kan worden tot stand te zijn gekomen. Deze overeenkomst staat gelijk aan een overeenkomst bedoeld in de artikelen 1020 en 1021. Er is hier geen sprake van een afwijken van de hoofdregel dat arbitrage slechts mogelijk is op grond van een daartoe strekkende overeenkomst.'⁶⁴

60 Kuijpers 2008, p. 939.

61 Zie bijv. Kuijpers 2008, p. 939 e.v.; De Boer 1996, p. 78.

62 Zie voor een uitgebreide onderbouwing van afschaffing van deze beperking Kuijpers 2008, p. 939 e.v.

63 Overigens is de reikwijdte van deze bepaling in geval van consumentenovereenkomsten beperkt als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zie hierover par. 9.4.

64 *Kamerstukken I* 1985/86, 18 464, nr. 191b, p. 3.

Er wordt dus wel degelijk aangenomen dat arbitrage in geval van toepassing van artikel 1052 lid 2 Rv op een overeenkomst berust. Daarbij geldt dan dat de normale regels voor de totstandkoming van overeenkomsten niet kunnen worden toegepast. Ook indien het voor de eisende partij duidelijk is dat de verweerder geen arbitrage wenst maar zich per vergissing niet op het ontbreken van een geldige overeenkomst beroept, wordt het scheidsgerecht op grond van artikel 1052 lid 2 Rv bevoegd. In een dergelijk geval zou op grond van artikel 3:33 en 3:35 BW geen geldige overeenkomst kunnen worden aangenomen.⁶⁵

Eenzelfde constructie wordt gehanteerd in het kader van de EEX-regeling. In artikel 24 EEX-Vo is bepaald dat een gerecht van een lidstaat waarvoor de verweerder verschijnt zonder dat hij de bevoegdheid betwist, bevoegd is. De betwisting dient bij het eerste verweer plaats te vinden, anders verliest de verweerder het recht hiertoe. Volgens het Hof van Justitie is het aangezochte gerecht niet verplicht om ambtshalve na te gaan of de wilsuiting wel bewust is en ertoe strekt hem als bevoegd gerecht aan te wijzen.⁶⁶ Toch wordt als grondslag van deze stilzwijgende forumkeuze wel degelijk de wil van partijen gezien. In het arrest Spitzley/Sommer overwoog het Hof van Justitie:

‘Met name art. 18 [artikel 24 EEX-Vo, MWK] berust op de gedachte, dat de verweerder die voor de door de eiser geadieerde rechter verschijnt zonder diens bevoegdheid te betwisten, stilzwijgend blijk geeft ermee in te stemmen, dat de zaak wordt voorgelegd aan een andere rechter dan die welke door de andere bepalingen van het Executieverdrag is aangewezen.’⁶⁷

Partijen worden ook hier, door te verschijnen, dus geacht in te stemmen met berechting door het forum.⁶⁸

Moet eenzelfde constructie nu worden gehanteerd in alle andere gevallen waarin de wet bepaalt dat partijen door een bepaalde verklaring of gedraging af kunnen wijken van het procesrecht? Kan in deze gevallen steeds een procesovereenkomst als grondslag voor de afwijking worden gezien?

Het is twijfelachtig of beantwoording van deze vraag veel oplevert. Zoals gezegd wordt in de hiervoor beschreven gevallen uitgegaan van een fictie. Indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan, wordt een overeenkomst geacht tot stand te zijn gekomen. De kwalificatie als overeenkomst lijkt daarom niet veel toe te voegen. Het is niet zo dat hierdoor de regels voor de totstandkoming van overeenkomsten van

65 Snijders meent dat in dit geval slechts sprake is van een feitelijke divergentie tussen wat in en buiten het proces vastgesteld kan worden. Meer in zijn algemeenheid heeft te gelden dat het rechterlijk resultaat kan afwijken van wat feitelijk gezien recht had behoren te zijn. In het proces heeft te gelden dat een geldige overeenkomst tot arbitrage tussen partijen tot stand is gekomen, terwijl dit feitelijk wellicht niet het geval is. Zie Snijders 1992a, p. 43–44. Naar mijn mening is dit niet wat hier aan de hand is. In de parlementaire geschiedenis wordt immers opgemerkt dat *door* de wisseling van processtukken een overeenkomst tot stand geacht kan worden te zijn gekomen. Het gaat er dus niet om dat door de stellingen van partijen in deze processtukken als processuele waarheid heeft te gelden dat er sprake is van een overeenkomst, deze overeenkomst wordt geacht pas te *ontstaan* door de wisseling van processtukken.

66 HvJ EU 20 mei 2010, RvdW 2010, 802 (ČPP/Bilas), r.o. 31–32. Zie echter wel de jurisprudentie van het Hof van Justitie m.b.t. oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, waarover par. 9.4.

67 HvJ EG 7 maart 1985, NJ 1986, 336 (Spitzley/Sommer), r.o. 15. Zie ook HvJ EU 20 mei 2010, RvdW 2010, 802 (ČPP/Bilas), r.o. 22.

68 Zo ook Pontier & Burg 2004, p. 152.

toepassing worden, aangezien deze totstandkoming geheel en al onderworpen is aan haar eigen regels. Het aannemen van een overeenkomst lijkt in deze gevallen met name te zijn ingegeven door artikel 17 Grondwet. Hierin is bepaald dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Aangezien arbitrage en forumkeuze dus steeds op de wil van partijen dienen te berusten, wordt het in deze gevallen van belang geacht een overeenkomst te construeren. Het is dus weliswaar ook in andere gevallen mogelijk om aan te nemen dat de afwijking van het procesrecht berust op een overeenkomst van partijen, maar een dergelijke kwalificatie voegt weinig toe. Dit leidt er in ieder geval niet zonder meer toe dat de regels van overeenkomstenrecht van toepassing worden.

Een veel interessantere vraag is, in hoeverre de wil van partijen in het kader van deze bepalingen daadwerkelijk van belang is. Is het enkele gedrag van partijen reeds voldoende om processuele gevolgen te doen intreden, of moet daarnaast blijken dat het ook de *bedoeling* is van partijen om deze gevolgen in het leven te roepen?

Naar mijn mening kan deze vraag niet in zijn algemeenheid worden beantwoord, maar zal dit per wetsebepaling verschillen. Het is een kwestie van uitleg in hoeverre naast de vereiste gedraging ook de bedoeling van partijen van belang is. In sommige gevallen zal het enkele gedrag van partijen inderdaad voldoende zijn om af te wijken van het procesrecht. Zo is reeds gebleken dat in geval van artikel 1052 lid 2 Rv en artikel 24 EEX-Vo niet vereist is dat partijen daadwerkelijk beogen bevoegdheid aan een bepaald gerecht toe te kennen. Hetzelfde kan worden aangenomen in het kader van artikel 9 sub a Rv en artikel 110 lid 1 Rv.⁶⁹

Niet in alle gevallen is echter voldoende dat partijen feitelijk het vereiste gedrag vertonen. Zo maakt artikel 255 lid 2 Rv afwijking van het vereiste van een dagvaarding in kort geding mogelijk. Hiervoor is nodig dat partijen 'vrijwillig' ter terechtzitting van de voorzieningenrechter in kort geding verschijnen. Artikel 255 lid 2 Rv maakt dus duidelijk dat de wil van partijen hier wel degelijk relevant is. Ook in geval van artikel 96 Rv is niet voldoende dat partijen zich feitelijk tot de kantonrechter wenden. Indien de ene partij dagvaardt, en de andere partij verschijnt en geen bezwaar maakt, is de kantonrechter nog niet bevoegd. Aan de kantonrechter moet de wil van partijen blijken om hem te laten beslissen over hun geschil, anders zal hij de zaak veelal dienen te verwijzen op grond van artikel 71 lid 1 of artikel 110 lid 1 en 2 Rv.⁷⁰ Verder zal de bedoeling van partijen over het algemeen ook relevant zijn in die gevallen waarin een verklaring van partijen is vereist, zoals wanneer wordt gesproken over een 'eenstemmig verzoek'. Daarbij is het wel zo dat er in principe van uit kan worden gegaan dat de verklaring van een partij tijdens het geding overeenstemt met haar daadwerkelijke wil. Een apart onderzoek hiernaar zal normaal gesproken dan ook niet zijn vereist. Indien er echter sterke aanwijzingen zijn dat een verklaring op een vergissing berust, kan een partij hieraan niet gehouden worden.

69 Zie echter wel de jurisprudentie van het Hof van Justitie m.b.t. oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, waarover par. 9.4.

70 Zie Rb. Zwolle-Lelystad (sector kanton) 26 september 2006, LJN AZ1869, r.o. 5; De Pinto 1880, p. 129-130. Ook volgens Van Boneval Faure is een uitdrukkelijke verklaring van partijen noodzakelijk; Van Boneval Faure 1893, p. 449; anders Ktr. Boxmeer 1 mei 1984, NJ 1985, 589, r.o. 11, 15.

Overigens zal niet in alle gevallen waarin de wil van partijen van belang wordt geacht, ook een overeenkomst nodig zijn voor afwijking van het procesrecht. Denkbaar is dat een meerzijdige rechtshandeling (niet zijnde een overeenkomst) volstaat. In een dergelijk geval is wilsovereenstemming niet vereist, maar zal voldoende zijn dat partijen, onafhankelijk van elkaar, aan de rechter laten blijken af te willen wijken van het procesrecht.⁷¹ Of een meerzijdige rechtshandeling inderdaad voldoende is, is ook weer een kwestie van uitleg van de desbetreffende wetsbepaling. Aangezien de formulering van de wetsbepalingen waarom het hier gaat niet duidt op een overeenkomst, zal in de meeste gevallen een meerzijdige rechtshandeling volstaan. Uitzonderingen zijn echter denkbaar. Een voorbeeld biedt artikel 96 Rv.⁷² Als belangrijk kenmerk van artikel 96 Rv wordt gezien, dat dit partijen een goedkope en informele procedure biedt.⁷³ Voor een dergelijke informele procedure is samenwerking tussen partijen van groot belang, zodat vereist mag worden dat zij ook samen voor deze procedure hebben gekozen.

Overigens zal de vraag, of een overeenkomst is vereist of dat volstaan kan worden met een meerzijdige rechtshandeling, in de praktijk van weinig gewicht zijn. Vaak zullen partijen, indien zij een verklaring richten tot de rechter, daarbij wel degelijk reageren op elkaar. De ene partij gaat, nadat zij heeft vernomen van het verzoek dat de ander tot de rechter heeft gericht, hiermee akkoord. Dat partijen daadwerkelijk onafhankelijk van elkaar een verklaring tot de rechter richten, zal uitzondering zijn.

Geconcludeerd kan worden dat in de gevallen waarin de wet een bepaalde verklaring of gedraging van partijen vereist om af te wijken van het procesrecht, het een kwestie van uitleg is of deze enkele verklaring of gedraging voor de afwijking voldoende is. In een aantal gevallen is dit niet het geval en is daarnaast vereist dat de wil van partijen ook op afwijking van het procesrecht is gericht. In die gevallen zal over het algemeen een overeenkomst niet nodig zijn, maar is een meerzijdige rechtshandeling reeds voldoende.

Niet alleen relevant is de vraag of naast de verklaring of gedraging een overeenkomst van partijen *noodzakelijk* is, ook relevant is of een dergelijke overeenkomst reeds *voldoende* is. Bindt reeds de afspraak van partijen om ter terechtzitting van de voorzieningenrechter in kort geding te verschijnen? Of is vereist dat partijen ook daadwerkelijk verschijnen? Op deze kwestie wordt in hoofdstuk 7 ingegaan.

3.5 Conclusie

In verschillende wettelijke bepalingen wordt het partijen mogelijk gemaakt om af te wijken van het procesrecht. Onderscheid kan gemaakt worden tussen de gevallen waarin partijen afwijken van de wettelijke competentieverdeling en/of het stelsel

71 Ook in Duitsland wordt wel onderscheid gemaakt tussen 'Prozessverträge' en 'Gesamtakte'. Zie bijv. Schiedermair 1935, p. 27 e.v.; Wagner 1998, p. 337 e.v.

72 Zie ook Rb. Zwolle-Lelystad (sector kanton) 26 september 2006, LJN AZ1869, r.o. 5; De Pinto 1880, p. 129-130.

73 Zie bijv. Schonewille 2010, p. 67-68; noot Van Dam-Lely bij Rb. Utrecht (sector kanton) 30 juni 2006, WR 2007, 7, nr. 2; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 113-114, nr. 84; Wetzels 2005, p. 144; Viellevoe 1989, p. 173; Dolk 1989, p. 33, 34; Loeff 1933, p. 1-2; De Pinto 1880, p. 131; Van Boneval Faure 1893, p. 447-448.

van rechtsmiddelen (paragraaf 3.2.2), de gevallen waarin zij afwijken van het bewijsrecht (paragraaf 3.2.3) en de gevallen waarin wordt afgeweken van de regels omtrent de rechtsingang en de gang van zaken tijdens de procedure (paragraaf 3.2.4). In sommige gevallen is voor een dergelijke afwijking een overeenkomst van partijen nodig, terwijl de wet in andere gevallen spreekt over een bepaalde verklaring of gedraging van partijen.

In de wet worden verschillende voorwaarden gesteld aan de mogelijkheid om af te wijken van het procesrecht. Zo wordt in sommige wetsbepalingen vereist dat procesovereenkomst betrekking heeft op een 'geschil'. Desondanks heeft te gelden dat procesovereenkomsten niet worden aangegaan in afhankelijkheid van een 'geschil', maar van een rechtsvordering, verzoek of verweer (paragraaf 3.3.2).

Verder wordt in sommige wetsbepalingen vereist dat sprake is van een geschil dat ter vrije bepaling van partijen staat. In dat geval vindt er een dubbele toets plaats aan de openbare orde. Ten eerste kan de procesovereenkomst niet geldig gesloten worden indien sprake is van een rechtsbetrekking die sterk beheerst wordt door recht van openbare orde. Daarnaast mag de overeenkomst van partijen, voor zover zij wel geldig is, niet leiden tot een resultaat dat in strijd is met de openbare orde. De bewijsovereenkomst kan op deze grond in een concreet geval buiten toepassing gelaten worden. Voor andere procesovereenkomsten is op andere wijze gewaarborgd dat zij niet leiden tot een resultaat dat in strijd is met de openbare orde. Aangenomen kan worden dat de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking ook geldt voor de niet in de wet geregelde procesovereenkomsten waarbij een nauwe band bestaat met de materiële zaak waarover geprocedeerd wordt (paragraaf 3.3.3).

De ratio van het vereiste van een 'bepaalde rechtsbetrekking' is de bescherming van partijen. Ook in geval van artikel 329 (prorogatie), artikel 333 (uitsluiting hoger beroep) en artikel 153 Rv (bewijsovereenkomst) is een dergelijke bescherming wenselijk, zodat kan worden aangenomen dat dit vereiste hier analoog dient te worden toegepast. Voor de niet in de wet geregelde mogelijkheden om af te wijken van het procesrecht geldt hetzelfde (paragraaf 3.3.4).

Soms worden in de wet bewijs- en vormvoorschriften gesteld. Dergelijke voorschriften gelden niet voor de niet in de wet geregelde procesovereenkomsten, aangezien zonder een uitdrukkelijke wetsbepaling de inhoud van dergelijke bewijs- en vormvoorschriften voor partijen niet duidelijk is (paragraaf 3.3.5). Verder geldt dat het begrip 'onredelijke vertraging van het geding' nader is ingevuld door de verschillende landelijke rolreglementen. Dit vereiste laat aan de rechter dan ook minder beoordelingsruimte dan in eerste instantie lijkt. Denkbaar is dat dit vereiste ook gesteld wordt aan bepaalde niet in de wet geregelde mogelijkheden om af te wijken van het procesrecht (paragraaf 3.3.6). Voor beperkingen met betrekking tot het moment waarop kan worden afgeweken van het procesrecht geldt dat zij met name zijn ingegeven door de wens (één van) partijen te beschermen. Ook voor eventuele niet in de wet geregelde mogelijkheden om af te wijken van het procesrecht kan dit reden zijn voor een dergelijke beperking (paragraaf 3.3.7). Ten slotte zal een redelijk belang in de zin van artikel 8 lid 1 en 9 sub a Rv vrijwel steeds aanwezig zijn (paragraaf 3.3.8).

Gebleken is dat in die gevallen waarin de wet een bepaalde verklaring of gedraging van partijen vereist om af te wijken van het procesrecht, het een kwestie van uitleg

van de wetsbepaling is of deze enkele verklaring of gedraging voor afwijking voldoende is. In sommige gevallen zal moeten blijken dat de wil van partijen ook op afwijking is gericht. In die gevallen is niet steeds een overeenkomst noodzakelijk, maar is een meerzijdige rechtshandeling (niet zijnde een overeenkomst) vaak reeds voldoende (paragraaf 3.4).

4 Toelaatbaarheid van niet in de wet geregelde procesovereenkomsten: algemene uitgangspunten

4.1 Inleiding

Soms bepaalt de wet uitdrukkelijk dat partijen een procesovereenkomst kunnen sluiten. Zo blijkt uit artikel 8 Rv dat partijen door middel van een overeenkomst rechtsmacht aan de Nederlandse rechter kunnen toekennen of ontnemen. Verder volgt uit artikel 153 Rv dat partijen van het wettelijke bewijsrecht kunnen afwijken. Is het echter ook denkbaar dat partijen een dergelijke overeenkomst sluiten, indien die bevoegdheid niet uitdrukkelijk bij wet is toegekend? Zouden zij bijvoorbeeld kunnen afspreken dat zij geen comparitie na antwoord wensen, maar enkel pleidooi? Zouden zij kunnen overeenkomen dat in hun zaak de regels van de verzoekschriftprocedure worden toegepast, in plaats van die van de dagvaardingsprocedure? Is een overeenkomst geldig waarbij het rechtsmiddel van verzet wordt uitgesloten, zodat een eventueel verstekvonnis steeds definitief werkt?

Door de Hoge Raad is een enkele maal erkend dat partijen een procesovereenkomst kunnen sluiten zonder dat de bevoegdheid hiertoe bij wet is toegekend. Zo werd in het Piscator-arrest aanvaard dat partijen door middel van een overeenkomst tot forumkeuze de Nederlandse rechter bevoegdheid kunnen verlenen, hoewel dit toen nog niet bij wet was bepaald.¹ Ook de overeenkomst tot bindend advies is geaccepteerd voordat de geldigheid hiervan kon worden afgeleid uit artikel 7:900 BW.² Verder blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat partijen bij overeenkomst bij voorbaat niet alleen hoger beroep, maar ook cassatie kunnen uitsluiten.³ Uit artikel 333 Rv volgt slechts dat partijen voordat in eerste instantie uitspraak is gedaan overeen kunnen komen om van hoger beroep af te zien, maar over cassatie is in dit artikel niets bepaald.

Hoewel procesovereenkomsten dus ook denkbaar zijn indien de bevoegdheid hiertoe niet bij wet is toegekend, blijft het de vraag wanneer dit het geval is. In dit hoofdstuk wordt daarom de toelaatbaarheid van dergelijke overeenkomsten onderzocht. Daarbij wordt in eerste instantie tot uitgangspunt genomen dat het materiële geschil waarop de procesovereenkomst betrekking heeft ter vrije bepaling van

1 HR 1 februari 1985, *NJ* 1985, 698, m.nt. JCS (Piscator); zie ook HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989, 765, m.nt. JCS (Harvest Trader), waaruit blijkt dat partijen de Nederlandse rechter ook zijn bevoegdheid kunnen ontnemen.

2 HR 24 september 1964, *NJ* 1965, 359, m.nt. JHB (De Rooy c.s./Hillen c.s.).

3 HR 3 december 1954, *NJ* 1955, 56 (Ooms/Douma); HR 4 juni 2010, *NJ* 2010, 312 (Euroland c.s./Gilde c.s.).

partijen staat en dat op dit geschil geen regels van dwingend recht van toepassing zijn. De vraag naar de invloed van de materiële rechtsverhouding op de mogelijkheid tot het sluiten van procesovereenkomsten blijft aanvankelijk dus nog rusten: hierop zal in paragraaf 4.8 nader worden ingegaan.

Op het eerste gezicht lijkt een procesovereenkomst een overeenkomst te zijn waarbij partijen afwijken van de regels van procesrecht. Zij verklaren een bepaalde regel buiten toepassing en stellen een eigen regel daarvoor in de plaats. Een voorbeeld is het geval dat partijen overeenkomen dat in hun zaak geen comparitie zal worden gehouden. Afgeweken wordt dan van artikel 87 en 88 Rv, waarin is bepaald dat de rechter ambtshalve een verschijning van partijen kan bevelen. Voor de toelaatbaarheid van een dergelijke overeenkomst moet worden gekeken of de regel van procesrecht waarvan partijen willen afwijken, regelend van aard is.

Daarnaast moet wellicht echter nog een ander type procesovereenkomst worden erkend. Op vele plaatsen in het wetboek worden aan partijen bepaalde bevoegdheden toegekend. Zo is een partij bevoegd tot het stellen van feiten, tot het meewerken aan een eenstemmig verzoek tot uitstel van het nemen van een conclusie (zie artikel 133 lid 2 Rv), of tot het instellen van verzet nadat een verstekvonnis tegen haar is gewezen (artikel 143 lid 1 Rv). Nu is denkbaar dat partijen overeenkomen om deze bevoegdheden uit te oefenen of om juist geen gebruik te maken van deze bevoegdheden. Zij zouden bijvoorbeeld kunnen afspreken om tijdens de procedure bepaalde feiten niet te stellen, of om mee te werken aan een verzoek tot uitstel van het nemen van een conclusie. Door een dergelijke overeenkomst wordt, zo lijkt het, niet afgeweken van een regel van procesrecht, maar verplicht een partij zich tot bepaald procesgedrag.⁴

Het is de vraag of inderdaad een onderscheid moet worden gemaakt tussen beide soorten overeenkomsten. Dient de overeenkomst waarbij partijen zich verbinden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid als apart type procesovereenkomst te worden erkend? Deze vraag wordt in de volgende paragraaf aan de orde gesteld. Daarbij zal ik de twee, eventueel te onderscheiden typen aanduiden als overeenkomsten waarbij partijen van het procesrecht afwijken enerzijds, en overeenkomsten omtrent een processuele bevoegdheid of overeenkomsten met obligatoire of verbintenisrechtelijke werking anderzijds. Dat ik spreek over overeenkomsten met verbintenisrechtelijke werking wil niet zeggen dat ik meen dat deze overeenkomsten worden beheerst door het burgerlijk recht. In hoofdstuk 2 is aangenomen dat alle procesovereenkomsten worden beheerst door het procesrecht en dus steeds procesrechtelijk van aard zijn. Weliswaar is de term 'verbintenis' strikt genomen gereserveerd voor het burgerlijk recht. Een 'verbintenis' wordt over het algemeen gezien als een *vermogensrechtelijke* rechtsbetrekking: tegenover de verplichting van de schuldenaar staat een subjectief vermogensrecht van de schuldeiser.⁵ Hier zal deze term echter in ruimere zin worden gebruikt, en wordt hieronder verstaan *iedere* rechtsbetrekking tussen twee (of meer) personen, waarbij de één verplicht is tot een

⁴ Zo ook Wagner 1998, p. 54-57.

⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 38; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 4, nr. 6; Brunner e.a. 2011, p. 6-7, nr. 7; Smits 2003, p. 9-10, nr. 6; Scholten 1983, p. 9-10; nr. 9; Meijers 1958, p. 77.

bepaalde prestatie tegenover de ander, die tot de prestatie gerechtigd is.⁶ In deze ruimere definitie hoeven de rechten en verplichtingen dus niet vermogensrechtelijk van aard te zijn. De overeenkomst die rechten en verplichtingen tussen partijen ten opzichte van elkaar in het leven roept, is geenszins een figuur die is voorbehouden aan het materiële burgerlijk recht.⁷

Waar wordt gesproken over een (proces)overeenkomst met verbintenisrechtelijke of obligatoire werking wordt dus wel degelijk een overeenkomst bedoeld die beheerst wordt door het procesrecht. Overigens wordt in een deel van de literatuur wel (impliciet) aangenomen dat het bij een dergelijke overeenkomst gaat om een materieelrechtelijke, door het burgerlijk recht beheerste overeenkomst, waaraan dan veelal de opvatting is gekoppeld dat deze overeenkomst in ruime mate toelaatbaar is. Zie hierover nader de volgende paragraaf.

In de paragrafen 4.2 en 4.3 wordt eerst ingegaan op de vraag of de overeenkomst omtrent een processuele bevoegdheid inderdaad als apart type overeenkomst moet worden erkend, en zo ja, welke criteria dan gelden voor de toelaatbaarheid. In paragrafen 4.4 e.v. wordt vervolgens nader ingegaan op de toelaatbaarheid van overeenkomsten waarbij wordt afgeweken van de regels van procesrecht.

4.2 Procesovereenkomsten omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid: rechtsvergelijking

4.2.1 Inleiding

Dient een aparte categorie van procesovereenkomsten te worden onderscheiden waarbij partijen elkaar verplichten tot bepaald procesgedrag? Voordeel van de erkenning van dit type procesovereenkomst is direct duidelijk: hierdoor wordt het aantal gevallen waarin partijen door middel van een overeenkomst invloed kunnen uitoefenen op de procedure enorm uitgebreid. Telkens wanneer zij de bevoegdheid hebben op een bepaalde manier te handelen, is een dergelijke overeenkomst denkbaar. Zo zouden partijen wellicht kunnen afspreken om tijdens een procedure een bepaald verweer niet te voeren, of in hun contract kunnen opnemen om niet in verzet te gaan mocht er een verstekvonnis tegen hen gewezen worden. In eerste instantie lijkt bovendien niet veel aan de toelaatbaarheid van dit type afspraak in de weg te staan: partijen kunnen op grond van de contractvrijheid in principe immers *elke* denkbare afspraak maken, zodat niet duidelijk is waarom zij zich niet zouden kunnen verbinden tot bepaald procesgedrag.

In deze en de volgende paragraaf wordt nader op dit type procesovereenkomst ingegaan. Hiertoe zal eerst worden gekeken naar het Duitse en het Engelse recht (paragraaf 4.2.2-4.2.3), waarna een aantal ontwikkelingen in het Nederlandse recht wordt geschetst (paragraaf 4.2.4).

6 Deze omschrijving is ontleend aan Hijma & Olthof 2011, p. 192, nr. 299; Zie voor vergelijkbare definities Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 4, nr. 6; Hartkamp 2005, p. 226-227, nr. 233; Smits 2003, p. 6.

7 Zie ook Wagner 1998, p. 37-38.

4.2.2 Duits recht

4.2.2.1 Algemeen

In de Duitse literatuur worden procesovereenkomsten omtrent een processuele bevoegdheid mogelijk geacht. Procesovereenkomsten worden regelmatig ofwel geconstrueerd als een afstand van een bevoegdheid of als een overeenkomst die verplicht tot een bepaald processueel handelen.⁸ Een bewijsovereenkomst waarbij tegenbewijs is uitgesloten wordt bijvoorbeeld gezien als een overeenkomst om bepaalde feiten niet te bestrijden.⁹ Een bewijsmiddelovereenkomst wordt ofwel geconstrueerd als een overeenkomst waarbij partijen afstand doen van het recht gebruik te maken van bepaalde bewijsmiddelen, ofwel als overeenkomst waarbij partijen zich verbinden van deze bewijsmiddelen geen gebruik te maken.¹⁰ Verder zijn overeenkomsten denkbaar waarbij een partij zich verbindt de eis in te trekken,¹¹ om geen hoger beroep in te stellen,¹² of om in het geheel geen procedure te beginnen.¹³

In Duitsland zijn minder procesovereenkomsten wettelijk geregeld dan in Nederland. Zo kent de *Zivilprozessordnung* geen regeling van de bewijsovereenkomst en was tot voor kort niet in de wet bepaald of het mogelijk is om bij voorbaat hoger beroep uit te sluiten.¹⁴ Oorspronkelijk werd het sluiten van procesovereenkomsten, indien zij niet in de wet geregeld waren, niet toelaatbaar geacht. In dit verband werd vaak de frase gehanteerd dat een 'Konventionalprozess' verboden is.¹⁵ Als reden werd hiervoor gegeven dat het procesrecht deel uitmaakt van het publieke recht. Door een

8 Volgens Wagner vloeit uit de overeenkomst een verbintenis voort omtrent de uitoefening van een bevoegdheid; Wagner 1998, p. 225 e.v.; Schiedermair daarentegen ziet de overeenkomst als een afstand van recht. Wel erkent hij, naast deze volgens hem procesrechtelijke overeenkomst, ook een materieelrechtelijke overeenkomst waarbij partijen zich verbinden tot bepaald processueel gedrag. Omdat partijen steeds de meest vergaande werking beogen, zal, voor zover een procesrechtelijke overeenkomst toelaatbaar is, hiervan volgens hem sprake zijn. Zie Schiedermair 1935, p. 68 e.v., p. 115-116, p. 175-178. Baumgärtel noemt in één adem het beschikken ('verfügen') over processuele bevoegdheden en het zich verbinden tot de uitoefening of niet-uitoefening hiervan; Baumgärtel 1957, p. 190. Onduidelijk is of hij tussenbeide een verschil ziet, al duidt zijn verhaal over de voorafgaande afstand van rechtsmiddel hier wel op, zie p. 206; zie verder bijv. Eckardt & Dendorfer 2001, m.n. p. 790; Mansel 1996, p. 64 e.v. In Schlossers opvatting bestaat tussenbeide per definitie geen onderscheid, aangezien volgens hem de overeenkomst waarbij partijen zich tot bepaald procesgedrag verbinden niet kan worden onderscheiden van de vervulling hiervan; Schlosser 1968, p. 56, 93-94.

9 Zie Wagner 1998, p. 611; Schiedermair meent dat hierdoor het recht tot het bestrijden van feiten uitgesloten wordt; Schiedermair 1935, p. 68-70, 120; zie ook Baumgärtel 1957, p. 253.

10 Zie Wagner 1998, p. 685; Schiedermair 1935, p. 68-70, 119; Baumgärtel 1957, p. 253; Schlosser 1968, p. 82-83.

11 Zie Wagner 1998, p. 504 e.v.; Schiedermair 1935, p. 68-70, 112 e.v.; Baumgärtel 1957, p. 260 e.v.; Schlosser 1968, p. 69 e.v.

12 Zie Wagner 1998, p. 527 e.v.; Schiedermair 1935, p. 68-70, 112 e.v.; Baumgärtel 1957, p. 206 e.v.; Schlosser 1968, p. 73 e.v.

13 Zie Wagner 1998, p. 391 e.v.; Schiedermair 1935, p. 68-70, 112 e.v.; Schlosser 1968, p. 63 e.v.

14 Dit is tegenwoordig in § 515 ZPO geregeld. Vóór de hervorming van het procesrecht in 2002 bevatte de toenmalige § 514 ZPO enkel een regeling van de afstand van hoger beroep nadat uitspraak was gedaan. Zie Zöller/Heßler 2010, § 515 ZPO Rn 1.

15 Zie bijv. Oertmann 1915, p. 419.

deel van de literatuur werd echter aangenomen dat hoewel een procesrechtelijke overeenkomst ontoelaatbaar is, partijen wel een materieelrechtelijke overeenkomst kunnen sluiten waarbij zij elkaar verplichten tot bepaald procesgedrag. Een verbintenissenrechtelijke overeenkomst zou geldig zijn, zolang het gedrag waartoe partijen zich verplichten niet in strijd is met de wet of de goede zeden.¹⁶ Aanvankelijk werd daarbij aangenomen dat een dergelijke overeenkomst geen invloed kon uitoefenen op de procedure waarop zij betrekking had (hierna: de *primaire procedure*). Indien bijvoorbeeld een eisende partij een afspraak om de eis in te trekken niet nakwam, zou deze afspraak niet in de *primaire procedure* kunnen worden afgedwongen, maar zou de wederpartij enkel in een *secundaire procedure* schadevergoeding kunnen vorderen. Later is men echter ook enige werking van de overeenkomst in het *primaire proces* gaan erkennen.¹⁷

Tegenwoordig wordt, gezien deze werking in het proces zelf, de overeenkomst omtrent een processuele bevoegdheid door een aantal auteurs niet langer als een materieelrechtelijke, maar als een procesrechtelijke overeenkomst gezien. Bezwaar wordt gemaakt tegen de redenering dat partijen geen procesrechtelijke overeenkomst kunnen sluiten, maar dat een materieelrechtelijke overeenkomst wel toelaatbaar is. Veel auteurs zijn van mening dat de kwalificatie van de overeenkomst als procesrechtelijk of als materieelrechtelijk niet van invloed mag zijn op de toelaatbaarheid van de overeenkomst. Gekeken moet worden naar de werking die de overeenkomst feitelijk heeft, en of deze is toegestaan. Aangenomen wordt dat een procesrechtelijke overeenkomst die ongeldig is niet, doordat zij wordt omgevormd tot een materieelrechtelijke overeenkomst, ineens wel geldig kan zijn.¹⁸ Wagner meent bovendien dat de verbintenis niet een figuur is die voorbehouden is aan het materiële privaatrecht, maar dat een verbintenis ook procesrechtelijk van aard kan zijn.¹⁹ De rechtspraak gaat er echter nog steeds van uit dat in deze gevallen sprake is van een materieelrechtelijke overeenkomst.²⁰

Erkent men tegenwoordig dat dergelijke overeenkomsten wel enige werking in de *primaire procedure* hebben, over de vraag wat deze werking precies inhoudt bestaat nog altijd verschil van mening. Ook bestaat geen eenstemmigheid over de vraag wanneer een dergelijke overeenkomst geldig gesloten kan worden. Op deze kwesties zal nog wat dieper worden ingegaan.

4.2.2.2 Werking

Over het algemeen wordt aangenomen dat een overeenkomst tot uitoefening van een bevoegdheid niet dezelfde gevolgen kan hebben als uitoefening van de bevoegdheid zelf. Een overeenkomst om hoger beroep in te stellen zou bijvoorbeeld niet tot gevolg

16 Zie voor een overzicht van jurisprudentie en literatuur Wagner 1998, p. 48-52; Cremer 2007, p. 78-83.

17 Zie voor een overzicht van jurisprudentie en literatuur m.b.t. de werking van een dergelijke overeenkomst Wagner 1998, p. 213 e.v.

18 Cremer 2007, p. 84 e.v.; Schlosser 1968, p. 53-54; Schiedermair 1935, p. 115; Wagner 1998, p. 695. Volgens Wagner moeten de vraag naar de kwalificatie en die naar de toelaatbaarheid streng van elkaar worden onderscheiden; Wagner 1998, p. 18.

19 Zie Wagner 1998, p. 37-38.

20 Wagner 1998, p. 36, 51-52; zie voor verwijzingen naar rechtspraak ook Cremer 2007, p. 79.

kunnen hebben dat het hoger beroep als ingesteld geldt. Schiedermair meent dat het feit dat een proceshandeling in een bepaalde vorm moet geschieden eraan in de weg staat dat een overeenkomst tot het verrichten van deze handeling reeds dezelfde gevolgen bewerkstelligt. Een overeenkomst tot intrekking van eis heeft volgens hem dan ook niet het gevolg dat de eis als ingetrokken geldt, maar zou er wel toe leiden dat het voortprocederen als ontoelaatbaar moet worden afgewezen. Hetzelfde geldt voor de bewijsmiddelovereenkomst. Ook deze overeenkomst brengt niet mee dat een bewijsmiddel als niet aangedragen geldt, maar wel dat een beroep op een bewijsmiddel dat in strijd met de overeenkomst wordt gedaan, door het gerecht als ontoelaatbaar moet worden afgewezen.²¹

Ook volgens Wagner staat het feit dat een bevoegdheid slechts in bepaalde vorm verricht kan worden, eraan in de weg dat een overeenkomst omtrent deze bevoegdheid dezelfde gevolgen heeft als uitoefening van de bevoegdheid zelf. Een dergelijke overeenkomst roept dan ook enkel verbintenissen van partijen in het leven.²² Toch dient de rechter reeds acht te slaan op deze overeenkomst tijdens de primaire procedure. De rechter zal een proceshandeling in strijd met een overeenkomst als ontoelaatbaar moeten afwijzen. Hierdoor wordt de verbintenis als het ware direct omgezet in haar vervulling, hetgeen in eerste instantie vreemd lijkt doordat de schuldenaar normaal gesproken kan kiezen of hij zijn verbintenissen nakomt. Dat dit bij procesovereenkomsten anders is, is volgens Wagner een gevolg van het feit dat deze overeenkomsten betrekking hebben op de procedure zelf. Nakoming van de overeenkomst kan dus direct worden afgedwongen.²³ Volgens Wagner hebben overigens enkel overeenkomsten die verplichten tot een nalaten werking in de primaire procedure, aangezien de rechter steeds moet toetsen of een door een partij verrichte rechtshandeling toelaatbaar is en hij dus een in strijd met een overeenkomst verrichte rechtshandeling als ontoelaatbaar kan afwijzen. Bij overeenkomsten die verplichten tot een handelen, zoals een overeenkomst die verplicht tot het instellen van hoger beroep, is een dergelijke toetsing niet mogelijk. De rechter kan niet handelen alsof het hoger beroep ingesteld is, aangezien de overeenkomst dan hetzelfde gevolg zou hebben als het verrichten van de proceshandeling zelf.²⁴ Wel zou een partij eventueel in een aparte procedure nakoming van de verbintenis tot het instellen van hoger beroep kunnen vorderen.²⁵

Anders dan de meeste auteurs meent Schlosser dat een procesovereenkomst omtrent de uitoefening van een bevoegdheid wél dezelfde werking heeft als uitoefening van de bevoegdheid zelf. Volgens hem staat het feit dat de bevoegdheid soms enkel in een bepaalde vorm verricht kan worden hier niet aan in de weg. Wel kan een vormvereiste meebrengen dat überhaupt geen geldige procesovereenkomst kan worden gesloten, bijvoorbeeld indien het voorschrift partijen tegen een overhaaste beslissing beoogt te beschermen. Het is volgens Schlosser een van tweeën: óf deze vorm staat niet aan een geldige overeenkomst in de weg, en in dat geval heeft de

21 Schiedermair 1935, p. 74-76, 112 e.v.

22 Wagner 1998, p. 96, 225-232.

23 Wagner 1998, p. 233-235.

24 Wagner 1998, p. 236-238.

25 Wagner 1998, p. 266-267.

procesovereenkomst ook directe werking, óf de overeenkomst is ongeldig en heeft geen enkele werking, dus ook geen verbintenisrechtelijke.²⁶

4.2.2.3 Toelaatbaarheid

Niet alleen over de werking van deze overeenkomsten wordt verschillend gedacht, ook over de vraag hoe bepaald moet worden in welke gevallen een overeenkomst omtrent een processuele bevoegdheid toelaatbaar is bestaat verschil van mening. Wagner heeft zich het meest recent en het meest uitgebreid hierover uitgelaten. Hij maakt bij de vraag naar de toelaatbaarheid van procesovereenkomsten uitdrukkelijk onderscheid tussen de overeenkomst waarbij partijen afwijken van regels van procesrecht en die waarbij zij zich verbinden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid. Indien partijen zich verbinden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid, is immers niet duidelijk van welke wettelijke regel zij zouden afwijken.²⁷ Wagner gaat op basis hiervan uit van een ruime toelaatbaarheid van dergelijke overeenkomsten. Anders dan bij overeenkomsten waarbij wordt afgeweken van de regels van procesrecht, zouden bij overeenkomsten omtrent processuele bevoegdheden namelijk geen publieke belangen aan de geldigheid in de weg kunnen staan en behoeft slechts rekening te worden gehouden met de private belangen van partijen.²⁸ Wagner neemt daarbij wel tot uitgangspunt dat in de procedure geen aanspraken centraal staan die worden gegarandeerd door dwingend recht: in dat geval is de mogelijkheid tot het sluiten van procesovereenkomsten naar zijn mening beperkter.²⁹

Ter onderbouwing van zijn standpunt beroept Wagner zich op het beginsel van de 'Privatautonomie' (partijautonomie). In het burgerlijk recht hebben partijen contractvrijheid: zij kunnen zich verbintenisrechtelijk binden en bovendien afstand doen van voor hen gunstige rechtsposities. Weliswaar geldt het beginsel van de 'Privatautonomie' niet rechtstreeks in het procesrecht, maar het vindt wel zijn voortzetting in de 'Dispositions- en Verhandlungsmaxime' (de processuele partijautonomie). Indien een partij in ruime mate kan beschikken over haar materieelrechtelijke aanspraken, zou het volgens Wagner vreemd zijn indien zij in het geheel geen zeggenschap zou hebben met betrekking tot de procedure waarin deze aanspraken geldend gemaakt kunnen worden. Hieruit volgt volgens Wagner dat partijen in principe de mogelijkheid hebben om zich te binden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid.³⁰

Tegengeworpen zou volgens hem kunnen worden dat dergelijke overeenkomsten de gerechtelijke autoriteiten kunnen belemmeren in de uitoefening van hun rechtsbeschermingstaak. Het zou in het algemeen belang zijn dat gerechten een oordeel kunnen geven dat zo veel mogelijk overeenstemt met de werkelijkheid, hetgeen wordt gefrustreerd indien partijen bijvoorbeeld afspreken bepaalde feiten niet in het

26 Schlosser, p. 53-55, 58-59, 77-78; zie over de werking van dergelijke overeenkomsten verder o.a. Baumgärtel 1957, p. 206-209, 253, 257-259, 260-268, 271-273; Mansel 1996, p. 66-68.

27 Wagner 1998, p. 54-57.

28 Wagner 1998, p. 52-57.

29 Wagner 1998, p. 97 e.v. Zie hierover nader par. 4.8.

30 Wagner 1998, p. 88-89.

geding te zullen brengen. Wagner ontkent echter dat openbare belangen aan de geldigheid van dergelijke overeenkomsten in de weg kunnen staan. Hij neemt namelijk als uitgangspunt dat het civiele proces primair een instrument is voor de verwezenlijking van materiële subjectieve rechten. Daarnaast dient het burgerlijk proces ook een aantal openbare belangen, zoals de bewaring van de rechtsorde en de verzekering van de rechtsvrede, maar deze belangen zijn ondergeschikt aan het primaire doel. Het staat immers eenieder vrij om zijn rechten niet geldend te maken en op deze manier niet mee te werken aan de bewaring van de rechtsorde. Ook wordt het tijdens een procedure aan partijen overgelaten om de relevante feiten en het bewijs te verzamelen.³¹ Aangezien de rechtsorde dus slechts bewaard wordt, voor zover een partij ervoor kiest haar rechten af te dwingen, bestaat geen openbaar belang bij een bepaalde uitkomst van een procedure.³² Er zij aan herinnerd dat Wagner ervan uitgaat dat in de procedure geen aanspraken centraal staan die worden gegarandeerd door dwingend recht.³³

Er staan volgens Wagner dan ook geen openbare belangen aan in de weg dat partijen zich contractenrechtelijk binden omtrent de uitoefening van een bevoegdheid. Aangezien de wet het geheel aan een partij overlaat op welke wijze zij gebruikmaakt van een bepaalde bevoegdheid, kan het openbaar belang niet ineens in het geding zijn wanneer deze partij zich omtrent het gebruik van deze bevoegdheid bindt. Indien de wet bijvoorbeeld aan partijen het stellen van de feiten overlaat, wordt daarmee geaccepteerd dat de rechter moet oordelen op basis van een feitencomplex dat wellicht niet overeenstemt met de werkelijkheid. Een overeenkomst waarbij een partij zich verbindt om bepaalde feiten niet te stellen, kan dan niet ineens ongeldig zijn vanwege het feit dat hierdoor de waarheidsvinding geschaad wordt. Door het toekennen van bevoegdheden aan partijen wordt een deel van de zeggenschap over het verloop van de procedure van tevoren gedelegeerd aan partijen.³⁴

Hoewel er dus geen algemene belangen aan in de weg staan dat partijen zich binden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid, kan de wens om partijen te beschermen volgens Wagner wel reden zijn om de mogelijkheid tot het sluiten van deze overeenkomsten te beperken. Het zich van tevoren binden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid kan namelijk niet enkel als een vorm van uitoefening van een vrijheid worden gezien, maar vormt ook een beperking van die vrijheid. Het is denkbaar dat een partij de reikwijdte van deze beperking van tevoren niet goed kan overzien. Ook kan een 'sterke' partij haar positie misbruiken door een dergelijke overeenkomst aan een zwakkere partij op te dringen.³⁵ Bij de wens een partij te beschermen tegen een inperking van haar beslissingsvrijheid gaat het volgens Wagner echter niet om een openbaar belang, maar om het individuele belang van deze partij. Weliswaar is het ook een algemeen belang dat bijvoorbeeld

31 Wagner 1998, p. 59-60.

32 Wagner 1998, p. 90.

33 Wagner 1998, p. 97 e.v. Zie hierover nader par. 4.8.

34 Wagner 1998, p. 90-91. Dit is ook de reden dat het sluiten van een procesovereenkomst omtrent een processuele bevoegdheid volgens Wagner eerder is toegestaan dan het sluiten van een overeenkomst waarbij van procesregels wordt afgeweken. In dit laatste geval kunnen openbare belangen wel aan de mogelijkheid tot het sluiten van een geldige overeenkomst in de weg staan. Zie Wagner 1998, p. 56, 71 e.v.

35 Wagner 1998, p. 91.

zwakkeren tegen misbruik door sterkere partijen worden beschermd, maar dit vormt slechts een afgeleide van de individuele partijbelangen.³⁶

Hoewel bescherming van partijen een legitiem belang is, moet volgens Wagner bedacht worden dat ook het materiële contractenrecht beschermingsmechanismen kent om te voorkomen dat een partij zich lichtvaardig bindt en gebonden blijft. Te denken valt bijvoorbeeld aan de bepalingen met betrekking tot wilsgebreken en de regeling omtrent algemene voorwaarden. Dergelijke bepalingen vormen volgens Wagner een voldoende waarborg om de vrijwilligheid van een overeenkomst te verzekeren. Indien aan deze voorwaarden is voldaan, bestaat er dan ook geen bezwaar tegen een overeenkomst waarbij een partij zich bindt omtrent een processuele bevoegdheid.³⁷ Wel lijkt Wagner aan te nemen dat in uitzonderingsgevallen een bepaalde overeenkomst zonder meer nietig is. Hij erkent namelijk in theorie dat uit het feit dat een bevoegdheid enkel in een bepaalde vorm kan worden uitgeoefend, in sommige gevallen wellicht moet worden afgeleid dat de wetgever de mogelijkheid van partijen heeft willen uitsluiten om zich door middel van een overeenkomst te binden met betrekking tot deze bevoegdheid.³⁸ Dit neemt hij echter met betrekking tot geen enkele van de door hem onderzochte bevoegdheden aan.³⁹ Ook zou volgens Wagner een overeenkomst ontoelaatbaar zijn indien zij noodzakelijkerwijs of ten minste in een overwegende meerderheid van de gevallen een van beide partijen onredelijk zou benadelen.⁴⁰ Ook dit is echter bij geen van de door hem onderzochte overeenkomsten het geval. Steeds volstaat de bescherming die het burgerlijk recht biedt.⁴¹

Volgens Wagner staat het partijen kortom op grond van het beginsel van de contractvrijheid en de processuele equivalent hiervan, de partijautonomie, vrij om zich te binden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid. Publieke belangen staan aan een dergelijke overeenkomst niet in de weg: als het in overeenstemming is met het openbare belang dat het partijen geheel vrijstaat of zij al dan niet gebruikmaken van een bepaalde bevoegdheid, kan het niet in strijd met dit belang zijn dat zij zich omtrent het gebruik van deze bevoegdheid door middel van een overeenkomst binden. Aan het individuele belang van partijen om beschermd te worden tegen ondoordachte of onder invloed van misbruik tot stand gekomen overeenkomsten, wordt voldoende tegemoetgekomen door de beschermingsmechanismen van het contractenrecht.

Anders dan Wagner maken andere auteurs minder duidelijk onderscheid tussen de vraag naar de toelaatbaarheid van een overeenkomst waarbij wordt afgeweken van de regels van procesrecht en een overeenkomst omtrent een processuele bevoegdheid. Zo ziet Schiedermaier de vraag naar de toelaatbaarheid van procesrechtelijke overeenkomsten geheel in zijn algemeenheid als een vraag naar de omvang van

³⁶ Wagner 1998, p. 73-75.

³⁷ Wagner 1998, p. 92 e.v.

³⁸ Wagner 1998, p. 96.

³⁹ Zie het bijzondere gedeelte van zijn boek, waarin hij de verschillende denkbare procesovereenkomsten bespreekt; Wagner 1998, p. 391 e.v.

⁴⁰ Wagner 1998, p. 77, 539-540.

⁴¹ Zie het bijzondere gedeelte van zijn boek, waarin hij de verschillende denkbare procesovereenkomsten bespreekt; Wagner 1998, p. 391 e.v.

het dispositieve recht.⁴² De meeste auteurs betrekken bovendien vaak wel openbare belangen bij de vraag of een overeenkomst omtrent een processuele bevoegdheid geldig gesloten kan worden. Dit is vaak ook een gevolg van hetgeen zij als doel van het civiele proces zien. Zo meent Baumgärtel dat het rechtsbeschermingsapparaat ertoe dient rechtzoekende partijen een oordeel te verschaffen dat zo veel mogelijk overeenstemt met de werkelijkheid en dat rechtvaardig is. Het is volgens hem niet alleen in het belang van partijen, maar ook in het belang van de rechtspleging dat partijen zichzelf niet op voorhand van belangrijke processuele bevoegdheden kunnen beroven.⁴³ Ook Schiedermair ziet het civiele proces als openbare inrichting van overheidsrechtspleging die slechts *indirect* de verwezenlijking van de rechten van partijen dient. Wel meent hij dat het belang van de staat niet verder reikt dan het waarborgen van de *mogelijkheid* van de vervulling van private rechten.⁴⁴ Daarbij wijst hij erop dat de reikwijdte van het openbaar belang kan verschillen, afhankelijk van de tijdgeest en de algemene staatspolitieke opvattingen.⁴⁵

Toch leidt dit verschil in uitgangspunt er niet per definitie toe dat deze auteurs slechts in beperkte mate de mogelijkheid tot het sluiten van overeenkomsten omtrent processuele bevoegdheden erkennen. Zo meent Schiedermair dat indien aan een partij een bepaalde bevoegdheid is toegekend, aangenomen moet worden dat zij hier in principe afstand van kan doen.⁴⁶ Ook hij gebruikt het argument dat, omdat het partijen vrijstaat feitelijk een bepaald resultaat te bewerkstelligen, zij zich ook door middel van een overeenkomst moeten kunnen binden.⁴⁷ Toch meent Schiedermair dat in sommige gevallen het openbaar belang wel degelijk aan de geldigheid van dergelijke overeenkomsten in de weg staat. Zo kan volgens hem geen afstand worden gedaan van de beslagvrije voet. Voorkomen moet namelijk worden dat een individu ten laste van de armenzorg valt. Het doet er niet toe dat de schuldenaar de goederen die onder de beslagvrije voet vallen wel zelf kan overdragen of verpanden, en ook niet dat de schuldenaar feitelijk van een deel van zijn rechten afstand kan doen door geen bezwaar te maken wanneer de schuldeiser beslag legt op deze goederen. Het maakt volgens Schiedermair namelijk verschil of de staat het verlies van de goederen niet verhindert wanneer de schuldenaar dit vrijwillig bewerkstelligt, of dat de staat met de hulp van zijn eigen organen aan dit verlies meewerkt.⁴⁸ Overigens maakt het beslagrecht geen deel uit van het onderzoeksterrein van dit proefschrift.

Ook Schlosser meent weliswaar dat naast de wens om personen tegen hun eigen lichtzinnigheid en onervarenheid te beschermen ook het openbaar belang aan een overeenkomst omtrent een processuele bevoegdheid in de weg kan staan, voor dit openbare belang is bij hem geen grote rol weggelegd. Hij wijst enkel op het belang van

42 Schiedermair 1935, p. 47-48; zie ook Schlosser 1968, p. 5-7, die enkel onderscheid maakt tussen gevallen waarin partijen tijdens de procedure van een overeenstemmende wil getuigen, en gevallen waarin partijen buiten de procedure een overeenkomst hebben gesloten maar een van de partijen daar later op terugkomt; anders echter Baumgärtel 1957, p. 187-188, die wel een vergelijkbaar onderscheid als Wagner hanteert.

43 Baumgärtel 1957, p. 189.

44 Schiedermair 1935, p. 57.

45 Schiedermair 1935, p. 58 e.v.

46 Schiedermair 1935, p. 70-71.

47 Schiedermair 1935, m.n. p. 79 e.v.; zie bijv. ook Mansel 1996, p. 65-66.

48 Schiedermair 1935, p. 84-85.

een vlot verlopende procedure. Dit zou geschaad kunnen worden doordat het veel tijd kan kosten om te onderzoeken of tussen partijen inderdaad een overeenkomst tot stand is gekomen. Dit tijdverlies tijdens de procedure kan echter voor lief worden genomen indien, als de overeenkomst inderdaad bestaat, een grote tijdwinst kan worden geboekt. Een voorbeeld van dit laatste is de overeenkomst tot intrekking van de eis. Het kan tijd kosten om te onderzoeken of een dergelijke overeenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen, maar indien dit het geval is, behoeft de procedure niet verder gevoerd te worden. In gevallen waarin de overeenkomst geen tijdwinst meebrengt, zou zij ontoelaatbaar zijn.⁴⁹

4.2.2.4 Tussenconclusie

In het Duitse recht worden procesovereenkomsten regelmatig geconstrueerd als overeenkomsten waarbij partijen zich verbinden tot bepaald procesgedrag. De reden is dat oorspronkelijk werd aangenomen dat het sluiten van een procesrechtelijke overeenkomst niet mogelijk was, maar dat partijen wel een verbintenisrechtelijke overeenkomst konden sluiten. Door de rechtspraak wordt een dergelijke overeenkomst om die reden als materieelrechtelijk van aard gezien.⁵⁰ Tegenwoordig wordt in de literatuur echter wel aangenomen dat sprake is van een procesrechtelijke overeenkomst.⁵¹ Over de precieze werking van dergelijke overeenkomsten bestaat onduidelijkheid: erkend wordt dat zij in ieder geval enige werking hebben in de primaire procedure, maar verschil van mening bestaat over de precieze omvang van deze werking. Dergelijke overeenkomsten worden vaak in ruime mate toelaatbaar geacht. Zo neemt Wagner aan dat uit de toekenning van een bevoegdheid aan een partij in principe volgt dat zij zich omtrent de uitoefening van deze bevoegdheid ook door middel van een overeenkomst kan binden. Openbare belangen zouden hier niet aan in de weg staan.⁵² Andere auteurs betrekken weliswaar ook openbare belangen in de afweging, vaak wordt de toekenning van een bevoegdheid aan een partij wel als sterke aanwijzing ervoor gezien dat een overeenkomst toelaatbaar is.⁵³

4.2.3 Engels recht

Ook in het Engelse recht komt de figuur van een overeenkomst waarbij partijen zich verplichten tot bepaald procesgedrag voor. De overeenkomst tot forumkeuze en die tot arbitrage worden namelijk geconstrueerd als overeenkomsten die rechten en verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar in het leven roepen.⁵⁴ Zo houdt een exclusieve forumkeuze de verplichting voor partijen in om enkel bij het overeengekomen forum te procederen. De keuze voor een niet-exclusief forum brengt de verplichting voor partijen mee om geen bezwaar te maken tegen de bevoegdheid van

49 Schlosser 1968, p. 46-47.

50 Zie voor een overzicht van jurisprudentie en literatuur Wagner 1998, p. 48-52; Cremer 2007, p. 78-83.

51 Zie bijv. Wagner 1998, p. 27 e.v., p. 38.

52 Wagner 1998, p. 86 e.v.

53 Schiedermair 1935, p. 57 e.v., p. 70-71, 79 e.v.; Schlosser 1968, p. 46-47; Mansel 1996, p. 64-66.

54 Zie bijv. Peel 1998, p. 204.

dit forum.⁵⁵ De overeenkomst tot arbitrage houdt de verplichting in om een geschil enkel aan arbitrage te onderwerpen en niet aan een ander forum voor te leggen.⁵⁶

Interessant is dat, evenals in het Duitse recht, ook hier de figuur van de verplichtende overeenkomst is gebruikt om tot de erkenning van dergelijke overeenkomsten te kunnen komen. In Engeland wordt namelijk aangenomen dat partijen de Engelse rechter niet door middel van een overeenkomst zijn rechtsmacht kunnen ontnemen. Een overeenkomst waarin dit wordt beoogd is in strijd met de openbare orde.⁵⁷ Aangenomen wordt echter dat een overeenkomst tot forumkeuze voor een buitenlandse rechter of een overeenkomst tot arbitrage niet op deze grond ongeldig is, aangezien dergelijke afspraken de Engelse rechter zijn bevoegdheid niet zouden ontnemen.⁵⁸ Dergelijke overeenkomsten zouden slechts rechten en verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar in het leven roepen.⁵⁹

Overigens kunnen partijen door middel van een overeenkomst tot forumkeuze de Engelse rechter wel bevoegdheid geven.⁶⁰ De overeenkomst heeft echter niet tot gevolg dat de rechter ook verplicht is deze bevoegdheid uit te oefenen.⁶¹ Slechts indien hier sterke redenen voor zijn, zal de Engelse rechter besluiten geen gebruik te maken van zijn bevoegdheid.⁶²

Hoewel de overeenkomst tot forumkeuze en tot arbitrage de Engelse rechter niet onbevoegd maken, maar enkel verplichtingen voor partijen meebrengen, hebben zij toch gevolgen in de primaire procedure. De Engelse rechter kan nakoming van deze verplichtingen onder andere afdwingen door een procedure te schorsen die in strijd

55 Tham 2004, p. 59. Zie in deze zin bijv. ook Dicey, Morris & Collins 2006, p. 519, nr. 12-093; Bell 2003, p. 200-201, nr. 4.147; Merrett 2006, p. 316-317; Peel 1998, p. 204; zie voor een andere mening Ho 2003, p. 707-709.

56 Bell 2003, p. 200-201, nr. 4.147; Mustill & Boyd 1989, p. 103; North Cohen & Wessel 2001, p. 68; *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, § 16; *Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen GmbH v Voest Alpine Intertrading GmbH* [1997] 2 Lloyd's Rep 279, p. 285 (L.J. Hobhouse).

57 Mustill & Boyd 1989, p. 154 met verwijzing naar *Thompson v Charnock* (1799) 8 Term Rep 139; Briggs 2008, p. 324-325, nr. 8.49; *Doleman & Sons v Ossett Corporation* [1912] 3 K.B. 257 (CA), m.n. p. 267 (L.J. Fletcher Moulton).

58 Bell 2003, p. 318, nr. 5.79; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 538, nr. 12-128; Peel 1998, p. 187-188; Mustill & Boyd 1989, p. 8, 14; Briggs 2008, p. 199, nr. 6.15, p. 216, nr. 6.45, p. 325, nr. 8.50.

59 Peel 1998, p. 204; Briggs 2008, p. 325, nr. 8.50.

60 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 520, nr. 12-095. Deze bevoegdheid volgt o.a. uit art. PD 6B par. 3.1 (6)(d) Civil Procedure Rules. Naar Engels recht hangt de bevoegdheid van de rechtbank om te oordelen over zaken 'in personam' af van de vraag of de verweerder geldig gedagvaard kan worden. Zie Dicey, Morris & Collins 2006 (en het supplement uit 2011), p. 306, nr. 11-003. Indien de verweerder zich niet op Engels grondgebied bevindt, is dagvaarding over het algemeen alleen mogelijk indien de rechtbank hiervoor toestemming geeft. Zie art. PD 6B, par. 3.1 aanhef en art. 6.36 Civil Procedure Rules. Zie ook Dicey, Morris & Collins 2006 (en het supplement uit 2011), p. 363 e.v., nr. 11-146 e.v. Uit art. PD 6B par. 3.1(6)(d) Civil Procedure Rules blijkt dat deze toestemming o.a. gegeven kan worden indien sprake is van een contract met een geldige overeenkomst tot forumkeuze waarbij Engeland als forum is aangewezen.

61 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 520-521, nr. 12-095 – 12-096, p. 536-537, nr. 12-124 – 12-125. Dit geldt overigens niet alleen in geval de bevoegdheid berust op een forumkeuze. De rechter behoudt altijd een 'discretion' om zijn bevoegdheid niet uit te oefenen. Zie Dicey, Morris & Collins 2006, p. 463 e.v., nr. 12-002 e.v. De richtinggevende uitspraak op dit gebied is *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1987] A.C. 460.

62 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 536, nr. 12-124, p. 537, nr. 12-126; Peel 1998, p. 201. Zie bijv. L.J. Diplock in *Unterweser Reederei G.M.B.H v Zapata Off-Shore Company (the Chaparral)* [1968] 2 Lloyd's Rep. 158 (CA), p. 163-164.

met een dergelijke overeenkomst bij hem wordt aangebracht ('to grant a stay').⁶³ De Engelse rechter is namelijk nooit verplicht om zijn bevoegdheid uit te oefenen. Hij heeft in dit verband een 'discretion', op grond waarvan hij kan besluiten een zaak niet in behandeling te nemen, maar deze te schorsen.⁶⁴ In geval van een geldige forumkeuze dient de rechter van deze 'discretion' gebruik te maken, tenzij er sterke redenen zijn om dit niet te doen.⁶⁵ Al neemt de rechter volgens sommige auteurs te makkelijk aan dat zich dergelijke 'sterke redenen' voordoen,⁶⁶ meestal zal de rechter een in strijd met een forumkeuze begonnen zaak toch schorsen.⁶⁷ In geval van een overeenkomst tot arbitrage die schriftelijk is aangegaan is de rechter zelfs verplicht om de procedure te schorsen, al zijn er enkele uitzonderingen. Dit blijkt uit artikel 9 Arbitration Act 1996. Oorspronkelijk gold deze verplichting tot schorsing enkel voor buitenlandse arbitrages, om te voldoen aan het Verdrag van New York. Onder de nieuwe Arbitration Act 1996 is de werking van deze verplichting uitgebreid tot binnenlandse arbitrages. De werking van de overeenkomst tot arbitrage in de *primaire procedure* is als gevolg hiervan dus versterkt.⁶⁸

Partijen kunnen naar Engels recht kortom niet door middel van een overeenkomst rechtsmacht aan de Engelse rechter ontnemen. Deze overeenkomsten hebben echter toch het gewenste resultaat, doordat de Engelse rechter nakoming van de verplichtingen die uit deze overeenkomst voortvloeien over het algemeen zal afdwingen: hij zal een procedure die in strijd met de overeenkomst is begonnen, meestal schorsen. Zie nader over de werking van de overeenkomst tot forumkeuze en tot arbitrage naar Engels recht paragraaf 8.2 en hoofdstuk 11.

4.2.4 Ontwikkelingen in het Nederlandse recht

Zoals is gebleken in paragraaf 4.2.2 en 4.2.3 heeft de figuur van de overeenkomst met obligatoire werking een belangrijke rol gespeeld in zowel het Duitse als het Engelse recht om tot de erkenning van bepaalde procesovereenkomsten te komen. In Nederland daarentegen worden procesovereenkomsten tegenwoordig over het algemeen gezien als overeenkomsten waarbij wordt afgeweken van het procesrecht.⁶⁹

63 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 538, nr. 12-128; Merrett 2006, p. 317-318; Tan & Yeo 2003, p. 437, m.n. voetnoot 11. Ook kan de rechter de overeenkomst afdwingen door te weigeren toestemming te geven om de verweerder, die zich buiten Engels grondgebied bevindt, te dagvaarden. Dicey, Morris & Collins 2006, p. 520-521, nr. 12-095. Over het algemeen is toestemming van de rechter nodig om de verweerder die zich niet op Engels grondgebied bevindt, te dagvaarden. Zie art. PD 6B, par. 3.1 aanhef en art. 6.36 Civil Procedure Rules. Zie ook Dicey, Morris & Collins 2006 (en het supplement uit 2011), p. 363 e.v., nr. 11-146 e.v.

64 Zie Dicey, Morris & Collins 2006, p. 463 e.v., nr. 12-002 e.v.; Peel 1998, p. 185, 189 e.v. De richtinggevende uitspraak op dit gebied is *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1987] A.C. 460.

65 Bell 2003, p. 318, nr. 5.79; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 538, nr. 12-128; Yeo & Tan 2003, p. 404; Zie voor de richtinggevende uitspraak op dit gebied *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Ship or Vessel Eleftheria v The Eleftheria (Owners) (The Eleftheria)* [1970] p. 94; [1969] 2. W.L.R. 1073. In deze uitspraak worden factoren genoemd die de rechter kan betrekken bij zijn overweging of hij zijn 'discretion' moet uitoefenen.

66 Zie bijv. Bell 2003, p. 319 e.v., nr. 5.80 e.v.; Peel 1998, p. 190 e.v.

67 Peel 1998, p. 190.

68 Tackaberry & Marriott 2003, p. 60, nr. 2-143; Peel 1998, p. 202; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 736-737, nr. 16-066, p. 739, nr. 16-070.

69 Zie ook par. 8.4.

Interessant is echter dat dit niet altijd het geval is geweest: in het Nederlandse recht vallen dezelfde ontwikkelingen terug te zien als in Duitsland en Engeland.

Tegenwoordig worden de internationale forumkeuze en de arbitrage in de wet uitdrukkelijk als geldig erkend (zie artikel 8 lid 2 Rv, artikel 23 EEX-Vo en artikel 1020 Rv). Vroeger werd echter, net als in het huidige Engelse recht, aangenomen dat partijen door middel van een overeenkomst geen rechtsmacht aan de Nederlandse overheidsrechter konden ontnemen. Een forumkeuze voor een buitenlandse rechter leidde dan ook niet tot onbevoegdheid van de rechter. Toch werd een dergelijke overeenkomst niet ongeldig geacht: de overeenkomst riep namelijk wel de verplichting voor partijen in het leven om enkel voor het aangewezen forum te procederen. Indien de eiser in strijd met deze verplichting toch een procedure in Nederland begon, dwong de rechter nakoming van de overeenkomst af door de vordering niet-ontvankelijk te verklaren.⁷⁰ Eenzelfde constructie werd gehanteerd in het kader van de arbitrage.⁷¹

Een overeenkomst tot forumkeuze leidde dus niet tot onbevoegdheid van de Nederlandse rechter, maar riep enkel verplichtingen voor partijen in het leven.⁷² De overeenkomst had hierdoor toch het gewenste effect. Feitelijk maakt het voor een partij immers weinig uit of de rechter zich onbevoegd verklaart, of de eiser in de vordering niet-ontvankelijk. Tegenwoordig wordt dan ook erkend dat dergelijke overeenkomsten leiden tot onbevoegdheid van de Nederlandse rechter.⁷³

Opvallend is kortom dat zowel in Nederland, Duitsland als Engeland dezelfde ontwikkelingen vallen terug te zien. Aanvankelijk neemt men vaak, op grond van het 'openbare orde'-karakter van het burgerlijk procesrecht, aan dat partijen niet bevoegd zijn om een bepaald processueel resultaat te bewerkstelligen. Omdat men het op een gegeven moment toch onwenselijk vindt dat een dergelijke overeenkomst geen enkel effect heeft, neemt men vervolgens aan dat partijen weliswaar niet bevoegd zijn processuele gevolgen te bewerkstelligen, maar dat zij wel verplichtingen ten opzichte van elkaar in het leven kunnen roepen. Wordt daarbij in het begin nog een strikt

70 Zie HR 26 april 1918, *NJ* 1918, 587 (Jenatzky Leleux/Van Vliet).

71 Zie HR 6 november 1925, *NJ* 1925, 1293, m.nt. T. (Vink/Coöperatieve Vereniging); eenzelfde constructie werd door sommige auteurs bovendien bepleit in het kader van andere procesovereenkomsten, zoals de overeenkomst tot interne forumkeuze; zie Van Praag 1920, p. 222 e.v.; Struycken 1970, p. 128. Over het algemeen werd echter erkend dat de regels van relatieve bevoegdheid niet van openbare orde waren, zodat partijen van deze regels geldig konden afwijken; zie bijv. de verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur bij Van Praag 1920, p. 222 e.v.; Van Praag bepleitte eenzelfde constructie ook in het kader van art. 157 Rv (oud), waarin bepaald was dat indien een kantonzaak bij de rechtbank aanhangig werd gemaakt en de gedaagde de exceptie van onbevoegdheid niet voorstelde, de rechtbank de zaak aan zich hield; zie Van Praag 1920, p. 216 en 215-216, voetnoot 2. Door A-G De Vries Lentsch-Kostense werd in 1997 echter aangenomen dat de enkele overeenkomst van partijen om de zaak aan de rechtbank voor te leggen de rechtbank reeds bevoegd maakte; zie haar conclusie bij HR 5 september 1997, *NJ* 1997, 732 (Doc World/Olivetti), nr. 5.

72 Het beroep op de overeenkomst werd dan ook niet gezien als exceptie maar als een verweer ten principale aangezien 'de eigen bepalingen der door partijen gesloten overeenkomst aan toewijzing der vordering (...) in den weg stonden'. Zie HR 26 april 1918, *NJ* 1918, 587 (Jenatzky Leleux/Van Vliet), p. 589.

73 Voor de overeenkomst tot internationale forumkeuze is dit voor het eerst uitgemaakt in HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989, 765, m.nt. JCS (Harvest Trader). Voorts blijkt dit tegenwoordig uit art. 23 EEX-Vo en art. 8 lid 2 Rv. Voor de overeenkomst tot arbitrage blijkt dit uit art. 1022 lid 1 en art. 1074 lid 1 Rv.

onderscheid gemaakt tussen processuele gevolgen aan de ene kant en verbintenissen van partijen aan de andere kant, op een gegeven moment begint dit verschil te vervagen en krijgt de overeenkomst een steeds sterkere werking in de procedure waarop zij betrekking heeft. Zo nam men in het Duitse recht eerst aan dat schending van een verbintenis door een van de partijen enkel recht gaf op schadevergoeding, maar geen *enkel* gevolg had voor de procedure waarop de verplichting betrekking had. Later is men echter ook een werking in de primaire procedure gaan erkennen. In het Engelse recht heeft zich iets vergelijkbaars voorgedaan met betrekking tot de overeenkomst tot arbitrage. Vroeger had de rechter nog niet de mogelijkheid om een zaak wegens het bestaan van een geldige overeenkomst tot arbitrage te schorsen, zodat schending ook hier enkel recht gaf op schadevergoeding.⁷⁴ Tegenwoordig is de Engelse rechter zelfs verplicht om bij het bestaan van een overeenkomst tot arbitrage de behandeling te schorsen. In Nederland ten slotte nam men vroeger aan dat een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage slechts kon leiden tot niet-ontvankelijkheid. Tegenwoordig wordt erkend dat dergelijke overeenkomsten de rechter onbevoegd maken.

In alle drie de landen heeft de figuur van de obligatoire overeenkomst dus een rol gespeeld bij de erkenning van procesovereenkomsten. Toch is deze rol niet overal even groot geweest. Zo is gebleken dat in Duitsland bewijsovereenkomsten over het algemeen worden geconstrueerd door middel van verbintenissen van partijen. In Nederland is de bewijsovereenkomst, ook toen zij nog niet in de wet was geregeld, echter steeds gezien als een afwijking van de regels van bewijsrecht.⁷⁵ Aan de andere kant werd de overeenkomst tot forumkeuze in Duitsland al in het wetboek van 1877 geregeld, zodat de figuur van de overeenkomst met verbintenisrechtelijke werking hier nooit is gebruikt.⁷⁶

4.3 Procesovereenkomsten omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid: beoordeling

4.3.1 Verhouding tussen verbintenissen van partijen en processuele gevolgen

4.3.1.1 Uitgangspunt

Gebleken is dat de figuur van de obligatoire overeenkomst vaak is gebruikt om tot de erkenning van procesovereenkomsten te komen. Wellicht dat de figuur in die zin nuttig kan zijn, de redenering die hiertoe gebruikt wordt is ondeugdelijk. Vaak weet men met behulp van deze constructie immers precies het resultaat te bewerkstelligen, dat men eerder als ontoelaatbaar heeft verworpen. Voor partijen maakt het

74 Yeo & Tan 2003, p. 407; Tan & Yeo 2003, p. 438; Zie voor een overzicht van de mate van afdwingbaarheid van de overeenkomst tot arbitrage in de loop der tijden Mustill & Boyd 1989, p. 431 e.v.

75 Zie bijv. reeds Suijling 1928, p. 108, nr. 380; Scheltema 1935, p. 419-420; Ook auteurs die de bewijsovereenkomst als obligatoir van aard zagen, meenden wel degelijk dat daarbij ook van de regels van bewijsrecht werd afgeweken. Zie bijv. Swane 1942, p. 327, 341; Clavareau 1947, p. 107, 111, noot 359; noot J.J.M. Petit bij HR 26 november 1954, AA 1954-55, p. 116, 120.

76 Zie Schilken 2004, p. 442; Schlosser 2007, p. 112-113; Zie voor een kort overzicht van de totstandkoming van de Duitse proceswetgeving Zöller/Vollkommer 2010, Einleitung Rn 1-19.

bijvoorbeeld weinig uit of een overeenkomst tot forumkeuze de rechter onbevoegd, of de vordering niet-ontvankelijk maakt. Zie ook Du Mosch:

'Is dergelijke overeenkomst niet verboden, (...) dan is het gevolg, en het eenige, dat de rechter, wiens tusschenkomst in strijd met de overeenkomst toch wordt ingeroepen, beslissen moet of hij van de zaak al dan niet kennis mag nemen. Dat heet in goed Hollandsch en in technisch-procesrechtelijken zin, dat hij moet onderzoeken of hij bevoegd is.'⁷⁷

Feitelijk wordt dus een fictie gecreëerd: in theorie behield de Nederlandse rechter zijn rechtsmacht, in feite zetten partijen de rechter wel degelijk aan de kant. Een dergelijke constructie kan om die reden niet worden geaccepteerd. Hierdoor worden immers de daadwerkelijke kwesties verdoezeld: in geval van forumkeuze is dit de vraag in hoeverre het wenselijk is dat partijen kunnen bepalen voor welke rechter geprocedeerd wordt. Door te doen of van het aan de kant zetten van de rechter geen sprake is, blijft deze principiële vraag onbeantwoord. Van belang is om telkens te kijken of de feitelijke werking van de overeenkomst als geldig kan worden geaccepteerd. Het is dus niet mogelijk om aan de ene kant te ontkennen dat partijen invloed kunnen uitoefenen op de procedure, maar aan de andere kant wel aan te nemen dat zij elkaar kunnen verbinden tot bepaald procesgedrag.

Nu kan men nog tegenwerpen dat de tegenstrijdigheid in de redenering enkel een gevolg is van het feit dat men uiteindelijk *toch* een werking in de procedure zelf van een obligatoire overeenkomst is gaan erkennen. Als men er maar strikt aan vast blijft houden dat de overeenkomst geen *enkele* gevolgen heeft voor de primaire procedure, zou deze inconsequentie zich niet voordoen. Schending van een verplichting door een van de partijen zou dan enkel aanleiding kunnen zijn tot een vordering tot schadevergoeding. Een dergelijke redenering is echter niet houdbaar. Stel bijvoorbeeld dat een partij zich bij overeenkomst heeft verbonden om niet tegen haar wederpartij te procederen. Indien men aanneemt dat een dergelijke overeenkomst geen processuele gevolgen heeft, maar enkel een verplichting ten opzichte van de wederpartij meebrengt, betekent dit dat indien deze partij toch een procedure begint, de rechter de zaak gewoon zal behandelen. De wederpartij kan echter wel schadevergoeding vorderen wegens schending van de verbintenis. Hierdoor kan zij een voor haar nadelige uitspraak feitelijk ongedaan maken. Een rechtssysteem waarin een rechter aan de ene kant verplicht is een zaak te behandelen, maar waarin deze behandeling feitelijk zinloos is aangezien de uitspraak in een volgende rechtszaak weer ongedaan gemaakt zal worden, is innerlijk tegenstrijdig. Bovendien leidt een en ander tot een hoop nodeloos werk. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat men in de verschillende rechtssystemen langzaamaan een steeds verdergaande werking van dergelijke

⁷⁷ Du Mosch 1918, p. 4; zie verder bijv. de noten van Star Busmann bij HR 6 november 1925, W. 11448 (1926), p. 1 (Vink/Coöperatieve Vereniging), p. 2; HR 19 april 1928, W. 11842 (1928), p. 2 (Breedijk/Labor), p. 3. Hoewel Van Praag een dergelijke benadering verdedigt, geeft ook hij toe dat over het algemeen een verklaring van onbevoegdheid en een van niet-ontvankelijkheid nagenoeg dezelfde gevolgen hebben; Van Praag 1920, p. 246; Sanders heeft wel kritiek op het gebruik van de niet-ontvankelijkheid in het kader van de arbitrage, maar ziet geen problemen in de constructie op zich; bij het bindend advies bepleit hij haar juist; zie Sanders 1940, p. 2-9. Hetzelfde geldt voor Cleveringa; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 1309 e.v., art. 620, aant. 2 en p. 1313 e.v., art. 620, aant. 3. Zie voor auteurs die de constructie verdedigden bijv. Taverne 1918, p. 3-4; Van Praag 1918, p. 3; Van Praag 1920, p. 243 e.v.; en meer recent Hardenberg 1985, p. 518.

overeenkomsten in de procedure zelf is gaan erkennen: dit is een stuk efficiënter. Een systeem waarin een strikt onderscheid wordt gemaakt tussen processuele gevolgen aan de ene kant en verbintenissen van partijen aan de andere kant, lijkt niet goed te handhaven.

Het is kortom niet juist om aan de ene kant te ontkennen dat een overeenkomst werking heeft in de procedure, maar aan de andere kant wel aan te nemen dat zij verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar meebrengt. Een geldige overeenkomst waarbij partijen zich verbinden tot bepaald procesgedrag heeft steeds ook gevolgen voor de procedure waarop zij betrekking heeft. Verbintenissen van partijen kunnen niet los worden gezien van de regels die gelden in de procedure waarop zij zien. Om de juistheid van dit uitgangspunt te toetsen, zal kort worden ingegaan op de jurisprudentie met betrekking tot confraternele correspondentie en met betrekking tot de geheimhoudingsplicht bij mediation.

4.3.1.2 Toetsing van het uitgangspunt: confraternele correspondentie

De gedragsregels bepalen dat advocaten op brieven en andere mededelingen van de ene advocaat aan de andere niet zomaar in rechte een beroep mogen doen. Ook mogen zij zonder toestemming van de advocaat van de wederpartij niets aan de rechter mededelen over de inhoud van tussen advocaten gevoerde schikkingsonderhandelingen.⁷⁸ De burgerlijke rechter lijkt zich aan deze gedragsregels echter weinig gelegen te laten liggen. De Hoge Raad neemt namelijk aan dat de gedragsregels voor advocaten de burgerlijke rechter niet binden.⁷⁹ De Hoge Raad lijkt het dan ook geen probleem te vinden dat de rechter acht slaat op een stuk dat in strijd met de gedragsregels is overgelegd.⁸⁰

Aan de ene kant bestaat er voor advocaten dus een verplichting om bepaalde correspondentie niet over te leggen, maar aan de andere kant heeft niet-nakoming van deze verplichting geen gevolgen in de procedure waarop zij betrekking heeft. Hiervoor is juist verdedigd dat een verplichting steeds wel gevolgen moet hebben in de procedure waarop zij ziet. Verschil met de hiervoor behandelde situatie is echter dat geen sprake is van een verplichting van een partij in de procedure ten opzichte van haar wederpartij, maar van de advocaat in zijn verhouding tot zijn confraternele collega en de Orde van Advocaten. Feitelijk voelt dit voor een partij wellicht anders: doordat in veel zaken procesvertegenwoordiging verplicht is, ontkomt een partij niet gemakkelijk aan deze gedragsregel.⁸¹ Toch is dit wel degelijk van belang. Het is namelijk niet zo dat de partij, die tijdens de procedure gebruikmaakt van confraternele correspondentie, hierdoor *zelf* noodzakelijkerwijs een verplichting ten opzichte

⁷⁸ Gedragsregels 1992, nr. 12 en 13.

⁷⁹ HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 640, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Verhees/Octrooibureau), r.o. 3.3; zie ook bijv. Rb. Rotterdam (k.g.) 22 april 2010, *NJF* 2010, 234, r.o. 4.6.

⁸⁰ HR 2 juni 1989, *NJ* 1989, 654 (Mandigers/Van Lit), r.o. 3.3. In deze zaak stond echter niet vast dat de correspondentie inderdaad in strijd met de gedragsregel was overgelegd; zie ook de conclusie van A-G Asser, nr. 3.9-3.11. Zie verder bijv. Rb. Utrecht 24 juni 1998, *NJK* 1998, 61, r.o. 4.3; Rb. Arnhem 17 mei 2006, *LJN* AY3889.

⁸¹ Zo ook Van Eeghen 1993, p. 547.

van haar wederpartij schendt.⁸² Zij wordt hierdoor dan ook niet schadeplichtig ten opzichte van de wederpartij. De inconsequenties van de hiervoor behandelde constructie doen zich dan ook niet voor.⁸³

4.3.1.3 Toetsing van het uitgangspunt: geheimhoudingsplicht bij mediation

In het kader van een mediation wordt tussen de partijen en de mediator vaak een geheimhoudingsbeding overeengekomen. Op grond hiervan zal de mediator geen mededelingen mogen doen over hetgeen tijdens de mediation is voorgevallen.⁸⁴ Op grond van artikel 165 lid 1 Rv geldt echter voor eenieder een getuigplicht. In een uitspraak van 10 april 2009 diende de Hoge Raad zich uit te laten over de vraag hoe een dergelijk geheimhoudingsbeding en deze getuigplicht zich tot elkaar verhouden. Indien partijen na een mislukte mediation toch gaan procederen en één van hen roept de mediator als getuige op, mag de mediator dan, om te voldoen aan zijn geheimhoudingsplicht, zwijgen, of is hij op grond van artikel 165 lid 1 Rv verplicht te getuigen?

De Hoge Raad oordeelde ten eerste dat denkbaar is dat de afspraak van partijen in die zin moet worden uitgelegd, dat sprake is van een bewijsovereenkomst. Het is mogelijk dat zij de verklaring van de mediator als bewijsmiddel hebben willen uitsluiten. In dat geval zal de rechter, indien een van de partijen of de mediator zich op de overeenkomst beroept, niet overgaan tot het verhoor van de mediator, tenzij dit betrekking heeft op feiten waaraan het recht gevolgen verbindt die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Of sprake is van een bewijsovereenkomst is echter een kwestie van uitleg. Dat dit zo is zal, gezien het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, volgens de Hoge Raad niet te snel mogen worden aangenomen.⁸⁵

Indien niet kan worden aangenomen dat sprake is van een bewijsovereenkomst, geldt volgens de Hoge Raad het volgende. Een verschoningsrecht van de mediator kan volgens de Hoge Raad (vooralsnog) niet worden aangenomen.⁸⁶ In principe is de mediator dus gewoon verplicht te getuigen. Wel wijst de Hoge Raad op artikel 179

82 Zie ook de conclusie van A-G Asser bij HR 2 juni 1989, *NJ* 1989, 654 (Mandigers/Van Lit), nr. 3.11. Naar zijn mening is een handelen in strijd met een gedragsregel niet noodzakelijk onrechtmatig of in strijd met enig beginsel van burgerlijk procesrecht.

83 Een andere vraag is in hoeverre het wenselijk is dat er verschillen bestaan tussen de verplichtingen die de gedragsregels opleggen en de regels waaraan een partij zich op grond van het burgerlijk procesrecht heeft te houden; partijen zullen hierdoor soms beter af zijn indien zij zonder hun advocaat verder procederen; zie *RvD Amsterdam* 3 mei 1993, *Adv.bl.* 1994, p. 128-129. De gedragsregels zullen in ieder geval niet in strijd mogen zijn met het burgerlijk procesrecht. Getracht zal moeten worden de gedragsregels zo veel mogelijk in overeenstemming hiermee uit te leggen; zie hierover Bannier 2002; Loorbach 2010, p. 561; Zie over mogelijke strijd van Gedragsregels nr. 12 en 13 met o.a. art. 6 EVRM Van Eeghen 1993, Van Eeghen 1995, Van Eeghen 1998. Zie over de verhouding tussen de gedragsregels en het burgerlijk procesrecht verder par. 5.6.7.

84 Zie bijv. art. 7.3 NMI Mediation Reglement 2008.

85 HR 10 april 2009, *NJ* 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.3.

86 HR 10 april 2009, *NJ* 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.6.1-3.6.2.4. Een dergelijk verschoningsrecht maakt wel deel uit van het wetsvoorstel tot implementatie van de mediationrichtlijn; zie wetsvoorstel 32 555 tot aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/ mediation in burgerlijke en handelszaken.

lid 2 Rv. Dit artikel geeft de rechter de bevoegdheid om te beletten dat aan een bepaalde aan de getuige gestelde vraag gevolg wordt gegeven. Indien de mediator met een beroep op zijn geheimhoudingsplicht verzoekt een bepaalde vraag onbeantwoord te mogen laten, zal de rechter van zijn bevoegdheid gebruik kunnen maken. Zijn beslissing dienaangaande zal de rechter volgens de Hoge Raad moeten baseren op een afweging van het zwaarwegende maatschappelijke belang bij de waarheidsvinding in rechte en het belang dat wordt of de belangen die worden gediend met de geheimhoudingsplicht waarop de mediator zich beroept.⁸⁷

Bij deze uitspraak van de Hoge Raad moeten wellicht vraagtekens worden geplaatst. Het lijkt er immers op dat de mediator aan de ene kant een contractuele plicht tot geheimhouding heeft, maar dat aan de andere kant aan deze plicht niet altijd gevolgen verbonden worden in de procedure waarop zij betrekking heeft. Enkel indien de rechter op grond van artikel 179 lid 2 Rv belet dat aan een bepaalde vraag gevolg wordt gegeven, heeft de geheimhoudingsplicht ook in de procedure effect. Bij nadere beschouwing doet een dergelijke tegenstelling zich hier echter toch niet voor. Dat wordt duidelijk als wordt gekeken naar de aansprakelijkheid van de mediator. Kan de mediator die niet aan zijn contractuele geheimhoudingsplicht voldoet doordat hij verplicht is te getuigen, door de wederpartij van degene die hem als getuige heeft opgeroepen worden aangesproken wegens wanprestatie? Naar mijn mening is dit niet het geval: voor zover het beding de mediator verplicht te handelen in strijd met artikel 165 lid 1 Rv, is dit mijns inziens nietig.⁸⁸ De mediator voldoet naar mijn mening geheel en al aan zijn contractuele verplichtingen indien hij de rechter, met een beroep op zijn geheimhoudingsplicht, verzoekt gebruik te maken van de bevoegdheid op grond van artikel 179 lid 2 Rv. Als de rechter geen gebruik maakt van deze bevoegdheid, schiet de mediator niet tekort door toch te getuigen.⁸⁹ De situatie dat sprake is van een verplichting die geen gevolgen heeft in de procedure waarop zij betrekking heeft, doet zich hier kortom niet voor.⁹⁰

Zelfs als men zou aannemen dat de mediator *wel* tot schadevergoeding verplicht is, zou dit op het eerste gezicht echter niet leiden tot inconsequenties. Immers, de mediator is geen procespartij. De vraag of de mediator een contractuele verplichting schendt, speelt in de verhouding tussen de contractspartij en de mediator. De vraag of de getuigenis van de mediator als bewijs gebruikt kan worden, speelt echter in de verhouding *tussen procespartijen onderling*. Het is in principe niet tegenstrijdig dat in de verhouding tussen procespartijen partij A de procedure met behulp van de verklaring van de mediator wint, maar dat partij B in haar verhouding met de mediator haar volledige schade kan verhalen wegens schending van de geheimhoudingsplicht.

87 HR 10 april 2009, NJ 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.6.1, 3.6.3.

88 Zo ook Van Schaick 2006, p. 135.

89 Vgl. Schutte & Spierdijk 2009, p. 260.

90 Rb. Arnhem 22 juli 2009, NJF 2009, 411, r.o. 2.8 lijkt mij dan ook onjuist indien de rechtbank hier oordeelt dat schending van een wettelijke geheimhoudingsplicht in dit geval geen 'gewichtige reden' in de zin van art. 843a Rv oplevert. Een partij kan niet aan de ene kant wettelijk verplicht zijn bepaalde bescheiden geheim te houden, en aan de andere kant op grond van art. 843a Rv gehouden zijn deze bescheiden in te laten zien. Deze overweging van de rechtbank moet naar mijn mening dan ook zo worden gelezen, dat in dit geval door inzage art. 12 Wet bescherming persoonsgegevens niet geschonden wordt.

Toch is hier het laatste woord niet mee gezegd. Over het algemeen zal degene die de mediator als getuige heeft opgeroepen, hierdoor ook in strijd handelen met een contractuele verplichting. Bij aanvang van een mediation verplichten immers ook partijen zich er over het algemeen toe, de mediator niet als getuige op te roepen.⁹¹ De mediator zou zijn schade dus ongetwijfeld weer kunnen verhalen op deze partij. Daarmee is de cirkel rond. Uiteindelijk zou de uitspraak die met behulp van de verklaring van de mediator tot stand is gekomen, gecompenseerd worden: partij A wint van partij B, partij B kan haar schade verhalen op de mediator, en de mediator kan op zijn beurt partij A weer aanspreken.

4.3.1.4 Tussenconclusie

Gebleken is dat de verplichtingen van bij een procedure betrokken partijen ten opzichte van elkaar niet los kunnen worden gezien van de regels die in een procedure gelden. Als partijen zich ten opzichte van elkaar tot bepaald procesgedrag hebben verbonden, moet dit ook gevolgen hebben in de procedure waarop deze verbintenissen betrekking hebben. Omgekeerd geldt dat indien een bepaalde werking in de procedure niet kan worden geaccepteerd, ditzelfde resultaat niet kan worden bewerkstelligd door het aannemen van verbintenissen van procespartijen ten opzichte van elkaar. Voor derden geldt echter iets anders: als een derde, zoals een advocaat, een eigen verplichting schendt, hoeft dit geen gevolgen te hebben in de procedure waarop deze verplichting betrekking heeft.

4.3.2 *Overeenkomst omtrent een processuele bevoegdheid of afwijking van regels van procesrecht?*

In de vorige paragraaf is gebleken dat indien partijen geen processuele gevolgen in het leven kunnen roepen, het niet mogelijk is aan te nemen dat zij hetzelfde resultaat wel zouden kunnen bewerkstelligen door zich te verbinden tot bepaald procesgedrag. Voor de toelaatbaarheid van een procesovereenkomst moet worden gekeken of de feitelijke werking van de overeenkomst als geldig kan worden geaccepteerd. Dit betekent nog niet dat er geen ruimte kan bestaan voor de figuur van de overeenkomst met obligatoire werking. Een dergelijke overeenkomst kan wel degelijk een rol spelen in het kader van de vraag *wanneer* het toelaatbaar is dat partijen bepaalde processuele gevolgen in het leven roepen.

Dit wordt ook duidelijk als men kijkt naar de Duitse literatuur. Hierin wordt tegenwoordig over het algemeen aangenomen dat het niet mogelijk is om een ongeldige procesrechtelijke overeenkomst ineens geldig te maken door haar om te vormen in een materieelrechtelijke overeenkomst. Toch wordt tegelijkertijd de figuur van de procesovereenkomst met obligatoire werking nog steeds in ruime mate erkend. Onderscheid wordt nog altijd gemaakt tussen overeenkomsten waarbij partijen afwijken van een bepaalde procesregel, en overeenkomsten waarbij partijen zich verbinden tot bepaald procesgedrag (zie paragraaf 4.2.2).

⁹¹ Zie bijv. art. 7.4 NMI Mediation Reglement 2008.

Het ligt ook wel voor de hand een dergelijk onderscheid te maken: indien partijen zich verbinden een bepaald verweer niet te voeren, is niet direct duidelijk van welke rechtsregel zij afwijken.⁹² Aannemelijk is dan ook dat de toelaatbaarheid van een dergelijke overeenkomst beoordeeld dient te worden aan de hand van andere normen dan die gelden voor een overeenkomst waarbij partijen afwijken van een regel van procesrecht. Hiervoor is enkel betoogd dat een dergelijke overeenkomst, indien zij geldig is, ook gevolgen moet hebben in de procedure waarop zij betrekking heeft. Een overeenkomst een bepaald verweer niet te voeren moet er dus toe leiden dat de rechter geen acht slaat op een in strijd met de overeenkomst gevoerd verweer. Zo lang men dit erkent, hoeft tegen het aannemen van obligatoire procesovereenkomsten geen bezwaar te bestaan. Het is de vraag *hoe* bepaald kan worden of partijen een bepaald processueel gevolg geldig in het leven kunnen roepen.

In de Duitse literatuur speelt de figuur van de obligatoire overeenkomst dus nog steeds een grote rol. Met name Wagner meent dat het feit dat het procesrecht aan een partij een bevoegdheid toekent waarbij het aan het goeddunken van deze partij wordt overgelaten of zij van deze bevoegdheid gebruikmaakt, in principe betekent dat het deze partij ook vrijstaat om zich omtrent de uitoefening van deze bevoegdheid te binden. Openbare belangen zouden hieraan niet in de weg kunnen staan, omdat het vanuit het openbaar belang gezien immers kennelijk niet uitmaakt hoe een partij handelt. Uit het feit dat het de verweerder vrijstaat al dan niet verweer te voeren, volgt in principe dat hij zich ook moet kunnen verbinden een bepaald verweer niet te voeren. Voor het Nederlandse recht heeft Van der Wiel opgemerkt dat bevoegdheidsverlenende bepalingen doorgaans in die zin regelend van aard zijn, dat van de bevoegdheid afstand kan worden gedaan.⁹³

De vraag of in het kader van de toelaatbaarheid van procesovereenkomsten onderscheid gemaakt moet worden tussen overeenkomsten waarbij partijen afwijken van de regels van procesrecht, en overeenkomsten waarbij partijen zich verbinden tot bepaald procesgedrag, blijft dus relevant. Naar mijn mening kan een dergelijk onderscheid *niet* worden gemaakt. Elke procesovereenkomst vormt mijns inziens een afwijking van het procesrecht.

Dit blijkt al uit het feit dat in Duitsland een aantal overeenkomsten als overeenkomsten met obligatoire werking wordt gezien, dat in Nederland wel degelijk wordt geconstrueerd als overeenkomsten waarbij wordt afgeweken van het procesrecht. Een voorbeeld biedt de bewijsovereenkomst. In artikel 153 Rv worden bewijsovereenkomsten omschreven als overeenkomsten waarbij van het wettelijke bewijsrecht wordt afgeweken. In Duitsland worden dergelijke overeenkomsten gezien als overeenkomsten waarbij partijen zich bijvoorbeeld verbinden om bepaalde feiten niet te betwisten of om geen gebruik te maken van bepaalde bewijsmiddelen. Men kan een bewijsmiddelovereenkomst kortom construeren als een overeenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit om slechts van een bepaald bewijsmiddel gebruik te maken, maar ook als een afwijking van de regel dat bewijs door alle middelen geleverd kan worden. Hetzelfde is hiervoor gebleken bij de overeenkomst tot forumkeuze: vroeger werd deze overeenkomst gezien als een afspraak om niet voor de Nederlandse rechter

92 Zie ook Wagner 1998, p. 54-57.

93 Van der Wiel 2002a, p. 221.

te procederen, tegenwoordig wordt aangenomen dat partijen hierdoor afwijken van de wettelijke regeling omtrent rechtsmacht. De stelling dat partijen niet afwijken van een regel van procesrecht, blijkt in deze gevallen dus niet juist.

Dit geldt echter niet enkel voor deze gevallen: telkens als partijen zich verbinden tot bepaald procesgedrag, wijken zij ook af van een procesregel. Zij wijken namelijk steeds af van de regel dat uitoefening van de bevoegdheid een partij vrijstaat. Zo wordt door middel van de afspraak om een bepaald verweer niet te voeren, afgeweken van de regel dat het een partij in principe vrijstaat om elk verweer naar voren te brengen dat zij zinvol acht.

Er valt kortom geen onderscheid te maken tussen overeenkomsten waarbij partijen afwijken van een regel van procesrecht, en overeenkomsten waarbij partijen zich verbinden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid. Ook indien een partij zich ertoe verbindt een bevoegdheid op een bepaalde manier uit te oefenen, wijkt zij af van de regel dat de uitoefening van deze bevoegdheid haar geheel vrijstaat. Aannemelijk is dan ook dat voor de vraag naar de toelaatbaarheid van een overeenkomst omtrent een processuele bevoegdheid dezelfde normen gelden als voor de vraag of partijen kunnen afwijken van een regel van procesrecht.

Dat partijen door een procesovereenkomst steeds afwijken van een regel van procesrecht, wil overigens niet zeggen dat een dergelijke overeenkomst geen obligatoire werking zou kunnen hebben. Denkbaar is immers dat door een overeenkomst zowel wordt afgeweken van een bepaalde procesregel, als verbintenissen van partijen in het leven worden geroepen. De vraag in hoeverre procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen meebrengen, komt in hoofdstuk 8 aan de orde.

4.3.3 Belang van de mogelijkheid feitelijk het gewenste resultaat te bereiken

In de vorige paragraaf is gebleken dat ook bij een overeenkomst omtrent een processuele bevoegdheid sprake is van afwijking van een regel van procesrecht. Toch blijft denkbaar dat wat betreft de toelaatbaarheid onderscheid tussen beide typen overeenkomsten moet worden gemaakt. Verschil tussen beide soorten overeenkomsten zou namelijk nog kunnen zijn dat partijen bij een overeenkomst omtrent een processuele bevoegdheid in ieder geval *feitelijk* het gewenste resultaat kunnen bereiken. Indien partijen afspreken dat een bepaald verweer niet gevoerd mag worden, en dit verweer wordt ook niet gevoerd, heeft de afspraak het beoogde effect. Het doet er daarbij niet toe of de overeenkomst geldig is of niet. Dit is anders indien partijen afwijken van een ander soort procesregel dan een bevoegdheid. Indien partijen bijvoorbeeld overeenkomen dat de beroepstermijn geen drie maanden is, maar zes maanden, is er geen manier waarop zij het door hen gewenste resultaat kunnen bewerkstelligen. Ook indien de wederpartij geen bezwaar maakt tegen een dagvaarding na vier maanden, zal de rechter het hoger beroep niet-ontvankelijk verklaren.

Dat partijen feitelijk het gewenste resultaat kunnen bereiken, wordt in de Duitse literatuur met name aangehaald als argument om overeenkomsten omtrent een processuele bevoegdheid in ruime mate toelaatbaar te achten. Volgens Wagner zou dit namelijk meebrengen dat er geen openbare belangen aan de geldigheid van dergelijke overeenkomsten in de weg kunnen staan. Zijn redenering kan als volgt worden weergegeven. Indien het geheel en al aan een partij wordt overgelaten hoe zij

van een aan haar toegekende bevoegdheid gebruikmaakt, kan het openbaar belang niet ineens in het geding zijn wanneer een partij zich omtrent het gebruik van deze bevoegdheid bindt. Zo is het mogelijk dat een partij ervoor kiest een bepaald verweer niet te voeren, hetgeen tot gevolg kan hebben dat 'ten onrechte' een vordering tegen haar wordt toegewezen. Dit is niet in strijd met het openbaar belang. Het kan dan vanuit het oogpunt van dit openbaar belang niet ineens ontoelaatbaar zijn dat een partij overeenkomt om een bepaald verweer niet te voeren. Niet tegengeworpen kan worden dat een partij zich moet kunnen verdedigen om te voorkomen dat zij wordt veroordeeld tot nakoming van een niet-bestaande aanspraak. Het is immers geen openbaar belang dat enkel 'terechte' vorderingen worden toegewezen. Enkel het individuele belang van een partij om bijvoorbeeld beschermd te worden tegen overhaaste beslissingen kan aan de geldigheid van de overeenkomst in de weg staan.⁹⁴

Naar mijn mening gaat deze redenering niet op. Ten eerste is het verschil met de overige procesovereenkomsten minder groot dan in eerste instantie lijkt. Ook indien partijen afwijken van een andere procesregel dan van een waarbij een bevoegdheid wordt toegekend, kunnen zij soms feitelijk het gewenste resultaat bereiken. Dit is het geval indien er sprake is van een regel die door de rechter niet ambtshalve wordt toegepast. Zo moet een dagvaarding op grond van artikel 111 Rv een aantal gegevens bevatten, bij gebreke waarvan de dagvaarding nietig is (zie artikel 120 lid 1 Rv). Indien de gedaagde echter in het geding verschijnt en zich niet op de nietigheid beroept, gaat de rechter hieraan blijkens artikel 122 Rv voorbij. Feitelijk kunnen partijen de vereisten van artikel 111 Rv dus buiten toepassing laten. Wagner is overigens wel geheel consequent, aangezien hij ook in een dergelijk geval aanneemt dat partijen geldig een procesovereenkomst kunnen sluiten.⁹⁵

Belangrijker is echter dat de premisse dat indien partijen feitelijk een bepaald resultaat kunnen bewerkstelligen, er ook geen openbaar belang aan het sluiten van een overeenkomst in de weg kan staan, niet juist is. In het materiële burgerlijk recht zijn vele voorbeelden te bedenken waarin partijen feitelijk wel op een bepaalde manier kunnen handelen, maar waarin het openbaar belang eraan in de weg staat dat zij zich binden door middel van een overeenkomst. Een voorbeeld biedt een zaak die speelde bij het Hof Amsterdam. Een vrouw stelde met haar ex-vriend te zijn overeengekomen dat hij haar de helft van de overwaarde van zijn woning zou betalen indien zij haar zwangerschap liet beëindigen. In de procedure vorderde zij betaling, aangezien de overeenkomst door haar wel en door haar ex-vriend niet zou zijn nagekomen. Zowel de rechtbank als het hof achtten de overeenkomst echter nietig wegens strijd met de goede zeden. Volgens het hof is de beslissing tot het afbreken van een zwangerschap onvervreemdbaar en dient deze in volledige vrijheid te worden genomen. Een verplichting daartoe kan daardoor niet rechtsgeldig worden aangegaan.⁹⁶

Hoewel het een vrouw dus vrijstaat om abortus te laten plegen, wordt de overeenkomst waarbij zij zich verplicht haar zwangerschap te beëindigen in strijd met de goede zeden geacht. Tegengeworpen zou nog kunnen worden dat het hier enkel het feit is dat de vrouw zich laat betalen voor de afbreking van haar

94 Wagner 1998, m.n. p. 90-91.

95 Wagner 1998, p. 67-70; zie nader par. 4.4.4.

96 Hof Amsterdam 11 november 2008, LJN BH4138, r.o. 3.2-3.3.

zwangerschap, dat problematisch wordt gevonden. Het hof geeft echter niet dit als reden, maar overweegt dat de beslissing tot het afbreken van een zwangerschap onvervreemdbaar is en in volledige vrijheid dient te worden genomen.⁹⁷ Ook zou nog kunnen worden aangevoerd dat de reden voor de nietigheid niet is gelegen in het algemeen belang, maar slechts dient ter bescherming van de vrouw. In dat geval zou echter moeten worden aangenomen dat, indien maar voldoende waarborgen worden ingebouwd dat de overeenkomst weloverwogen en in volledige vrijheid tot stand komt, een vrouw zich wel tot een dergelijke prestatie zou kunnen binden. Dit lijkt mij niet het geval. De reden voor de nietigheid is dan ook veel eerder gelegen in het feit dat het in de maatschappij als onzedelijk wordt geacht dat men over dergelijke zaken contracteert. Het gaat om de bescherming van de menselijke waardigheid als collectief belang.⁹⁸

Een dergelijk voorbeeld toont aan dat het wel degelijk denkbaar is dat er een openbaar belang aan in de weg staat dat partijen zich door middel van een overeenkomst binden, ook al kunnen zij door feitelijk handelen hetzelfde resultaat bewerkstelligen.⁹⁹ Ook indien men zich beperkt tot het terrein van het procesrecht, wordt dit al snel duidelijk. Een voorbeeld biedt de afspraak om een bepaald verweer niet te voeren. Vanuit het openbaar belang gezien bestaat er wel degelijk verschil tussen de situatie waarin de rechter een in werkelijkheid niet bestaande vordering toewijst doordat de verweerder een bepaald verweer *feitelijk* niet voert, en de situatie waarin dit het geval is doordat de rechter op een bepaald verweer, dat door de verweerder wel naar voren is gebracht, geen acht mag slaan vanwege een overeenkomst tussen partijen. Ten eerste bestaat in de tweede situatie een veel groter gevaar van eigenrichting. Indien een partij er zelf voor kiest een bepaald verweer niet te voeren, is er geen reden waarom deze partij zich niet met de uiteindelijke uitspraak van de rechter, waarin geen rekening is gehouden met dit verweer, zou kunnen verenigen. Dit is anders indien de partij dit verweer wel naar voren heeft gebracht, maar de rechter hieraan voorbij is gegaan. De rechtsvrede komt veel eerder in gevaar indien een partij niet de *mogelijkheid* heeft haar argumenten te presenteren. Dit is mijns inziens zelfs het geval indien een partij *zelf* deze mogelijkheid heeft beperkt. Het kan door een partij als zeer onrechtvaardig worden ervaren dat de rechter niet naar haar luistert, ook al is dit een gevolg van haar eigen overeenkomst.

Daarnaast geldt dat het vertrouwen in de rechterlijke macht op het spel kan komen te staan door de afspraak een bepaald verweer niet te voeren. Indien een partij een bepaald verweer feitelijk niet aanvoert, is het begrijpelijk dat de rechter hier geen rekening mee houdt. Dit is anders indien een partij een verweer wel naar voren brengt, maar de rechter hieraan voorbijgaat op grond van een overeenkomst tussen partijen. De 'onjuiste' (dat wil zeggen: niet met de werkelijkheid overeenstemmende) beslissing wordt in deze situatie mede veroorzaakt door het handelen van de rechter. Dat beslissingen worden genomen die niet overeenstemmen met de werkelijkheid is inherent aan het stelsel van procesrecht. Dit is het gevolg van het feit dat de bepaling

97 Zie voor andere voorbeelden van overeenkomsten omtrent onvervreembare rechten Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), p. 283-284, nr. 339; Van den Brink 2002, p. 214-215.

98 Zie hierover Klijnsma 2008, p. 11-19.

99 Zo ook Van den Brink 2002, p. 214.

van de omvang van het geschil en het aandragen van de relevante feiten in grote mate aan partijen wordt overgelaten. Anders wordt het, indien de rechter actief meewerkt aan het buiten het geding laten van bepaalde feiten of geschilpunten. Indien de rechter er op deze manier aan bijdraagt dat een beslissing wordt genomen die niet overeenstemt met de werkelijkheid, dreigt hij zijn geloofwaardigheid te verliezen. In de Duitse literatuur is hier ook door Schiedermair op gewezen. Naar zijn mening is een overeenkomst tot afstand van de beslagvrije voet niet toelaatbaar, ook al is het wel mogelijk dat een schuldenaar feitelijk eraan meewerkt dat hij de goederen die onder deze beslagvrije voet vallen verliest. Het maakt volgens Schiedermair namelijk verschil of de staat het verlies van de goederen niet verhindert wanneer de schuldenaar dit vrijwillig bewerkstelligt, of dat de staat met behulp van zijn eigen organen aan dit verlies meewerkt.¹⁰⁰ Overigens maakt het beslagrecht geen deel uit van het onderzoeksterrein van dit proefschrift.

Ook hier kan weer tegengeworpen worden dat het handelen van de rechter een gevolg is van een overeenkomst van partijen. Het feit dat de rechter geen acht slaat op het verweer en hierdoor een beslissing neemt die niet overeenstemt met de werkelijkheid kan niet zozeer aan de rechter worden toegerekend, maar is veel eerder het gevolg van handelen van de verweerder zelf. In deze zin handelt de rechter niet veel anders dan in andere gevallen: de rechter dwingt immers *altijd* de overeenkomsten van partijen af. Het is echter de vraag of het voor het vertrouwen in de rechterlijke macht uitmaakt dat het handelen van de rechter berust op een overeenkomst van partijen. Ten eerste is het voor de samenleving wellicht niet duidelijk dat het feit dat de rechter niet luistert naar de argumenten van één van de partijen, een gevolg is van een overeenkomst van partijen. Ook als dit wel duidelijk is, kan het als vreemd worden ervaren dat de rechterlijke macht überhaupt bereid is mee te werken aan een dergelijke 'oneerlijke' procedure.

Geconcludeerd kan worden dat er wel degelijk openbare belangen aan in de weg kunnen staan dat partijen zich binden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid. Met deze openbare belangen zal rekening moeten worden gehouden bij de vraag of een dergelijke overeenkomst toelaatbaar is.

4.3.4 Tussenconclusie

De verplichtingen van bij een procedure betrokken partijen ten opzichte van elkaar kunnen niet los worden gezien van de regels die in een procedure gelden. Als partijen zich tot bepaald procesgedrag hebben verbonden, moet dit ook gevolgen hebben in de procedure waarop deze verbintenissen betrekking hebben. Omgekeerd geldt dat indien een bepaalde processuele werking niet kan worden geaccepteerd, ditzelfde resultaat niet kan worden bewerkstelligd door het aannemen van verplichtingen van procespartijen ten opzichte van elkaar.

Voor de vraag naar de toelaatbaarheid van procesovereenkomsten kan geen onderscheid worden gemaakt tussen overeenkomsten waarbij partijen afwijken van een regel van procesrecht en overeenkomsten waarbij partijen zich verbinden tot bepaald procesgedrag. Ook indien partijen zich binden omtrent de uitoefening van

¹⁰⁰ Schiedermair 1935, p. 84-85.

een bepaalde processuele bevoegdheid, wijken zij feitelijk af van een regel van procesrecht. Afgeweken wordt immers van de regel dat de uitoefening van de bevoegdheid de partij geheel vrijstaat. De vraag naar de toelaatbaarheid moet in beide gevallen aan de hand van dezelfde normen worden beoordeeld. Overigens betekent het feit dat partijen door een procesovereenkomst steeds afwijken van een regel van procesrecht nog niet, dat procesovereenkomsten geen obligatoire werking zouden kunnen hebben. Denkbaar is immers dat door een overeenkomst zowel wordt afgeweken van een bepaalde regel, als bepaalde verbintenissen in het leven worden geroepen. De vraag in hoeverre procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen meebrengen, komt in hoofdstuk 8 aan de orde.

Onjuist is ook de veronderstelling dat openbare belangen niet aan een overeenkomst met betrekking tot een processuele bevoegdheid in de weg zouden kunnen staan. Het maakt vanuit het openbaar belang gezien wel degelijk verschil of partijen feitelijk een bepaald resultaat kunnen bewerkstelligen, of dat zij zich hiertoe door middel van een overeenkomst binden. Met deze openbare belangen zal rekening moeten worden gehouden bij de vraag naar de toelaatbaarheid van deze procesovereenkomsten.

4.4 Afwijking van het procesrecht

4.4.1 Inleiding

In de vorige paragraaf is gebleken dat geen onderscheid gemaakt kan worden tussen twee verschillende typen procesovereenkomst. Een procesovereenkomst is een overeenkomst waarbij partijen afwijken van een regel van procesrecht. Het is de vraag hoe bepaald kan worden wanneer partijen geldig van het procesrecht kunnen afwijken. Uitgangspunt is dat partijen enkel kunnen afwijken van regelend recht. Dit wordt bevestigd door artikel 191 lid 2 Rv. Uit deze bepaling blijkt dat partijen bij een comparitie na voorlopig getuigenverhoor afspraken kunnen maken over de verdere wijze van behandeling van geschillen. Een beroep in rechte op deze afspraken kan volgens dit artikel echter onder andere niet worden gedaan, voor zover zij in strijd komen met een dwingende wetsbepaling of met de fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging.¹⁰¹ Deze bepaling maakt kortom duidelijk dat partijen niet kunnen afwijken van geschreven en ongeschreven dwingend procesrecht. Om te bepalen of partijen van een procesregel af kunnen wijken, zal dus moeten worden vastgesteld of hij regelend van aard is.¹⁰²

Voordat de vraag naar de omvang van het regelend procesrecht zal worden besproken (paragraaf 4.5), zal in deze paragraaf eerst het onderscheid tussen de begrippen regelend recht, dwingend recht dat niet en dwingend recht dat wel van openbare orde is nader worden uitgediept.

¹⁰¹ Verder noemt dit lid het geval dat een beroep op de afspraak in verband met onvoorziene omstandigheden redelijkerwijs niet kan worden gedaan. Zie hierover par. 10.5.1.

¹⁰² Zie ook Van der Wiel 2004, p. 187; Lindijer 2006, p. 443, nr. 434; Asser 1999, p. 25, 26. Zie m.b.t. het Duitse recht Wagner 1998, p. 57; Schlosser 1968, p. 9; Baumgärtel 1957, p. 187-188; Schiedermaier 1935, p. 47-48.

4.4.2 Regelend – dwingend – superdwingend recht

Van regelend of aanvullend recht is sprake indien partijen hiervan af kunnen wijken en hun eigen regeling hiervoor in de plaats kunnen stellen. Het gaat om regels met een 'subsidiare werking': zij zijn slechts van toepassing indien partijen niet zelf een afwijkende regeling hebben getroffen. Dwingend recht daarentegen heeft een 'primaire werking', het gaat om regels die van toepassing zijn ongeacht hetgeen partijen hebben afgesproken.¹⁰³

Op het eerste gezicht lijkt sprake van een tweedeling: van een regel kan immers óf wel, óf niet worden afgeweken. Bij nadere beschouwing blijken er echter allerlei overgangsvormen te bestaan. Zo wordt wel gesproken over 'semidwingend' of 'driekwart dwingend' recht. Op verschillende manieren kan worden gedifferentieerd. Denkbaar is bijvoorbeeld dat afwijking van een bepaalde regel slechts in bepaalde vorm kan geschieden. Ook is mogelijk dat afwijking enkel vanaf een bepaald tijdstip kan geschieden (tijdelijk dwingend recht) of dat slechts ten nadele van een van beide partijen kan worden afgeweken (eenzijdig dwingend recht).¹⁰⁴ Dit betekent dat het niet voldoende is om te onderzoeken óf van een bepaalde regel kan worden afgeweken, maar dat ook gekeken moet worden naar de vraag wanneer en hoe.

Bovendien is de groep regels van dwingend recht niet homogeen. Onderscheid wordt gemaakt tussen 'gewoon' dwingend recht en dwingend recht dat van openbare orde is.¹⁰⁵ Bij recht van openbare orde gaat het om normen van zo'n fundamenteel gewicht dat handhaving daarvan niet aan partijen kan worden overgelaten.¹⁰⁶ Dit is anders bij 'gewoon' dwingend recht: van gewoon dwingend recht kunnen partijen weliswaar niet afwijken, zij kunnen er wel voor zorgen dat de regel in de praktijk niet wordt toegepast. De rechter is namelijk op grond van artikel 25 Rv weliswaar verplicht de rechtsgronden aan te vullen, maar hij mag daarbij op grond van artikel 24 Rv niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd treden. Deze rechtsstrijd wordt bepaald door de door partijen naar voren gebrachte verzoeken, vorderingen en verweren en de door hen gestelde feiten. Dit betekent dat de rechter niet ambtshalve een rechtsregel mag toepassen indien aan moet worden genomen dat de belanghebbende partij haar vordering of verweer niet op deze rechtsgrond beoordeeld wenst te zien. Ook is het hem niet toegestaan om gebruik te maken van feiten die wel tijdens de procedure zijn gebleken, maar niet door de belanghebbende partij aan haar vordering of verweer ten grondslag zijn gelegd.¹⁰⁷ Door de wijze waarop partijen het geschil aan de rechter presenteren, kunnen zij kortom voorkomen dat de rechter een bepaalde regel van dwingend recht toepast.¹⁰⁸ Bij regels van openbare orde bestaat deze mogelijkheid in veel mindere mate. Regels van openbare orde moet de rechter namelijk zelfs toepassen indien aannemelijk is dat de belanghebbende partij haar vordering of verweer niet op

¹⁰³ Zie voor het onderscheid tussen regelend en dwingend recht nader Loth 2009, p. 2 e.v.

¹⁰⁴ Zie over de verschillende gradaties Snijders 1999, m.n. p. 159-164; Loth 2009, p. 6 e.v.

¹⁰⁵ Crommelin 2007, p. 105; Vriesendorp 1970, p. 170; Snijders 1999, p. 159, 164; Smith 2004, p. 59-60; Loth 2009, p. 9.

¹⁰⁶ Aldus Crommelin 2007, p. 96.

¹⁰⁷ Zie over de plicht van de rechter om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen o.a. Crommelin 2007, m.n. p. 69-166; Vriesendorp 1970; Smith 2004; Burgerlijke rechtsvordering, E.M. Wesseling-Van Gent, art. 24 en 25 Rv; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 56 e.v., nr. 47.

¹⁰⁸ Zie Snijders 1999, p. 164-165; Crommelin 2007, p. 107.

deze rechtsgrond beoordeeld wenst te zien. Hij is in dat geval niet gebonden aan de feiten die een partij aan haar vordering of verweer ten grondslag heeft gelegd. De rechter dient een regel van openbare orde ook toe te passen indien hij zich daarbij moet baseren op feiten die wel tijdens de procedure zijn gebleken, maar waarop door partijen geen beroep is gedaan. Bovendien heeft hij een grotere vrijheid bij de vaststelling van de feiten, doordat hij ook bewijs mag verlangen van niet-betwiste feiten (zie artikel 149 lid 1 Rv). Partijen kunnen verder in elke stand van het geding een beroep doen op regels van openbare orde. Hun kan dus in principe nooit worden tegengeworpen dat zij met hun beroep te laat zijn (al geldt een uitzondering voor de procedure in cassatie^{109, 110}).

Er vallen kortom drie typen regels te onderscheiden, waarbij sprake is van een oplopende mate van dwingendheid: er zijn regels van regelend recht waarvan partijen door middel van een overeenkomst kunnen afwijken, er zijn regels van 'gewoon' dwingend recht waarvan afwijking niet mogelijk is maar waarvan de handhaving wel aan partijen wordt overgelaten, en er zijn regels van dwingend recht van openbare orde die de rechter zelfs tegen de wil van partijen handhaaft.

4.4.3 *Regelend – dwingend – superdwingend procesrecht*

4.4.3.1 *Inleiding*

Het hiervoor behandelde stelsel wordt niet enkel gehanteerd in het materiële burgerlijk recht, maar geldt ook voor het burgerlijk procesrecht. Er bestaan dus ook regels van regelend procesrecht, regels van dwingend procesrecht die niet van openbare orde zijn en regels van dwingend procesrecht die wel van openbare orde zijn.¹¹¹ Regels van dwingend procesrecht van openbare orde past de rechter, anders dan 'gewoon' dwingend recht, ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd toe. In het kader van het procesrecht moet op het hiervoor behandelde stelsel echter een aantal nuanceringen worden aangebracht.

4.4.3.2 *Tot de rechter gerichte regels*

Ten eerste geldt in het procesrecht dat niet alle normen die ambtshalve, buiten de grenzen van de rechtsstrijd, worden toegepast, ook van openbare orde zijn.¹¹² Bijzonder aan het procesrecht is namelijk dat dit veel normen kent, die rechtstreeks tot de rechter gericht zijn. Zo bepaalt artikel 179 lid 1 Rv dat de rechter ieder van de

109 In cassatie dienen alle middelen in de dagvaarding te worden vermeld. Aanvulling tijdens de rest van de procedure is niet mogelijk.

110 Zie over de gevolgen van het feit dat een regel van openbare orde is o.a. Crommelin 2007, p. 97-99; Vriesendorp 1970, m.n. p. 171.

111 Lindijer 2006, p. 443, nr. 434; Van der Wiel 2004, p. 187; Vriesendorp 1970, p. 173; anders wellicht Asser, die van mening lijkt te zijn dat dwingend procesrecht steeds ook van openbare orde is; zie zijn conclusie voor HR 7 mei 1993, *NJ* 1993, 655, m.nt. HER (Meulen/Keijzers), nr. 2.11.

112 Dit geldt wellicht zelfs voor het materiële burgerlijk recht. Door Hartkamp is namelijk betoogd dat de rechter de nietigheid van rechtshandelingen steeds ambtshalve kan constateren, ook al is niet sprake van een norm van openbare orde. Zie Hartkamp 2007, p. 20-22; Hartkamp 2008, p. 979-980; hier tegenin Snijders 2008a, p. 545; Snijders 2008b, p. 981.

getuigen hoort buiten tegenwoordigheid van de mede ter terechtzitting verschenen getuigen die nog niet zijn gehoord. Een dergelijk, tot hemzelf gericht voorschrift, zal de rechter uiteraard ambtshalve dienen toe te passen. Hieruit volgt echter nog niet dat de regel ook van openbare orde is. Denkbaar blijft dat een dergelijke regel van 'gewoon' dwingend recht of van regelend recht is, hetgeen betekent dat indien de rechter de regel schendt, partijen hierover in dezelfde instantie dienen te klagen. Indien zij dit nalaten, kunnen zij hier niet in een volgende instantie op terugkomen. Is een dergelijke regel van regelend recht, dan kunnen partijen hem bovendien door middel van een overeenkomst aan de kant zetten. Uit het feit dat een procesregel ambtshalve wordt toegepast, kan dus nog niet zonder meer worden afgeleid dat hij van openbare orde is.¹¹³

4.4.3.3 *Afstand van fundamentele rechten*

Hiervoor is tot uitgangspunt genomen dat van recht van openbare orde niet door partijen afgeweken kan worden. Het is echter de vraag of dit uitgangspunt met betrekking tot het procesrecht wel klopt. Met name in het kader van de fundamentele beginselen van procesrecht kan hier twijfel over bestaan. Als voorbeeld kan het beginsel van hoor en wederhoor worden genomen. Dit beginsel wordt als zeer fundamenteel beschouwd. Smits spreekt zelfs van een 'superbeginsel' van procesrecht.¹¹⁴ Volgens Asser is dit beginsel, samen met de onpartijdigheid van de rechter, het kenmerk bij uitstek van elk proces.¹¹⁵ Aangenomen wordt dat bij schending van dit beginsel van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer gesproken kan worden.¹¹⁶ De rechter dient er dan ook ambtshalve op te letten dat een partij kennis heeft kunnen nemen van en adequaat heeft kunnen reageren op stukken die kort voor of bij gelegenheid van een terechtzitting worden overgelegd, indien de aard en omvang van deze stukken het vermoeden wettigen dat deze partij dit niet heeft kunnen doen.¹¹⁷ Handhaving van het beginsel van hoor en wederhoor wordt zelfs zo zeer van belang geacht, dat schending van dit beginsel leidt tot doorbreking van een rechtsmiddelenverbod.¹¹⁸ Het belang van het beginsel blijkt ook uit het feit dat schending in een arbitrageprocedure kan leiden tot vernietiging van het scheidsrechterlijke vonnis op de voet van artikel 1065 lid 1 aanhef en sub e Rv wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden. Daarbij geldt dat, hoewel de overheidsrechter artikel 1065 lid 1 sub e Rv in zijn algemeenheid met terughoudendheid dient toe te passen, er voor een terughoudende toepassing volgens de Hoge Raad geen

113 Zie ook Crommelin 2007, p. 109-111; Lindijer 2006, p. 441-442, nr. 433.

114 Smits 2008, p. 98.

115 Asser 1992, p. 11.

116 HR 22 maart 1991, NJ 1991, 400 (Van Kleef/Brugge), r.o. 3.2; HR 26 november 2004, NJ 2005, 257, m.nt. PCEvW (Polderman c.s./Landinrichtingscommissie), r.o. 3.3; HR 26 oktober 2007, NJ 2008, 259, m.nt. P.C.E. van Wijmen (Barendregt/Hoogheemraadschap c.s.), r.o. 4.1.

117 HR 29 november 2002, NJ 2004, 172, m.nt. HJS (Dipasa Europe/Huyton).

118 Zie bijv. HR 22 maart 1991, NJ 1991, 400 (Van Kleef/Brugge), r.o. 3.2; HR 26 november 2004, NJ 2005, 257, m.nt. PCEvW (Polderman c.s./Landinrichtingscommissie), r.o. 3.3; HR 26 oktober 2007, NJ 2008, 259, m.nt. P.C.E. van Wijmen (Barendregt/Hoogheemraadschap c.s.), r.o. 4.1.

plaats is wanneer moet worden geoordeeld dat bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het recht van hoor en wederhoor.¹¹⁹ Schending van hoor en wederhoor kan ook aanleiding zijn voor vernietiging van een bindend advies op grond van artikel 7:904 lid 1 BW,¹²⁰ al zal dit niet altijd het geval zijn.¹²¹

De conclusie lijkt dus zeer voor de hand te liggen dat de regel, dat een procedure gevoerd dient te worden met inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor, van openbare orde is.¹²² Toch neemt de Hoge Raad aan dat partijen afstand kunnen doen van dit beginsel. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het arrest Wenckebach/NOB. In deze zaak had de voorzitter tijdens een terechtzitting in het hoger beroep van een tussen partijen gevoerde kortgedingprocedure aangegeven dat arrest zou worden gewezen op de rolzitting van 8 januari 2004. Daarbij had hij aan partijen gevraagd om, indien eerder uitspraak zou worden gedaan in de ook tussen partijen aanhangige bodemprocedure, het vonnis aan het hof toe te zenden. Partijen waren hiermee akkoord gegaan. Vervolgens had NOB de inderdaad in de bodemprocedure gedane uitspraak, die voor haar gunstig was, aan het hof toegezonden. Op basis hiervan had het hof de vorderingen van Wenckebach afgewezen. In cassatie klaagde Wenckebach dat hierdoor het beginsel van hoor en wederhoor was geschon- den, aangezien zij niet in de gelegenheid was gesteld om zich over het vonnis uit te laten. De Hoge Raad overwoog echter dat partijen afstand kunnen doen van de in het beginsel van hoor en wederhoor gelegen bescherming. Volgens de Hoge Raad gaf het oordeel van het hof dat in dit geval sprake was van een dergelijke afstand, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was dit niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.¹²³

Aan de ene kant wordt handhaving van het beginsel van hoor en wederhoor dus van groot belang geacht, aan de andere kant kunnen partijen van dit beginsel afstand doen. Iets vergelijkbaars doet zich voor in het kader van artikel 6 EVRM. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens staat in bepaalde gevallen afstand van de door artikel 6 EVRM gewaarborgde rechten toe. Op grond hiervan lijkt te moeten worden

119 HR 25 mei 2007, *NJ* 2007, 294 (Spaanderman/Anova), r.o. 3.5; HR 24 april 2009, *NJ* 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.1. Het is echter de vraag of het begrip openbare orde in art. 1065 Rv dezelfde betekenis heeft als bij toepassing van art. 24 en 25 Rv. Snijders meent dat voor een dergelijke uitleg wel veel te zeggen valt. Zie Snijders 1999, p. 160. Anderen wijzen erop dat de betekenis van het begrip 'openbare orde' verschilt per gebied. Zie bijv. Loth 2009, p. 50; Smith 2004, p. 61; Crommelin 2007, p. 96. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie zou bovendien wellicht kunnen worden afgeleid dat art. 101 VWEU in de context van art. 1065 Rv van openbare orde moet worden geacht, maar in de context van art. 24 en 25 Rv niet. Zie HvJ EG 1 juni 1999, *NJ* 2000, 339, m.nt. HJS onder *NJ* 2000, 340 (Eco Swiss/Benetton); HvJ EG 14 december 1995, *NJ* 1997, 116, m.nt. P.J. Slot en HJS onder *NJ* 1997, 117 (Van Schijndel en Van Veen/Pensioenfonds). Zie over de vraag of deze jurisprudentie inderdaad op deze manier moet worden uitgelegd o.a. Snijders 2007b, p. 82-87; Hartkamp 2007, p. 11-13, 25-26, 29-30, 36; Snijders 2008a, p. 545-547; Hartkamp 2008, p. 977-978; Hartkamp 2009, p. 773; Snijders 2009a, p. 998-1000.

120 Zie bijv. HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.8.

121 HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), r.o. 3.4.4.

122 Vriesendorp 1970, p. 187.

123 HR 9 september 2005, *NJ* 2007, 140, m.nt. H.J. Snijders (Wenckebach/NOB), r.o. 3.3; zie ook HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 647 (Allart/Overweel c.s.), r.o. 3.3; zie verder HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 449, m.nt. HJS (Van der Lely/VDH), r.o. 3.3, waar echter geen afstand werd aangenomen.

geconcludeerd dat deze rechten niet van openbare orde zijn.¹²⁴ Afstand van recht wordt echter niet zomaar aangenomen. Niet voldoende is dat een partij zich niet op haar rechten beroept. Vereist is dat de afstand op ondubbelzinnige wijze blijkt.¹²⁵ Dit betekent dat de rechter deze rechten vaak wel degelijk ambtshalve buiten de rechtsstrijd dient toe te passen, zelfs indien aannemelijk is dat partijen deze rechten niet toegepast wensen te zien. Dit blijkt uit verschillende uitspraken van het Hof, waarvan een aantal hierna wordt besproken. Er wordt hier wel op gewezen dat de meeste van deze jurisprudentie is gewezen in het kader van strafprocedures. Deze jurisprudentie kan echter wel degelijk ook van belang zijn voor civiele procedures.¹²⁶

Een eerste voorbeeld biedt het recht op behandeling door een onpartijdig en onafhankelijk gerecht. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens lijkt tegenwoordig te erkennen dat een partij afstand kan doen van de mogelijkheid om een rechter te wraken. Zij kan in dat geval niet meer klagen dat haar recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht is geschonden.¹²⁷ Aan de andere kant kan niet ieder achterwege laten van het indienen van een wrakingsverzoek als een afstand van recht worden gezien. Het enkele feit dat een partij in eerste instantie niet heeft geklaagd, betekent niet zonder meer dat zij hierop niet in hoger beroep kan terugkomen.¹²⁸ Zelfs indien zij in eerste aanleg op de hoogte was van de bezwaren die tegen de rechter bestonden, kan dit het geval zijn. In de zaak Pfeifer en Plankl hadden twee rechters in een eerdere fase van de strafprocedure al werkzaamheden verricht, waardoor zij naar Oostenrijks recht onbevoegd waren om de zaak te behandelen. De verdachte, Pfeifer, gaf voor de terechtzitting desgevraagd aan er geen bezwaar tegen te hebben dat zij toch als rechters in deze zaak zouden deelnemen. Ook tijdens de terechtzitting werd namens hem geen bezwaar gemaakt tegen de samenstelling van de rechtbank of een beroep gedaan op wraking. Desondanks nam het Europese Hof aan dat artikel 6 EVRM hier was geschonden. Daarbij achtte het onder andere van belang dat de Oostenrijkse wet niet voorzag in de mogelijkheid van afstand van het

124 Zie Asser 1999, p. 26.

125 EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Stureson/Zweden), r.o. 66; EHRM 25 februari 1992, appl.no. 10802/84, NJ 1994, 117, m.nt. EJD (Pfeifer en Plankl/Oostenrijk), r.o. 37.

126 Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft aangenomen dat de eisen die aan een eerlijk proces worden gesteld weliswaar niet noodzakelijkerwijs hetzelfde zijn voor burgerlijke procedures als voor strafprocedures, maar dat de vereisten die in art. 6 lid 2 en 3 EVRM aan strafprocedures worden gesteld wel van enig belang kunnen zijn voor civiele procedures. Wel hebben lidstaten in civiele zaken bij de toepassing van art. 6 EVRM volgens het Hof iets meer vrijheid dan in strafzaken; zie EHRM 27 oktober 1993, appl.no. 14448/88, NJ 1994, 534, m.nt. HJS en EJD (Dombo Beheer/Nederland), r.o. 32; zie ook Smits 2008, p. 19.

127 EHRM 22 februari 1996, appl.no. 17359/90, NJ 1996, 483, m.nt. Kn (Bulut/Oostenrijk), m.n. r.o. 34. In het arrest Pfeifer en Plankl liet het Hof nog in het midden of van deze rechten afstand kon worden gedaan; zie EHRM 25 februari 1992, appl.no. 10802/84, NJ 1994, 117, m.nt. EJD (Pfeifer en Plankl/Oostenrijk), r.o. 37, 39. Tegenwoordig toetst het Hof echter zonder meer of aan de vereisten van afstand van recht is voldaan, zonder een dergelijk voorbehoud te maken; zie bijv. EHRM 24 juli 2008, appl.no. 14659/04 en 16855/04 (Dorozhko en Pozharskiy/Estland), r.o. 45-49; EHRM 8 februari 2000, appl.no. 28488/95, NJ 2001, 611, m.nt. EAA (McGonnell/Verenigd Koninkrijk), r.o. 42-45.

Zie ook Harris e.a. 2009, p. 285; Kuijer daarentegen meent dat geen afstand kan worden gedaan van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Deze mogelijkheid kan volgens hem ook niet uit de zaak Bulut worden afgeleid; zie Kuijer 2004, p. 71-72.

128 Zie bijv. ook EHRM 24 juli 2008, appl.no. 14659/04 en 16855/04 (Dorozhko en Pozharskiy/Estland), r.o. 45-49; Zie ook EHRM 28 oktober 1998, appl.no. 28194/95 (Castillo Algar/Spanje), r.o. 33-35. Deze laatste zaak ging overigens over de vraag of de nationale rechtsmiddelen waren uitgeput.

recht op berechting door een gerecht dat volgens de wet is samengesteld. Bovendien was Pfeifer door de rechter benaderd zonder dat zijn advocaat hierbij aanwezig was. Van een ondubbelzinnige afstand kon daarom niet gesproken worden.¹²⁹

Het recht op een behandeling door een onpartijdig en onafhankelijk gerecht was in deze zaak dus geschonden, hoewel aannemelijk was dat de partij op deze regel geen beroep wilde doen. De verdachte had immers zelf verklaard geen bezwaar tegen behandeling door de onbevoegde rechters te hebben. De rechter dient het recht op een onpartijdig en onafhankelijk gerecht in bepaalde omstandigheden kortom zelfs ambtshalve te garanderen, indien dit niet in overeenstemming lijkt met de houding van de belanghebbende partij. Bovendien lijkt een partij in iedere stand van het geding een beroep te kunnen doen op schending van dit recht. Dit wijst erop dat sprake is van een regel van openbare orde. Aan de andere kant kan een partij wel degelijk afstand doen van dit recht.

Een ander voorbeeld biedt het recht op een openbare behandeling van de zaak. Een partij kan afstand doen van dit recht.¹³⁰ Het feit dat een partij niet heeft verzocht om een openbare behandeling, is echter niet altijd voldoende om een dergelijke afstand aan te nemen. Zij kan hierover later tóch klagen, indien in de praktijk in vergelijkbare zaken nooit een openbare behandeling wordt gehouden.¹³¹ Ook hier lijkt een partij dus in iedere stand van het geding een beroep te kunnen doen op schending van het recht.

Moet op basis hiervan nu een aparte categorie regels worden erkend die wel van openbare orde zijn, maar tevens van regelend recht? Naar mijn mening is dit niet het geval. Immers, partijen kunnen van deze fundamentele beginselen *afstand* doen. Dit is niet hetzelfde als dat sprake is van regelend recht. Dat de wil van partijen tot op zekere hoogte relevant is voor de toepassing van een regel, betekent nog niet dat partijen deze regel ook door middel van een overeenkomst aan de kant kunnen schuiven.¹³² Dit is ten eerste een gevolg van het feit dat bij afstand van recht de rechter niet steeds wordt gebonden. Zo kunnen partijen afstand doen van het recht op een openbare behandeling. Het initiatief om de behandeling achter gesloten deuren te houden, gaat echter steeds van de rechter uit. Partijen kunnen niet zelf bepalen dat zij een behandeling achter gesloten deuren willen. Zij hebben geen *recht* op een geheime behandeling.¹³³ Ook De Schutter wijst hier in het kader van het EVRM op. Volgens hem moet onderscheid worden gemaakt tussen de vraag of de toestemming van een partij ertoe kan leiden dat de overheid het EVRM niet schendt (hetgeen hij een privilege op afstand van recht noemt), en de vraag of een partij het recht heeft de bescherming van een recht niet opgedrongen te krijgen (hetgeen hij een recht op afstand van recht noemt). Naar zijn mening kan wel een *privilege* worden aangenomen om afstand te

129 EHRM 25 februari 1992, appl.no. 10802/84, NJ 1994, 117, m.nt. EJD (Pfeifer en Plankl/Oostenrijk), r.o. 38-39.

130 EHRM 10 februari 1983, appl.no. 7299/75 en 7496/76, NJ 1987, 315 (Albert en Le Compte/België), r.o. 34-35; EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Sturesson/Zweden), r.o. 65-67.

131 EHRM 30 november 1987, appl.no. 8950/80 (H./België), r.o. 54; EHRM 24 november 1997, appl.no. 21835/93 (Werner/Oostenrijk), r.o. 47-48.

132 De vraag of een regel van regelend recht is en of hier afstand van kan worden gedaan, lijken soms met elkaar te worden vereenzelvigd. Zie bijv. Vriesendorp 1970, p. 169-170; Tjittes 1992, p. 8.

133 Zie ook Frumer 2001, p. 209, nr. 290; De Schutter 2000, p. 483.

doen van de door het EVRM beschermde rechten, maar bevat het EVRM geen algemeen *recht* op afstand.¹³⁴ Ondersteuning voor dit standpunt is wellicht ook te vinden in de voorwaarden die het Europese Hof voor de Rechten van de Mens stelt aan de afstand van recht. Volgens het Hof mag een dergelijke afstand niet in strijd komen met een belangrijk openbaar belang.¹³⁵ Het lijkt er dus op dat de overheid in ieder afzonderlijk geval dient te beoordelen of inderdaad afstand kan worden gedaan. Indien een openbaar belang hieraan in de weg staat is afstand niet mogelijk. Partijen hebben dus geen recht op niet-toepassing van het recht.

Bij afstand van recht is niet alleen de rechter niet zonder meer gebonden aan de wil van partijen, het is de vraag of partijen dit zelf wel altijd zijn. In het kader van fundamentele rechten wordt wel aangenomen dat de staat steeds rekening dient te houden met de meest actuele wil van diegene die afstand heeft gedaan. Zo zou bijvoorbeeld een huiszoeking direct afgebroken moeten worden indien iemand, die aanvankelijk de politie vrijwillig heeft binnengelaten, halverwege van mening verandert. Ook de toestemming om medische experimenten te ondergaan, zou herroepbaar zijn.¹³⁶ Het lijkt dus in sommige gevallen mogelijk om, voordat de inbreuk heeft plaatsgevonden, een afstand van recht te herroepen. Niet uit te sluiten is dat dit ook geldt bij sommige procedurele rechten, zoals het recht op een openbare behandeling. Zo is mogelijk dat een partij die aanvankelijk heeft ingestemd met behandeling met gesloten deuren, hier halverwege de procedure op terugkomt. Denkbaar is dan dat het vervolg van de behandeling weer in de openbaarheid dient plaats te vinden.

Uit het feit dat afstand van recht kan worden gedaan, kan kortom niet zonder meer worden afgeleid dat de betreffende regel ook van regelend recht is. Een regel is enkel regelend van aard indien zowel de rechter als partijen gebonden worden door de verklaarde wil van partijen om van deze regel af te wijken (zie ook paragraaf 1.2.1). Het feit dat de wil van partijen van belang is bij de toepassing van een regel, betekent dus nog niet dat ook een procesovereenkomst mogelijk is.

Aangenomen kan worden dat een deel van de fundamentele rechten dus wel degelijk van openbare orde is. De rechter dient deze rechten ambtshalve toe te passen en indien hij dit niet doet, kan de benadeelde partij hierover in iedere stand van het geding klagen. De rechter behoeft de rechten enkel niet te handhaven, indien hiervan op ondubbelzinnige wijze afstand is gedaan. De regel zelf maakt zijn gelding dus tot op zekere hoogte afhankelijk van de wil van partijen.¹³⁷ Partijen hebben echter niet de mogelijkheid de regel door middel van een overeenkomst buiten toepassing te laten.

Overigens kan niet op voorhand worden aangenomen dat alle door artikel 6 EVRM beschermde rechten van openbare orde zijn. De vraag in hoeverre afwijking van deze rechten mogelijk is, komt aan de orde in hoofdstuk 6.

134 De Schutter 2000.

135 EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Stureson/Zweden), r.o. 66; EHRM 24 juli 2008, appl.no. 14659/04 en 16855/04 (Dorozhko en Pozharskiy/Estland), r.o. 46.

136 Zie bijv. Alkema 1999, p. 41; Stern 1994, p. 915-916; zie ook Frumer 2001, p. 589 e.v., nr. 823 e.v., die echter zelf van mening is dat een afstand niet geldig herroepen kan worden.

137 De Schutter 2000, p. 492.

4.4.3.4 Afwijking van regels van openbare orde

In de vorige paragraaf is gebleken dat in het kader van fundamentele rechten geen sprake is van een uitzondering op de regel dat van recht van openbare orde niet afgeweken kan worden. In sommige gevallen lijken partijen echter wel degelijk regels van openbare orde bij overeenkomst aan de kant te kunnen zetten. Algemeen wordt bijvoorbeeld aangenomen dat de regeling van rechtsmacht van de Nederlandse rechter van openbare orde is. Deze regeling wordt door de rechter dan ook ambtshalve buiten de rechtsstrijd toegepast.¹³⁸ Toch is afwijking van deze regeling door middel van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage mogelijk. Hetzelfde geldt voor de absolute bevoegdheid van de rechter. Aan de ene kant toetst de rechter zijn bevoegdheid ambtshalve, maar aan de andere kant kunnen partijen hiervan afwijken, bijvoorbeeld door prorogatie (zie artikel 96, 329 en 398 sub 2 Rv).

In dit verband is de voordracht tot cassatie in het belang der wet van A-G Franx voor het Piscator-arrest van belang. Hij wijst er hierin op dat het beroep op de openbare orde in het kader van de internationale rechtsmacht twee doelen kan dienen: a. bestrijding van een beroep op een forumkeuzebeding, en b. ambtshalve toetsing door de rechter van zijn internationale jurisdictie. Naar zijn mening gaat het om verschillende kwesties. Volgens hem staat vast dat de rechter de jurisdictieregels ambtshalve toetst, maar hieruit volgt niet dat deze regels ook van dwingend recht zijn.¹³⁹

Dit standpunt stemt echter niet overeen met de hiervoor behandelde theorie rond regels van openbare orde. Over het algemeen wordt immers aangenomen dat punt a en b in geval van regels van openbare orde *wel degelijk* samengaan. Een regel is van openbare orde, indien het algemeen belang hier zo bij betrokken is dat handhaving niet aan partijen kon worden overgelaten en de rechter deze zelfs tegen hun wil kan toepassen. Aangenomen wordt dus dat op een dergelijk gebied geen enkele ruimte is voor de partijautonomie: partijen kunnen in dat geval *niet alleen* niet bij overeenkomst van de regel afwijken, maar zij kunnen *zelfs* de regel niet feitelijk buiten toepassing laten. Er doet zich dan ook een zekere spanning voor indien beide niet samengaan. Want waarom wordt een regel zo zeer van belang geacht dat de rechter hem zelfs ambtshalve dient toe te passen, als partijen hier gewoon van af kunnen wijken?

Toch is het goed verklaarbaar dat punt a en punt b in de praktijk niet altijd samengaan. Het is immers goed voorstelbaar dat de wetgever wel ruimte wil laten aan de partijautonomie, maar het algemeen belang wel in die mate bij het gebied betrokken is dat hij deze partijautonomie aan strikte voorwaarden wil binden. *Enkel* indien aan deze voorwaarden is voldaan is afwijking mogelijk. *Hieraan* dient strak de hand gehouden te worden.

In plaats van aan te nemen dat sprake is van een regel van regelend recht die tegelijkertijd van openbare orde is, zou men ook de inhoud van de regel breder kunnen zien. *Onderdeel* van de regel is dan dat ervan af kan worden geweken. Deze bredere regel, waarvan de mogelijkheid tot afwijking onderdeel uitmaakt, is van dwingend recht dat van openbare orde is. De regel luidt bijvoorbeeld dat de

138 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 113-114; Ras/Hammerstein 2004, p. 54, nr. 57; Asser 1999, p. 26.

139 Zie de voordracht van A-G Franx bij HR 1 februari 1985, NJ 1985, 698, m.nt. JCS (Piscator), nr. 5.3.

Nederlandse rechter bevoegd is, *tenzij* partijen anders zijn overeengekomen. Deze regel is dan van dwingend recht van openbare orde, en *hiervan* kan niet afgeweken worden.

Een dergelijke zienswijze lost het probleem op dat er een categorie regels bestaat die niet te plaatsen valt in de driedeling regelend recht, dwingend recht dat niet van openbare orde is en dwingend recht dat wel van openbare orde is. Door onderdeel van de regel te maken dat partijen er onder voorwaarden van af kunnen wijken, blijft simpelweg een regel over die in de derde categorie valt: dwingend recht van openbare orde. Deze oplossing is echter slechts oppervlakkig, aangezien onmiddellijk een nieuw probleem ontstaat. Immers, aanvankelijk werd aangenomen dat procesovereenkomsten enkel gesloten konden worden indien sprake was van regelend recht. Dit betekende dat enkel bepaald hoefde te worden, welk procesrecht regelend van aard is. Nu zou daar nog een extra categorie bijkomen: procesovereenkomsten zijn ook mogelijk in geval van regels van dwingend recht van openbare orde waarvan *onderdeel* uitmaakt dat partijen hiervan onder specifieke voorwaarden kunnen afwijken. Dit roept de vraag op *in welke gevallen* onderdeel van regels van dwingend recht is, dat hiervan kan worden afgeweken.

Deze vraag zal moeilijk te beantwoorden zijn, hoe men ook aankijkt tegen het karakter van deze regels. Hierna, in paragraaf 4.5.1, zal blijken dat van regelend recht sprake is indien de belangen van partijen, derden of het algemeen belang hierbij niet betrokken is. Van regels van dwingend recht van openbare orde is juist sprake indien het algemeen belang in hoge mate betrokken is. Maar bij welke regels is aan de ene kant het algemeen belang in dusdanig hoge mate betrokken dat de rechter ambtshalve dient te toetsen, maar toch niet zozeer dat afwijking door partijen niet mogelijk zou zijn?

Aannemelijk is dat dit zich niet al te vaak zal voordoen. In principe zal naar mijn mening expliciet uit de wet moeten blijken dat afgeweken kan worden van regels die van openbare orde zijn. Alleen de wetgever kan immers een weloverwogen afweging maken in welke gevallen afwijking toegelaten kan worden en onder welke specifieke voorwaarden. Men kan dus in principe aannemen dat indien een regel van openbare orde is, afwijking hiervan niet mogelijk is, tenzij de wetgever anders heeft bepaald. Zo zal naar mijn mening niet in meer gevallen van de absolute competentie van de gerechten kunnen worden afgeweken, dan in de wet is bepaald. Partijen kunnen bijvoorbeeld niet overeenkomen hun geschil bij de aanvang van het geding dadelijk ter kennis van de Hoge Raad te brengen.

Een uitzondering dient echter te worden aangenomen voor de regeling van de rechtsmacht. Partijen kunnen van deze regeling afwijken, ook al blijkt dit niet expliciet uit de wet. Zo is een overeenkomst tot bindend advies geldig, al bepaalt de wet niet uitdrukkelijk dat partijen door middel van een dergelijke overeenkomst de bevoegdheid van de overheidsrechter tijdelijk kunnen uitsluiten. Reden dat partijen kunnen afwijken van de regeling van de rechtsmacht ook in gevallen waarin de wet dit niet expliciet bepaalt, is dat hier werkelijk sprake is van een overgangsfiguur. In de praktijk stelt de ambtshalve toetsing van de rechter op dit gebied niet veel meer voor. Zo verklaart de rechter zich reeds bevoegd, voor zover het een rechtsbetrekking betreft die ter vrije bepaling van partijen staat, indien de verweerder de rechtsmacht niet betwist (zie artikel 24 EEX-Vo en artikel 9 sub a Rv). De belangrijkste situatie

waarin ambtshalve toetsing bij rechtsbetrekkingen ter vrije bepaling dus nog een rol speelt, is indien de verweerder niet verschijnt, of indien hij verschijnt, de bevoegdheid betwist maar deze betwisting niet of niet volledig onderbouwt.¹⁴⁰

Zie over de overeenkomsten waarbij partijen afwijken van recht van openbare orde ook paragraaf 9.3, waarin nader wordt ingegaan op de vraag in hoeverre deze overeenkomsten door de rechter ambtshalve worden toegepast.

4.4.3.5 Tussenconclusie

Het onderscheid tussen regels van regelend procesrecht, van dwingend procesrecht en van procesrecht van openbare orde is bij nadere beschouwing minder eenduidig dan het in eerste instantie lijkt. Ten eerste past de rechter sommige procesregels ook ambtshalve buiten de rechtsstrijd van partijen toe, indien zij niet van openbare orde zijn. Dit is het geval wanneer deze regels tot hem gericht zijn. Ten tweede kunnen partijen in sommige gevallen ook door middel van een procesovereenkomst afwijken van regels die van openbare orde zijn. Dit is het geval bij de regeling van rechtsmacht van de Nederlandse rechter en in de gevallen waarin dit uitdrukkelijk door de wetgever is bepaald, zoals bij de regels van absolute competentie (zie bijvoorbeeld artikel 329 Rv) is geschied. Ten slotte kunnen partijen in sommige gevallen afstand doen van regels van dwingend recht of regels van openbare orde. Het feit dat afstand van recht kan worden gedaan, betekent echter nog niet dat ook afwijking van deze regel door middel van een procesovereenkomst mogelijk is. De wil van partijen kan een rol spelen in het kader van de toepassing van de regel, zonder dat deze regel van regelend recht is.

4.4.4 Duits recht

Met de hantering van een driedeling in regels van regelend recht, van dwingend recht en van openbare orde staat vast dat de theorie die Wagner voor het Duitse recht heeft ontwikkeld aan de hand van § 295 BGB voor het Nederlandse recht niet geldt.

Deze theorie houdt het volgende in. Uit § 295 BGB blijkt dat, indien een procedurevoorschrift is geschonden, een partij in sommige gevallen afstand kan doen van handhaving van dit voorschrift. In die gevallen dient een partij tijdig te klagen over schending van het voorschrift, op verval van recht hiertoe. Wagner leidt hieruit af dat in die gevallen afwijking door middel van een procesovereenkomst ook mogelijk is. Indien partijen achteraf, ná schending van het voorschrift, ervan af kunnen zien dat het voorschrift gehandhaafd wordt, is niet duidelijk waarom zij dit niet ook reeds op voorhand zouden kunnen doen. De wens om partijen te beschermen tegen een lichtvaardige beperking van hun beslissingsvrijheid is niet voldoende om iets anders aan te nemen. Aan deze wens kan voldoende tegemoet worden gekomen met behulp van de algemene beschermingsbepalingen van het contractenrecht. In die gevallen waarin partijen tijdig dienen te klagen over schending van een voorschrift, kunnen zij volgens Wagner dus ook een procesovereenkomst sluiten. Omgekeerd

¹⁴⁰ In principe is niet vereist dat de verweerder deze betwisting motiveert; zie Burgerlijke rechtsvordering, P. Vlas, art. 24 EEX-Vo, aant. 2.

geldt dat indien een voorschrift ambtshalve gehandhaafd dient te worden, een procesovereenkomst uitgesloten is.¹⁴¹

Duidelijk is dat deze theorie voor het Nederlandse recht niet gehanteerd kan worden. Wagner gaat uit van een tweedeling: óf een voorschrift is van regelend recht en handhaving is aan partijen overgelaten, óf een voorschrift is van dwingend recht en wordt door de rechter ambtshalve toegepast. Naar Nederlands recht staat, zoals hiervoor is gebleken, vast dat niet alle regels van dwingend recht ook ambtshalve buiten de rechtsstrijd gehandhaafd worden. Het enkele feit dat partijen een regel feitelijk buiten toepassing kunnen laten door zich hier niet op te beroepen, betekent naar Nederlands recht dus nog niet dat partijen ook van deze regel door middel van een procesovereenkomst kunnen afwijken. Dit resultaat is in overeenstemming met de in paragraaf 4.3.3 bereikte conclusie dat het vanuit het openbaar belang gezien wel degelijk verschil maakt of partijen door feitelijk handelen een bepaald resultaat bewerkstelligen, en of zij hiertoe een procesovereenkomst sluiten.

4.5 Hoe kan worden vastgesteld of sprake is van dwingend of regelend recht?

4.5.1 Algemeen

In de vorige paragraaf is gebleken dat in principe onderscheid moet worden gemaakt tussen procesregels van regelend recht, van dwingend recht en van openbare orde. Hoe kan nu bepaald worden van welk type regel sprake is?

Over het algemeen wordt aangenomen dat door uitleg van de betreffende rechtsregel moet worden bepaald met welk type regel men te maken heeft. In sommige gevallen valt uit de bewoordingen van een wetsbepaling af te leiden of zij van regelend of dwingend recht is. Anders zal moeten worden gekeken naar de bedoeling van de wetgever, de strekking van de bepaling en het systeem van de wet.¹⁴² Reden voor het aannemen van dwingend recht kan ten eerste de wens zijn, een zwakke partij te beschermen. Uitgangspunt is dat eenieder de vrijheid heeft zichzelf te ontplooiën. Wanneer dit uitgangspunt niet kan worden gerealiseerd doordat partijen zich in een ongelijkwaardige positie bevinden, kan dit een rechtvaardiging zijn voor een inperking van de contractvrijheid.¹⁴³ Een andere reden kan het feit zijn dat de belangen van derden in het geding zijn.¹⁴⁴ Ten slotte is een grond voor dwingend recht de bescherming van het algemeen belang. Het gaat dan om de belangen van de gemeenschap als geheel, of grote groepen daaruit.¹⁴⁵ Aangenomen wordt dat van 'gewoon' dwingend recht sprake is indien slechts een partijbelang of een groepsbelang aan de orde is. Van dwingend recht van openbare orde is daarentegen sprake indien het algemeen belang in hoge mate betrokken is.¹⁴⁶ Dit doet zich bijvoorbeeld

141 Wagner 1998, p. 67-70; zie ook Schlosser 1968, p. 37 e.v.

142 Loth 2009, p. 23-24; Van der Wiel 2002a, p. 221; zie m.b.t. het Duitse recht o.a. Baumgärtel 1957, p. 190-191, 271; Schiedermair 1935, p. 54, 64-65; Wagner 1998, p. 65.

143 Loth 2009, p. 36-37, 54 e.v.; Nieuwenhuis 1999, p. 25 e.v.

144 Loth 2009, p. 57-59.

145 Loth 2009, p. 59 e.v.

146 Vriesendorp 1970, p. 172; Crommelin 2007, p. 96, 195; Loth 2009, p. 50.

voor indien fundamentele rechtsbeginselen in het geding zijn.¹⁴⁷ Wat het algemeen belang vereist, staat niet vast, maar kan verschillen naar tijd en plaats.¹⁴⁸

Om de vraag of van regelend of van dwingend recht sprake is te kunnen beantwoorden, worden wel vuistregels gehanteerd. Zo zou het goederenrecht in beginsel dwingend van aard zijn, terwijl het verbintenissenrecht voornamelijk regelend recht bevat.¹⁴⁹ Van het burgerlijk procesrecht werd vroeger aangenomen dat dit van openbare orde was. Van Boneval Faure schreef in 1893:

‘De voorschriften van rechtspleging zijn uit haren aard voorschriften of bepalingen van openbare orde, in dien zin dat zij aan de willekeur der bijzondere personen onttrokken zijn.’¹⁵⁰

Volgens Van der Wiel is de opvatting dat *al* het burgerlijk procesrecht dwingend van aard is, inmiddels achterhaald. Volgens hem moet van geval tot geval bepaald worden of een regel dwingend of regelend van aard is, al neemt hij daarbij wel als uitgangspunt dat sprake is van dwingend recht.¹⁵¹ Ook elders valt nog steeds te lezen dat het burgerlijk procesrecht veel regels van openbare orde kent.¹⁵² Asser heeft voor een ruimere toelaatbaarheid van procesafspraken gepleit, hetgeen volgens hem tot gevolg heeft dat meer procesrecht regelend recht wordt. Wel meent hij dat aan alle procesafspraken de eis gesteld moet worden dat zij schriftelijk worden gemaakt en de goedkeuring van de rechter behoeven.¹⁵³

In Duitsland ging men er aanvankelijk van uit dat procesovereenkomsten in het geheel niet toelaatbaar zijn, tenzij de wet ze uitdrukkelijk toestond. Een ‘Konventionaalprozess’ zou verboden zijn.¹⁵⁴ Schlosser heeft daarentegen betoogd dat moet worden uitgegaan van het beginsel ‘in dubio pro libertate’. Dit brengt mee dat het aan de staat is om aan te tonen dat een openbaar belang aan een partijafpraak in de weg staat.¹⁵⁵ Ook volgens Wagner dient er een concrete grondslag te zijn voor een beperking van de processuele partijautonomie.¹⁵⁶ Schiedermair neemt een tussenstandpunt in. Hij gaat ervan uit dat wat bij wet niet verboden is, toegestaan *kan* zijn. Hij gaat dus niet uit van een vermoeden dat het procesrecht regelend of dwingend van aard is, waarbij uitzonderingen beargumenteerd moeten worden, maar meent dat in elk afzonderlijk geval door middel van een afweging van belangen bepaald moet worden of afwijking van een procesregel mogelijk is.¹⁵⁷ Wel is hij van mening dat voor de partijautonomie in het procesrecht minder ruimte is dan in het burgerlijk recht.¹⁵⁸

147 Vriesendorp 1970, p. 172; Crommelin 2007, p. 97; zie ook HR 1 november 1996, NJ 1997, 117 (Van Schijndel/Pensioenfonds), r.o. 2.3.

148 Loth 2009, p. 61; Lindijer 2006, p. 447, nr. 437; noot Heemskerk onder HR 9 april 1976, NJ 1977, 194, m.nt. WHH (Gefra/Van Hensbergen).

149 Loth 2009, p. 24.

150 Van Boneval Faure 1893, p. 8.

151 Van der Wiel 2002a, p. 221.

152 Zie bijv. A-G Keus in zijn conclusie voor HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54 (Gem. Heerlen/Whizz), nr. 2.3.

153 Asser 1999, p. 24-27.

154 Zie voor verwijzingen naar deze literatuur Wagner 1998, p. 48-50, 57-58; Cremer 2007, p. 78.

155 Schlosser 1968, p. 9-11.

156 Wagner 1998, p. 61, 79-80.

157 Schiedermair 1935, p. 54-58.

158 Schiedermair 1935, p. 32, 49, 56.

De opvattingen in de literatuur lopen kortom uiteen. Sommige auteurs nemen tot uitgangspunt dat het procesrecht dwingend van aard is tenzij uitdrukkelijk iets anders blijkt, terwijl anderen van het tegenovergestelde standpunt uitgaan. Hoe kan het dat de benaderingen van deze auteurs zo verschillen? De verklaring moet waarschijnlijk worden gezocht in de wijze waarop zij aankijken tegen het karakter van het burgerlijk procesrecht.¹⁵⁹

4.5.2 Karakter van het burgerlijk procesrecht

4.5.2.1 Algemeen

In een artikel uit 1938 over de toelaatbaarheid van bewijsafspraken wees Hülsmann erop dat er twee grondbeginselen te onderkennen zijn die het procesrecht beheersen. Dit is volgens hem aan de ene kant het beginsel van zeggenschap over eigen rechten, aan de andere kant het beginsel van handhaving van de rechtsorde door de overheid. Het burgerlijk procesrecht staat volgens hem enerzijds in dienst van private belangen, hetgeen onder andere blijkt uit het feit dat het aan partijen wordt overgelaten om een procedure te beginnen. Anderzijds vindt de door de staat uitgeoefende rechtspleging volgens hem haar ontstaan in een tegengaan van eigenrichting en in het scheppen van rechtsorde.¹⁶⁰

Inderdaad dient het burgerlijk proces zowel de individuele belangen van partijen, als het openbaar belang. Door middel van het civiele proces kunnen partijen hun subjectieve rechten afdwingen. Daarnaast heeft het proces ook als functie rechtsvrede te waarborgen en de rechtsorde te handhaven. Het is dus ook een openbaar belang dat subjectieve rechten afgedwongen worden.¹⁶¹ Op deze dubbele doelstelling van het procesrecht is ook in de Duitse literatuur gewezen.¹⁶² Naast het feit dat het proces mede dient ter waarborging van de rechtsvrede, is het algemeen belang bovendien nog op een andere manier bij het proces betrokken. Van belang is namelijk ook dat de gerechtelijke autoriteiten overheidsinstellingen zijn, die handelen ter uitoefening van de overheidsmacht. De gerechten worden gefinancierd door de overheid. Bovendien legitimeert een bij de rechter verkregen uitspraak tenuitvoerlegging met behulp van overheidsdwang. Ook dit brengt mee dat de overheid belang heeft bij de gang van zaken tijdens gerechtelijke procedures.¹⁶³ Als gevolg van het feit dat zowel particuliere als algemene belangen bij het burgerlijk proces betrokken zijn, wordt het burgerlijk procesrecht soms als een grensgebied tussen privaat- en publiekrecht beschouwd.¹⁶⁴

Dit dubbele karakter van het burgerlijk procesrecht verklaart ook het verschil in opvattingen over de toelaatbaarheid van procesovereenkomsten. Indien men sterk benadrukt dat het procesrecht dient ter afdwinging van de subjectieve rechten van

159 Zie over het belang van hetgeen men ziet als de taak en functie van het privaatrecht voor de omvang van het dwingend recht Loth 2009, p. 66-67.

160 Hülsmann 1938, p. 142-145.

161 Zie bijv. ook Stein/Rueb 2011, p. 1-3; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 1, nr. 2, p. 13 e.v., nr. 12 e.v.; Knigge 2004; Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 143-144; Dommering 1983, p. 160-161, 175-176.

162 Zie bijv. Schiedermair 1935, p. 56-58; Schlosser 1968, p. 10-11.

163 Zie ook Asser, Groen & Vranken 2003, p. 34-35, 45, 63; Stein/Rueb 2011, p. 2.

164 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 1, nr. 2; Stein/Rueb 2011, p. 2.

partijen, is aannemelijk dat men tot een ruime toelaatbaarheid van procesovereenkomsten komt. De redenering ligt dan voor de hand dat als een partij kan beschikken over haar materieelrechtelijke aanspraken, het vreemd zou zijn als zij geen zeggenschap zou hebben met betrekking tot de procedure waarin deze aanspraken geldend gemaakt kunnen worden. Indien men daarentegen met name oog heeft voor het publieke karakter van het procesrecht, zal men niet snel geneigd zijn om procesovereenkomsten toe te staan.¹⁶⁵

Dit blijkt ook bij bestudering van de literatuur over de toelaatbaarheid van procesovereenkomsten. Zo werd door de Duitse auteurs die het sluiten van een procesovereenkomst enkel toelaatbaar achtten indien dit bij wet was toegestaan, hiertoe met name gewezen op het publieke karakter van het procesrecht.¹⁶⁶ Ook Cremer benadrukt sterk de publieke belangen die het proces dient, op grond waarvan zij tot de conclusie komt dat een overeenkomst om bepaalde feiten niet te stellen, ontoelaatbaar is.¹⁶⁷ In Nederland biedt Suijling een goed voorbeeld van het omgekeerde. Hij betoogde, in de tijd dat de bewijsovereenkomst nog niet wettelijk geregeld was, dat het partijen vrijstond om de bewijslast geheel of gedeeltelijk om te keren. Daartoe beriep hij zich op het feit dat partijen ook naar vrij inzicht over hun vermogensrechten kunnen beschikken.¹⁶⁸ In Duitsland legt Wagner, die een ruime toelaatbaarheid van procesovereenkomsten bepleit, sterk de nadruk op het feit dat het proces een instrument is voor de afdwinging van de subjectieve rechten van partijen. Weliswaar erkent hij dat het burgerlijk proces ook dient ter bewaring van de rechtsorde en ter verzekering van de rechtsvrede, maar deze belangen zijn volgens hem ondergeschikt aan het primaire doel. Het staat eenieder volgens hem vrij om zijn rechten *niet* geldend te maken en op deze manier *niet* mee te werken aan de bewaring van de rechtsorde.¹⁶⁹ De gerechten hebben volgens hem dan ook geen 'eigen' belang bij een uitkomst van een procedure. Om te betogen dat een procesovereenkomst ontoelaatbaar is, kan volgens hem om die reden niet worden gewezen op algemene belangen als dat de rechtsvrede moet worden gehandhaafd of dat de waarheid in het geding aan het licht moet komen.¹⁷⁰

4.5.2.2 Beoordeling

De vraag hoe men het karakter van het burgerlijk procesrecht ziet, is dus van invloed op de vraag naar de toelaatbaarheid van procesovereenkomsten. Op dit karakter zal dan ook nader worden ingegaan.

Vooropgesteld moet worden dat de handhaving van de rechtsorde en de waarborging van de rechtsvrede niet, zoals Wagner meent, ondergeschikt zijn aan de afdwinging van de subjectieve rechten van partijen. Uiteraard klopt het dat partijen ervoor kunnen kiezen hun rechten niet af te dwingen en is het dus ook zo dat de

¹⁶⁵ Zo ook Hülsmann 1938, p. 145-147.

¹⁶⁶ Zie bijv. Oertmann 1915, p. 419 e.v.; zie hierover o.a. Schiedermair 1935, p. 56; Wagner 1998, p. 57-58, met verwijzingen naar andere literatuur.

¹⁶⁷ Cremer 2007, o.a. p. 88, 129-132, 153, 160, 169-171. Zie bijv. ook Baumgärtel 1957, p. 189, 269.

¹⁶⁸ Suijling 1928, p. 108.

¹⁶⁹ Wagner 1998, p. 59-60, 90.

¹⁷⁰ Wagner 1998, p. 78-79, 90-91.

rechtsorde slechts gehandhaafd wordt, voor zover partijen hiervoor kiezen. De rechtsvrede komt niet in gevaar indien een partij het zelf geen bezwaar vindt dat zij niet krijgt waar zij recht op heeft.¹⁷¹ Indien een partij haar rechten wil afdwingen, moet zij dit echter ook kunnen doen. De rechtsvrede komt veel eerder in gevaar indien een partij niet de *mogelijkheid* heeft haar rechten af te dwingen. Cruciaal daarbij is dat dit mijns inziens zelfs het geval is indien een partij *zelf* deze mogelijkheid heeft beperkt. Het kan door een partij als zeer onrechtvaardig worden ervaren dat zij niet krijgt waarop zij recht heeft, *ook al is dit een gevolg van haar eigen handelen*. De rechtsvrede kan dus niet in alle gevallen gehandhaafd worden door simpelweg de wensen van partijen te volgen.

Nu kan worden tegengeworpen dat een partij toch ook geheel afstand kan doen van haar subjectieve recht. Zij zou dan ook het mindere moeten kunnen doen: het subjectieve recht behouden, maar enkel de mogelijkheid tot afdwinging van dit recht beperken.¹⁷² Deze redenering gaat inderdaad op indien men het proces slechts ziet als instrument tot verwezenlijking van de subjectieve rechten van partijen. Dit wordt anders als men ook het belang de rechtsvrede te waarborgen en eigenrichting te voorkomen erbij betreft. Het gevaar van eigenrichting is veel groter indien een partij enkel de mogelijkheid tot afdwinging van haar rechten beperkt, dan indien zij in het geheel afziet van haar rechten. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van de afspraak om een bepaald verweer niet te voeren.

Denkbaar is bijvoorbeeld dat partijen in het kader van een koopovereenkomst overeenkomen dat de verkoper in geval van een tekortkoming zich er niet op mag beroepen dat hij geen schuld heeft aan deze tekortkoming. Het is de vraag wat het verschil is tussen een dergelijke afspraak en de afspraak dat een verkoper ook aansprakelijk is in geval van overmacht. Waarom zou in het ene geval minder gevaar van eigenrichting bestaan dan in het andere? Wellicht kan het als onrechtvaardig worden ervaren dat de verkoper ook aansprakelijk wordt gehouden zonder dat hij enige schuld heeft, maar dit is in beide gevallen een gevolg van de overeenkomst die de verkoper zelf heeft gesloten. Ik ga er daarbij van uit dat de afspraken in beide gevallen in volledige vrijheid, tijdens onderhandelingen tussen gelijkwaardige partijen, tot stand zijn gekomen, zodat hiertegen vanuit dit oogpunt geen bezwaar kan bestaan.

Toch bestaat er naar mijn mening wel degelijk verschil tussen beide afspraken. De afspraak van partijen dat ook aansprakelijkheid bestaat in geval van overmacht houdt een uitbreiding van de aansprakelijkheid van de verkoper in. Indien de rechter de verkoper veroordeelt tot betaling van schadevergoeding in een geval waarin sprake zou zijn van overmacht in de zin van artikel 6:75 BW, is deze uitspraak dus geheel en al in overeenstemming met de werkelijke rechtsverhouding van partijen. Indien partijen daarentegen overeenkomen dat de verkoper er zich niet op mag

171 Dit laatste is echter niet in alle gevallen waarin een partij afziet van een procedure het geval. Reden hiervoor kan bijv. zijn dat de kosten van een gerechtelijke procedure buitengewoon hoog zijn. Hoewel een partij er dan, onder afweging van de kosten en baten, zelf voor kiest haar rechten niet via een gerechtelijke procedure af te dwingen, is wel degelijk het gevaar aanwezig dat zij op andere wijze tracht haar recht te krijgen. Zie over de vraag in hoeverre een 'vrije' keus daadwerkelijk mogelijk is ook De Schutter 2000, p. 494.

172 Zie Wagner 1998, p. 60, 89, 106 e.v.; Schlosser 1968, p. 34, 66, 89.

beroepen dat hij geen schuld heeft aan de tekortkoming, heeft deze afspraak *niet* als gevolg dat zijn aansprakelijkheid wordt uitgebreid. De verkoper staat dus volledig in zijn recht indien hij weigert schadevergoeding te betalen in een geval waarin sprake is van overmacht. Tegengeworpen zou kunnen worden dat ook in dit geval de verkoper betaling niet kan weigeren, aangezien de afspraak van partijen zo moet worden uitgelegd dat zij in feite een uitbreiding van de aansprakelijkheid van de verkoper inhoudt. In dat geval bestaat er echter geen enkel verschil met de eerste afspraak en doet het hele probleem zich niet voor. Ik ga dus uit van een afspraak waarbij partijen voor ogen hebben gehad dat de verkoper inderdaad niet aansprakelijk is in geval van overmacht, maar dat zij bijvoorbeeld geloven dat zij zelf wel kunnen vaststellen wanneer van overmacht sprake is en willen voorkomen dat zij hierover een lange procedure moeten voeren. De verkoper mag dus betaling van schadevergoeding weigeren, maar bij de rechter krijgt hij geen gelijk: deze zal geen acht slaan op zijn verweer en hem toch veroordelen. In dit geval leidt de afspraak van partijen er dus toe dat de rechter een uitspraak moet doen die *niet* overeenstemt met de werkelijkheid.

Weliswaar hebben beide afspraken hetzelfde effect: de verkoper wordt als gevolg van zijn eigen overeenkomst veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding in een geval waarin hij hiertoe op grond van de wet niet verplicht zou zijn geweest. In geval van een afspraak tot uitbreiding van aansprakelijkheid is dit echter een gevolg van het feit dat dit nu eenmaal rechtens tussen partijen is, in het andere geval een gevolg van het feit dat de rechter geen acht mag slaan op een verweer van de verkoper. De afspraak een bepaald verweer niet te voeren heeft, anders dan een afspraak tot uitbreiding van aansprakelijkheid, tot gevolg dat er als het ware twee werkelijkheden worden geschapen: één zoals buiten rechte geldt, en één zoals waarop door de rechter acht wordt geslagen. Doordat partijen niet hun werkelijke geschil aan de rechter kunnen voorleggen, wordt de kans op eigenrichting vergroot. Ook indien een partij ongelijk krijgt omdat zij volgens de rechter feitelijk een bepaald recht niet heeft, is natuurlijk denkbaar dat een partij het met deze uitspraak niet eens is en daarom het recht in eigen hand neemt. In een geval waarin de rechter niet van het volledige geschil heeft kunnen kennisnemen, is deze kans echter veel groter. De verliezende partij zal dan namelijk eerder het gevoel hebben niet door de rechter te zijn gehoord.

Daarnaast moet bovendien worden benadrukt dat een procedure niet alleen van belang is voor partijen zelf, maar ook gevolgen heeft voor het vertrouwen dat de samenleving in haar geheel heeft in de rechtspleging. Vanuit het oogpunt van handhaving van de rechtsorde en waarborging van de rechtsvrede is het belangrijk dat vertrouwen bestaat in de rechterlijke macht en de rechtspleging. Gerechtelijke procedures zijn mede om die reden met allerlei waarborgen omkleed. Zo dient berechting bijvoorbeeld plaats te vinden door een onafhankelijke en onpartijdige rechter, die de zaak moet behandelen met inachtneming van de vereisten van hoor en wederhoor. Een procedure waarin geen hoor en wederhoor wordt toegepast, de rechter partijdig is, en de werkelijkheid ver uit zicht is geraakt, zal afbreuk doen aan het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak.

Met het oog op dit vertrouwen zal veel eerder bezwaar bestaan tegen de afspraak om een bepaald verweer niet te voeren dan tegen een afspraak waarbij de aansprakelijkheid van een van de partijen wordt uitgebreid. In het eerste geval zal de rechter immers voorbij moeten gaan aan een verweer dat door een van de partijen is gevoerd

zonder dat hij dit inhoudelijk beoordeelt. Hij maakt hiermee dus inbreuk op het beginsel van hoor en wederhoor. Indien de verkoper in strijd met de overeenkomst toch het verweer voert dat de tekortkoming niet aan zijn schuld is te wijten, mag de rechter hierop geen acht slaan. In geval van een mondelinge behandeling zal de rechter de verkoper die dit verweer naar voren wil brengen zelfs direct de mond kunnen snoeren. Het zal voor de rechter ook lastig uit te leggen zijn dat de verkoper weliswaar niet verplicht is schadevergoeding te betalen, maar dat hij hiertoe toch zal worden veroordeeld. In het tweede geval is van een dergelijke inbreuk op het beginsel van hoor en wederhoor geen sprake. Het is dus waarschijnlijk dat het gezag van de rechter door de afspraak om geen verweer te voeren eerder wordt aangetast dan door een afspraak waarbij de aansprakelijkheid van de verkoper daadwerkelijk wordt uitgebreid, ook al is de uitkomst van een procedure in beide gevallen gelijk.

Nu kan worden aangevoerd dat het gezag van de rechter niet wordt aangetast indien de inbreuk het gevolg is van het handelen van partijen zelf. De samenleving ziet wel in dat het *partijen* zijn die dit bewerkstelligd hebben en dat in zijn algemeenheid *wel* de mogelijkheid bestaat op een procedure met inachtneming van alle fundamentele beginselen. Of de samenleving dit inderdaad inziet, lijkt mij echter zeer de vraag. Goed denkbaar is dat het gezag van de rechterlijke macht als geheel wordt aangetast door het feit dat de rechter überhaupt bereid is mee te werken aan een dergelijke procedure. Dit gevaar is zeker groot indien een partij later van gedachten verandert. Hoewel een partij er aanvankelijk achterstond dat een rechter geen acht zou slaan op een bepaald verweer, gaat zij hier in de loop van de procedure over twijfelen. Indien de rechter haar vervolgens aan haar eerder gegeven toestemming houdt, kan in de media gemakkelijk het beeld ontstaan van een partijdige rechterlijke macht die niet luistert naar de argumenten van een partij.¹⁷³

Geconcludeerd kan worden dat de waarborging van de rechtsvrede niet altijd slechts een neveneffect van het afdwingen van de subjectieve rechten van partijen is. Hieruit vloeien wel degelijk eigen vereisten voort. Beide doelstellingen, zowel het afdwingen van de subjectieve rechten van partijen als het waarborgen van rechtsvrede, staan dus naast elkaar.

Dat beide doelstellingen nevengeschiedt zijn, betekent nog niet dat de vraag naar de toelaatbaarheid van procesovereenkomsten kan worden beantwoord aan de hand van de vraag welke doelstelling in een concreet geval overheerst. Men lijkt hier in de Duitse literatuur wel van uit te gaan waar men overweegt dat een afweging moet worden gemaakt tussen het particuliere belang dat partijen bij de afspraak hebben en het algemene belang dat hieraan in de weg kan staan.¹⁷⁴ Wagner is hier terecht tegen ingegaan. Miskend wordt hierdoor namelijk dat *zelfs* wanneer men tot uitgangspunt neemt dat het proces *enkel* ten dienste staat van de particuliere belangen van partijen, de bevoegdheid tot het sluiten van procesovereenkomsten niet onbeperkt kan zijn. Zo kan namelijk ook het individuele partijbelang meebrengen dat een beperking van deze mogelijkheid gewenst is. Soms is er immers reden om partijen tegen zichzelf te

173 Zie over de gevolgen van afspraken van partijen voor het vertrouwen in de rechterlijke macht ook Hülsmann 1938, p. 150.

174 Zie bijv. Schiedermair 1935, p. 57-58; Baumgärtel 1957, p. 187 e.v.; zie m.b.t. het Nederlandse recht ook Hülsmann 1938, p. 146 e.v.

beschermen.¹⁷⁵ Daarnaast is van belang dat, zoals hiervoor reeds is opgemerkt, openbare belangen ook op een andere manier een rol spelen in het burgerlijk proces. De rechtspleging is een publieke dienst die met overheidsgeld gefinancierd wordt. Ook indien het proces slechts dient ter afdwinging van de subjectieve rechten van partijen, is het dus van belang dat de kosten van civiele procedures zo laag mogelijk worden gehouden. Ook dergelijke belangen kunnen aan de geldigheid van een procesovereenkomst in de weg staan.

4.5.2.3 Ontwikkelingen in de beoordeling van het karakter van het procesrecht

Het burgerlijk proces dient dus aan de ene kant de belangen van partijen, maar aan de andere kant heeft het ook een publiek karakter. Daarmee is nog niet de precieze verhouding tussen beide kenmerken vastgesteld. Deze precieze verhouding is ook niet een vaststaand gegeven, maar aan verandering onderhevig.¹⁷⁶

De laatste jaren lijkt de nadruk meer te zijn komen liggen op het publieke karakter van het proces. Dit komt bijvoorbeeld naar voren in de herziening van het procesrecht in 2002.¹⁷⁷ Zo is met de invoering van artikel 21 Rv het belang erkend dat een procedure op basis van de werkelijkheid wordt gevoerd.¹⁷⁸ Ook door de Hoge Raad wordt tegenwoordig benadrukt dat het een algemeen maatschappelijk belang is dat de waarheid in rechte aan het licht komt.¹⁷⁹

Door de Commissie fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht is erop gewezen dat het civiele proces niet een zaak is die louter en alleen de procederende partijen aangaat. Partijen maken immers gebruik van diensten die de gemeenschap ter beschikking stelt.¹⁸⁰ Bovendien geven rechterlijke uitspraken de bevoegdheid tot dwanguitoefening door de overheid, hetgeen volgens de Commissie kan rechtvaardigen dat de overheid eisen stelt aan het gedrag van partijen.¹⁸¹ Ten slotte is volgens de Commissie het doel van het procesrecht niet uitsluitend gelegen in recht- en titelverschaffing, maar hebben rechterlijke uitspraken ook rechtsvormende waarde.¹⁸² Door de Commissie wordt dan ook aangenomen dat de rechter een eigen verantwoordelijkheid heeft voor de uitkomst van het geding.¹⁸³ De Commissie heeft betoogd dat de partijautonomie niet langer als richtinggevend beginsel van burgerlijk procesrecht kan dienen, maar dat in plaats daarvan als grondslag voor de verdeling van de bevoegdheden en verplichtingen van partijen en de rechter de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de gang van zaken in de procedure moet worden genomen.¹⁸⁴

Toch kan niet worden gesproken van een eenduidige ontwikkeling. Zo is veel kritiek gekomen op het standpunt van de Commissie fundamentele herbezinning

175 Zo ook Wagner 1998, p. 71 e.v.

176 Schiedermair 1935, p. 59 e.v.; zie ook het geschiedkundig overzicht van Hülsmann 1938, p. 129 e.v.

177 Zie hierover Asser, Groen & Vranken 2003, m.n. p. 66, 74-76; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 52-54.

178 Zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 152.

179 HR 10 april 2009, NJ 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.3, 3.6.3.

180 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 45, 63.

181 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 34-35, 45.

182 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 37 e.v., p. 45.

183 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 80-81.

184 Asser, Groen & Vranken 2003, m.n. p. 77-79; Asser, Groen & Vranken 2006, p. 48-51.

Nederlands burgerlijk procesrecht dat de partijautonomie niet langer als leidend beginsel moet worden gezien.¹⁸⁵ Van Schaick heeft in zijn oratie het belang van de partijautonomie benadrukt en het belang dat de procedure op basis van de werkelijkheid wordt gevoerd gerelativeerd. Naar zijn mening moet de rechter zich niet te veel bemoeien met het verloop en de inhoud van de procedure, omdat dit tot meer onzekerheid voor partijen zou leiden en bovendien slordig procederen in de hand zou werken.¹⁸⁶

Er bestaat op dit gebied dus veel verschil van mening. Het precieze karakter van het procesrecht valt dan ook moeilijk objectief vast te stellen. Dit zal hier dan ook niet worden geprobeerd. In de volgende paragraaf zal worden ingegaan op de belangen die aan de geldigheid van een procesovereenkomst in de weg kunnen staan. Daarbij heeft te gelden dat het gewicht dat men aan ieder van deze belangen toekent, zal verschillen afhankelijk van de opvatting die men heeft over het karakter van het burgerlijk procesrecht. Dit zal vervolgens doorwerken in de conclusies die men trekt in individuele gevallen. Het is voldoende indien men zich hiervan bewust is.

In de volgende paragraaf zal, zoals gezegd, worden ingegaan op de belangen die aan het sluiten van een procesovereenkomst in de weg kunnen staan. Deze belangen kunnen een rol spelen bij de uitleg van een procesregel. Als vanuit geen van deze gezichtspunten bezwaar tegen afwijking van de procesregel bestaat, kan worden aangenomen dat het sluiten van een procesovereenkomst mogelijk is. Wat dat betreft wordt dus uitgegaan van het standpunt dat partijen in principe vrij zijn af te wijken van het procesrecht, tenzij een belang kan worden aangewezen dat hieraan in de weg staat. Schlosser heeft terecht opgemerkt dat het in een rechtsstaat de inperkingen op de vrijheid zijn, die gelegitimeerd dienen te worden. Daar doet niet aan af dat deze inperkingen op sommige rechtsgebieden zeer aanzienlijk zijn, zodat zij daar eerder regel dan uitzondering zijn. Uitgangspunt dient te blijven dat voor deze inperkingen een goede reden dient te bestaan.¹⁸⁷

4.6 Gronden voor dwingend procesrecht

4.6.1 Bescherming van partijen

Een reden voor het aannemen van dwingend recht kan de wens zijn een partij te beschermen. Procesovereenkomsten kunnen grote consequenties voor partijen hebben. Een dergelijke overeenkomst kan het procederen zeer bezwaarlijk maken, bijvoorbeeld doordat hierdoor de kosten van de procedure toenemen. Een procesovereenkomst is in sommige gevallen bovendien zelfs van invloed op de uitkomst van de procedure. Bepaalde procesovereenkomsten zullen om deze reden dan ook ontoelaatbaar zijn. Voorkomen moet worden dat een sterke partij een zeer ongunstige procesovereenkomst aan een zwakkere partij opdringt en haar zo in een slechte

¹⁸⁵ Zie voor een aantal kritische commentaren Ingelse (red.) 2004; Verwijzingen naar meer literatuur zijn te vinden bij Asser, Groen & Vranken 2006, p. 50, voetnoot 72; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 51, nr. 42, voetnoot 187.

¹⁸⁶ Van Schaick 2009; zie ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2011 (2), p. 14-16, nr. 9, p. 121 e.v., nr. 93; hier tegenin Grosheide 2010, p. 491-492.

¹⁸⁷ Schlosser 1968, p. 9-11.

processuele positie manoeuvreert. Ook is er soms reden om partijen tegen hun eigen lichtzinnigheid te beschermen.¹⁸⁸

Daarbij dient echter bedacht te worden dat ook het materiële burgerlijke recht beschermingsbepalingen kent. Wagner heeft hier terecht op gewezen.¹⁸⁹ Zo bevat het BW een uitgebreide regeling met betrekking tot bedingen in algemene voorwaarden en is het mogelijk overeenkomsten die onder invloed van een wilsgebrek tot stand zijn gekomen, te vernietigen. Bovendien kan een overeenkomst in een concreet geval wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing gelaten worden. In hoofdstuk 10 zal blijken dat deze bepalingen analoog kunnen worden toegepast op procesovereenkomsten.

Enkel indien deze waarborgen van het burgerlijk recht niet voldoen, is het nodig om de mogelijkheid tot het sluiten van een procesovereenkomst te beperken. Daarbij dient bedacht te worden dat het niet steeds nodig is om het sluiten van een bepaalde overeenkomst volstrekt onmogelijk te achten. Het is ook denkbaar deze mogelijkheid aan tijdsvoorwaarden te onderwerpen. Een partij kan waarschijnlijk beter in staat worden geacht de gevolgen van een procesovereenkomst te overzien op het moment dat reeds een geschil is gerezen. Een procesbeding dat op voorhand wordt opgenomen in een overeenkomst tussen partijen moet dus eerder ontoelaatbaar worden geacht dan een afspraak die in een proces of met het oog op een op handen zijnd proces wordt gemaakt.

Vanwege het belang van bescherming van partijen zullen procesovereenkomsten dus slechts in een klein aantal gevallen daadwerkelijk ontoelaatbaar moeten worden geacht. Volgens Wagner kan hiervan enkel sprake zijn indien de afspraak noodzakelijkerwijs of in ieder geval in de overwegende meerderheid van de gevallen een partij onredelijk zou benadelen.¹⁹⁰ Dit lijkt mij een juist uitgangspunt, waarbij hier zal worden aangesloten.

4.6.2 Bescherming van de belangen van derden

Ook de belangen van derden kunnen meebrengen dat afwijking van een regel niet mogelijk is. Volgens Wagner geldt dit echter niet in het kader van het burgerlijk procesrecht. Een uitspraak heeft volgens hem namelijk enkel gezag van gewijsde tussen de partijen in de procedure, zodat de belangen van derden hierdoor niet geraakt worden. Een procesovereenkomst zou dus niet ongeldig kunnen zijn vanwege de belangen van derden.¹⁹¹

Hoewel de belangen van derden inderdaad niet snel aan de geldigheid van een procesovereenkomst in de weg zullen staan, gaat het te ver om te stellen dat dit *nooit* het geval kan zijn. Zo is in artikel 27 lid 1 aanhef en sub c Rv bepaald dat de rechter behandeling met gesloten deuren kan bevelen onder andere indien de belangen van

188 Zie ook Wagner 1998, p. 71-78, 91 e.v.; Schlosser 1968, p. 44-46; Schiedermaier 1935, p. 82-83.

189 Wagner 1998, p. 77, 93-94; zie ook Baumgärtel 1957, p. 210, 214.

190 Wagner 1998, p. 77-78.

191 Wagner 1998, p. 76. Feitelijk kan een partij zich, met behulp van een procesovereenkomst, ten opzichte van een derde wel een gunstige positie verschaffen, bijv. doordat zij hierdoor eerder afgifte van zaken van haar wederpartij kan verkrijgen. Vervolgens kan zij profiteren van een gunstige bewijspositie (zie art. 3:109 en 3:119 BW). Zie hierover Verstijlen 2008.

minderjarigen dit eisen. Voor zover het gaat om minderjarigen die niet zelf partij zijn in de procedure, gaat het daarbij dus om de belangen van derden. Partijen zullen dit voorschrift mijns inziens niet door een procesovereenkomst aan de kant kunnen zetten, juist omdat dit de belangen van derden dient. Een ander voorbeeld biedt de termijn voor oproeping van getuigen van artikel 170 lid 1 Rv. Deze termijn zullen partijen niet bij overeenkomst kunnen bekorten, aangezien getuigen er belang bij zullen hebben er tijdig van op de hoogte te zijn dat zij moeten verschijnen.

4.6.3 Bescherming van het algemeen belang

4.6.3.1 Beperking inzet van overheidsmiddelen

Partijen betalen, in het huidige stelsel, slechts een gedeelte van de kosten van civiele procedures.¹⁹² Het overige deel van de kosten komt ten laste van de gemeenschap. Het is dan ook in het algemeen belang dat de kosten van civiele procedures zo laag mogelijk blijven. Dit belang kan grond zijn voor het aannemen van dwingend recht.

Ten eerste zullen partijen geen procesafspraken mogen maken die leiden tot een veel uitgebreidere procedure.¹⁹³ Zo zullen zij niet kunnen afspreken dat tijdens de procedure een tweede ronde van conclusies wordt genomen, of dat hun zaak behandeld zal worden door een meervoudige kamer. Bedacht moet wel worden dat dergelijke afspraken ook voor partijen het procederen veelal kostbaarder zullen maken, zodat niet aannemelijk is dat dergelijke afspraken vaak voor zullen komen.¹⁹⁴ Voor sommige (grote) partijen zullen de extra kosten echter niet zo'n probleem zijn. Indien zij een veel uitgebreidere procedure wensen, zullen ze echter dienen te kiezen voor arbitrage of bindend advies.

Daarnaast zullen partijen geen afspraken kunnen maken die te veel afbreuk doen aan de routine van de gerechten. Zelfs indien wordt aangetoond dat het procesrecht van Duitsland veel efficiënter is dan dat van Nederland, kunnen partijen dus niet bij overeenkomst afspreken dat het Duitse recht toegepast zal worden. Het kost een gerecht immers buitensporig veel tijd om na te gaan hoe dit recht precies in elkaar steekt. Ook is de organisatie van het gerecht hierop in het geheel niet afgestemd.¹⁹⁵

Ten slotte is het de vraag of sommige procesovereenkomsten niet te veel mogelijkheden bieden tot vertragingstactieken van partijen. Een partij kan tijdens een procedure immers makkelijk beweren dat een procesovereenkomst is gesloten, hetgeen betekent dat de rechter, voordat hij met de behandeling van het inhoudelijke geschil verder kan gaan, eerst zal moeten onderzoeken of dit inderdaad het geval is. Hierop is door Schlosser gewezen. Sommige procesovereenkomsten kunnen volgens hem dan ook enkel geldig *tijdens* de procedure worden gesloten. Alleen die overeenkomsten die, als zij bestaan, een versnelling van de procedure meebrengen, zouden ook buiten de procedure tot stand kunnen worden gebracht.¹⁹⁶ Door Wagner is hier

192 Een wetsvoorstel tot invoering van een stelsel van kostendekkende griffierechten (wetsvoorstel 33 071) is inmiddels van de baan.

193 Zie ook Wagner 1998, p. 82-85; Schlosser 1968, p. 14, 25.

194 Zie ook Wagner 1998, p. 83-84; Schlosser 1968, p. 15, 25.

195 Zie ook Wagner 1998, p. 85; Schlosser 1968, p. 27.

196 Schlosser 1968, p. 46-47; zie ook Hülsmann 1938, p. 149-150.

tegen ingebracht dat een partij, die de procedure graag wil vertragen, hiertoe reeds vele mogelijkheden bezit. Het toelaten van procesovereenkomsten voegt hier enkel een extra mogelijkheid aan toe. Dit moet dan ook geen reden zijn om procesovereenkomsten te verbieden.¹⁹⁷

Over het algemeen zal er inderdaad geen reden zijn om slechts vanwege het vertragsgevaar een bepaalde overeenkomst ontoelaatbaar te achten. In sommige gevallen is echter denkbaar dat het de rechter, in verhouding met het belang dat bij een overeenkomst bestaat, te veel tijd zou kosten om te onderzoeken of een dergelijke overeenkomst inderdaad tot stand gekomen is. Bij dergelijke procesovereenkomsten moet worden aangenomen dat zij enkel geldig zijn indien partijen tijdens de procedure van wilsovereenstemming blijken te hebben gegeven of indien zij het bestaan van een eerder tot stand gekomen overeenkomst niet betwisten. Te denken valt aan afspraken over ondergeschikte punten van de procedure, waarvan het eventuele voordeel dat partijen hierbij hebben niet opweegt tegen de eventuele vertraging van het geding. Een voorbeeld is de afspraak waarbij de termijnen voor het nemen van conclusies worden bekort. Het voordeel van een snellere procesvoering dat een dergelijke afspraak biedt, weegt niet op tegen de vertraging van de procedure die het onderzoek naar het bestaan van de overeenkomst oplevert. Anders dan Schlosser ben ik van mening dat voor de geldigheid van een procesovereenkomst niet altijd vereist is dat van de overeenkomst, bij bestaan, een aanzienlijke versnelling van de procedure is te verwachten. Ook denkbaar is dat partijen om een andere reden belang bij een dergelijke afspraak hebben, bijvoorbeeld omdat dit hun de mogelijkheid biedt het procesrisico beter in te schatten. Slechts in uitzonderingsgevallen kan dan ook worden aangenomen dat een procesovereenkomst wegens het gevaar van vertraging van de procedure enkel geldig is indien partijen tijdens de procedure blijken te hebben gegeven van wilsovereenstemming of indien zij het bestaan van de overeenkomst niet hebben betwist.

4.6.3.2 Voldoende toegang tot rechtspraak

Ook het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak kan reden zijn voor het aannemen van dwingend recht. Hiervoor is gebleken dat, om de rechtsvrede te kunnen waarborgen, partijen voldoende mogelijkheid moeten hebben om hun daadwerkelijke geschil aan de rechter voor te leggen. Procesovereenkomsten mogen de toegang tot de rechter niet te zeer belemmeren.¹⁹⁸ Het gaat daarbij niet enkel om de toegang tot het gerecht op zichzelf, maar ook om toegang tot een procedure die in ieder geval aan een aantal minimumwaarborgen voldoet. Ook indien een partij niet de mogelijkheid heeft een *eerlijk* proces te verkrijgen, komt de rechtsvrede immers in gevaar.¹⁹⁹

Wanneer belemmert een procesovereenkomst de toegang tot de rechter nu te zeer? Het is lastig om hier algemene criteria voor te geven. Aangenomen kan worden dat van een dergelijke belemmering niet al te snel sprake is. Het is partijen in

¹⁹⁷ Wagner 1998, p. 85-86.

¹⁹⁸ Zie ook Schiedermaier 1935, p. 92-94; Baumgärtel 1957, p. 188-190; Hülsmann 1938, p. 154-156.

¹⁹⁹ Zie ook Snijders 1988, p. 404.

artikel 153 Rv immers uitdrukkelijk toegestaan om een bewijsovereenkomst te sluiten. Ook door middel van een dergelijke overeenkomst kunnen partijen de toegang tot de rechter aanmerkelijk beperken. Zo sluiten partijen in het kader van een mediation vaak een bewijsovereenkomst, waarbij zij de stukken die in de mediation aan de orde zijn geweest en de verklaring van de mediator als bewijsmiddelen uitsluiten.²⁰⁰ In feite wordt het voor partijen hierdoor vrijwel onmogelijk om te bewijzen wat zich tijdens de mediation heeft voorgedaan, zodat de toegang tot de rechter in geschillen die zich rond de mediation voordoen, zeer beperkt is.

Zie over de toelaatbaarheid van afspraken waarbij de toegang tot rechtspraak wordt belemmerd ook hoofdstuk 5.

4.6.3.3 *Vertrouwen in de rechtspraak*

Ook het algemeen belang dat de samenleving vertrouwen heeft in de rechtspraak kan een reden zijn voor het aannemen van dwingend recht (zie ook paragraaf 4.5.2.2). Ook hierdoor wordt immers eigenrichting voorkomen: indien geen vertrouwen bestaat in de rechtspleging, zullen partijen andere wegen zoeken om hun rechten af te dwingen. Daarnaast is van belang dat rechters een overheidstaak vervullen, zodat hun functioneren van invloed kan zijn op het vertrouwen dat in de overheid als geheel bestaat.²⁰¹

Met het oog op het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak, is vereist dat procedures in ieder geval aan een aantal minimumwaarborgen voldoen. Als uitgangspunt kunnen daarbij wellicht de fundamentele beginselen zoals die zijn neergelegd in artikel 6 EVRM worden genomen. Het gaat daarbij slechts om een uitgangspunt. Niet *iedere* afwijking van deze vereisten moet op voorhand ontoelaatbaar worden geacht. Van geval tot geval moet worden getoetst of het vertrouwen in de rechterlijke macht door een bepaalde overeenkomst ook daadwerkelijk kan worden geschaad. In hoofdstuk 6 zal nader worden ingegaan op de vraag in hoeverre partijen bij procesovereenkomst kunnen afwijken van fundamentele beginselen van procesrecht.

4.6.3.4 *Vertrouwen in de overheid*

Doel van het voeren van een civiele procedure kan zijn het verkrijgen van een executoriale titel, die met behulp van overheidsdwang ten uitvoer kan worden gelegd. Het ligt voor de hand dat de overheid niet zomaar bereid is mee te werken aan de executie van een aanspraak. Ook voor de overheid is het van belang dat het publiek vertrouwen in haar functioneren heeft. Zij zal dan ook enkel willen meewerken aan tenuitvoerlegging indien voldoende zeker is dat de aanspraak daadwerkelijk bestaat, althans indien de wederpartij voldoende mogelijkheid heeft gehad om zich tegen de aanspraak te verweren. Een overheid die zomaar, zonder goede reden, allerlei dwangmiddelen inzet tegen haar burgers, verliest haar gezag. De verkrijging van een executoriale titel is om die reden met waarborgen omkleed. Pas nadat een

²⁰⁰ Zie bijv. art. 7.4 NMI Mediation Reglement 2008.

²⁰¹ Zie in dit verband ook Cremer 2007, p. 153; Schiedermair 1935, p. 57.

gerechtelijke procedure is gevolgd, die aan bepaalde vereisten voldoet, is afdwinging met behulp van het overheidsapparaat mogelijk.²⁰²

Ook om deze reden zal een procedure aan een aantal minimumvereisten moeten voldoen. Als uitgangspunt kunnen hier weer de fundamentele beginselen zoals neergelegd in artikel 6 EVRM worden genomen. Daarbij moet echter andermaal worden opgemerkt dat niet iedere afwijking van deze beginselen op voorhand ontoelaatbaar moet worden geacht. Zie over de vraag in hoeverre zij van dwingend recht zijn hoofdstuk 6.

Nu kan nog worden aangevoerd dat partijen ook in overleg zelf een executoriale titel in het leven kunnen roepen door een notariële akte te laten opmaken. Ook de grosse van een authentieke akte kan met behulp van overheidsdwang ten uitvoer worden gelegd. Er is in dat geval echter geen enkele waarborg dat de inhoud van de akte juist is. Ook in dat geval bestaat dus een groot gevaar dat de overheid meewerkt aan tenuitvoerlegging van aanspraken die in het geheel niet bestaan. Hier kan tegenin worden gebracht dat voor de totstandkoming van een notariële akte de medewerking van beide partijen is vereist. Over de inhoud van de akte bestaat overeenstemming tussen partijen. In dit opzicht is er een groot verschil met een gerechtelijke uitspraak. Over het algemeen zal in geval van een gerechtelijke procedure sprake zijn van een geschil tussen partijen en zijn partijen het dus juist *niet* eens over wat de inhoud van de uitspraak dient te zijn.²⁰³

Bovendien zijn de gevolgen van de executie in geval van een notariële akte minder definitief. De geëxecuteerde heeft, indien de aanspraak in werkelijkheid niet bestaat, de mogelijkheid dit in een gerechtelijke procedure aan te tonen en schadevergoeding te vorderen wegens onrechtmatige executie. Tegen een verklaring in een notariële akte staat tegenbewijs open (zie artikel 157 lid 2 jo. artikel 151 lid 2 Rv). Indien een partij executeert op basis van een executoriale titel die nadien wordt vernietigd of terzijde wordt gesteld, komt dit voor haar eigen risico.²⁰⁴ De situatie is anders indien wordt geëxecuteerd op basis van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de bodemrechter. Dit vonnis heeft tussen partijen gezag van gewijsde, zodat de beslissing die hierin is genomen tussen hen in principe vaststaat. Omdat de gevolgen van de executie in dit geval dus vrijwel onomkeerbaar zijn, ligt het voor de hand dat de verkrijging van een dergelijke executoriale titel met meer waarborgen is omkleed.

Aangezien rechterlijke uitspraken met overheidshulp ten uitvoer kunnen worden gelegd, heeft de overheid er kortom belang bij dat procedures aan een aantal minimumwaarborgen voldoen.

4.7 Voorwaarden voor afwijking

Indien geen van de in paragraaf 4.6 behandelde belangen hieraan in de weg staat, kunnen partijen geldig bij overeenkomst afwijken van het procesrecht. Kunnen

²⁰² Zie ook Asser, Groen & Vranken 2003, p. 34-35, 45.

²⁰³ De medewerking van beide partijen is om deze reden vereist op het moment van de totstandkoming van de notariële akte. Een executoriale titel kan niet worden verkregen doordat partijen er bij voorbaat mee instemmen dat een nog te verkrijgen bindend advies zal worden vastgelegd in een notariële akte. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 29 279, nr. 122, p. 2.

²⁰⁴ Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 464, nr. 411 met verwijzing naar jurisprudentie.

partijen echter zomaar afwijken van het procesrecht, of dienen deze overeenkomsten nog aan bepaalde voorwaarden te voldoen?

In paragraaf 3.3 is een analyse gemaakt van veelkomende voorwaarden die in de wet aan de daar geregelde procesovereenkomsten worden gesteld. Daarbij is aangegeven, in hoeverre deze voorwaarden ook gelden voor de niet in de wet geregelde procesovereenkomsten. Geconcludeerd is dat de voorwaarde dat sprake is van een 'bepaalde rechtsbetrekking' ook dient te worden toegepast op de niet in de wet geregelde procesovereenkomsten. Bovendien is op alle procesovereenkomsten die in nauw verband staan met de materiële zaak waarover geprocedeerd wordt de 'niet-ter-vrije-bepaling'-beperking van toepassing (zie in dit verband ook de volgende paragraaf). Denkbaar is verder dat in sommige gevallen afwijking enkel mogelijk is voor zover dit niet leidt tot onredelijke vertraging van het geding. Ook kan de wens (één van de) partijen te beschermen reden zijn om het sluiten van een procesovereenkomst slechts mogelijk te achten nadat het geschil is gerezen (zie ook paragraaf 4.6.1). Bewijs- en vormvoorschriften gelden niet in het kader van de niet in de wet geregelde procesovereenkomsten.

4.8 Procesovereenkomsten en dwingend privaatrecht

4.8.1 Inleiding

In de vorige paragrafen is een beoordelingskader ontwikkeld, aan de hand waarvan bepaald kan worden in welke gevallen een procesovereenkomst geldig gesloten kan worden. Daarbij is echter tot uitgangspunt genomen dat op het geschil waarop de procesovereenkomst betrekking heeft, geen regels van dwingend recht van toepassing zijn (zie paragraaf 4.1). Dient de vraag naar de toelaatbaarheid van procesovereenkomsten anders beantwoord te worden, indien dit wel het geval is? Dit ligt op het eerste gezicht wel voor de hand. In paragraaf 4.5.2 is immers een verband gelegd tussen de bevoegdheid tot het sluiten van procesovereenkomsten en de vrijheid van partijen om te beschikken over hun subjectieve rechten. Aangezien partijen afstand kunnen doen van hun subjectieve rechten, zou het vreemd zijn indien zij in het geheel geen zeggenschap zouden hebben over de wijze waarop deze rechten afgedwongen kunnen worden. Dit lijkt mee te brengen dat op het moment dat partijen beperkt zijn in de mogelijkheid te beschikken over hun rechten, er ook minder ruimte is voor procesovereenkomsten.

In deze paragraaf zal nader worden ingegaan op de vraag, welke gevolgen de toepasselijkheid van dwingend privaatrecht op de rechtsverhouding van partijen heeft voor de mogelijkheid tot het sluiten van procesovereenkomsten. Daarbij wordt tot uitgangspunt genomen dat Nederlands privaatrecht op de zaak van toepassing is. Hierna zal eerst de opvatting van Wagner, die voor het Duitse recht uitgebreid op de gevolgen van de toepasselijkheid van dwingend privaatrecht is ingegaan, worden besproken.

4.8.2 De opvatting van Wagner

Volgens Wagner heeft de toepasselijkheid van regels van dwingend recht op de materiële rechtsverhouding van partijen zeker gevolgen voor de toelaatbaarheid van

procesovereenkomsten. In sommige gevallen is dat volgens hem direct duidelijk, aangezien daar de regels van dwingend recht direct hun voortzetting vinden in het procesrecht, in die zin dat de partijautonomie beperkt is. Dit doet zich bijvoorbeeld voor op het gebied van het personen- en familierecht, een gebied dat beheerst wordt door veel normen van dwingend recht. Deze normering vindt haar voortzetting in het procesrecht, doordat dit bepaalt dat de rechter zelf onderzoek dient te doen naar de feiten (zie tegenwoordig § 29 FamFG). Ook is het bijvoorbeeld niet mogelijk om bij overeenkomst van echt te scheiden, maar is hiervoor de tussenkomst van de rechter vereist. Deze begrenzing van de partijautonomie brengt mee dat ook de mogelijkheid tot het sluiten van procesovereenkomsten beperkt is. Daarbij geldt volgens Wagner echter dat deze beperkingen niet verder dienen te gaan dan de grenzen aan de partijautonomie reiken. Zo betekent het feit dat partijen enkel door tussenkomst van de rechter kunnen scheiden, nog niet dat *geen enkele* beschikkingsmogelijkheid op dit gebied bestaat. Het staat partijen bijvoorbeeld vrij om hun huwelijk toch voort te zetten. Dit betekent dat zij ook geldig bij procesovereenkomst kunnen afspreken om het verzoek tot echtscheiding in te trekken.²⁰⁵

In sommige gevallen hebben de normen van dwingend privaatrecht dus direct een voortzetting in het procesrecht gevonden, doordat daar de partijautonomie is beperkt. In veel gevallen is dit anders. Weliswaar is sprake van dwingend privaatrecht, maar de autonomie van partijen tijdens het proces blijft onbeperkt. Dit is volgens Wagner echter niet inconsequent. Hij wijst er namelijk op dat dwingend recht vaak enkel het ontstaan van een bepaalde aanspraak verzekert, maar een partij er niet toe dwingt deze aanspraak ook daadwerkelijk geldend te maken. Zo is in § 276 lid 3 BGB bepaald dat de schuldenaar niet op voorhand zijn aansprakelijkheid wegens opzettelijk handelen kan beperken. Deze bepaling staat er niet aan in de weg dat de schuldeiser, nadat hij een recht op schadevergoeding heeft verkregen wegens opzettelijk handelen van de schuldenaar, van dit recht afstand doet. Dwingend recht beperkt de partijautonomie volgens Wagner dus vaak enkel *voor* het ontstaan van de aanspraak, maar laat de beschikkingsvrijheid van partijen *achteraf* onberoerd. Slechts in uitzonderingsgevallen is dit anders. Dit betekent dat de vrijheid tot het sluiten van procesovereenkomsten door dergelijke bepalingen ook slechts *in zoverre* wordt beperkt. Op het moment dat de aanspraak reeds bestaat, staat in principe niets aan de geldigheid van een procesovereenkomst in de weg.²⁰⁶ In de uitzonderingsgevallen dat een dwingende wetsbepaling wel in de weg staat aan beschikking *na* het ontstaan van een aanspraak, is ook het sluiten van procesovereenkomsten op dat moment beperkt.²⁰⁷

Dwingend recht beperkt volgens Wagner dus vaak enkel de mogelijkheid om op voorhand procesovereenkomsten te sluiten. Zelfs op voorhand is deze mogelijkheid naar zijn mening echter niet geheel uitgesloten. Volgens hem zijn namelijk slechts die overeenkomsten ontoelaatbaar, die de door dwingend recht beschermde aanspraak via procesrechtelijke weg kunnen uithollen. Een voorbeeld is de overeenkomst

205 Wagner 1998, p. 102-106; zie over de gevolgen van een beperking van de processuele partijautonomie voor de mogelijkheid om procesovereenkomsten te sluiten ook Schiedermaier 1935, p. 80; Baumgärtel 1957, p. 254-255.

206 Wagner 1998, p. 106-114.

207 Wagner 1998, p. 114-122.

waarbij het gebruik van bepaalde bewijsmiddelen wordt uitgesloten. Een dergelijke overeenkomst kan het de beschermde partij zeer lastig maken haar recht te bewijzen. Tegen andere overeenkomsten zou volgens Wagner echter weinig bezwaar bestaan, zoals de overeenkomst waarbij voor beide partijen hoger beroep wordt uitgesloten. Ook procesovereenkomsten die alleen de processuele mogelijkheden beperken van de wederpartij van diegene die beschermd wordt, zijn zonder meer toelaatbaar.²⁰⁸

Ten slotte merkt Wagner nog op dat procesovereenkomsten niet tot een resultaat kunnen leiden dat in strijd met de openbare orde is. De openbare orde staat echter niet zozeer aan het sluiten van procesovereenkomsten in de weg, maar beperkt enkel de gevolgen waartoe een dergelijke overeenkomst kan leiden.²⁰⁹

Volgens Wagner heeft dwingend privaatrecht kortom zeker gevolgen voor de mogelijkheid tot het sluiten van procesovereenkomsten. Dit geldt ten eerste in die gevallen waarin het dwingend recht een voortzetting heeft gekregen in het procesrecht doordat daar de partijautonomie is ingeperkt. In de overige gevallen staat dwingend privaatrecht er over het algemeen enkel aan in de weg dat partijen zich op voorhand, voor het ontstaan van de aanspraak, bij procesovereenkomst binden. Dit geldt bovendien slechts voor die procesovereenkomsten, die de materiële aanspraak kunnen uithollen.

4.8.3 Formulerings van een hoofdregel

Wagner heeft een grondige analyse gegeven van de gevolgen van dwingend privaatrecht voor de mogelijkheid tot het sluiten van procesovereenkomsten. Zijn analyse kan echter niet zonder meer worden overgenomen voor het Nederlandse recht.

Volgens Wagner staat het feit dat het ontstaan van een aanspraak door dwingend privaatrecht wordt verzekerd er in sommige gevallen aan in de weg dat *op voorhand* een procesovereenkomst kan worden gesloten. Dit is het geval wanneer de procesovereenkomst dit recht zou uithollen. Als men echter gaat kijken naar de in de Nederlandse wet geregelde procesovereenkomsten, vindt men deze beperking niet terug. Zo biedt de bewijsovereenkomst zeker de mogelijkheid een materiële aanspraak uit te hollen. Door bijvoorbeeld bepaalde bewijsmiddelen uit te sluiten, kan het voor een partij zeer lastig worden het bestaan van een recht te bewijzen. Artikel 153 Rv legt echter enkel beperkingen op aan de mogelijkheid tot het sluiten van bewijsovereenkomsten wanneer sprake is van recht dat gevolgen meebrengt die niet ter vrije bepaling van partijen staan.²¹⁰ Over regels van 'gewoon' dwingend recht wordt in deze bepaling niet gerept. Hieruit volgt dat bewijsovereenkomsten gewoon gesloten kunnen worden, ook indien dwingend recht op de materiële rechtsbetrekking van toepassing is. Artikel 3:322 lid 3 BW, waarin is bepaald dat voordat de verjaring voltooid is geen afstand van verjaring gedaan kan worden, staat er bijvoorbeeld niet aan in de weg dat partijen overeenkomen dat de verjaring van een aanspraak slechts door middel van schriftelijke stukken bewezen kan worden. Ook in een arbeidsovereenkomst of een huurovereenkomst, overeenkomsten die sterk

208 Wagner 1998, p. 112-113.

209 Wagner 1998, p. 109-111, 633, 642.

210 Zie over dit begrip par. 3.3.3.

worden beheerst door dwingend recht, kan de bewijslast op bepaalde punten gewoon ten nadele van de werknemer of de huurder verschoven worden of kunnen bepaalde bewijsmiddelen uitgesloten worden. Uiteraard gelden wel de algemene beschermingsbepalingen van het BW, zoals artikel 6:248 lid 2 BW en, indien sprake is van een beding in algemene voorwaarden, artikel 6:233 en 6:236 sub k BW (zie hierover hoofdstuk 10 en met name de paragrafen 10.5 en 10.6).

Niet alleen voor de bewijsovereenkomst, maar ook voor de overige in de wet geregelde procesovereenkomsten geldt dat enkel wordt gesproken over recht dat niet ter vrije bepaling van partijen staat. Het feit dat een bepaalde aanspraak wordt beheerst door dwingend recht staat dus niet aan de geldigheid van deze overeenkomsten in de weg. In sommige gevallen is wel het moment waarop de overeenkomst kan worden gesloten beperkt. Zo kan sprongcassatie slechts worden overeengekomen nadat het vonnis in eerste aanleg reeds gewezen is (zie artikel 398 Rv). Dit geldt echter in *alle* gevallen, dus ook voor zaken die worden beheerst door regeland recht.

Een uitzondering vormt echter de forumkeuze. In het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht is, evenals bij veel andere procesovereenkomsten, een beperking in de mogelijkheid tot het sluiten van een overeenkomst tot forumkeuze opgenomen indien het een rechtsbetrekking betreft die niet ter vrije bepaling van partijen staat (zie artikel 8 lid 1 en 2, artikel 9 sub a, artikel 108 lid 1 Rv). *Daarnaast* is de mogelijkheid tot het sluiten van een forumkeuze in sommige gevallen echter nog verder beperkt. Zo blijkt uit artikel 8 lid 3 en 4 Rv dat in geval van een arbeidsovereenkomst en bepaalde consumentenovereenkomsten de werknemer of consument enkel gebonden is aan de forumkeuze, indien zij *na* het ontstaan van het geschil zijn gesloten. Deze bepalingen zijn gebaseerd op de EEX-verordening, waar een vergelijkbare regeling is opgenomen (zie artikel 13, 17 en 21 EEX-Vo).²¹¹ Zie verder artikel 108 lid 3 Rv in het kader van de interne forumkeuze. In deze gevallen worden dus *wel* beperkingen in de tijd gesteld aan de mogelijkheid tot het sluiten van de procesovereenkomst. Deze beperkingen gelden bovendien juist op die gebieden die worden beheerst door veel dwingend burgerlijk recht, zoals het arbeidsrecht en het consumentenrecht. Deze bepalingen lijken al met al een illustratie te vormen van het standpunt van Wagner.

Toch wordt hierdoor slechts bevestigd dat *over het algemeen* de analyse van Wagner voor het Nederlandse recht niet opgaat. Ten eerste is de mogelijkheid tot een voorafgaande forumkeuze slechts in een klein aantal gevallen beperkt. Er blijven nog veel zaken over die worden beheerst door dwingend recht, waarin een forumkeuze op voorhand gewoon mogelijk is. Bovendien moet mijns inziens uit het feit dat in geval van de forumkeuze *expliciet* een beperking is opgenomen met betrekking tot de mogelijkheid tot het sluiten van een overeenkomst in bepaalde zaken, a contrario worden afgeleid dat een vergelijkbare beperking niet geldt voor de overige procesovereenkomsten.

Als hoofdregel moet mijns inziens dan ook worden aangenomen dat het feit dat een rechtsbetrekking mede beheerst wordt door 'gewoon' dwingend recht, er niet aan in de weg staat dat partijen een procesovereenkomst sluiten. Er is namelijk

²¹¹ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111-112.

nauwelijks een procesovereenkomst denkbaar, die in nauwer verband staat met het op het geschil toepasselijke privaatrecht dan de bewijsovereenkomst. Als in het geval van de bewijsovereenkomst de aanwezigheid van dwingend recht al geen beperkingen meebrengt, is dit bij andere procesovereenkomsten al helemaal niet het geval.

Wel is, zoals gezegd, in veel wetsbepalingen een beperking opgenomen indien sprake is van een rechtsverhouding die niet ter vrije bepaling van partijen staat. Aangenomen moet worden dat ook de mogelijkheid tot het sluiten van de niet in de wet geregelde procesovereenkomsten in dat geval beperkt is. In paragraaf 3.3.3 is gebleken dat niet reeds sprake is van een zaak die niet ter vrije bepaling staat indien mogelijkerwijs een regel van openbare orde van toepassing is. Slechts indien een rechtsbetrekking in sterke mate door regels van openbare orde wordt beheerst, kan hiervan worden gesproken. Ook in dit laatste geval is echter niet *iedere* mogelijkheid tot het sluiten van procesovereenkomsten uitgesloten. Als men naar de in de wet geregelde procesovereenkomsten kijkt, valt op dat niet in alle gevallen wordt vereist dat sprake is van een rechtsbetrekking die ter vrije bepaling van partijen staat. Deze voorwaarde wordt over het algemeen niet gesteld bij afspraken die betrekking hebben op het verloop van de procedure (zie hierover uitgebreid paragraaf 3.3.3.) Dergelijke overeenkomsten staan immers nauwelijks in verband met het materiële geschil dat in de procedure aan de orde is. Overeenkomsten die met name zien op de gang van zaken tijdens de procedure, kunnen dus ook geldig gesloten worden in zaken die niet ter vrije bepaling van partijen staan.

Ten slotte moet, overeenkomstig het standpunt van Wagner, worden aangenomen dat een rechter een procesovereenkomst in een concreet geval buiten toepassing dient te laten, indien hierdoor een resultaat zou ontstaan dat in strijd is met de openbare orde. Dit is echter niet een geldigheidsvereiste dat aan het sluiten van een procesovereenkomst wordt gesteld, maar een grond waarop een procesovereenkomst in het concrete geval buiten toepassing kan blijven. Zie hierover paragraaf 3.3.3.

4.8.4 Uitzonderingen op de hoofdregel

Als regel heeft kortom te gelden dat het feit dat een rechtsbetrekking mede beheerst wordt door 'gewoon' dwingend recht, niet aan het sluiten van een procesovereenkomst in de weg staat. In sommige gevallen moet echter een uitzondering op deze regel worden aanvaard. Zo kent het BW dwingende bepalingen van bewijsrecht, waarvan niet door middel van een bewijsovereenkomst kan worden afgeweken.²¹² Een voorbeeld is artikel 6:188 BW in de regeling over productenaansprakelijkheid, waarin is bepaald dat de benadeelde de schade, het gebrek en het oorzakelijk verband tussen het gebrek en de schade moet bewijzen. Uit artikel 6:192 BW blijkt dat deze bepaling van dwingend recht is, zodat aan de benadeelde niet een zwaardere bewijslast kan worden opgelegd. Dwingendrechtelijke bepalingen in het BW kunnen dus wel degelijk in de weg staan aan een geldige bewijsovereenkomst. Dit blijkt

212 Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 110.

wellicht reeds uit de zinsnede in artikel 153 Rv dat bewijsovereenkomsten op gronden krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing kunnen blijven.²¹³

In de meeste gevallen zal zeer duidelijk zijn dat een dwingendrechtelijke bewijsregel wordt gegeven. Het is echter denkbaar dat ook bepalingen die op het eerste gezicht niet zien op bewijs derogeren aan artikel 153 Rv. Het zal hier wel gaan om uitzonderingsgevallen. Een voorbeeld biedt artikel 7:6 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt dat bij een consumentenkoop niet ten nadele van de koper van de wettelijke regeling kan worden afgeweken en dat de rechten en vorderingen die de wet de koper ter zake van een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van de verkoper toekent, niet kunnen worden beperkt of uitgesloten. In de parlementaire geschiedenis staat daarbij opgemerkt:

'Opmerking verdient nog dat het begrip "beperken" in het voorgestelde artikel (...) zich niet slechts verzet tegen bedingen waarin bij voorbeeld het recht op schadevergoeding in kwantitatieve zin wordt beperkt, maar ook tegen bedingen waarin andere voor de koper ongunstige uitzonderingen op de wettelijke regeling van de genoemde rechten en vorderingen worden aangebracht. Men denke bij voorbeeld aan (...) omkering van bewijslast (...).'²¹⁴

De wetgever heeft met deze bepaling dus ook de mogelijkheid van bewijsovereenkomsten ten nadele van de consument willen uitsluiten.²¹⁵ Door deze bepaling wordt afgeweken van artikel 153 Rv.

Bepalingen van materieel recht kunnen dus de mogelijkheid van een bewijsovereenkomst uitsluiten. Aangenomen kan worden dat wat voor de bewijsovereenkomst geldt, ook voor de overige procesovereenkomsten kan worden aangenomen. Ook voor deze overeenkomsten kan gelden dat uit een bepaling van materieel burgerlijk recht volgt dat zij niet geldig gesloten kunnen worden. Zo ligt voor de hand dat artikel 7:6 BW ook andere procesovereenkomsten die voor de koper bezwarend zijn uitsluit.

Niet alle procesovereenkomsten zijn op grond van artikel 7:6 BW overigens ontoelaatbaar. Dit geldt mijns inziens slechts voor die overeenkomsten die voor de consument zo bezwarend zijn, dat kan worden gezegd dat zijn rechten worden beperkt. Dit kan bij bijvoorbeeld een overeenkomst tot arbitrage of bindend advies het geval zijn, maar hoeft niet altijd. Opgemerkt moet verder nog worden dat artikel 7:6 lid 1 BW niet aan een bewijsovereenkomst of een andere procesovereenkomst in de weg staat, *nadat* de verkoper reeds tekort is geschoten en de aanspraak van de koper dus reeds bestaat.

213 De wetgever lijkt hiermee echter in de eerste plaats te doelen op de bepalingen over de totstandkoming van overeenkomsten, de regeling rond algemene voorwaarden en art. 6:248 lid 2 BW. Aanvankelijk was namelijk enkel bepaald dat de bewijsovereenkomst buiten toepassing blijft wanneer het in strijd zou zijn met de goede trouw zich hierop te beroepen. Bij de invoering van het nieuwe BW is dit artikel aangepast, waarbij het zijn huidige vorm heeft gekregen (Wet van 2 april 1991, *Stb.* 1991, 199, i.w.g. 1 januari 1992). Daarbij werd in de memorie van toelichting overwogen dat de nieuwe zinsnede naar alle in aanmerking komende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek verwijst, waaronder ook die van titel 3.2 en de afdelingen 6.5.2, 6.5.2A en 6.5.3.; zie Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 58.

214 Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 158.

215 Zie ook Asser 2004, p. 78, nr. 29.

Denkbaar is kortom dat de wetgever in bepalingen van materieel burgerlijk recht, zoals artikel 7:6 BW, is afgeweken van de regeling van procesovereenkomsten zoals gegeven in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dat een bepaling deze strekking heeft, zal mijns inziens niet snel aangenomen kunnen worden. De wetgever heeft immers in zijn algemeenheid te kennen gegeven dat dwingend recht dat niet van openbare orde is, niet aan het sluiten van een procesovereenkomst in de weg staat. Indien dit in een specifiek geval anders is, zal deze bedoeling expliciet moeten blijken.

Dwingend recht staat dus in het algemeen niet aan de geldigheid van een procesovereenkomst in de weg. Dit is anders indien expliciet blijkt dat een specifieke bepaling van dwingend recht de strekking heeft aan de regeling rond procesovereenkomsten te derogeren.

4.8.5 *Vormvoorschriften*

In de Duitse literatuur is de vraag aan de orde gekomen, of de vormvoorschriften van het privaatrecht ook gelden voor procesovereenkomsten. Indien een bepaalde overeenkomst slechts schriftelijk gesloten kan worden, dient een op die overeenkomst betrekking hebbende bewijsovereenkomst dan ook aan deze vorm te voldoen? Bij beantwoording van deze vraag wordt hierna tot uitgangspunt genomen, dat de rechtsverhouding van partijen door Nederlands privaatrecht wordt beheerst.

Met betrekking tot het Duitse recht heeft Schiedermair betoogd dat de vormvoorschriften van het privaatrecht niet gelden voor procesovereenkomsten. Volgens hem kunnen procesovereenkomsten in principe vormvrij gesloten worden. Enkel indien in de wet expliciet een vormvoorschrift is opgenomen, zoals in geval van de overeenkomst tot forumkeuze en tot arbitrage, is dit anders.²¹⁶ Volgens Wagner daarentegen dienen procesovereenkomsten, die betrekking hebben op een rechtshandeling waarvoor een vormvoorschrift geldt, zelf ook aan dit vormvereiste te voldoen. Het is daarbij volgens hem zelfs zo, dat indien de vormvoorschriften die voor deze rechtshandeling gelden verdergaan dan de vormvoorschriften die in de ZPO met betrekking tot de procesovereenkomst zijn opgenomen, deze strengere voorschriften dienen te worden toegepast. Wagner onderbouwt dit standpunt als volgt. De bevoegdheid van partijen tot het sluiten van procesovereenkomsten berust op de vrijheid van partijen om hun privaatrechtelijke rechtsposities vorm te geven. Op het moment dat deze vrijheid van partijen is ingeperkt doordat er een vormvoorschrift van toepassing is, dient hetzelfde te gelden voor de mogelijkheid tot het sluiten van een procesovereenkomst. Bovendien kan een procesovereenkomst worden gezien als een nevenafpraak bij de overeenkomst van partijen. Ook voor materieelrechtelijke nevenafspraken geldt dat zij aan de vormvoorschriften moeten voldoen die voor de hoofdovereenkomst gelden.

Ook voor het Nederlandse recht kan worden aangenomen dat procesovereenkomsten op dezelfde manier moeten worden behandeld als andere nevenbedingen (zie ook paragraaf 10.7). Gekeken zal mijns inziens moeten worden naar de strekking van het betreffende vormvoorschrift. Een voorbeeld biedt artikel 7:2 lid 1, waarin is

²¹⁶ Schiedermair 1935, p. 139-141.

bepaald dat de koop van een woning schriftelijk dient te worden aangegaan. Volgens Breedveld-De Voogd brengt de strekking van deze bepaling mee dat niet alleen de essentialia, maar ook alle nevenbedingen schriftelijk overeengekomen moeten worden.²¹⁷ Alle procesovereenkomsten die betrekking hebben op een dergelijke koop-overeenkomst dienen dus schriftelijk gesloten te worden. Denkbaar is echter dat er ook vormvoorschriften zijn die niet een dergelijke ruime strekking hebben.²¹⁸ Indien niet vereist is dat andere nevenbedingen aan het vormvereiste voldoen, zullen ook procesovereenkomsten vormvrij gesloten kunnen worden.

4.9 Procesovereenkomsten in het kader van arbitrage en bindend advies

4.9.1 Algemene uitgangspunten

Ook in het kader van een arbitrage- of een bindendadviesprocedure kunnen partijen afspraken maken over de toepasselijke procesregels. De noodzaak tot het sluiten van procesovereenkomsten is hier zelfs veel groter dan in de overheidsprocedure, aangezien deze procedures geen of een veel minder uitgebreide wettelijke regeling kennen.²¹⁹ Deze procedures dienen voor een substantieel deel dus vormgegeven te worden door partijen zelf. Met betrekking tot de arbitrage blijkt dit ook uit artikel 1036 Rv, waarin is bepaald dat voor zover in de wet geen regeling is getroffen, het arbitraal geding in principe gevoerd wordt op de wijze als door de partijen is overeengekomen. Met betrekking tot het bewijsrecht bepaalt artikel 1039 lid 5 Rv dat voor zover de partijen niets anders zijn overeengekomen, het scheidsgerecht vrij is ten aanzien van de toepassing van de regelen van bewijsrecht.²²⁰ Vaak zullen partijen overigens niet over elke procesregel afzonderlijk onderhandelen, maar zullen zij een bestaand reglement op de procedure van toepassing verklaren. Er is ook in dat geval echter wel degelijk sprake van procesafspraken tussen partijen, aangezien het reglement door middel van een overeenkomst tussen partijen van toepassing wordt.

Partijen hebben dus in het kader van arbitrage en bindend advies ruime mogelijkheden tot het vormgeven van de procedure door middel van procesovereenkomsten. Ook indien op een bepaald punt wel een wettelijke regeling is gegeven, kunnen zij hier regelmatig van afwijken. In de arbitragewetgeving wordt op meerdere plaatsen expliciet aangegeven dat partijen hun eigen regeling voor de wettelijke bepaling in de plaats kunnen stellen. Zo bepaalt artikel 1024 lid 2 Rv dat door het sluiten van een compromis de zaak aanhangig is, tenzij de partijen een andere wijze van

217 Breedveld-De Voogd 2007, p. 95-96.

218 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), p. 74, nr. 97, waarin wordt opgemerkt dat verdedigbaar is dat het antwoord op de vraag of het vormvoorschrift ook geldt voor een overeenkomst tot wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst, afhangt van het belang van die wijziging. Indien slechts een nevenbeding dat van ondergeschikt belang is wordt gewijzigd, hoeft in deze opvatting dus niet aan het vormvoorschrift te worden voldaan.

219 Overigens kan in het kader van de bindendadviesprocedure eigenlijk niet worden gesproken van 'procesovereenkomsten' in strikte zin. Het bindend advies wordt immers beheerst door materieel burgerlijk recht (zie art. 7:900 e.v. BW), zodat ook de overeenkomst waarbij partijen de regels voor deze procedure vaststellen materieelrechtelijk van aard is. Omdat deze overeenkomsten wel grote gelijkenis vertonen met procesrechtelijke overeenkomsten, zal ook hier de term 'procesovereenkomst' worden gehanteerd.

220 Zie ook *Kamerstukken I* 1985/86, 18 464, nr. 191b, p. 1-2.

aanhangig maken zijn overeengekomen. Er wordt zelfs aangenomen dat partijen in het kader van een arbitrage of bindend advies een aantal fundamentele beginselen, zoals het beginsel van een openbare behandeling, aan de kant kunnen zetten.²²¹

Aan de andere kant is de vrijheid van partijen toch ook weer niet onbeperkt. Zo staat in de memorie van antwoord bij de totstandkoming van de arbitragewetgeving opgemerkt met betrekking tot die wetbepalingen waarin *niet* vermeld staat dat afwijking mogelijk is, dat a contrario mag worden geconcludeerd dat zij in beginsel dwingendrechtelijk zijn.²²² Uiteindelijk zal bij deze bepalingen echter van geval tot geval moeten worden beoordeeld of afwijking mogelijk is.²²³ Daarnaast geldt dat partijen niet alle fundamentele rechtsbeginselen bij overeenkomst weg kunnen contracteren.²²⁴ De overheidsrechter controleert de gang van zaken tijdens arbitrage- en bindendadviesprocedures tot op zekere hoogte. Zo is een arbitraal vonnis vernietigbaar indien de totstandkoming hiervan in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (zie artikel 1065 lid 1 aanhef en sub e). Een bindend advies kan worden vernietigd indien gebondenheid hieraan in verband met de wijze van totstandkoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (zie artikel 7:904 lid 1). Vernietiging op basis van deze bepalingen is onder andere mogelijk in geval van schending van het beginsel van hoor en wederhoor.²²⁵

De vrijheid van partijen om procesovereenkomsten te sluiten lijkt dus aan de ene kant ruimer te zijn dan in het kader van een procedure bij de overheidsrechter, maar aan de andere kant niet onbeperkt. Wat kunnen partijen nu wel en wat kunnen zij niet overeenkomen in het kader van arbitrage en bindend advies? Deze vraag zal moeten worden beantwoord door uitleg van de wettelijke bepalingen. Indien een en ander echter niet expliciet uit de wet blijkt, kan daarbij gekeken worden naar dezelfde belangen die hiervoor zijn behandeld in paragraaf 4.6. Het is de vraag in hoeverre deze belangen ook in het kader van een arbitrage- of bindendadviesprocedure gelden.

4.9.2 Bescherming van partijen

Het belang van bescherming van partijen speelt in het kader van arbitrage- en bindendadviesprocedures een even grote rol als in procedures bij de overheidsrechter. Ook bij een arbitrage of een bindend advies bestaat immers het gevaar dat partijen de gevolgen van procesafspraken niet goed overzien, of dat een sterke partij een nadelige overeenkomst aan een zwakkere partij opdringt. Ook hier kan dit belang dus, op eenzelfde wijze als bij de overheidsrechter, rechtvaardigen dat grenzen worden gesteld aan de mogelijkheid tot het sluiten van procesovereenkomsten.

221 Zie bijv. Lawson 1996, m.n. p. 159, 163-164; Snijders 1988, p. 406; Wiarda 1988, p. 426-427; Frumer 2001, m.n. p. 110, 118.

222 *Kamerstukken II* 1985/86, 18 464, nr. 6 (MvA), p. 2.

223 Zie Snijders 2011c, p. 53, boek IV Rv, aant. 6.

224 Lawson 1996, p. 162-166; Snijders 1988, p. 404-407; Frumer 2001, p. 116 e.v.; Alkema 1999, p. 36, 43.

225 Zie m.b.t. arbitrage HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294 (Spaanderman/Anova), r.o. 3.5; HR 24 april 2009, NJ 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.1; m.b.t. bindend advies HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.8.

4.9.3 Bescherming van de belangen van derden

Evenals in een overheidsprocedure, kunnen ook tijdens een arbitrage of een bindend advies de belangen van derden op het spel komen te staan. Dit kan dus ook hier reden zijn voor beperkingen aan de mogelijkheid tot het sluiten van procesovereenkomsten. De reikwijdte van deze beperkingen zal in principe even groot zijn als in het kader van de overheidsprocedure.

4.9.4 Bescherming van het algemeen belang

4.9.4.1 Beperking inzet van overheidsmiddelen

Het belang van beperking van de inzet van overheidsmiddelen speelt geen rol in het kader van arbitrage en bindend advies. Het zijn immers partijen zelf die de volledige kosten dragen. Als zij een zeer uitgebreide en kostbare procedure voor ogen hebben, is dit wat dat betreft dus hun eigen zaak. Wel kan hier bezwaar tegen bestaan vanuit het gezichtspunt van toegang tot de rechter.

4.9.4.2 Voldoende toegang tot rechtspraak

Door middel van een overeenkomst tot arbitrage of bindend advies hebben partijen afstand gedaan van hun recht op toegang tot de overheidsrechter. Toch speelt het belang van toegang tot de rechter hier wel degelijk een rol, maar dan opgevat als recht op toegang tot een derde die het geschil van partijen beslecht. Partijen dienen voldoende mogelijkheid te hebben om hun daadwerkelijke geschil aan een derde voor te leggen in een procedure die ten minste aan een aantal minimumvereisten voldoet. Wordt deze mogelijkheid te veel beperkt, dan ontstaat immers gevaar van eigenrichting.²²⁶ Procesovereenkomsten die deze mogelijkheid te veel beperken moeten dus, ook in het kader van arbitrage of bindend advies, ontoelaatbaar worden geacht.

4.9.4.3 Vertrouwen in de rechtspraak

Het belang dat de samenleving vertrouwen heeft in de rechtspraak speelt nauwelijks een rol in het kader van arbitrage en bindend advies. Indien in dergelijke procedures niet aan de waarborgen van een eerlijk proces wordt voldaan, straalt dit in principe niet af op de overheidsrechtspraak. De samenleving krijgt hierdoor eventueel wel minder vertrouwen in deze alternatieve manieren van geschillenbeslechting, waardoor hier wellicht minder snel voor gekozen wordt. Zelfs dat is overigens nog maar de vraag: de ene arbitrage heeft in principe niets te maken met de andere, aangezien partijen zelf arbiters kunnen benoemen en zelf het verloop van de procedure voor een groot deel kunnen bepalen. Hetzelfde geldt voor bindend advies. Mocht het vertrouwen in alternatieve geschilbeslechtingsmethodes toch afnemen, dan is dat pas problematisch indien deze afname zodanig is dat partijen zich massaal van deze

²²⁶ Zie ook Snijders 1988, p. 404-405.

methodes afwenden. Indien veel meer partijen bij de overheidsrechter procederen, zullen de kosten van de overheidsrechtspraak immers aanzienlijk stijgen. Vanuit kosten oogpunt heeft de overheid er dus enig belang bij om een zekere mate van vertrouwen in arbitrage en bindend advies te laten bestaan.

Zeer indirect kan als gevolg van de gang van zaken tijdens een arbitrage of een bindend advies bovendien toch ook het gezag van de rechterlijke macht op het spel komen te staan. Dit is een gevolg van het feit dat de overheidsrechter tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis of een bindend advies mogelijk moet maken. Het gezag van de rechterlijke macht kan dus enigszins worden geschaad indien aan uitspraken afdwingbaarheid wordt verleend die in strijd met de fundamentele beginselen van procesrecht tot stand zijn gekomen. De rechter raakt tot op zekere hoogte 'betrokken' bij de alternatieve geschillenbeslechting.

Het belang van vertrouwen in de rechtspraak (waaronder hier ook wordt begrepen het belang van vertrouwen in alternatieve geschilbeslechtingsmethodes) is in het kader van arbitrage en bindend advies kortom van veel mindere betekenis dan in het kader van de overheidsrechtspraak.

4.9.4.4 *Vertrouwen in de overheid*

Het belang van de overheid dat burgers vertrouwen in haar functioneren hebben, speelt ook bij arbitrage en bindend advies een rol. Partijen kunnen een uitspraak van arbiters of bindend adviseurs met behulp van overheidsdwang ten uitvoer leggen. Ook hier geldt echter dat de overheid niet zomaar zal willen meewerken aan de executie van een uitspraak. Zij zal, om haar gezag niet te verliezen, willen voorkomen dat zij een aanspraak afdwingt waartegen een partij zich niet voldoende heeft kunnen verweren. Het is dus voor de overheid van belang dat de totstandkoming van de uitspraak van arbiters en bindend adviseurs met bepaalde waarborgen is omkleed.²²⁷

Het is dan ook niet vreemd dat de overheid eisen stelt aan arbitrage- en bindendadviesprocedures. In geval van arbitrage is tenuitvoerlegging van de uitspraak pas mogelijk nadat bij de overheidsrechter een exequatur is verkregen. Daarbij geldt dat de overheidsrechter het verlenen van een exequatur onder andere kan weigeren, indien de wijze waarop de uitspraak tot stand kwam kennelijk in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (zie artikel 1063 lid 1 Rv). Ook is vernietiging van de uitspraak op deze grond mogelijk (zie artikel 1065 lid 1 aanhef en sub e Rv). Om een bindend advies te kunnen executeren, dient eerst een vordering tot nakoming te worden ingesteld bij de overheidsrechter. Daarbij geldt dat de uitspraak van bindend adviseurs onder andere kan worden vernietigd indien gebondenheid aan de beslissing in verband met de wijze van totstandkoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (zie artikel 7:904 lid 1 BW).

De overheid is dus niet zomaar bereid mee te werken aan tenuitvoerlegging van uitspraken van arbiters en bindend adviseurs, maar stelt eisen aan de procedures waarin deze uitspraken kunnen worden verkregen. Aangezien de overheid er belang

²²⁷ Ook Cremer meent dat de gelijkstelling van de werking van een arbitraal vonnis aan die van een uitspraak van de overheidsrechter meebrengt dat eisen aan de procesvoering gesteld mogen worden; zie Cremer 2007, p. 143.

bij heeft enkel mee te werken aan de executie van uitspraken die in een procedure tot stand zijn gekomen die aan een aantal minimumwaarborgen voldoet, zullen partijen bepaalde waarborgen niet bij procesovereenkomst aan de kant kunnen zetten.

4.9.5 *Tussenconclusie*

Duidelijk is dat sommige belangen evenzeer spelen in het kader van arbitrage- en bindendadviesprocedures, als in de procedure bij de overheidsrechter. Dit is het geval met betrekking tot het belang van bescherming van partijen, het belang van bescherming van derden, het belang van voldoende toegang tot de rechter, en het belang van een 'zuivere' overheid. Andere belangen spelen daarentegen een veel mindere rol. Het gaat daarbij om het belang van een zo laag mogelijke inzet van overheidsmiddelen en het belang van vertrouwen in de rechtspraak. Het is dan ook begrijpelijk dat partijen in het kader van arbitrage en bindend advies aan de ene kant meer vrijheid hebben tot het sluiten van procesovereenkomsten, maar dat die vrijheid aan de andere kant niet onbeperkt is. Wat dit in concrete gevallen betekent, zal nader worden onderzocht in de hoofdstukken 5, 6 en 7.

4.9.6 *Vershil tussen arbitrage en bindend advies*

Het is de vraag of ook nog onderscheid gemaakt moet worden tussen arbitrage en bindend advies. Hebben partijen in het kader van een bindendadviesprocedure meer of minder vrijheid tot het sluiten van procesovereenkomsten dan in het kader van een arbitrage? Deze vraag is zeer lastig te beantwoorden. Dit raakt namelijk de kwestie, in hoeverre het bindend advies geldig kan bestaan naast de arbitrage. Hoewel tegenwoordig uit de wet blijkt dat dit het geval is, blijft de precieze verhouding tot de arbitrage problematisch. Bij arbitrage kunnen partijen immers een beslissing van particuliere rechters in hun geschil verkrijgen, waarbij de procedure uitvoerig door deels dwingende wetgeving is geregeld. Ook door middel van bindend advies kunnen partijen een beslissing van particulieren in hun geschil krijgen. Het bindend advies is niet uitvoerig in de wet geregeld en is dan ook niet met dezelfde waarborgen omkleed als de arbitrage. Door middel van een bindend advies lijken partijen de regels die gelden bij arbitrage dus te kunnen ontduiken. Het lijkt op het eerste gezicht dan ook vreemd dat het bindend advies naast de arbitrage als geldig wordt geaccepteerd.²²⁸

Dat het bindend advies toch geldig naast de arbitrage kan bestaan, wordt over het algemeen hierdoor verklaard dat in deze procedure niet hetzelfde resultaat kan worden bereikt als in een arbitrageprocedure. Er bestaat een verschil in werking van de uitspraken. Een uitspraak in arbitrage heeft na exequatur van de overheidsrechter executoriale kracht. De uitspraak in bindend advies daarentegen levert geen

228 In het verleden is het bindend advies dan ook wel kritisch bekeken. Zie bijv. Heemskerk 1983; Pels Rijcken 1986. Zonderland spreekt over 'een door de rechtspraak aanvaarde ontduiking van Gr. en procesrecht door misbruik van het materiële recht'; Cremers/Zonderland, deel E II, p. 21, nr. 8.

executoriale titel op, maar heeft tussen partijen de kracht van een overeenkomst en kan door middel van een vordering tot nakoming bij de overheidsrechter worden afgedwongen. Daarbij geldt overigens wel dat de rechter de vordering tot nakoming van het bindend advies slechts zeer marginaal toetst, zodat het de vraag is of er feitelijk veel verschil bestaat met het verlenen van een exequatur.²²⁹ Een tweede verschil tussen arbitrage en bindend advies is dat een vonnis van arbiters gezag van gewijsde heeft (artikel 1059 lid 1 Rv) en daarmee dezelfde werking als een vonnis van de overheidsrechter, terwijl dit niet het geval is bij een uitspraak van bindend adviseurs.²³⁰

Hoewel er dus wel degelijk enig verschil zit tussen de werking van een uitspraak van bindend adviseurs en die van arbiters, is het de vraag of dit verschil het ontbreken van waarborgen in het kader van de bindendadviesprocedure kan rechtvaardigen. Naar mijn mening kunnen in het kader van een bindend advies niet veel lichtere eisen aan de procedure gesteld worden dan in het kader van een arbitrage. Hiervoor is het verschil in werking tussen beide te klein. Dit lijkt in overeenstemming met de praktijk. Volgens Snijders blijkt uit de jurisprudentie dat in het kader van het bindend advies procesregels zijn ontwikkeld die veel gelijkenis vertonen met op fundamentele procesbeginselen gebaseerde wettelijke regels van arbitragerecht.²³¹

Indien men er inderdaad van uitgaat dat in geval van bindend advies (ongeveer) eenzelfde niveau aan bescherming geldt als in het kader van arbitrage, is, gezien het gebrek aan een wettelijke regeling bij bindend advies, de volgende vraag hoe deze bescherming precies vormgegeven moet worden. Daarbij zijn verschillende methoden denkbaar. Ten eerste is denkbaar dat een overeenkomst tot bindend advies vóór afstrenger wordt getoetst. Een beroep op een dergelijke overeenkomst zou bijvoorbeeld, gezien het gebrek aan wettelijke waarborgen, eerder in strijd met de redelijkheid en billijkheid kunnen worden geacht. De rechter zou de overeenkomst bijvoorbeeld buiten toepassing kunnen laten indien blijkt dat volgens de overeenkomst een van beide partijen een veel grotere invloed kan uitoefenen op de benoeming van bindend adviseurs dan de andere partij. Deze methode van een strengere toetsing vooraf valt terug te vinden in de regeling van algemene voorwaarden. Op de zwarte lijst staat wel (een variant van) de bindendadviesclausule, maar komt het arbitragebeding (nog) niet voor (zie artikel 6:236 sub n BW).²³² Een tweede oplossing is om een aantal bepalingen uit de arbitragewetgeving analoog toe te passen op het bindend advies. De voorzieningenrechter zou artikel 1035 Rv bijvoorbeeld analoog toe kunnen passen en zich,

229 Zie ook Pels Rijcken 1986, p. 1054; Heemskerk 1983, p. 231; Snijders 2011a, p. 6. Er zijn echter veel auteurs die in het feit dat het bindend advies geen executoriale titel oplevert wel een essentieel verschil met de arbitrage zien; zie bijv. Van Praag 1919, p. 470 e.v.; Van Ittersum 1927, p. 22-25; Van Creveld 1932, p. 72; Sanders 1940, p. 4; Boon 1945, p. 61, 64-65; Clavareau 1947, p. 205; Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 620, aant. 3, p. 1313-1314.

230 Hier is door meerdere auteurs op gewezen. Zie bijv. Van Praag 1919, p. 460 e.v.; Van Ittersum 1927, p. 25-28; Van Creveld 1932, p. 73; Sanders 1940, p. 4; Boon 1945, p. 61, 64-65; Clavareau 1947, p. 205; Van Rossem/Cleveringa 1972, art. 620, aant. 3, p. 1313-1314.

231 Snijders 2011c, p. 57, boek IV Rv, aant. 7; zie ook Huydecoper in zijn conclusie voor HR 30 oktober 2009, RvdW 2009, 1278, nr. 17; De Groot 2010, p. 26.

232 Ook Snijders verklaart dit verschil in benadering op grond van het ontbreken van wettelijke proceswaarborgen bij bindend advies; Snijders 1988, p. 407; Snijders 2002, p. 493. In het conceptwetsvoorstel tot herziening van het arbitragerecht (te vinden op www.internetconsultatie.nl) wordt het arbitragebeding wel op de zwarte lijst geplaatst.

ondanks het ontbreken van een wettelijke bepaling, toch bevoegd kunnen achten tot wraking van bindend adviseurs. In de praktijk komt een dergelijke analoge toepassing ook wel voor, zo blijkt uit een uitspraak van de Voorzieningenrechter 's-Gravenhage.²³³ Ten slotte kan de oplossing ook gezocht worden in een strengere toetsing achteraf. In het kader van de arbitrage blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad dat, indien een partij meent dat sprake is van partijdigheid of afhankelijkheid van een arbiter, een beroep op wraking eerder zal slagen dan een beroep op vernietigbaarheid van de verkregen arbitrale uitspraak.²³⁴ Voor vernietigbaarheid geldt dus een strengere maatstaf. Aangezien de mogelijkheid tot wraking in geval van bindend advies in principe ontbreekt, zou kunnen worden aangenomen dat voor vernietigbaarheid van een uitspraak van bindend adviseurs deze strengere maatstaf niet geldt. In theorie is de bemoeienis van de rechter achteraf in geval van bindend advies inderdaad groter dan in geval van arbitrage. Een uitspraak in arbitrage heeft reeds na exequatur executoriale kracht, terwijl van een uitspraak in bindend advies nakoming bij de overheidsrechter moet worden gevraagd. Zoals gezegd is het de vraag of dit verschil in de praktijk wel zo groot is, aangezien de rechter, indien zijn oordeel al gevraagd wordt en nakoming niet vrijwillig geschiedt, ook bij bindend advies over het algemeen zeer marginaal toetst.

Op de vraag welke methode de voorkeur verdient (een strengere toetsing vooraf, analoge toepassing van arbitragewetgeving op het bindend advies of een strengere toetsing achteraf), zal hier niet nader worden ingegaan. Hier is met name van belang dat de procesregels die in het kader van een bindend advies gelden niet principieel zullen verschillen van die bij arbitrage. De vrijheid om procesovereenkomsten te sluiten zal bij bindend advies dan ook niet (significant) groter of kleiner zijn. Hoe de procesregels vervolgens precies afgedwongen worden, is in dit verband minder relevant.

4.9.7 *Procesovereenkomsten gesloten tijdens een arbitrage- of bindendadviesprocedure*

In theorie hebben partijen in het kader van een arbitrage of een bindend advies meer ruimte om de procedure bij procesovereenkomst te regelen dan in het kader van de overheidsrechtspraak. Het is echter de vraag of dit feitelijk ook altijd zo is. Bedacht moet worden dat partijen tijdens de procedure gebonden zijn aan de arbitrage- of bindendadviesovereenkomst die zij met arbiters of bindend adviseurs hebben gesloten. Arbiters of bindend adviseurs hebben hun opdracht aanvaard tegen de achtergrond van bepaalde procesregels die de procedure zouden beheersen. Dit betekent dat de inhoud van de afspraken die bij aanvang van de procedure met arbiters of bindend adviseurs zijn gemaakt, mede bepalend zijn voor de vraag in hoeverre partijen nog tijdens de procedure andere procesregels kunnen overeenkomen. Indien in de arbitrageovereenkomst is bepaald dat een termijn geldt van zes weken voor het indienen van processtukken zonder dat de mogelijkheid bestaat van uitstel, kunnen partijen tijdens de procedure arbiters niet dwingen langere termijnen te hanteren, ook al zijn partijen het hierover onderling eens. De toestem-

²³³ Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 9 mei 2007, NJF 2007, 292.

²³⁴ HR 18 februari 1994, NJ 1994, 765, m.nt. HJS (Nordström c.s./Nigoco), r.o. 3.8.

ming van arbiters is op dat moment vereist. Tijdens de procedure kan de vrijheid van partijen om procesovereenkomsten te sluiten, feitelijk dus geringer zijn dan in het kader van de overheidsprocedure. Dit is echter een gevolg van de overeenkomst die partijen bij aanvang met arbiters of bindend adviseurs hebben gesloten, en niet van het feit dat openbare belangen hieraan in de weg staan. In het volgende hoofdstuk wordt dan ook geen aandacht besteed aan beperkingen in de mogelijkheid tot het sluiten van procesovereenkomsten die een gevolg zijn van de (toevallige) inhoud van de arbitrage- of bindendadviesovereenkomst. Enkel wordt gekeken in hoeverre de hiervoor behandelde belangen beperkingen meebrengen.

4.10 Conclusie

Voor de vraag naar de toelaatbaarheid van procesovereenkomsten is het niet mogelijk om onderscheid te maken tussen overeenkomsten waarbij partijen afwijken van een regel van procesrecht en overeenkomsten waarbij partijen zich verbinden tot bepaald procesgedrag. Ook indien partijen zich binden omtrent de uitoefening van een bepaalde processuele bevoegdheid, wijken zij feitelijk af van een regel van procesrecht. De vraag naar de toelaatbaarheid moet in beide gevallen dus aan de hand van dezelfde normen worden beoordeeld. Steeds zal door middel van uitleg moeten worden vastgesteld of een bepaalde procesregel van regelend recht is (paragraaf 4.2-4.3).

Hoe men de vraag naar de omvang van het regelend procesrecht beantwoordt, is afhankelijk van de vraag hoe men aankijkt tegen het karakter van het burgerlijk procesrecht. Daarbij geldt dat het procesrecht zowel een instrument is voor de afdwinging van de subjectieve rechten van partijen, als dient ter handhaving van de rechtsorde en ter waarborging van de rechtsvrede. Het ene doel is daarbij niet ondergeschikt aan het andere, maar beide doelen staan op gelijke hoogte (paragraaf 4.5.2). Dit brengt mee dat een aantal belangen aan de geldigheid van een procesovereenkomst in de weg kan staan. Het gaat daarbij om het belang van bescherming van partijen, het belang van bescherming van derden, het belang dat een procedure met een zo beperkt mogelijke inzet van overheidsmiddelen gevoerd kan worden, het belang dat een voldoende toegang tot de rechter gewaarborgd blijft en het belang dat de samenleving vertrouwen heeft in de rechtspraak en in de overheid (paragraaf 4.6). In het kader van arbitrage- en bindendadviesprocedures speelt het belang van een zo laag mogelijke inzet van overheidsmiddelen geen rol en het belang van vertrouwen in de rechtspraak een veel minder grote rol. De overige belangen zijn echter, ook in deze procedures, van even grote betekenis. Dit verklaart dat procesovereenkomsten in het kader van arbitrage en bindend advies aan de ene kant in ruimere mate toelaatbaar zijn, maar dat de mogelijkheid hiertoe aan de andere kant niet onbegrensd is (paragraaf 4.9).

Het feit dat dwingend privaatrecht van toepassing is op de rechtsbetrekking van partijen, staat in principe niet aan de mogelijkheid tot het sluiten van procesovereenkomsten in de weg. Slechts indien een bepaald terrein in sterke mate verweven is met recht van openbare orde, zijn procesovereenkomsten op dit terrein uitgesloten. Dit geldt dan bovendien niet voor overeenkomsten die nauwelijks in verband staan met het materiële geschil waarover geprocedeerd wordt. Hoewel dwingend

privaatrecht als uitgangspunt niet aan het sluiten van procesovereenkomsten in de weg staat, geldt een uitzondering indien sprake is van een norm van dwingend privaatrecht die expliciet de strekking heeft om ook de mogelijkheid tot procesovereenkomsten uit te sluiten (paragraaf 4.8).

In dit hoofdstuk zijn algemene uitgangspunten vastgesteld om te bepalen in welke gevallen partijen geldig een procesovereenkomst kunnen sluiten. In de volgende hoofdstukken zal worden gekeken tot welke resultaten deze uitgangspunten leiden in concrete gevallen. Uiteraard voert het te ver om *alle* denkbare procesafspraken te bespreken. Er zal dus slechts een aantal in het oog springende gevallen worden uitgelicht.

5 Overeenkomsten omtrent de bevoegdheid om te procederen

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staan overeenkomsten omtrent de bevoegdheid om te procederen centraal. Ten eerste wordt onderzocht in hoeverre partijen bij overeenkomst de bevoegdheid om te procederen kunnen beperken. Dat partijen de toegang tot de *overheidsrechter* onder bepaalde voorwaarden bij overeenkomst kunnen uitsluiten, is zonder meer duidelijk. De wet staat immers uitdrukkelijk de overeenkomst tot arbitrage toe. Maar zouden partijen de toegang tot de overheidsrechter ook kunnen uitsluiten *zonder* dat zij daarbij een alternatief overeenkomen? Kunnen zij de bevoegdheid om te procederen *geheel en al* uitsluiten? Niet slechts gekeken zal worden naar de volledige uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen (paragraaf 5.3), maar ook naar de tijdelijke uitsluiting hiervan (paragraaf 5.4) en naar de afspraak dat geen gebruik mag worden gemaakt van een bepaald soort procedure, namelijk het kort geding (paragraaf 5.5). Ten slotte wordt gekeken of partijen inhoudelijke beperkingen aan de bevoegdheid tot procederen kunnen stellen, door bijvoorbeeld af te spreken dat bepaalde feiten tijdens de procedure niet naar voren mogen worden gebracht (paragraaf 5.6).

Naast de overeenkomst waarbij de bevoegdheid om te procederen wordt beperkt, wordt in dit hoofdstuk ook gekeken naar de afspraak om juist *wel* te procederen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat partijen overeenkomen om een proefprocedure te voeren. Is een dergelijke overeenkomst geldig? Zie hierover paragraaf 5.7.

Ten slotte wordt onderzocht in hoeverre partijen de bevoegdheid van de overheidsrechter kunnen uitbreiden. Kunnen zij een ander type taken aan de rechter opdragen dan waartoe hij op grond van de wet bevoegd is? Hierop wordt in paragraaf 5.8 ingegaan.

Voordat deze verschillende typen overeenkomsten afzonderlijk onder de loep worden genomen, zal eerst worden gekeken naar artikel 6 EVRM en artikel 17 Grondwet, waarin het recht op toegang tot de rechter is neergelegd. Onderzocht wordt in hoeverre deze bepalingen een belemmering vormen voor overeenkomsten omtrent de bevoegdheid van de rechter.

5.2 Het recht op toegang tot de rechter

5.2.1 Artikel 6 EVRM

Hoewel artikel 6 EVRM niet expliciet een recht op toegang tot de rechter bevat, heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dit recht in het arrest *Golder* toch erkend. Het gaat om het recht om in burgerlijke zaken een procedure te beginnen voor een rechterlijke instantie. Volgens het Hof is dit recht inherent aan artikel 6 lid 1 EVRM.¹

Het recht op toegang tot de rechter is echter niet absoluut. Door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is erkend dat partijen door middel van een overeenkomst tot arbitrage afstand van het recht op toegang tot een gerecht kunnen doen.² Of artikel 6 EVRM partijen ook toestaat om de toegang tot de rechter uit te sluiten zonder dat zij daarbij een alternatief overeenkomen, is niet duidelijk.

Vaststaat kortom dat onder artikel 6 EVRM overeenkomsten waarbij de toegang tot de rechter wordt beperkt in ieder geval tot op zekere hoogte toelaatbaar zijn.

5.2.2 Artikel 17 Grondwet

Artikel 17 Grondwet bepaalt:

‘Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.’

Tegenwoordig wordt over het algemeen aangenomen dat uit dit artikel kan worden afgeleid dat partijen wel *met* hun wil van de door de wet toegekende rechter kunnen worden afgehouden. Deze woorden zouden dus onder andere de mogelijkheid van arbitrage wettigen.³ Daarnaast wordt echter wel betoogd dat de enkele wilsovereenstemming van partijen niet voldoende is. Artikel 17 Grondwet zou vereisen dat er een uitdrukkelijke wetsbepaling bestaat die toestaat dat partijen afstand doen van de wettelijk bevoegde overheidsrechter.⁴

Mijns inziens kan niet worden aangenomen dat artikel 17 Grondwet inderdaad een dergelijke wettelijke grondslag vereist.⁵ In de parlementaire stukken bij de herziening van de Grondwet in 1983 valt niet terug te vinden dat artikel 17 Grondwet dit vereiste zou bevatten.⁶ Ook de Hoge Raad lijkt deze opvatting niet te zijn

1 EHRM 21 februari 1975, appl.no. 4451/70, NJ 1975, 462, m.nt. EAA (*Golder/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 36.

2 EHRM 27 februari 1980, appl.no. 6903/75, NJ 1980, 561 (*Deweert/België*), r.o. 49.

3 Zie o.a. Meijer 2011, p. 35-36 met verwijzing naar literatuur; *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 4 (bijlagen bij de MvT), p. 100; Van Praag 1919, p. 436 e.v.; Sanders 1995, p. 241-243; Sanders 1940, p. 6-7; anders Hardenberg 1996, p. 327-332; Van Ittersum 1927, p. 20, 27-28.

4 Zie Van Praag 1919, p. 432 e.v.; Van Rossem-Cleveringa 1972, p. 1307, 1313; Sanders 1940, p. 2-3, 6-7; Cremers/Zonderland, deel E II, p. 19, nr. 8; Heemskerk 1983, p. 229-230; Alkema 1999, p. 42; Meijer daarentegen sluit niet helemaal uit dat partijen ook zonder wettelijke grondslag toch een keuze mogen doen voor een alternatief voor gewone rechtspraak; Meijer 2011, p. 37.

5 Zie ook Snijders 2002, p. 492-493, met verwijzing naar literatuur en rechtspraak.

6 Door de regering wordt zelfs het hierna te behandelen arrest *De Rooy c.s./Hillen c.s.* aangehaald, zonder dat bezwaar wordt gemaakt tegen het feit dat de Hoge Raad uitsluiting van de overheidsrechter hierin toestaat terwijl er geen wettelijke grondslag is; zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 4 (bijlagen bij de MvT), p. 100.

toegedaan. Zo kende het commune bevoegdheidsrecht tot 2002 geen regeling met betrekking tot de internationale forumkeuze. Ondanks dit gebrek aan een wettelijke grondslag nam de Hoge Raad in 1988 in het arrest *Harvest Trader* aan dat partijen door middel van een overeenkomst tot forumkeuze rechtsmacht aan de Nederlandse rechter konden ontnemen.⁷ Hetzelfde heeft zich voorgedaan in het kader van de overeenkomst tot bindend advies. Tegenwoordig kan artikel 7:900 BW wellicht als grondslag voor het bindend advies worden gezien.⁸ Voor de invoering van het nieuwe BW bestond een dergelijke wettelijke grondslag niet. De Hoge Raad heeft toen echter al wel erkend dat partijen in geval van een bindendadviesclausule worden afgetrokken van de rechter die de wet hun toekent. Toch was volgens de Hoge Raad geen sprake van strijd met de Grondwet, aangezien partijen hadden ingestemd met het beding.⁹

Er is al met al onvoldoende reden om aan te nemen dat artikel 17 Grondwet aan een overeenkomst waarbij de bevoegdheid om te procederen wordt beperkt, in de weg zou staan.

5.3 Volledige uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen

5.3.1 Inleiding

Wie goedkoop wil wonen, kan overwegen kraakwacht te worden. Kraakwachten wonen niet op basis van een huurcontract, maar sluiten een bruikleenovereenkomst met een antikraakorganisatie. Dit betekent aan de ene kant dat zij geen huur betalen, maar enkel een vergoeding voor gas, water, licht en administratiekosten. Aan de andere kant hebben zij ook geen recht op huurbescherming. In veel contracten staat een opzegtermijn van slechts twee weken, zodat kraakwachten verplicht kunnen zijn binnen zeer korte termijn het pand te verlaten.¹⁰

Of de constructie van een bruikleenovereenkomst bij de rechter standhoudt, is echter de vraag. Denkbaar is dat de rechter tot de conclusie komt dat in feite wel degelijk sprake is van huur, zeker aangezien de vergoeding in sommige gevallen toch nog aanzienlijk is.¹¹ Dat dit gevaar reëel is, blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad in kort geding.¹² Kennelijk om te voorkomen dat kraakwachten bij de rechter toch een beroep doen op huurbescherming, schijnt in sommige contracten te zijn bepaald dat het kraakwachten niet is toegestaan om juridische stappen te ondernemen.¹³

Het is de vraag of een dergelijke afspraak om niet te procederen geldig is. Op het eerste gezicht lijkt het antwoord op deze vraag nogal voor de hand te liggen. In het vorige hoofdstuk is gebleken dat gevaar van eigenrichting aanwezig is indien een

7 HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989, 765, m.nt. JCS (*Harvest Trader*), r.o. 3.1-3.2.

8 Zie ook Meijer 1992, p. 66; Meijer 2011, p. 37.

9 HR 24 september 1964, *NJ* 1965, 359, m.nt. JHB (*De Rooy c.s./Hillen c.s.*).

10 Garschagen & Van Nierop 2009, p. 4.

11 Heijkamp, Paping & Priemus 2010; Garschagen & Van Nierop 2009, p. 4.

12 Rb. Zwolle-Lelystad (k.g.) 22 augustus 2006, LJN AZ6517, r.o. 4.8; de kortgedingrechter overweegt hier dat 'niet onaannemelijk [is] dat een bodemrechter, later oordelend, zal beslissen dat (...) geen sprake is van bruikleen maar van huur'.

13 Heijkamp, Paping & Priemus 2010; Garschagen & Van Nierop 2009, p. 4.

discrepancie ontstaat tussen hetgeen feitelijk geldt en hetgeen een partij bij de rechter kan krijgen. Om die reden is het een algemeen belang dat personen toegang hebben tot de rechter. In geval van een afspraak om niet te procederen wordt deze toegang echter in zijn geheel uitgesloten. Daarnaast heeft een dergelijke afspraak vergaande consequenties voor partijen. Het gevaar bestaat dat een sterke partij een dergelijke afspraak opdringt aan een zwakkere partij, die hierdoor in een zeer ongunstige positie terecht kan komen. Zo zal in geval van het antikraakcontract de kraakwacht wellicht akkoord gaan met het beding om niet te procederen omdat het voor hem zeer moeilijk is andere goedkope woonruimte te vinden.

Het beding om niet te procederen lijkt op het eerste gezicht kortom zonder meer nietig. Zelfs op het moment dat het geschil reeds gerezen is, lijkt een dergelijke afspraak niet te kunnen worden geaccepteerd. Ook dan ontstaat hierdoor immers een discrepantie tussen hetgeen feitelijk geldt en hetgeen een partij bij de rechter kan krijgen. Wel kunnen partijen op dat moment uiteraard een (materieelrechtelijke) vaststellingsovereenkomst sluiten, waardoor ook een gang naar de rechter voorkomen kan worden.

Door verschillende auteurs wordt inderdaad aangenomen dat de toegang tot de rechter niet volledig uitgesloten kan worden. Zo zouden partijen bij overeenkomst niet de bevoegdheid van alle door de wet aangewezen rechters kunnen uitsluiten, zonder dat zij daarvoor een andere bevoegde instantie in de plaats stellen.¹⁴

Ook uit de beschikking Vanbuul q.q. c.s./Hoes c.s. van de Hoge Raad kan wellicht worden afgeleid, dat de bevoegdheid om te procederen niet volledig uitgesloten kan worden. In deze zaak waren partijen overeengekomen hun geschil te laten beslissen door de Amsterdamse kortgedingrechter. Daarbij hadden zij afgesproken dat de uitspraak voor hen bindend zou zijn en dat zij daarvan niet in hoger beroep zouden gaan. Nadat de kortgedingrechter uitspraak had gedaan meende een van beide partijen (Jacqui Hoes) dat deze vaststellingsovereenkomst onder invloed van dwaling tot stand was gekomen. Zij diende een verzoek in tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor, om haar kansen in een eventuele bodemprocedure te kunnen inschatten. Dit verzoek werd zowel in eerste aanleg als in hoger beroep afgewezen. Het hof oordeelde dat het de bedoeling en zelfs kernpunt van de afspraak tussen partijen was, dat zij hun gerechtelijke procedures verder zouden staken. Jacqui Hoes kon volgens het hof ook worden gehouden aan deze afspraak om haar wederpartij niet in rechte te betrekken, in ieder geval zolang niet in een bodemprocedure anders was beslist. Dit oordeel van het hof hield in cassatie geen stand:

'Hoezeer ook de afspraak onder 6 van de vaststellingsovereenkomst de strekking heeft dat tussen partijen met de uitspraak van de Amsterdamse voorzieningenrechter een einde zal komen aan hun geschil (...), het bestaan van die overeenkomst (...) staa[t] niet eraan in de weg dat de curatoren een bodemprocedure aanspannen die tot inzet heeft de vernietiging (wegens dwaling) van de vaststellingsovereenkomst en die dus juist ertoe strekt die gebondenheid aan het kortgedingvonnis van 8 april 2004 ongedaan te maken. (...)

¹⁴ Zie bijv. Kuypers 2008, p. 260; Frumer 2001, p. 102, nr. 139; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 1307; Sanders 1940, p. 3; Van Ittersum 1927, p. 27; Van Praag 1920, p. 229.

Het moet de curatoren dan evenwel ook vrijstaan om, ter beoordeling van hun processuele positie in die bodemprocedure, een voorlopig getuigenverhoor uit te lokken. De andersluidende opvatting (...) zou een ook door het bestaan van de vaststellingsovereenkomst niet gerechtvaardigde beperking betekenen van de processuele mogelijkheden die de curatoren in hun geschil met Hoes c.s. ten dienste staan en is daarom onjuist.¹⁵

Of hieruit kan worden afgeleid dat de afspraak om niet te procederen ongeldig is, is de vraag. Denkbaar is dat de Hoge Raad slechts van oordeel is dat *in dit geval* de overeenkomst van partijen zo moest worden uitgelegd, dat zij wel konden procederen over de vraag of sprake was van dwaling. Dit lijkt wel het standpunt te zijn van A-G Wesseling-Van Gent. Zij merkt op dat het hof niet heeft geoordeeld over de vraag, of de afspraak van partijen ook inhoudt dat de partij die stelt dat de afspraak tot stand is gekomen onder invloed van dwaling, op grond van die afspraak de mogelijkheid wordt ontnomen om een voorlopig getuigenverhoor te entameren.¹⁶ Aan de andere kant lijkt het feit dat de Hoge Raad overweegt dat een andersluidende opvatting een 'niet gerechtvaardigde beperking (...) van de processuele mogelijkheden' zou betekenen, erop te wijzen dat hij een uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen in zijn algemeenheid onmogelijk acht.

Het arrest Gem. Rotterdam/Staat wijst er daarentegen wellicht op dat de Hoge Raad een dergelijke uitsluiting wel degelijk toelaatbaar vindt. In deze uitspraak stond een publiekrechtelijke overeenkomst, de Algemene Welzijnsovereenkomst (AWO), centraal die de staat met onder andere de gemeente Rotterdam had gesloten. De vraag kwam aan de orde of de burgerlijke rechter wel kan oordelen over een geschil over de uitvoering van een dergelijke publiekrechtelijke overeenkomst. Het hof had deze vraag bevestigend beantwoord, maar had een voorbehoud gemaakt voor het geval dat bij die overeenkomst een beroep op de burgerlijke rechter uitdrukkelijk zou zijn uitgesloten. In cassatie klaagt de staat dat een dergelijke uitsluiting ook stilzwijgend kan zijn overeengekomen of uit de strekking van de overeenkomst kan voortvloeien. De Hoge Raad verwierpt deze klacht. Daarbij stelt hij voorop dat het hof kennelijk tot uitgangspunt heeft genomen dat een overeenkomst als de AWO naar haar aard afdwingbare verplichtingen in het leven roept en dat geschillen daarover in beginsel ter beoordeling van de burgerlijke rechter staan. Dit uitgangspunt is volgens de Hoge Raad juist. Hij overweegt vervolgens:

'Denkbaar is dat partijen bij een overeenkomst als de onderhavige hebben afgesproken dat geschillen met betrekking tot die overeenkomst aan de burgerlijke rechter zullen zijn onttrokken. Van een dergelijke afspraak – die afgeleid kan worden uit de verklaringen en gedragingen van partijen en hetgeen zij over en weer op grond daarvan hebben aangenomen en in de gegeven omstandigheden mochten aannemen – moet evenwel blijken.'¹⁷

De Hoge Raad overweegt dus uitdrukkelijk dat het denkbaar is dat partijen bij overeenkomst hebben afgesproken dat geschillen met betrekking tot die overeenkomst aan de burgerlijke rechter zullen zijn onttrokken. Toch kan hieruit mijns

15 HR 26 september 2008, NJ 2008, 521 (Vanbuul q.q. c.s./Hoes c.s.), r.o. 5.2.

16 Conclusie A-G Wesseling-Van Gent voor HR 26 september 2008, NJ 2008, 521 (Vanbuul q.q. c.s./Hoes c.s.), nr. 3.9.

17 HR 5 februari 1993, NJ 1995, 716, m.nt. MS (Gem. Rotterdam/Staat), r.o. 4.3.

inziens niet worden afgeleid dat partijen de bevoegdheid om te procederen kunnen uitsluiten. De Hoge Raad stelt in deze uitspraak immers, zoals gezegd, voorop dat als uitgangspunt geldt dat een overeenkomst als de AWO naar haar aard afdwingbare verplichtingen in het leven roept en geschillen hierover in beginsel ter beoordeling van de burgerlijke rechter staan. Het feit dat toegang tot de burgerlijke rechter bestaat wordt door de Hoge Raad dus *gekoppeld* aan het feit dat uit de overeenkomst afdwingbare verplichtingen voortvloeien. De overweging dat partijen bij overeenkomst geschillen aan de burgerlijke rechter kunnen onttrekken, moet naar mijn mening dan ook zo worden uitgelegd, dat partijen kunnen bepalen dat uit hun overeenkomst geen afdwingbare verplichtingen voortvloeien. Een dergelijk beding is materieelrechtelijk van aard: het heeft tot gevolg dat tussen partijen een puur feitelijke afspraak tot stand komt, en niet een overeenkomst waaruit verbintenissen voortvloeien. *Doordat* geen afdwingbare verplichtingen tussen partijen bestaan, zijn hun geschillen aan de burgerlijke rechter onttrokken.¹⁸ Al met al kan uit deze uitspraak kortom niet worden afgeleid dat partijen de bevoegdheid om te procederen bij overeenkomst kunnen uitsluiten.

Op het eerste gezicht lijkt kortom aannemelijk dat partijen niet bij overeenkomst kunnen bepalen dat in het geheel geen toegang zal bestaan tot een rechter. Toch is het de vraag of dit inderdaad zo gemakkelijk geconcludeerd kan worden. In dit verband is het interessant om te kijken naar de situatie in Engeland en Duitsland (zie paragraaf 5.3.2). Ook het feit dat partijen bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen, wijst wellicht in een andere richting (zie paragraaf 5.3.3).

5.3.2 Rechtsvergelijking

5.3.2.1 Engels recht

Naar Engels recht is een overeenkomst waarbij partijen elkaar verplichten geen procedure tegen elkaar te beginnen, geldig. Een voorbeeld biedt de uitspraak van de Commercial Court in de zaak *National Westminster Bank Plc v. Rabobank Nederland*.¹⁹ In deze zaak waren partijen overeengekomen dat de Rabobank geen procedure zou beginnen tegen National Westminster Bank (NWB) met betrekking tot een bepaalde kwestie. In strijd met deze 'anti-claim clause' had Rabobank toch een vordering tegen NWB in Californië ingesteld. NWB vorderde vervolgens, op grond van schending van de clause, in een procedure in Engeland vergoeding van de proceskosten die zij had gemaakt in Californië. De Rabobank bracht hiertegen in dat de clause de Rabobank niet belette om een vordering tegen NWB in te stellen, maar dat hij NWB enkel een *inhoudelijk* verweer gaf tegen een dergelijke vordering. Het zou

¹⁸ Dat niet alle afspraken van partijen rechtsgevolgen in het leven roepen, is algemeen erkend. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-1*), p. 4, nr. 6; Smits 2003, p. 36-41, nr. 23; Scholten 1983, p. 8. Partijen kunnen expliciet overeenkomen dat hun afspraak juridisch niet-bindend is en slechts morele verplichtingen in het leven roept. Zie Smits 2003, p. 41-43, nr. 24. Door Wessels is daarentegen betoogd dat een dergelijke 'gentlemen's agreement' wel verbintenissen in het leven roept, maar dat deze niet afdwingbaar zijn (er zou dan sprake zijn van natuurlijke verbintenissen). Zie Wessels 1984, m.n. p. 34-35, 105-107; Wessels 1982, p. 332-377, m.n. p. 340-341, 373-374.

¹⁹ *National Westminster Bank Plc v. Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD.

kortom enkel gaan om een exonatiebeding, waardoor de aansprakelijkheid van NWB was uitgesloten.²⁰ Dit verweer werd door de Engelse rechter verworpen. De rechter stelde daarbij voorop dat de overeenkomst werd beheerst door Engels recht. Volgens de rechter ging de contractsbepaling verder dan een enkele beperking van aansprakelijkheid en diende zij ertoe om de mogelijkheid uit te sluiten om een procedure te beginnen. Het doel van de bepaling zou zijn een 'litigation-free future' voor NWB te garanderen.²¹ Schending van deze clause gaf dan ook recht op schadevergoeding.²²

Naar Engels recht is een overeenkomst waarbij partijen afspreken om niet tegen elkaar te procederen, dus wel degelijk mogelijk.²³ Kennelijk wordt in Engeland het gevaar van eigenrichting in dit verband niet als bezwaar gezien.

5.3.2.2 Duits recht

In de Duitse literatuur wordt tegenwoordig over het algemeen aangenomen dat een uitsluiting van de bevoegdheid een vordering in te stellen (uitsluiting van de 'Klagbarkeit' of van het 'Klagerecht') toelaatbaar is.²⁴ Dit is echter niet altijd zo geweest.²⁵ Zo meende Schiedermair dat overeenkomsten waarbij de rechtsbeschermingsaanspraak ('Rechtsschutzanspruch') wordt uitgesloten ontoelaatbaar zijn. De rechtsbeschermingsaanspraak richt zich volgens Schiedermair tegen de staat, zodat niet duidelijk is hoe partijen door een *onderlinge* afspraak deze aanspraak teniet zouden kunnen laten gaan. Volgens hem heeft de staat er bovendien belang bij dat private rechten beschermd kunnen worden. De rechtsbeschermingsaanspraak dient de instandhouding van de privaatrechtsorde. Uitschakeling van de rechtsbeschermingsaanspraak zou een terugkeer betekenen naar handhaving van rechten door middel van eigenrichting.²⁶ Overeenkomsten waarbij de rechtsbeschermingsaanspraak wordt uitgesloten zijn volgens Schiedermair dus niet mogelijk. Zijn standpunt is echter niet eenduidig. Zo acht hij een procesrechtelijke overeenkomst waarbij partijen afstand doen van concrete processuele rechten, zoals de processuele mogelijkheid een eis in te stellen, *wel* toelaatbaar.²⁷ Wat precies het verschil is tussen de afstand van de rechtsbeschermingsaanspraak en de afstand van het processuele recht om te klagen, maakt hij niet duidelijk.²⁸ Daarnaast acht Schiedermair bovendien een verbintenisrechtelijke overeenkomst, waarbij een partij zich verplicht een vordering nooit of slechts gedurende een bepaalde periode niet geldend te maken, toelaatbaar.

20 *National Westminster Bank Plc v. Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, nr. 436.

21 *National Westminster Bank Plc v. Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, nr. 438-439, 442.

22 *National Westminster Bank Plc v. Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, m.n. nr. 440.

23 Zie ook Bell 2003, p. 200-201, nr. 4.147, met verwijzing naar meer jurisprudentie. Zie verder bijv. Merrett, die meent dat een overeenkomst tot forumkeuze een absolute verplichting van partijen kan inhouden om enkel voor het aangewezen forum te procederen. Dit betekent dat indien dit forum geen rechtsmacht aanneemt, een partij in het geheel geen procedure aanhangig kan maken; Merrett 2006, p. 322-324.

24 Zie Wagner 1998, p. 393 e.v., met verwijzing naar literatuur.

25 Zie Wagner 1998, p. 393.

26 Schiedermair 1935, p. 90-94.

27 Schiedermair 1935, p. 94.

28 Zo ook Wagner 1998, p. 392-393.

Tegenwoordig worden overeenkomsten waarbij afstand wordt gedaan van de mogelijkheid een vordering in te stellen door de meeste auteurs toelaatbaar geacht. Zo meent Schlosser dat aangezien partijen bij overeenkomst een verbintenis in haar geheel op kunnen heffen, zij ook de mogelijkheid moeten hebben enkel de bevoegdheid te beperken om deze verbintenis gerechtelijk af te dwingen. Wel is Schlosser van mening dat indien de mogelijkheid een vordering in te stellen geheel en al wordt uitgesloten, streng moet worden getoetst of deze overeenkomst voldoende bepaald is en of zij niet op onbehoorlijke wijze tot stand is gekomen.²⁹ Wagner wijst er daarnaast op dat de bevoegdheid een aanspraak gerechtelijk geldend te maken ter vrije beschikking van partijen staat: het staat partijen vrij een aanspraak *niet* geldend te maken. Hier volgt volgens Wagner uit dat er geen openbaar belang bij bestaat dat rechten ook daadwerkelijk afgedwongen worden. Het algemeen belang kan volgens hem dan ook niet aan een overeenkomst in de weg staan waarbij de bevoegdheid om een vordering in te stellen wordt uitgesloten.³⁰ Ook de wens partijen te beschermen leidt in dit geval niet tot een andere conclusie. Het algemene contractenrecht, en met name de bepalingen met betrekking tot algemene voorwaarden, biedt volgens Wagner namelijk voldoende bescherming.³¹ Het contractenrecht brengt bijvoorbeeld mee dat een eenzijdige uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen, waarbij slechts een van de partijen wordt belet om een vordering in te stellen, over het algemeen niet door de beugel zal kunnen.³²

Zowel Schlosser als Wagner hebben, ter onderbouwing van hun standpunt dat partijen bij overeenkomst de bevoegdheid een vordering in te stellen kunnen uitsluiten, ook een beroep gedaan op het feit dat partijen bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen.³³ Op dit argument zal in paragraaf 5.3.3 nader worden ingegaan.

5.3.2.3 Tussenconclusie

Zowel naar Engels als naar Duits recht wordt een overeenkomst waarbij de bevoegdheid om te procederen wordt uitgesloten, toelaatbaar geacht. In beide stelsels is echter nauwelijks aandacht voor het gevaar van eigenrichting dat een dergelijke afspraak met zich brengt.

De opvatting van Wagner dat het geen algemeen belang is dat partijen hun aanspraken gerechtelijk geldend kunnen maken, kan niet worden geaccepteerd. Indien de mogelijkheid van partijen om hun gerechtelijke aanspraken gerechtelijk geldend te maken te veel wordt beperkt, ontstaat gevaar van eigenrichting. Daar doet, anders dan Wagner en Schlosser menen, niet aan af dat partijen ook kunnen beschikken over hun materiële aanspraken. In het vorige hoofdstuk is betoogd dat het gevaar van eigenrichting met name groot is als er een discrepantie ontstaat tussen hetgeen feitelijk geldt, en hetgeen een partij bij de rechter kan krijgen.

²⁹ Schlosser 1968, p. 65-66.

³⁰ Wagner 1998, p. 440-442.

³¹ Wagner 1998, p. 443-444.

³² Wagner 1998, p. 452-454.

³³ Schlosser 1968, p. 66-67; Wagner 1998, p. 413-416.

Het is dan ook niet wenselijk aan het Engelse en Duitse recht een voorbeeld te nemen. Wel verdient de vergelijking met de natuurlijke verbintenis, die in de Duitse literatuur is gemaakt, nadere aandacht.

5.3.3 *Natuurlijke verbintenis*

5.3.3.1 *Inleiding*

Artikel 6:3 lid 1 BW bepaalt dat een natuurlijke verbintenis een rechtens niet-afdwingbare verbintenis is. Het zou daarbij gaan om een verbintenis waaraan geen rechtsvordering is verbonden.³⁴ In geval van een natuurlijke verbintenis lijkt dus juist sprake te zijn van hetgeen eerder werd verworpen: een partij heeft enerzijds wel een subjectief recht, maar anderzijds ontbreekt de mogelijkheid om dit recht bij de rechter af te dwingen. Het is de vraag hoe dit te rijmen valt met het hiervoor verdedigde standpunt dat het in het algemeen belang is dat partijen toegang tot de rechter hebben. Deze vraag dringt zich des te sterker op indien men ziet dat partijen zelfs *bij overeenkomst* natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen. Volgens artikel 6:3 lid 2 sub a BW kan een natuurlijke verbintenis onder andere bij rechtshandeling ontstaan. Partijen kunnen blijkens de parlementaire geschiedenis zowel aan een bestaande, als aan een te creëren verbintenis door middel van een rechtshandeling de afdwingbaarheid onthouden.³⁵ Het staat ook niet vast dat dergelijke overeenkomsten slechts zelden voorkomen. Volgens Wessels zal in die gevallen waarin partijen een zogenaamd 'gentlemen's agreement' sluiten, veelal een overeenkomst beoogd zijn waarbij natuurlijke verbintenissen in het leven worden geroepen.³⁶ In deze opvatting komen natuurlijke verbintenissen dus regelmatig voor. De tot dan toe heersende leer nam aan dat bij een 'gentlemen's agreement' sprake is van een overeenkomst die rechtens niet bindt.³⁷

In geval van een natuurlijke verbintenis lijkt dus sprake van een discrepantie tussen hetgeen feitelijk geldt, en hetgeen een partij bij de rechter kan verkrijgen. Eggens en Schoordijk hebben zich om die reden tegen het begrip 'natuurlijke verbintenis' zoals omschreven in artikel 6:3 lid 1 BW gekeerd. Zij menen dat een rechtsverbintenis die haar sanctie niet vindt in rechtsdwang uitgeoefend door staatsorganen, een *contradictio in terminis* is. Van een verbintenis kan enkel worden gesproken indien zij zo nodig kan worden afgedwongen met overheidshulp.³⁸

Feit is echter dat de wetgever de verbintenis die rechtens niet afdwingbaar is, uitdrukkelijk heeft erkend. Dit geldt bovendien niet enkel voor de verbintenis, maar ook voor andere rechtsplichten. Partijen kunnen ook aan andere rechtsplichten door middel van een overeenkomst de afdwingbaarheid onthouden. Dit blijkt uit artikel 3:296 lid 1 BW, waarin is bepaald dat '*[t]enzij (..) uit een rechtshandeling anders*

34 Parl. Gesch. Boek 3, p. 893; Parl. Gesch. Boek 6, p. 81.

35 Parl. Gesch. Boek 6, p. 78.

36 Wessels 1982, m.n. p. 340, 344, 356-357, 373-374; Wessels 1984, p. 35, 45, 67-69, 105-106; Wessels 1988, p. 181 e.v.

37 Zie Wessels 1982, p. 336, 340, 341-342; Wessels 1984, p. 27-28, 34, 37-40, 41; Van der Beek 1985, p. 738.

38 Eggens 1936, m.n. p. 359-360, 363-364, 373; Schoordijk 1979, m.n. p. 59, 62.

volgt, (...) hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, [wordt] veroordeeld' (cursivering MWK).

Moet hier nu uit worden afgeleid dat de wetgever het geen probleem vindt dat er een discrepantie kan ontstaan tussen hetgeen binnen en buiten de rechtszaal geldt? Volgt hieruit dat partijen ook bij overeenkomst kunnen afspreken om niet tegen elkaar te procederen? Of bestaat toch onderscheid tussen het creëren van een natuurlijke verbintenis en het uitsluiten van de bevoegdheid om naar de rechter te gaan? Om hierop een antwoord te kunnen geven, zal kort gekeken worden naar de Duitse literatuur.

5.3.3.2 Duitse literatuur

In de Duitse literatuur is door zowel Schlosser als Wagner aandacht besteed aan de mogelijkheid om bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen in het leven te roepen. Volgens Wagner bestaat er wel degelijk verschil tussen deze overeenkomst en de overeenkomst waarbij de bevoegdheid om te klagen wordt uitgesloten. Wagner gaat eerst uitgebreid in op de vraag wat precies onder het 'Klagerecht' moet worden verstaan. In de Duitse literatuur bestaat discussie over de verhouding tussen het 'Klagerecht' en de materiële aanspraak. Sommige auteurs zien het 'Klagerecht' als materieelrechtelijk van aard, terwijl anderen dit als een procesrechtelijk begrip beschouwen. Daarnaast is in de literatuur het overkoepelende begrip 'Rechtsschutzanspruch' ontwikkeld, waaronder een tegen de staat gerichte aanspraak op een gunstig oordeel wordt verstaan. Deze 'Rechtsschutzanspruch' zou uit materieelrechtelijke en procesrechtelijke elementen zijn samengesteld.³⁹ Wagner zelf ziet het 'Klagerecht' als procesrechtelijk van aard. Het gaat daarbij volgens hem om de bevoegdheid een aanspraak gerechtelijk geldend te maken.⁴⁰ In dit opzicht bestaat in zijn opvatting een verschil met de natuurlijke verbintenis. In geval van een natuurlijke verbintenis ontbreekt namelijk niet dit procesrechtelijke 'Klagerecht', maar de materieelrechtelijke bevoegdheid om te vorderen ('Einforderungsbefugnis'). Dit blijkt uit het feit dat de schuldeiser in geval van een natuurlijke verbintenis ook *buitengerechtelijk* zijn aanspraak niet af kan dwingen. Verrekening is bijvoorbeeld uitgesloten. Een vordering tot nakoming van een natuurlijke verbintenis wordt dan ook op *inhoudelijke* gronden afgewezen, en niet op grond van het feit dat het instellen van een vordering ontoelaatbaar zou zijn.⁴¹

Hoewel Wagner dus een duidelijk verschil ziet tussen beide overeenkomsten, ziet hij in de mogelijkheid om bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen te creëren wel een argument dat ook een procesrechtelijke overeenkomst mogelijk is. Het is volgens Wagner namelijk niet duidelijk waarom partijen wel over de materieelrechtelijke bevoegdheden tot afdwinging van hun rechten zouden kunnen beschikken, maar niet over de procesrechtelijke. Indien zij de mogelijkheid van verrekening kunnen

39 Zie voor een overzicht van de verschillende theorieën Wagner 1998, p. 397 e.v.

40 Wagner 1998, p. 413.

41 Wagner 1998, p. 413-416.

uitsluiten, moeten zij ook kunnen beschikken over de bevoegdheid een aanspraak gerechtelijk geldend te maken.⁴²

Ook Schlosser ziet in het bestaan van de mogelijkheid om bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen in het leven te roepen een argument om de overeenkomst waarbij de bevoegdheid een vordering in te stellen wordt uitgesloten, toelaatbaar te achten. Volgens Schlosser geldt dat, als er al een verschil bestaat tussen beide, de overeenkomst waarbij een natuurlijke verbintenis wordt gecreëerd een verdergaande afspraak is. In geval van een natuurlijke verbintenis wordt het afdwingen van de aanspraak namelijk *in zijn geheel* onmogelijk gemaakt, terwijl bij uitsluiting van het 'Klagerecht' slechts de *gerechtelijke* afdwingbaarheid wordt onthouden.⁴³

5.3.3.3 *Onderscheid natuurlijke verbintenis en uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen*

In de vorige paragraaf is gebleken dat Wagner twee soorten overeenkomsten onderscheidt. De overeenkomst waarbij partijen een natuurlijke verbintenis in het leven roepen heeft betrekking op de materieelrechtelijke 'Einforderungsbefugnis', terwijl de afspraak waarbij de bevoegdheid wordt uitgesloten om een aanspraak gerechtelijk geldend te maken ziet op het procesrechtelijke 'Klagerecht'. De eerste overeenkomst is daarom materieelrechtelijk van aard, de tweede procesrechtelijk.

Kan een vergelijkbaar onderscheid ook naar Nederlands recht worden gemaakt? In dit verband is van belang dat Heemskerk, in navolging van Rutten, ten eerste de aanspraak of het subjectieve recht van de schuldeiser onderscheidt, ten tweede het recht om te vorderen (vorderingsrecht) of *ius agendi*, en ten slotte de rechtsvordering als processueel middel, de actie. Daarbij ziet hij het '*ius agendi*' als de materiële bevoegdheid om een bepaalde vordering bij de rechter in te stellen en de 'rechtsvordering' als de processuele handeling van het instellen van de eis.⁴⁴ Een natuurlijke verbintenis ziet hij als een verbintenis waarbij het *ius agendi* ontbreekt.⁴⁵ Snijders neemt dit onderscheid over, maar wil bij de betekenis van de term vorderingsrecht iets meer de nadruk leggen op de mogelijkheid dat het vorderingsrecht voor inroeping van subjectieve rechten *buiten rechte* wordt benut. Ook de bevoegdheid tot inroeping van subjectieve rechten buiten rechte laat zich volgens hem als component van het vorderingsrecht beschouwen.⁴⁶

Het lijkt inderdaad het *ius agendi* in deze bredere betekenis te zijn, dat in geval van een natuurlijke verbintenis ontbreekt. Een schuldeiser van een natuurlijke verbintenis kan zijn recht namelijk op geen enkele wijze afdwingen, gerechtelijk noch buitengerechtelijk. Volgens Hartkamp en Sieburgh kan nakoming van een natuurlijke verbintenis ook niet op andere wijze dan door het instellen van een rechtsvordering afgedwongen worden.⁴⁷ Volgens de parlementaire geschiedenis

42 Wagner 1998, p. 441-442.

43 Schlosser 1968, p. 66-67.

44 Heemskerk 1974, p. 7.

45 Heemskerk 1974, p. 18, 22-23.

46 Snijders 1992b, p. 18-21; dit aspect valt volgens Heemskerk niet onder het vorderingsrecht, zie Heemskerk 1974, p. 8-9.

47 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 54, nr. 68.

kunnen de bepalingen krachtens welke de schuldeiser zich, zonder een procedure aan te spannen, uit het vermogen van de schuldenaar de hem toekomende prestatie kan verschaffen, zoals verificatie bij faillissement, bij een natuurlijke verbintenis geen toepassing vinden.⁴⁸ Bovendien wordt aangenomen dat de schuldeiser nakoming van een natuurlijke verbintenis niet kan bewerkstelligen door de verbintenis te verrekenen en dat in geval van niet-nakoming niet de mogelijkheid bestaat van opschorting of ontbinding.⁴⁹ Nu zou men nog kunnen denken dat het hier enkel de mogelijkheid betreft om *in rechte* een beroep te doen op verrekening, ontbinding of opschorting: *feitelijk* zouden partijen deze bevoegdheden wel degelijk bezitten. In de parlementaire geschiedenis en de literatuur wordt echter opgemerkt dat deze bepalingen *niet van toepassing zijn*, en niet dat hierop bij de rechter geen beroep kan worden gedaan.⁵⁰ Aangenomen moet dan ook worden dat een partij *überhaupt* niet het recht heeft om te verrekenen, te ontbinden of op te schorten. Overigens geldt een uitzondering voor de natuurlijke verbintenis die overblijft na verjaring. Opschorting en verrekening blijven in dat geval gewoon mogelijk, zo blijkt uit artikel 6:56 en 6:131 lid 1 BW.

Een schuldeiser kan een natuurlijke verbintenis dus niet alleen gerechtelijk, maar ook buitengerechtelijk niet afdwingen. Het is zelfs de vraag of hij zijn schuldenaar tot betaling mag bewegen door het sturen van aanmaningen, het plegen van telefoontjes en het inschakelen van een incassobureau. In geval van een civiele verbintenis staat vast dat dit toelaatbare middelen zijn om een schuldenaar tot betaling te bewegen, maar in geval van een natuurlijke verbintenis lijkt mij dit al snel onrechtmatig. Het enige wat een schuldeiser van een natuurlijke verbintenis kan doen is rustig afwachten of zijn schuldeiser wellicht uit zichzelf betaalt. Het feit dat hij een subjectief recht heeft op de prestatie brengt enkel mee dat hij een eventuele prestatie niet ongedaan hoeft te maken, maar dit recht houdt, indien de schuldenaar niet uit zichzelf presteert, geen enkele bevoegdheid in om de prestatie ook dichterbij te brengen.

Bij nadere beschouwing lijkt er kortom in geval van een natuurlijke verbintenis helemaal geen discrepantie aanwezig te zijn tussen hetgeen binnen en buiten de rechtszaal geldt. De reden dat de rechter een vordering tot bijvoorbeeld verrekening zal afwijzen, is omdat de schuldeiser van een natuurlijke verbintenis nu eenmaal geen recht heeft op verrekening. Hetzelfde geldt voor de vordering tot nakoming: de schuldeiser mist, ook buitengerechtelijk, de bevoegdheid om nakoming te vorderen. Er bestaat in deze gevallen dus, zoals ook Wagner betoogt, een *materieelrechtelijke* reden voor afwijzing van de eis. De afspraak dat uit een overeenkomst enkel natuurlijke verbintenissen voortvloeien, is materieelrechtelijk van aard.

Indien partijen afspreken om niet tegen elkaar te procederen, sluiten zij daarentegen niet het *ius agendi* uit, maar de mogelijkheid een rechtsvordering in te stellen. Deze mogelijkheid bestaat onafhankelijk van de aanwezigheid van een vorderingsrecht:

48 Parl. Gesch. Boek 6, p. 85; zie voor een beperkte uitzondering in geval van een natuurlijke verbintenis die overblijft na verjaring art. 3:323 lid 2 BW.

49 Parl. Gesch. Boek 6, p. 85; Wessels 1988, p. 365-366; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 65, nr. 82.

50 Parl. Gesch. Boek 6, p. 85; Wessels 1988, p. 365-366; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 65, nr. 82.

ook een partij aan wie (achteraf) geen vorderingsrecht toekomt, kan immers een procedure beginnen.⁵¹ Indien een partij wel een vorderingsrecht heeft, maar de bevoegdheid mist een rechtsvordering in te stellen, ontstaat er wel een discrepantie tussen hetgeen binnen en buiten de rechtszaal geldt. Een partij heeft dan wel de mogelijkheid om nakoming te vorderen, om te verrekenen, of om op te schorten, maar zij kan hierop bij de rechter geen beroep doen. De redenering van Schlosser, dat aangezien partijen *iedere* mogelijkheid tot afdwinging van hun rechten kunnen uitsluiten, zij ook de mogelijkheid moeten hebben om slechts de *gerechtelijke* afdwinging van hun rechten te beperken, gaat dan ook niet op.

Er is kortom wel degelijk verschil tussen de afspraak om niet te procederen en de afspraak waarbij partijen een natuurlijke verbintenis in het leven roepen. Dit blijkt ook uit het feit dat een partij in dit laatste geval soms wél met succes naar de rechter kan stappen. Niet ieder vorderingsrecht is namelijk gebaseerd op een subjectief recht. Zo blijven partijen in geval van een overeenkomst waaruit slechts natuurlijke verbintenissen voortvloeien bevoegd om op grond van artikel 6:258 BW aan de rechter te verzoeken de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk te ontbinden wegens onvoorziene omstandigheden. Met behulp van dit *ius agendi* dwingt een partij niet haar subjectieve rechten uit de overeenkomst af, maar wordt een nieuwe rechtstoestand in het leven geroepen.⁵² In artikel 6:250 BW is bovendien bepaald dat artikel 6:258 BW van dwingend recht is. Hieruit volgt dat partijen de bevoegdheid om op grond van deze bepaling wijziging of ontbinding te verzoeken niet kunnen uitsluiten. Partijen behouden kortom, ook indien uit hun overeenkomst enkel natuurlijke verbintenissen voortvloeien, altijd een zekere mate van toegang tot de rechter. Wel is het uiteraard de vraag in hoeverre een partij, indien enkel sprake is van natuurlijke verbintenissen, belang heeft bij haar verzoek of vordering. Mijns inziens is niet uitgesloten dat wel degelijk een voldoende belang aanwezig is. Een partij wil bijvoorbeeld in principe graag aan haar natuurlijke verbintenissen voldoen, maar dit is als gevolg van onvoorziene omstandigheden voor haar onmogelijk. Na wijziging door de rechter is te verwachten dat zij vrijwillig de gewijzigde overeenkomst na zal komen.

Om dezelfde reden meen ik dat ook het vorderen van een verklaring voor recht in geval van een natuurlijke verbintenis niet per definitie uitgesloten is. In veel gevallen heeft een partij er geen belang bij dat het bestaan en de omvang van een natuurlijke verbintenis worden vastgesteld, maar niet uit te sluiten valt dat dit in bepaalde gevallen wel zo is.⁵³

Er bestaat kortom wel degelijk verschil tussen de overeenkomst waarbij enkel natuurlijke verbintenissen in het leven worden geroepen en de afspraak om niet tegen elkaar te procederen. In het eerste geval ontstaat geen discrepantie tussen

51 Zie anders Heemskerk 1974, p. 9.

52 Zie over vorderingsrechten die niet zijn gebaseerd op een subjectief recht nader Heemskerk 1974, p. 10-13.

53 Zo ook Wessels 1982, p. 374; Wessels 1984, p. 106-107; Wessels 1988, p. 77. Wessels lijkt echter wel van mening dat de toegang tot de rechter geheel is uitgesloten indien het partijen er bij het aangaan van het agreement juist om te doen geweest is de zaak of hun transactie buiten de openbaarheid en dus buiten inmenging van de rechter te houden. Zie Wessels 1984, p. 106-107; zie bovendien HR 29 september 1995, NJ 1997, 419, m.nt. CJHB onder NJ 1997, 420 (W./Staat), r.o. 3.6, waarin een voldoende belang bij een verklaring voor recht afwezig werd geacht.

hetgeen feitelijk geldt en hetgeen waarop door de rechter acht geslagen kan worden, in het tweede geval wel. Bovendien is in het eerste geval niet elke mogelijkheid om succesvol naar de rechter te stappen uitgesloten.

5.3.3.4 De natuurlijke verbintenis en het gevaar van eigenrichting

Het klinkt mooi: indien partijen bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen in het leven roepen sluiten zij het *ius agendi* uit, en ontstaat er geen discrepantie tussen hetgeen feitelijk en hetgeen bij de rechter geldt. In geval van een afspraak om niet te procederen sluiten partijen daarentegen de mogelijkheid een rechtsvordering in te stellen uit, en ontstaat een dergelijke discrepantie wel. In het eerste geval bestaat daardoor geen gevaar van eigenrichting, en in het tweede geval wel.

Het is echter de vraag of het in de praktijk ook daadwerkelijk op deze manier werkt. Het verschil tussen een uitsluiting van het *ius agendi* en een uitsluiting van de bevoegdheid een rechtsvordering in te stellen is vrij subtiel. Zal het voor een partij in een concrete situatie verschil maken of de rechter haar vordering afwijst omdat het *ius agendi* ontbreekt, of omdat zij de bevoegdheid een rechtsvordering in te stellen mist? Zoals gezegd zal het lastig zijn aan een partij te verkopen dat zij ergens wel recht op heeft, dat zij in principe ook de bevoegdheid heeft dit recht af te dwingen, maar dat zij niet de mogelijkheid heeft om naar de rechter te stappen. Het is echter sterk de vraag of het veel makkelijker valt uit te leggen dat een partij wel een recht heeft, maar dat zij niet de bevoegdheid heeft om dit recht af te dwingen, zodat zij ook niet naar de rechter kan stappen.

Het gevaar van eigenrichting lijkt mij in geval van een natuurlijke verbintenis dan ook wel degelijk aanwezig. Hoe valt dan te verklaren dat partijen toch bij rechtshandeling natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen? In de parlementaire geschiedenis wordt als voorbeeld genoemd de situatie waarin een schuldenaar met een of meer schuldeisers overeenkomt, dat indien hij een bepaald percentage van zijn schulden voldoet, die schuldeisers afzien van de afdwingbaarheid van hun vorderingsrechten voor het restant.⁵⁴ Opvallend is dat in een dergelijk geval het gevaar van eigenrichting niet erg groot is. De schuldeisers zullen niet verwachten dat hun vorderingen ooit nog voldaan worden, en zullen het eerder als mooi meegenomen zien indien dit toch gebeurt. Voor het andere voorbeeld dat de parlementaire geschiedenis noemt, de situatie waarin een erflater in zijn testament heeft bepaald dat degene aan wie hij een goed legateert jegens de erfgenaam die met de uitkering wordt belast een rechtens niet-afdwingbaar recht heeft, geldt hetzelfde in iets minder sterke mate.⁵⁵

Tegen deze achtergrond zou ik willen betogen dat niet te snel kan worden aangenomen dat partijen bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen in het leven hebben willen roepen. Enkel indien de schuldeiser accepteert dat hij de prestatie wellicht nooit ontvangt, kan aangenomen worden dat dit de strekking van de overeenkomst is. In andere gevallen zal al snel sprake zijn van een ontoelaatbare uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen (dit uiteraard in de veronderstelling

⁵⁴ Parl. Gesch. Boek 6, p. 78.

⁵⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 78.

dat wel sprake is van een juridisch bindende, en niet van een puur feitelijke afspraak). Een aanwijzing dat van een dergelijke ontoelaatbare overeenkomst sprake is, is het feit dat partijen weliswaar een procedure bij de rechter verbieden, maar wel andere sancties op niet-nakoming van de verbintenis zijn overeengekomen.

Op basis hiervan moet een bepaling in een antikraakcontract dat het niet is toegestaan om juridische stappen te ondernemen, ontoelaatbaar worden geacht. Het is niet aannemelijk dat partijen hiermee natuurlijke verbintenissen in het leven hebben willen roepen. De kraakwacht verwacht immers wel degelijk volledige nakoming van de overeenkomst die hij met de antikraakorganisatie heeft gesloten. Het is niet zo dat hij accepteert dat hij wellicht toegang krijgt tot de woonruimte, maar wellicht ook niet. De strekking van de overeenkomst is dus om slechts de mogelijkheid om te procederen uit te sluiten, hetgeen ontoelaatbaar is.

5.3.4 Uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen met betrekking tot een gedeelte van een vordering

Partijen kunnen de bevoegdheid om te procederen niet uitsluiten, omdat dit een groot gevaar van eigenrichting meebrengt. Zouden partijen wel kunnen overeenkomen dat over een deel van een vordering niet geprocedeerd wordt? A beweert bijvoorbeeld een vordering van € 20.000 te hebben op B. B betwist wel het bestaan van deze vordering, maar niet de hoogte ervan. A en B spreken vervolgens af dat A bij de rechter enkel betaling van € 1000 zal eisen, dit om ervoor te zorgen dat partijen minder griffierecht hoeven te voldoen. Daarbij belooft B de overige € 19.000 vrijwillig te betalen, mocht de rechter A gelijk geven.⁵⁶

Is een dergelijke overeenkomst geldig? Indien A zich bedenkt en bij de rechter toch de volle € 20.000 vordert omdat hij er niet op vertrouwt dat B het restantbedrag vrijwillig zal voldoen, kan B hem dan aan zijn afspraak houden? Aangevoerd zou kunnen worden dat in dit geval geen gevaar van eigenrichting bestaat. Partijen hebben immers enkel een geschil over het bestaan van de vordering, en dit geschil kan A zonder meer aan de rechter voorleggen. Indien B uiteindelijk niet vrijwillig betaalt, is sprake van wanprestatie en kan A de overeenkomst om niet te procederen ontbinden. Hij kan dan alsnog voor het restant van de vordering naar de rechter gaan.

Toch is ook de overeenkomst om over een gedeelte van een vordering niet te procederen, nietig. Nog los van de vraag of hierdoor de toegang tot de rechter te zeer belemmerd wordt, lijkt mij sprake van een ontoelaatbare omzeiling van de wettelijke regeling van het griffierecht. Daarbij komt dat door een dergelijke afspraak het gevaar ontstaat dat de rechterlijke macht zich twee keer met dezelfde vordering moet bezighouden, hetgeen vanuit het belang van een beperkte inzet van overheidsmiddelen ongewenst is.

Dat de overeenkomst om slechts over een gedeelte van een vordering te procederen nietig is, betekent uiteraard niet dat partijen *feitelijk* niet op deze manier kunnen handelen. In de praktijk kunnen partijen dus wel degelijk de regeling van het

⁵⁶ Dergelijke afspraken schijnen in Duitsland wel voor te komen; zie Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 113, nr. 84.

griffierecht omzeilen. Op het moment dat A toch een vordering voor een hoger bedrag instelt, is hij in deze vordering echter gewoon ontvankelijk.

5.3.5 Tussenconclusie

Partijen kunnen bij overeenkomst niet de bevoegdheid om te procederen volledig uitsluiten. Zowel het algemeen belang van een voldoende toegang tot de rechter, als het belang van bescherming van partijen, staat hieraan in de weg. Het feit dat partijen bij overeenkomst wel natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen, leidt niet tot een andere conclusie. In geval van een natuurlijke verbintenis missen partijen immers ook buitengerechtelijk de mogelijkheid om deze verbintenis af te dwingen. De rechter zal de eis in dat geval dan ook om een materieelrechtelijke reden afwijzen. Er doet zich in dat geval dus geen discrepantie voor tussen hetgeen binnen en buiten de rechtszaal geldt.

Partijen kunnen niet overeenkomen om over een deel van een vordering niet te procederen.

5.4 Tijdelijke uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen

5.4.1 Inleiding

Denkbaar is niet alleen dat partijen de bevoegdheid om te procederen geheel willen uitsluiten, zij kunnen ook afspreken dat tijdelijk niet geprocedeerd zal worden. Voorbeeld hiervan is de afspraak tot bindend advies (paragraaf 5.4.2) en de afspraak tot mediation (paragraaf 5.4.3).

Overeenkomsten waarbij de bevoegdheid om te procederen tijdelijk wordt beperkt, zijn ook in de Duitse literatuur aan de orde geweest. In dat verband kan worden verwezen naar hetgeen hiervoor is opgemerkt over de volledige uitsluiting (zie paragraaf 5.3.2.2). De auteurs die een blijvende uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen mogelijk achten, zien ook geen bezwaar tegen een tijdelijke uitsluiting.⁵⁷ Schiedermaier daarentegen, die meent dat geen afstand kan worden gedaan van de rechtsbeschermingsaanspraak, neemt hetzelfde aan voor een tijdelijke beperking.⁵⁸

5.4.2 De overeenkomst tot bindend advies

Door middel van een overeenkomst tot bindend advies beogen partijen de toegang tot de overheidsrechter tijdelijk uit te sluiten. Strekking van de overeenkomst is immers dat partijen met hun geschil niet direct bij de overheidsrechter terecht kunnen, maar eerst een bindendadviesprocedure moeten volgen. Na afloop van een dergelijke procedure staat de toegang tot de overheidsrechter echter gewoon weer open. Daarbij geldt wel dat de materiële rechtsverhouding van partijen als gevolg van de uitspraak van bindend adviseurs in de tussentijd wellicht gewijzigd is.

⁵⁷ Wagner 1998, p. 445-450; Schlosser 1968, p. 68-69.

⁵⁸ Schiedermaier 1935, p. 90-94, 181.

Deze overeenkomst, waarbij partijen de overheidsrechter tijdelijk buitenspel zetten ten behoeve van behandeling door bindend adviseurs, wordt in de rechtspraak als geldig erkend. Indien een partij zich in strijd met een dergelijke overeenkomst tot de overheidsrechter wendt, wordt zij niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering.⁵⁹

In de literatuur is wel de vraag gesteld, of een dergelijke overeenkomst niet zou moeten leiden tot onbevoegdheid van de rechter.⁶⁰ Door een overeenkomst tot bindend advies worden partijen immers afgetrokken van de wettelijke rechter.⁶¹ De reden dat de overeenkomst toch leidt tot niet-ontvankelijkheid is wellicht dat de rechter door een dergelijke overeenkomst slechts tijdelijk buitenspel wordt gezet. Nadat de bindendadviesprocedure is gevolgd, staat het de overheidsrechter gewoon weer vrij de zaak te behandelen. De term 'onbevoegdheid' wordt dan slechts gereserveerd voor die gevallen waarin de rechter in geen geval, ook in de toekomst niet, de juiste instantie in die zaak is.

Aldus opgevat bestaat geen bezwaar tegen het gebruik van de sanctie van niet-ontvankelijkheid in deze gevallen. Daarbij moet dan wel benadrukt worden dat deze niet-ontvankelijkheid niet berust op de gedachte dat partijen geen invloed op de bevoegdheid van de rechter zouden kunnen uitoefenen.⁶² Zij is niet het gevolg van het feit dat de rechter hiermee de nakoming van een verplichting van partijen om hun geschil aan bindend adviseurs voor te leggen afdwingt. Een dergelijke constructie is hiervoor als ondeugdelijk verworpen (zie paragraaf 4.3.1). Dat hiervan ook geen sprake is, blijkt uit het feit dat door de Hoge Raad is erkend dat partijen door de overeenkomst tot bindend advies worden afgetrokken van de rechter die de wet hun toekent.⁶³ De reden dat een dergelijke overeenkomst leidt tot niet-ontvankelijkheid, en niet tot onbevoegdheid, is dus enkel dat de rechter niet blijvend, maar slechts tijdelijk buitenspel wordt gezet. Het beroep op niet-ontvankelijkheid is dan ook een processueel verweer. Er is geen sprake van een verweer ten principale, maar van een exceptie die bij aanvang van het geding naar voren moet worden gebracht.⁶⁴

5.4.3 De overeenkomst tot mediation

5.4.3.1 Stand van zaken

Zouden partijen de mogelijkheid om te procederen tijdelijk kunnen uitsluiten door middel van een overeenkomst tot mediation? Zij spreken dan af dat zij, voordat zij

59 Zie bijv. HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 275, m.nt. PAS (Van Delft/Van Boxtel), r.o. 3.2.

60 Meijer 1992, p. 66; Snijders 2011c, p. 54-55, boek IV Rv, aant. 7.

61 HR 8 juni 1951, *NJ* 1952, 144, m.nt. DJV (Nietvelt/Teuling), p. 339-340; HR 24 september 1964, *NJ* 1965, 359, m.nt. JHB (De Rooy c.s./Hillen c.s.), p. 1302.

62 Zie anders Asser in zijn noot bij Rb. Amsterdam 13 maart 2002, *TvA* 2003, p. 72-74, m.nt. W.D.H. Asser, p. 73-74.

63 HR 8 juni 1951, *NJ* 1952, 144, m.nt. DJV (Nietvelt/Teuling), p. 339-340; HR 24 september 1964, *NJ* 1965, 359, m.nt. JHB (De Rooy c.s./Hillen c.s.), p. 1302.

64 Anders Stein in zijn noot bij HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 275, m.nt. PAS (Van Delft/Van Boxtel), nr. 2; Asser in zijn noot bij Rb. Amsterdam 13 maart 2002, *TvA* 2003, p. 72-74, m.nt. W.D.H. Asser, p. 74; zie voor het onderscheid tussen excepties en verweren ten principale HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 374, m.nt. HER (Staat/G.). Onder excepties worden verstaan die verweermiddelen die ertoe strekken dat de rechter, aan wie het geschil is voorgelegd, op grond van regels van processuele aard niet tot een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil zelf kan komen (r.o. 3.3).

naar de rechter gaan, eerst een poging tot mediation zullen wagen. Is een dergelijke afspraak geldig?

In een beschikking uit 2006 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over deze vraag. In een procedure over de vaststelling van partneralimentatie hadden partijen tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep verklaard dat het in hun beider belang was om onder begeleiding van een mediator tot een oplossing te komen van hun geschillen. Vervolgens besloot de vrouw echter toch om af te zien van mediation. Nu was de vraag of het hof haar desondanks had moeten verwijzen naar mediation. De Hoge Raad overwoog:

'Het gaat hier om geschillen tussen twee particulieren, die in de loop van een geding hebben afgesproken om te pogen een minnelijke regeling langs de weg van mediation te bereiken. Gelet op de aard van het middel van mediation staat het beide partijen te allen tijde vrij hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen.'⁶⁵

In eerste instantie lijkt het of de Hoge Raad de mogelijkheid van een bindende overeenkomst tot mediation volledig heeft willen uitsluiten. Hij overweegt nogal stellig dat het partijen, gelet op de aard van het middel van mediation, te allen tijde vrijstaat om van mediation af te zien. In de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat deze uitspraak niet zo moet worden uitgelegd dat een afspraak tot mediation *nooit* verbindend is. In bepaalde omstandigheden zou wel degelijk een inspanningsverbintenis van partijen kunnen worden aangenomen om te pogen via mediation hun geschil op te lossen.⁶⁶ Een aanwijzing hiervoor is dat de Hoge Raad uitdrukkelijk vooropstelt dat sprake is van geschillen tussen twee particulieren, die in de loop van een geding hebben afgesproken om te pogen een minnelijke regeling langs de weg van mediation te bereiken. Het oordeel zou in geval van bijvoorbeeld geschillen tussen bedrijven of van een op voorhand gemaakt mediationbeding dus wel eens anders kunnen zijn. Bovendien acht ook A-G Huydecoper het bij uitzondering denkbaar dat een partij verplicht mag worden enige medewerking aan een mediationpoging te verlenen. Als voorbeeld noemt hij het geval dat partijen op voorhand hebben afgesproken dat zij in te verwachten conflictsituaties enige vorm van bemiddeling zullen beproeven vóórdat een beroep op de rechter mag worden gedaan. Harde regels lijken hem op dit gebied niet te geven.⁶⁷

Het hangt kortom van de omstandigheden af, of partijen een bindende overeenkomst tot mediation kunnen sluiten. De aard van het middel van mediation kan aan een dergelijke bindende overeenkomst in de weg staan. Bij de beoordeling of dit het geval is, lijken met name de hoedanigheid van partijen en het moment van het maken van de afspraak relevant.

⁶⁵ HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75, r.o. 3.4; zie over de interpretatie van deze uitspraak nader mijn artikel in de bundel *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Knigge 2009, p. 353-359.

⁶⁶ Zie bijv. Teuben 2006, p. 94; Wackie Eysten 2006, p. 121; Wackie Eysten 2009, p. 44; Bosnak 2006, p. 41-42; Schonewille 2010, p. 43-44; zie ook NAI 9 februari 2007, *TvA* 2008, 31.

⁶⁷ Conclusie A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75, nr. 16-18.

5.4.3.2 Beoordeling

Is de benadering die de Hoge Raad kiest wenselijk? Brengt de 'aard van het middel van mediation' mee dat een bindende overeenkomst tot mediation in bepaalde gevallen niet mogelijk is?

Uit de conclusie van A-G Huydecoper wordt duidelijker wat onder deze 'aard van het middel van mediation' moet worden verstaan. Huydecoper benadrukt de rol van de verwachtingen van partijen bij de mediation. Volgens hem veronderstelt mediation in de regel de verwachting van partijen dat de beoogde mediation tot enige positieve uitkomst kan leiden. Deze verwachtingen zouden van groot belang zijn voor de vraag of een poging tot mediation zinvol is. Mediation zou om deze reden in principe onder de voorwaarden van vrijwilligheid en vrijblijvendheid moeten worden beoefend.⁶⁸

Met de 'aard van het middel van mediation' lijkt de Hoge Raad op deze vrijwilligheid en vrijblijvendheid te doelen. Kennelijk meent ook de Hoge Raad dat het in bepaalde gevallen weinig zinvol is om een partij tot het meewerken aan mediation te dwingen. Kenmerk van mediation is nu juist dat zij vrijwillig plaatsvindt, zodat indien deze vrijwilligheid komt te ontbreken mediation geen nut meer heeft.

In de literatuur is echter door verschillende auteurs betoogd dat het belang van vrijwilligheid niet overschat moet worden. Ook onvrijwillige mediations zouden kans van slagen hebben. Een goede mediator zou in staat zijn een partij op andere gedachten te brengen.⁶⁹ Er is bovendien op gewezen dat in andere landen een verplichting tot mediation wel degelijk mogelijk wordt geacht.⁷⁰ Daarnaast is vanuit de aard van het middel van mediation niet goed verklaarbaar waarom partijen in sommige gevallen wél verplicht zouden zijn om mee te werken aan een mediation. Zoals gezegd acht A-G Huydecoper het bijvoorbeeld in het geval dat partijen op voorhand hebben afgesproken dat zij in te verwachten conflictsituaties enige vorm van bemiddeling zullen beproeven vóórdat een beroep op de rechter mag worden gedaan, denkbaar dat een partij verplicht mag worden enige medewerking aan een mediationpoging te verlenen.⁷¹ Waarom zou het uitgangspunt van vrijwilligheid in dat geval ineens niet aan een bindende overeenkomst in de weg staan? Dit is niet duidelijk.⁷² De Hoge Raad hecht mijns inziens dan ook ten onrechte zo veel waarde aan de 'aard van het middel van mediation'.

Indien de aard van het middel van mediation niet meebrengt dat een bindende overeenkomst tot mediation onmogelijk is, staat dan wellicht een van de in hoofdstuk 4 genoemde belangen aan de geldigheid hiervan in de weg? Ten eerste wordt door de overeenkomst tot mediation de toegang tot de rechter beperkt. Deze beperking is echter slechts tijdelijk: na afloop van de mediationpoging staat het partijen volledig vrij om alsnog naar de rechter te stappen. Het gevaar van eigenrichting als gevolg van een dergelijke overeenkomst zal dan ook gering zijn. Daarnaast is ook het belang van

68 Conclusie A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75, nr. 9-16.

69 Schonewille 2010, p. 44; Bosnak 2006, p. 43; Sanders 2006, p. 895; Van Schelven 2004, p. 100; Jongbloed 2005, p. 51; Wackie Eysten 2003, p. 114.

70 Bosnak 2006, p. 44; Schonewille 2010, p. 46-47.

71 Conclusie A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75, nr. 16-18.

72 Zie reeds Knigge 2009, p. 353-359.

partijen in het geding. Door een afspraak tot mediation kunnen partijen minder snel bij de rechter terecht, zodat het langer kan duren voordat hun geschil afgehandeld is. Huydecoper wijst er bovendien op dat in een vergaand geëscaleerde conflictsituatie denkbaar is dat de ene partij de mediation wil gebruiken om de ander onder druk te zetten of uit te schelden.⁷³ Hoewel de overeenkomst tot mediation dus bezwarend kan zijn voor partijen, moet bedacht worden dat niet al te snel kan worden aangenomen dat de wens een partij te beschermen aan de geldigheid van een procesovereenkomst in de weg staat. Over het algemeen zal de bescherming die het contractenrecht biedt, voldoen.

De overeenkomst tot mediation kan bovendien ook voordelig voor partijen zijn. Indien de mediation succesvol is, blijft hun een gerechtelijke procedure bespaard. Ook vanuit het openbaar belang bezien zijn er positieve aspecten verbonden aan de overeenkomst tot mediation. Het feit dat partijen eerst via mediation pogen een oplossing voor hun geschil te vinden, draagt bij aan een zo laag mogelijke inzet van overheidsmiddelen. Deze voorfase kost de overheid immers niets, maar kan er wel toe leiden dat een gerechtelijke procedure overbodig wordt.

Uiteraard gelden deze voordelen voor partijen en de overheid enkel, indien er in ieder geval *enige* kans bestaat dat een verplichte mediation succesvol is. Anders is immers geen enkele kostenbesparing te verwachten en worden partijen slechts, zonder dat dit enig doel dient, tijdelijk afgehouden van de rechter. Zoals hiervoor is aangegeven, moet worden aangenomen dat ook onvrijwillige mediations inderdaad kans van slagen hebben.

Al met al ben ik van mening dat de bezwaren die tegen een bindende overeenkomst tot mediation bestaan, niet opwegen tegen de positieve aspecten die aan deze overeenkomst zijn verbonden. Partijen moeten dan ook niet alleen met betrekking tot een reeds bestaand geschil, maar ook voordat het geschil gerezen is, kunnen overeenkomen dat zij eerst een mediationpoging zullen doen voordat de toegang tot de overheidsrechter openstaat. Wel geldt daarbij dat, gezien de aard van het middel van mediation, niet al te snel kan worden aangenomen dat partijen een dergelijke bindende overeenkomst hebben willen sluiten. Aangezien mediation in principe uitgaat van vrijwilligheid, ligt het immers niet voor de hand dat partijen een *verplichting* tot mediation in het leven hebben willen roepen. Enkel indien uitdrukkelijk blijkt dat partijen de toegang tot de rechter tijdelijk hebben willen uitsluiten, kan worden aangenomen dat van een bindende overeenkomst sprake is. Is dit het geval, dan staat de toegang tot de overheidsrechter pas open, nadat zij een poging hebben gedaan om via mediation hun geschil op te lossen. Hiervoor zal in principe voldoende zijn dat zij een eerste mediationbijeenkomst hebben bijgewoond.⁷⁴

Partijen kunnen door middel van een overeenkomst tot mediation dus tijdelijk de bevoegdheid om te procederen uitsluiten, al zal, gezien het uitgangspunt van vrijwilligheid dat bij mediation geldt, niet al te snel mogen worden aangenomen dat zij dit hebben willen doen.

73 Conclusie A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75, nr. 11.

74 Zie ook Sanders 2006, p. 895; Schonewille 2010, p. 66.

5.5 Uitsluiting van de bevoegdheid een vordering in kort geding in te stellen

5.5.1 Algemeen

Is het mogelijk dat partijen bij overeenkomst de bevoegdheid uitsluiten om van een bepaald soort procedure gebruik te maken? Denkbaar is bijvoorbeeld dat partijen bepalen dat niet geprocedeerd kan worden in kort geding.

Ook in de Duitse literatuur heeft men zich beziggehouden met de vraag of het mogelijk is de bevoegdheid uit te sluiten om te verzoeken om een 'einstweilige Verfügung' of een 'Arrest'.⁷⁵ De opvattingen op dit punt stemmen overeen met de opvattingen over de volledige uitsluiting van de bevoegdheid tot procederen. Schlosser en Wagner achten een dergelijke overeenkomst toelaatbaar.⁷⁶ Schiederemair merkt daarentegen op dat het 'Arrestprozess' niet bij overeenkomst uitgesloten kan worden.⁷⁷

De overeenkomst waarbij de bevoegdheid om in kort geding te procederen bij voorbaat wordt uitgesloten, lijkt mij zonder meer ongeldig. Het algemeen belang dat partijen voldoende toegang tot rechtspraak hebben, wordt door een dergelijke afspraak te zeer geschaad. Feitelijk zal uitsluiting van deze bevoegdheid vaak betekenen dat het in spoedeisende zaken voor een partij in het geheel onmogelijk wordt haar rechten af te dwingen. Het gevaar van eigenrichting dat als gevolg van een dergelijke afspraak ontstaat, is dan ook groot. Ook heeft een dergelijke afspraak vergaande gevolgen voor partijen. Aangezien daar tegenover niet inzichtelijk is welk belang partijen bij de uitsluiting van het kort geding zouden kunnen hebben, staat ook de wens partijen te beschermen aan een dergelijke afspraak in de weg.

Indien partijen met betrekking tot een reeds bestaand geschil de toegang tot het kort geding uitsluiten, bestaat meer ruimte voor twijfel. Het kan zijn dat een van beide partijen graag een principiële uitspraak verkrijgt, zodat reeds vaststaat dat na het kort geding verder geprocedeerd zal worden. Partijen kunnen in een dergelijk geval besluiten dat zij zich de kosten van een kort geding net zo goed kunnen besparen, en overeenkomen om zich direct tot de bodemrechter te wenden. Hoewel partijen in dat geval een legitiem belang hebben bij de uitsluiting van het kort geding, lijkt de overeenkomst mij nog steeds ongeldig. Reden is dat ook in dit geval de toegang tot rechtspraak te zeer belemmerd wordt. Zelfs indien het geschil reeds is gerezen, kunnen zich onverwachte gebeurtenissen voordoen waardoor een partij aan een voorlopige voorziening behoefte heeft.

De overeenkomst waarbij de bevoegdheid om in kort geding te procederen wordt uitgesloten, is dus steeds nietig. Overigens kunnen partijen zich feitelijk natuurlijk wel overeenkomstig een dergelijke afspraak gedragen. Bovendien moet bedacht worden dat als gevolg van een afspraak tussen partijen het belang bij een voorlopige voorziening kan komen te ontbreken. Indien een partij heeft toegezegd om voorlopig geen inbreuk te maken op het gepretendeerde recht van haar wederpartij, in ruil

⁷⁵ Zie over de 'einstweilige Verfügung' en het 'Arrest' en het verschil tussen deze procedures en het Nederlandse kort geding Kramer 2001, p. 58 e.v.

⁷⁶ Schlosser 1968, p. 73; Wagner 1998, p. 421.

⁷⁷ Schiederemair 1935, p. 93-94.

waarvoor deze wederpartij geen vordering in kort geding zal instellen, zal over het algemeen geen voldoende belang meer aanwezig zijn. De voorlopige voorziening zal in dat geval worden geweigerd.⁷⁸

5.5.2 Arbitrage en bindend advies

Ook in het kader van een arbitrage of een bindend advies kunnen partijen de toegang tot het kort geding niet volledig uitsluiten. Zo blijkt expliciet uit artikel 1022 lid 2 Rv dat de overeenkomst tot arbitrage niet aan een verzoek tot een voorlopige voorziening aan de overheidsrechter in de weg staat. Wel kunnen partijen een arbitraal kort geding overeenkomen (zie artikel 1051 Rv). Zelfs in dat geval is de voorzieningenrechter in kort geding niet zonder meer onbevoegd. Uit artikel 1051 lid 2 Rv blijkt dat hij in dat geval alle omstandigheden in aanmerking nemende, bepaalt of hij de zaak in behandeling neemt. Duidelijk is kortom dat de wetgever heeft willen garanderen dat partijen voldoende mogelijkheden hebben om een voorlopige voorziening te verkrijgen.

Ook voor de overeenkomst tot bindend advies geldt dat zij niet aan een verzoek tot een voorlopige voorziening bij de overheidsrechter in de weg staat.⁷⁹

5.6 Inhoudelijke beperkingen

5.6.1 Inleiding

Denkbaar is dat partijen de bevoegdheid om te procederen niet uitsluiten, maar wel inhoudelijke beperkingen overeenkomen met betrekking tot de wijze waarop een procedure gevoerd wordt. Partijen spreken bijvoorbeeld af dat een bepaald beroep of verweer niet tijdens de procedure naar voren gebracht mag worden. Ook kunnen zij afspraken maken over de feiten op basis waarvan de procedure gevoerd zal worden. Zij kunnen ervoor zorgen dat bepaalde feiten vast komen te staan, door af te spreken dat de ene partij deze feiten zal stellen, en de ander ze niet zal weerspreken. Ook kunnen zij er juist voor zorgen dat bepaalde feiten *niet* in de procedure aan de orde komen, door af te spreken dat zij niet gesteld mogen worden. In al deze gevallen wijken partijen dus af van de regel, dat zij alle feiten en omstandigheden, welke naar hun inzicht van belang kunnen zijn voor de beslissing van hun geschil, vrijelijk ter kennis van de rechter moeten kunnen brengen.⁸⁰ Daarnaast zal een dergelijke afspraak veelal in strijd zijn met artikel 21 Rv, op grond waarvan partijen verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Het is dus de vraag in hoeverre partijen van deze regels af kunnen wijken.

⁷⁸ Zie bijv. Rb. Breda (k.g.) 26 juli 2004, LJN AQ9893.

⁷⁹ Zie bijv. Rb. Maastricht (k.g.) 20 juni 2008, LJN BD5614, r.o. 4.2-4.25; Rb. Amsterdam (k.g.) 20 februari 2004, NJF 2004, 319, r.o. 6; Rb. Breda (k.g.) 26 juli 2004, LJN AQ9893; Rb. Arnhem (k.g.) 4 augustus 1969, NJ 1971, 137, m.nt. PZ.

⁸⁰ Volgens de Hoge Raad vloeit deze regel voort uit art. 6 EVRM en de naar intern Nederlands recht geldende eisen van een goede procesorde. Zie HR 30 maart 1998, NJ 1998, 554, m.nt. DA, r.o. 3.3; zie hierover ook Knigge 2006, p. 616; zie verder art. 19 Rv en Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 129.

Hierna zal eerst worden ingegaan op de Duitse literatuur, voordat gepoogd wordt op deze vraag een antwoord te geven.

5.6.2 Duits recht

In de Duitse literatuur wordt er over het algemeen van uitgegaan dat partijen geldig afspraken kunnen maken over de bevoegdheid om feiten te stellen tijdens de procedure. Zo kan een partij worden verplicht een bepaald feit, dat door haar wederpartij gesteld is, niet te betwisten. Het gaat daarbij om een zogenaamd 'Geständnisvertrag'. Als reden voor de geldigheid van een dergelijke overeenkomst wordt over het algemeen gegeven, dat het stellen van feiten een bevoegdheid is die aan partijen is overgelaten. Het belang van de waarheidsvinding zou niet aan een dergelijke overeenkomst in de weg staan, aangezien partijen ook door feitelijk bepaalde stellingen te betrekken invloed kunnen uitoefenen op hetgeen tijdens de procedure als 'waar' te gelden heeft.⁸¹ Deze auteurs gaan dus uit van de in paragraaf 4.3.3 verworpen opvatting, dat indien partijen feitelijk een bepaald resultaat kunnen bereiken, er ook geen openbaar belang aan het sluiten van een overeenkomst in de weg kan staan. Hoewel Baumgärtel het standpunt deelt dat de waarheidsvinding geen belemmering voor een dergelijke overeenkomst vormt, acht hij haar ter bescherming van partijen uiteindelijk toch niet mogelijk. Het zou niet wenselijk zijn indien partijen hun vrijheid tot het betwisten van feiten van tevoren zouden kunnen uitsluiten.⁸² Schiedermair meent dat, gezien het belang dat partijen de reikwijdte van een afspraak moeten kunnen overzien, een dergelijke overeenkomst enkel mogelijk is met betrekking tot een *bepaalde* rechtsverhouding.⁸³ Wagner daarentegen meent dat de algemene bepalingen van het contractenrecht voldoen ter bescherming van partijen.⁸⁴

In de literatuur wordt een 'Geständnisvertrag' dus over het algemeen toelaatbaar geacht. Interessant is nog dat Cremer een onderscheid maakt tussen de afspraak een bepaald, door de wederpartij gesteld feit niet te betwisten ('Geständnisvertrag'), en de afspraak om sommige feiten in het geheel niet in het geding te brengen.⁸⁵ Volgens Cremer is deze laatste afspraak niet geldig, omdat zij in strijd zou zijn met het recht op rechterlijk gehoor. Dit recht brengt mee dat partijen zich tijdens een proces vrij moeten kunnen uiten en dat het gerecht op deze uitingen acht slaat. Van dit recht zou geen afstand kunnen worden gedaan.⁸⁶ Cremer wijst er bovendien op dat, hoewel partijen ervoor kunnen kiezen in het geheel niet te procederen, zij, indien zij dit wel doen, ook aan de regels van het gerecht gebonden zijn. De procedure bij de overheidsrechter vormt namelijk een uitoefening van overheidsmacht, zodat de staat hierbij bepaalde rechtsstatelijke grondbeginselen in acht dient te nemen.⁸⁷

81 Schiedermair 1935, p. 68 e.v., m.n. p. 79-82; Baumgärtel 1957, p. 252 e.v.; Wagner 1998, p. 640-643. Zie voor een overzicht van de opvattingen in de literatuur ook Cremer 2007, p. 102 e.v., m.n. p. 108-109.

82 Baumgärtel 1957, p. 258.

83 Schiedermair 1935, p. 73-74.

84 Wagner 1998, p. 642.

85 Cremer 2007, p. 96-102.

86 Cremer 2007, m.n. p. 124 e.v.

87 Cremer 2007, p. 153.

5.6.3 Beoordeling

Kunnen partijen bij overeenkomst de bevoegdheid tot stellen beperken? Bij een dergelijke overeenkomst wijken partijen, zoals gezegd, onder andere af van de waarheidsplicht van artikel 21 Rv. De parlementaire geschiedenis bij artikel 21 Rv bevat echter geen aanwijzingen over de vraag, of afwijking van dit artikel mogelijk is. De vraag of een dergelijke overeenkomst toelaatbaar is zal dan ook geheel en al moeten worden beantwoord aan de hand van de in hoofdstuk 4 in kaart gebrachte belangen.

Duidelijk is ten eerste dat de afspraak waarbij de bevoegdheid tot stellen is beperkt, bezwarend kan zijn voor partijen zelf. Zij zijn hierdoor wellicht niet in staat hun volledige geschil ter kennis van de rechter te brengen. Daarnaast wordt door een dergelijke afspraak ook het algemeen belang van een voldoende toegang tot rechtspraak getroffen. Indien partijen niet de mogelijkheid hebben hun volledige geschil aan de rechter voor te leggen, ontstaat gevaar van eigenrichting. Ook het belang van vertrouwen in de rechtspraak is in het geding. De afspraak dwingt de rechter er immers toe het recht op hoor en wederhoor van (een van) partijen te miskennen. Doordat hij hetgeen een partij naar voren heeft gebracht dient te negeren, zal hij uitspraak moeten doen op basis van feiten waarvan hij weet dat ze het geschil tussen partijen onjuist of onvolledig weergeven. Ondanks het feit dat deze handelwijze is gebaseerd op een overeenkomst van partijen, kan hierdoor het vertrouwen in de rechtspraak worden geschaad. Ten slotte staat ook het vertrouwen in de overheid als geheel op het spel indien zij meewerkt aan de tenuitvoerlegging van een uitspraak die is verkregen zonder dat beide partijen volledig zijn gehoord.

Er staan dus heel wat belangen aan een afspraak, waarbij de bevoegdheid tot stellen wordt beperkt, in de weg. Deze overeenkomst gaat in bepaalde opzichten nog verder dan de afspraak waarbij de mogelijkheid om te procederen *geheel* wordt uitgesloten. Hier is ook door Cremer terecht op gewezen.⁸⁸ De rechter raakt immers, anders dan bij de overeenkomst om niet te procederen, in dit geval betrokken bij de zaak. Hierdoor staat ook zijn gezag op het spel. In de parlementaire geschiedenis met betrekking tot artikel 21 Rv wordt dan ook opgemerkt:

'Maar vraagt men eenmaal op grond van een bepaalde feitenconstellatie aan de rechter een beslissing over een geschil, dan gaat het niet aan om de rechter de beslissing te bemoeilijken of zelfs onmogelijk te maken, door hem benodigde gegevens (...) te onthouden.'⁸⁹

Toch kan op basis hiervan niet zonder meer worden geconcludeerd dat de overeenkomst waarbij de bevoegdheid tot stellen wordt beperkt nietig is. Immers, dezelfde belangen lijken aan een bewijsovereenkomst in de weg te staan. Ook een bewijsovereenkomst kan de waarheidsvinding belemmeren, waardoor de rechter uitspraak dient te doen op basis van feiten waarvan duidelijk is dat zij het geschil van partijen onjuist of onvolledig weergeven. Ook een bewijsovereenkomst kan ertoe leiden dat het voor een partij feitelijk vrijwel onmogelijk wordt een bepaald geschil aan de rechter voor te leggen. Toch zijn bewijsovereenkomsten op grond van de wet

⁸⁸ Cremer 2007, p. 153; zie par. 5.6.2.

⁸⁹ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 147.

toelaatbaar. Voordeel van bewijsovereenkomsten is dat zij partijen duidelijkheid kunnen verschaffen over hun positie in een eventueel geschil. Zij maken procedures meer voorspelbaar, waardoor partijen wellicht eerder af zullen zien van een procedure.⁹⁰

Bedacht moet echter worden dat een overeenkomst waarbij de mogelijkheid tot stellen wordt beperkt, veel verdergaat dan een bewijsovereenkomst. Een bewijsovereenkomst speelt pas een rol, indien het tijdens de procedure ook daadwerkelijk tot bewijslevering komt. Partijen worden door een dergelijke overeenkomst dus niet belemmerd in het naar voren brengen van stellingen tijdens de procedure. Vaak kan op basis van wat partijen hebben gesteld de zaak reeds worden afgedaan en komt bewijslevering helemaal niet aan de orde. Een overeenkomst waarbij beperkingen worden opgelegd aan hetgeen partijen tijdens een procedure naar voren mogen brengen, heeft dus veel verdergaande gevolgen dan een overeenkomst waarbij de mogelijkheid tot bewijslevering wordt beperkt. De toegang tot de rechter wordt in dat geval in veel sterkere mate belemmerd.

Desondanks blijft het mogelijk dat er gronden zijn die de overeenkomst waarbij de bevoegdheid tot stellen is beperkt, kunnen rechtvaardigen. Daarbij is te denken aan het belang dat partijen kunnen hebben bij geheimhouding ter bescherming van bijvoorbeeld privacy of van bedrijfsgeheimen. Om te voorkomen dat hun hele huwelijksleven op straat komt te liggen, spreken partijen in een echtscheidingsprocedure af om bepaalde feiten buiten de procedure te houden. Dat partijen een legitiem belang kunnen hebben bij geheimhouding, blijkt ook uit het feit dat de waarheidsplicht van artikel 21 Rv niet absoluut is. Een uitzondering kan worden aangenomen in geval van gewichtige redenen.⁹¹ Bij gewichtige redenen moet, blijkens de toelichting op artikel 22 Rv, worden gedacht aan vertrouwelijke gegevens, zoals bijvoorbeeld gegevens betreffende de seksuele geaardheid, de medische status of financiële positie. Ook kan gedacht worden aan vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Voor het overige wordt de invulling van dit criterium aan de rechtspraak overgelaten.⁹²

Toch is het belang bij vertrouwelijkheid onvoldoende om een overeenkomst waarbij de bevoegdheid tot stellen wordt beperkt, toelaatbaar te achten. Dat een partij op grond van artikel 21 Rv niet *verplicht* is bepaalde gegevens in het geding te brengen, betekent nog niet dat zij ook *de bevoegdheid* deze gegevens naar voren te brengen, kan uitsluiten. De wet bevat bovendien ook andere mogelijkheden om met het belang bij vertrouwelijkheid rekening te houden. Zo is in artikel 27 lid 1 Rv bepaald dat de rechter behandeling met gesloten deuren kan bevelen.⁹³ Voorts blijkt uit artikel 28 lid 2 Rv dat de griffier aan eenieder die dat verlangt afschrift van uitspraken verstrekt, maar dat deze verstrekking ter bescherming van zwaarwegende belangen kan worden geweigerd.

Deze maatregelen zijn in bepaalde gevallen onvoldoende. Het kan bijvoorbeeld zijn dat partijen bepaalde gebeurtenissen buiten de procedure willen houden, omdat het emotioneel te belastend voor hen is om deze gebeurtenissen opnieuw op te

90 Van der Wiel 2002a, p. 222, 227; Castermans 1986, p. 117.

91 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 147.

92 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 157.

93 Zie ook Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 155.

rakelen. In dat geval helpt behandeling met gesloten deuren niet. Het belang dat partijen hun daadwerkelijke geschil aan de rechter moeten kunnen voorleggen weegt mijns inziens echter zwaarder dan het belang van partijen om over bepaalde gebeurtenissen niet langer te spreken. Indien de gegevens relevant zijn voor de beoordeling van de zaak, moet een partij hierop ook in een procedure een beroep kunnen doen.

Het is nog denkbaar dat het partijen niet te doen is om vertrouwelijkheid ten opzichte van de buitenwereld, maar om vertrouwelijkheid ten opzichte van de rechter. Zij willen met hun afspraak voorkomen dat de rechter bepaalde aspecten in zijn beoordeling betreft. Hiervoor kunnen partijen uiteenlopende redenen hebben, die variëren van enigszins legitiem tot iets minder legitiem. Zo kan het zijn dat partijen ervoor willen zorgen dat de zaak die aan de rechter wordt voorgelegd overzichtelijk blijft. Ook is echter denkbaar dat zij willen voorkomen dat de rechter op de hoogte raakt van illegale praktijken, zoals belastingontduiking.⁹⁴ Wat ook de precieze reden van partijen is, zij lijkt mij onvoldoende om een dergelijke afspraak te kunnen rechtvaardigen. Doel is immers steeds om het de rechter onmogelijk te maken over het daadwerkelijke geschil van partijen te oordelen. Alleen al ter bescherming van het gezag van de rechterlijke macht kan dit niet worden aanvaard.⁹⁵

Feitelijk kunnen partijen uiteraard wel afspreken om bepaalde stellingen niet te betrekken. Indien zij de afspraak naleven, is er geen probleem. Juridisch bindt de afspraak alleen niet: indien een van de partijen de feiten of geschilpunten toch naar voren brengt, zal de rechter deze punten gewoon in zijn beoordeling betrekken.

Indien partijen een dergelijke afspraak hebben gemaakt, kan de rechter hier bovendien in sommige gevallen rekening mee houden. Denkbaar is dat partijen hebben afgesproken bepaalde stellingen niet te betrekken om de zaak overzichtelijk te houden. Indien een van de partijen dit geschilpunt toch aan de rechter voorlegt, kan de rechter, met het oog op de afspraak van partijen, ervoor kiezen om dit punt pas later in het geding te behandelen. Hij kan dan eerst in een tussenvonnis de rest van het geschil van partijen beoordelen, voordat dit laatste geschilpunt wordt afgehandeld.⁹⁶ Of de rechter het geschil op deze manier behandelt, is echter afhankelijk van zijn eigen beleid. De rechter wordt niet gebonden door de afspraak van partijen en is dan ook niet verplicht om op deze manier te werk te gaan.

Partijen die over een bepaald punt in het geheel niet willen procederen, kunnen dit bewerkstelligen door een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Ook is het mogelijk dat zij bepaalde feiten buitengerechtelijk erkennen. Partijen kunnen deze erkenning daarbij neerleggen in een akte, zodat de erkenning tussen hen dwingend bewijs oplevert voor zover dit enkel leidt tot rechtsgevolgen die ter vrije bepaling van

94 Zie bijv. Hof Amsterdam 11 oktober 2007, *NJF* 2008, 48; Zie ook Rb. Roermond 23 juli 2008, LJN BE9353 en Rb. Roermond 23 juli 2008, LJN BE9354 waarin het ging om een amateurvoetbalclub die overeengekomen was een hogere vergoeding te betalen aan een voetballer dan op grond van de KNVB-regels was toegestaan. Deze overeenkomst was gecombineerd met een geheimhoudingsclausule zodat een en ander voor de KNVB verborgen zou blijven.

95 Zie ook Hof Amsterdam 11 oktober 2007, *NJF* 2008, 48, r.o. 4.6. Volgens het hof was een afspraak om een overeenkomst gericht op belastingontduiking geheim te houden in strijd met de openbare orde. Zij zou namelijk betekenen dat geïntimeerde zich niet behoorlijk kon verdedigen en zou iedere eerlijke geschiloplossing in de waagschaal stellen.

96 Zie over deze mogelijkheid ook *Kamerstukken I* 2009/10, 31 518, nr. C (MvA), p. 5.

partijen staan (zie artikel 157 lid 2 Rv). Zij kunnen daarbij op grond van artikel 153 Rv bovendien tegenbewijs uitsluiten. Deze methodes leiden er niet toe dat bepaalde stellingen tijdens de procedure niet betrokken mogen worden. Wel hebben zij tot gevolg dat het weinig zin heeft om deze stellingen in te nemen, aangezien het bewijs van deze stellingen niet geleverd zal kunnen worden.

Partijen staan kortom voldoende alternatieven ter beschikking. Op basis van het beoordelingskader dat in het vorige hoofdstuk is gegeven, moet worden geconcludeerd dat partijen de bevoegdheid om feiten aan te voeren of stellingen te betrekken tijdens de procedure niet bij overeenkomst kunnen beperken. Om te beoordelen of dit standpunt ook in de praktijk houdbaar is, zal hierna op een aantal praktijkvoorbeelden worden ingegaan. Eerst zal echter de situatie bij arbitrage en bindend advies worden besproken.

5.6.4 Arbitrage en bindend advies

De afspraak, waarbij beperkingen worden gesteld aan hetgeen partijen tijdens de procedure kunnen stellen, is ook ontoelaatbaar in het kader van een arbitrage of een bindend advies. Weliswaar speelt het belang van vertrouwen in de rechtspraak in dit verband een veel minder belangrijke rol. De overheid heeft er echter wel degelijk belang bij dat de procedure aan bepaalde voorwaarden voldoet. De uitspraak van arbiters of bindend adviseurs kan immers uiteindelijk enkel via de overheid ten uitvoer worden gelegd (na exequatur of een veroordeling tot nakoming door de overheidsrechter). Bovendien kan door een dergelijke afspraak de toegang tot rechtspraak voor bepaalde aspecten van het geschil worden beperkt. Dit kan niet alleen bezwarend voor partijen zijn, hierdoor kan ook gevaar van eigenrichting ontstaan. Ook in het kader van arbitrage of bindend advies is een overeenkomst waarbij de bevoegdheid tot stellen wordt beperkt kortom ontoelaatbaar.

5.6.5 Pro forma verweer bij beëindiging arbeidsovereenkomst

In het kader van de beëindiging van arbeidsovereenkomsten kwamen in het verleden regelmatig pro-formaontbindingsprocedures voor. Dit geschiedde veelal ter veiligstelling van de WW-uitkering van de werknemer. Tegenwoordig is, als gevolg van beperking van de verwijtbaarheidstoets in de Werkloosheidswet per 1 oktober 2006, een pro-formaprocedure hiervoor niet meer nodig. Toch kan een werknemer ook nu nog belang hebben bij een dergelijke procedure, bijvoorbeeld ter verkrijging van een uitkering op grond van de Ziektewet.⁹⁷

In geval van een pro-formaprocedure zijn werkgever en werknemer het eens over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar komen toch ontbinding door de rechter overeen. Afgesproken wordt dat de werknemer slechts formeel verweer zal

⁹⁷ Van Genderen e.a. 2008, p. 204-205, 315-316; Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2009, p. 171, 345, 389-390.

voeren tegen het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Hij zal dus geen inhoudelijke bezwaren tegen dit verzoek mogen aanvoeren.⁹⁸ Het is echter de vraag of een dergelijke afspraak geldig is.

Zowel de rechtspraak als de literatuur laten op dit punt een wisselend beeld zien. De meeste rechters oordelen dat een dergelijk beding nietig is.⁹⁹ Er zijn echter ook uitspraken waarbij de werknemer in kort geding veroordeeld is om in de ontbindingsprocedure een neutraal geformuleerd verweerschrift in te dienen.¹⁰⁰ Ook in de literatuur wordt verschillend over de geldigheid van een dergelijke afspraak gedacht.¹⁰¹

Ter onderbouwing van het standpunt dat een dergelijk beding nietig is, ziet men verschillende redenen terug. Ten eerste wordt wel een beroep gedaan op het karakter van het ontslagrecht. In artikel 7:685 lid 1 BW is bepaald dat elk beding waarbij de bevoegdheid om ontbinding aan de kantonrechter te verzoeken wordt uitgesloten of beperkt, nietig is. Deze bepaling zou zo moeten worden uitgelegd, dat zij niet alleen ziet op ontbindingsverzoeken, maar ook op bedingen waarbij de mogelijkheid tot het voeren van *verweer* wordt beperkt.¹⁰² Er wordt echter ook wel meer in zijn algemeenheid geoordeeld dat partijen niet bij overeenkomst het recht kunnen beperken om inhoudelijk verweer te voeren. Zo is volgens de Kantonrechter Utrecht het recht om (inhoudelijk) verweer te voeren in een gerechtelijke procedure een onvervreemdbaar recht.¹⁰³ Vaak wordt als bezwaar gezien dat de rechter als gevolg van een dergelijke afspraak niet meer kan oordelen over het aan de orde zijnde geschil. De Kantonrechter Amsterdam wees bijvoorbeeld een vordering in kort geding tot nakoming van een dergelijke afspraak af aangezien naar zijn oordeel een overeenkomst, waardoor een partij wordt verhinderd om haar standpunt aan een bevoegde rechter kenbaar te maken, strijdig is met de openbare orde. Volgens de kantonrechter strekte de vordering ertoe dat de bevoegde rechter in de onmogelijkheid wordt gesteld om naar eigen goeddunken een beslissing te geven.¹⁰⁴ Zie ook bijvoorbeeld Van Heusden, die

98 Zie over deze praktijk bijv. Damsteegt 2003, p. 261 e.v.; Van Heusden 2001, p. 212-213.

99 Zie bijv. Rb. Utrecht (sector kanton, k.g.) 7 april 2004, *NJF* 2004, 334, r.o. 3; Rb. Amsterdam (sector kanton) 8 juli 2003, *NJF* 2003, 69; Rb. Amsterdam (sector kanton, k.g.) 26 mei 2003, *JAR* 2003, 201; Rb. Utrecht (k.g.) 18 februari 2003, *JAR* 2003, 69, r.o. 4.3.

100 Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 18 juni 2002, *JAR* 2002, 244; Rb. Rotterdam (k.g.) 22 mei 2003, *JAR* 2003, 163.

101 Geldig wordt een dergelijk beding geacht door Boom 2005, p. 19-25 en Grapperhaus 2004, p. 173-178. Volgens Boot moet er daarentegen op zijn minst genomen rekening mee worden gehouden dat een dergelijke afspraak niet afdwingbaar is; Boot 1998, p. 14-15. Van Heusden 2001, p. 220-221 acht een meer-minderclausule ongeldig. Een meer-minderclausule houdt in dat partijen afspreken dat als de kantonrechter een andere vergoeding toekent dan partijen zijn overeengekomen, zij daar geen rechten aan kunnen ontlenen (zie bijv. Damsteegt 2003, p. 272; Grapperhaus 2004, p. 176). Van Heusdens bezwaren lijken evenzeer te gelden voor de afspraak slechts formeel verweer te voeren. In een later artikel lijkt Van Heusden overigens enigszins van zijn bezwaren teruggekomen te zijn; Van Heusden 2004, p. 222-233.

102 Rb. Amsterdam (sector kanton, k.g.) 26 mei 2003, *JAR* 2003, 201; Rb. Utrecht (k.g.) 18 februari 2003, *JAR* 2003, 69, r.o. 4.3; Rb. 's-Hertogenbosch (k.g.) 3 augustus 2009, *Prg.* 2009, 157, r.o. 5.1-5.2. Van Heusden acht een meer-minderclausule, formeel althans, niet in strijd met dwingend recht, maar volgens hem is de afspraak wel strijdig met de strekking van het ontslagrecht; Van Heusden 2001, p. 220.

103 Rb. Utrecht (sector kanton, k.g.) 7 april 2004, *NJF* 2004, 334, r.o. 3.

104 Rb. Amsterdam (sector kanton, k.g.) 8 juli 2003, *NJF* 2003, 69.

opmerkt dat, ondanks het beginsel van lijdelijkheid, de kantonrechter nu eenmaal geen stempelmachine is.¹⁰⁵

De rechters die het beding om formeel verweer te voeren wel afdwingbaar achten, motiveren dit oordeel over het algemeen niet.¹⁰⁶ Boom geeft wel een onderbouwing voor de geldigheid van een dergelijk beding. Zij beroept zich erop dat het bij een beëindigingsregeling om een vaststellingsovereenkomst gaat. Op grond van artikel 7:902 BW is een vaststelling ook geldig indien zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij tevens de inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Volgens Boom is de afspraak om enkel formeel verweer te voeren weliswaar in strijd met artikel 7:685 lid 1 BW, maar is zij niet in strijd met de goede zeden of openbare orde. De rechter wordt volgens Boom door de afspraak namelijk niet gebonden, aangezien het voor de rechter mogelijk blijft om het verzoek tot ontbinding af te wijzen. Volgens Boom is bovendien geen sprake van opzettelijke afwijking van dwingende wetgeving door partijen, aangezien over het algemeen onduidelijk is tot welk resultaat toepassing van artikel 7:685 BW in hun situatie zal leiden.¹⁰⁷ Nakoming van de afspraak een formeel verweerschrift in te dienen kan naar haar mening in kort geding gevorderd worden.¹⁰⁸

In zowel de rechtspraak als de literatuur ziet men soms ook een tussenoplossing terug. Aangenomen wordt dan dat op het beding in de ontbindingsprocedure door de rechter geen acht behoeft te worden geslagen. De rechter kan dus gewoon rekening houden met een inhoudelijk verweer van de werknemer. De werknemer die toch inhoudelijk verweer voert, pleegt echter wanprestatie, zodat hij schadeplichtig wordt. Ook zou hij in kort geding veroordeeld kunnen worden tot nakoming van zijn verplichting een formeel verweerschrift in te dienen.¹⁰⁹ Zoals in paragraaf 4.3.1 is gebleken, is een dergelijke constructie ondeugdelijk. Het is niet mogelijk om de verbintenissen van bij een procedure betrokken partijen los te zien van de regels die in een procedure gelden.¹¹⁰

Naar mijn mening is de overeenkomst om slechts formeel verweer te voeren, ongeldig. Ten eerste is de overeenkomst in strijd met (de strekking van) artikel 7:685 lid 1 BW. Ook los van artikel 7:685 lid 1 BW moet een beding, waarbij de mogelijkheid om inhoudelijk verweer te voeren wordt uitgesloten, op grond van hetgeen hiervoor (paragraaf 5.6.3) is aangevoerd nietig worden geacht. Door een dergelijke afspraak wordt de toegang tot de rechter immers te veel beperkt, aangezien de werknemer hierdoor geen reële mogelijkheid heeft om verweer te voeren tegen het verzoek van de werkgever. Bovendien kan de rechter hierdoor niet meer oordelen over het

105 Van Heusden 2001, p. 220-221; zie verder Boot, die meent dat door een dergelijke overeenkomst de kantonrechter wordt gebonden in plaats van partijen; Boot 1998, p. 14.

106 Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 18 juni 2002, *JAR* 2002, 244; Rb. Rotterdam (k.g.) 22 mei 2003, *JAR* 2003, 163; Rb. 's-Gravenhage (sector kanton) 18 juni 2007, *Prg.* 2007, 106.

107 Een vaststellingsovereenkomst die de *strekking* heeft een toepasselijk geachte regel van dwingend recht opzij te zetten is in strijd met de openbare orde of de goede zeden en daarom vernietigbaar. *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3 (MvT), p. 39; HR 21 april 1995, *NJ* 1997, 570, m.nt. CJHB (Schmitz/Caspers).

108 Boom 2005, p. 19-25.

109 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 11 september 1997, *JAR* 1997, 253, *NJK* 1997, 99, r.o. 7; Grapperhaus 2004, p. 173-178.

110 Zie ook Boot 1998, p. 14.

werkelijke geschil van partijen. Er bestaan ook geen legitieme redenen, die deze afspraak kunnen rechtvaardigen. Partijen hebben met deze afspraak tot doel socialezekerheidswetgeving te omzeilen. Zij willen hiermee immers bijvoorbeeld een uitkering veiligstellen in gevallen waarin geen recht op een dergelijke uitkering bestaat, of in ieder geval onzeker is of een dergelijk recht bestaat. De afspraak tot het voeren van een pro-formaprocedure is dan ook wel degelijk in strijd met de openbare orde of de goede zeden, zodat het betoog van Boom, dat sprake is van een geldige vaststellingsovereenkomst, niet kan worden aanvaard.¹¹¹

Daarmee is niet gezegd dat partijen niet *feitelijk* een pro-formaprocedure kunnen voeren. Meestal komt de vraag naar de geldigheid van de afspraak helemaal niet aan de orde. De werknemer zal de afspraak over het algemeen nakomen, aangezien juist met het oog op zijn belangen besloten wordt de arbeidsovereenkomst door de rechter te laten ontbinden. Indien de werknemer zich in een bepaald geval bedenkt en toch inhoudelijk verweer wil voeren, moet hem dit echter gewoon vrijstaan.

5.6.6 De grote leugen

Voor 1971 spraken echtgenoten die wilden scheiden vaak af dat de ene echtgenoot echtscheiding wegens overspel zou vorderen en de andere echtgenoot dit overspel zou erkennen of niet zou weerspreken. Er werd in dergelijke gevallen wel gesproken over 'de grote leugen'. De reden voor een dergelijke afspraak was het feit dat tot 1971 echtscheiding slechts op een beperkt aantal gronden mogelijk was. Deze gronden waren overspel, kwaadwillige verlating, veroordeling wegens misdrijf tot een vrijheidsstraf van vier jaar of langer en door de ene echtgenoot jegens de andere echtgenoot gepleegde verwondingen of levensgevaarlijke misdrijven (artikel 264 BW (oud)). In artikel 263 BW (oud) was bovendien bepaald dat echtscheiding niet door wederzijds goedvinden kon plaatsvinden.¹¹² Door een uitspraak van de Hoge Raad in 1883 werd echtscheiding door wederzijds goedvinden echter feitelijk wel mogelijk. De Hoge Raad oordeelde in deze uitspraak namelijk dat geen nadere bewijslevering nodig was in geval het overspel door de ene echtgenoot was gesteld en door de andere erkend of niet weersproken.¹¹³

De overeenkomst waarbij de ene echtgenoot zich verplichtte om echtscheiding wegens overspel te vorderen en de andere echtgenoot om het gestelde overspel te erkennen of niet te weerspreken, werd in de meeste gevallen echter nietig geacht wegens strijd met de wet. Partijen beoogden immers op deze manier het verbod van

111 Overigens lijkt mij zeer onwaarschijnlijk dat de afspraak om geen formeel verweer te voeren als een vaststellingsovereenkomst kan worden gezien. Zie ook Boot 1998, p. 13. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen zich aan een vaststelling omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, voor het geval hier onzekerheid of geschil over bestaat. Tussen hen kan onzeker zijn of rechtens is dat sprake is van gewichtige redenen, zodat de overeenkomst kan worden ontbonden. Ook kan onzeker zijn of rechtens is dat aan de werknemer een vergoeding wordt toegekend. Partijen kunnen zich daarom binden aan een vaststelling van deze punten. Duidelijk moet echter voor partijen zijn dat niet rechtens is dat de werknemer de plicht heeft enkel formeel verweer te voeren. Er bestaat dus tussen partijen geen onzekerheid of geschil op dit punt, zodat zij ook niet ter beëindiging van onzekerheid hierover een vaststellingsovereenkomst kunnen sluiten.

112 Koens & Van Raak-Kuiper 2003, p. 3.

113 HR 22 juni 1883, W. 4924.

artikel 263 BW (oud) te omzeilen.¹¹⁴ Een echtgenoot was dus niet gehouden inderdaad het overspel te erkennen of niet te weerspreken.¹¹⁵ Indien partijen echter met een dergelijke afspraak niet beoogden echtscheiding op grond van wederzijds goedvinden te bewerkstelligen, maar er inderdaad sprake was van overspel en zij slechts wilden voorkomen dat dit overspel in rechte zou moeten worden bewezen, werd de overeenkomst geldig geacht.¹¹⁶ Volgens Wiarda was in dergelijke gevallen echter enkel sprake van een 'bloot feitelijke, niet bindende regeling'.¹¹⁷

Ook in dit laatste geval lijkt de afspraak mij echter nietig. Hoewel partijen er, ten behoeve van hun privacy, belang bij konden hebben dat niet over de vraag naar overspel geprocedeerd werd, weegt dit niet op tegen de in paragraaf 5.6.3 genoemde bezwaren die tegen een dergelijke overeenkomst bestaan. Partijen dienen hun volledige geschil aan de rechter te kunnen voorleggen en de rechter moet kunnen oordelen over hetgeen daadwerkelijk tussen partijen aan de orde is. Aan het belang bij privacy van partijen kan tegemoet worden gekomen door een behandeling met gesloten deuren te bevelen. Ook kan de griffier geheel of gedeeltelijk weigeren om een afschrift van de uitspraak aan derden te verstrekken. Wel geldt uiteraard ook hier dat partijen *feitelijk* de afspraak konden naleven, waardoor het overspel kwam vast te staan. Hiertoe verplicht waren zij echter niet.

5.6.7 Het geheimhoudingsbeding bij mediation*

In het kader van mediationprocedures wordt vaak een geheimhoudingsbeding overeengekomen. Afgesproken wordt dan dat partijen tijdens een gerechtelijke procedure aan de rechter geen mededelingen zullen doen over hetgeen tijdens de mediation-procedure is gebleken. Vaak wordt daarbij bepaald dat sprake is van een bewijsovereenkomst.¹¹⁸ Inderdaad staat het partijen vrij, om de stukken van de mediation of de verklaring van de mediator als bewijsmiddel uit te sluiten.¹¹⁹ De afspraak gaat echter over het algemeen nog verder: zij ziet niet enkel op de bewijslevering, maar sluit ook het *stellen* van feiten die betrekking hebben op de mediation uit. Zo bepaalt artikel 7.1 NMI Mediation Reglement 2008 dat partijen aan derden – onder wie begrepen rechters of arbiters – geen mededelingen doen omtrent het verloop van de mediation, de daar door de bij de mediation aanwezige personen ingenomen standpunten, gedane voorstellen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, verstrekte informatie.

Over het algemeen wordt het geheimhoudingsbeding geldig geacht, waarbij erop wordt gewezen dat de wet bewijsovereenkomsten in artikel 153 Rv uitdrukkelijk

114 Zie bijv. HR 12 december 1947, *NJ* 1948, 109, m.nt. DJV; Hof Amsterdam 2 februari 1927, *NJ* 1927, p. 617-619; Rb. Maastricht 14 oktober 1948, *NJ* 1950, 25; Asser/Wiarda 1957, p. 413.

115 HR 12 december 1947, *NJ* 1948, 109, m.nt. DJV.

116 Zie bijv. HR 20 mei 1938, *NJ* 1939, 94, m.nt. PS; Hof Amsterdam 27 mei 1930, *NJ* 1930, p. 1247; Asser/Wiarda 1957, p. 413.

117 Asser/Wiarda 1957, p. 413.

* Met dank aan mr. K. Winterink. De gesprekken die ik met haar heb gevoerd in het kader van de begeleiding van haar scriptie hebben mij geholpen bij de gedachtevorming op dit gebied.

118 Zie bijv. art. 7.4 NMI Mediation Reglement 2008, te vinden op www.nmi-mediation.nl.

119 Zie m.b.t. de verklaring van de mediator HR 10 april 2009, *NJ* 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.3.

erkent. De bewijsovereenkomst zou dus geldig naast de waarheidsplicht van artikel 21 Rv kunnen bestaan.¹²⁰ Deze redenering gaat uiteraard enkel op, voor zover het beding als bewijsovereenkomst is te kwalificeren. Zojuist is geconstateerd dat voor zover de afspraak inhoudt dat partijen bepaalde stellingen niet naar voren mogen brengen tijdens de procedure, dit niet het geval is.¹²¹ Volgens Van Schaick staat een dergelijk beding dan ook op gespannen voet met het belang van de waarheidsvinding.¹²²

Inderdaad moet het geheimhoudingsbeding, voor zover dit inhoudt dat partijen bepaalde feiten niet mogen stellen, nietig worden geacht. Zoals is aangegeven, is het van belang dat partijen hun volledige geschil aan de rechter kunnen voorleggen en dat de rechter ook kan oordelen over het geschil dat daadwerkelijk tussen partijen aan de orde is. Nu zou wellicht kunnen worden aangenomen dat in geval van mediation het belang bij vertrouwelijkheid tot een andere conclusie moet leiden. Vertrouwelijkheid wordt als een essentieel onderdeel van mediation beschouwd. Aangenomen wordt dat partijen zich tijdens de mediation vrij moeten voelen alle feiten, belangen en emoties naar voren te brengen, zodat zij op zoek kunnen naar de beste oplossing voor hun geschil.¹²³

In de wetgeving wordt dit belang bij vertrouwelijkheid ook erkend. Op grond van de mediationrichtlijn zijn lidstaten verplicht om met betrekking tot grensoverschrijdende mediations een verschoningsrecht toe te kennen aan de mediator en aan andere personen die bij de mediation zijn betrokken.¹²⁴ In het wetsvoorstel tot implementatie van deze richtlijn is ervoor gekozen dit verschoningsrecht tevens te laten gelden voor nationale gevallen.¹²⁵ Toch betekent dit nog niet dat partijen de bevoegdheid uit kunnen sluiten om stellingen te betrekken. Ten eerste is er in het wetsvoorstel uitdrukkelijk voor gekozen om geen verschoningsrecht toe te kennen aan partijen zelf.¹²⁶ Bovendien komt een verschoningsrecht, net als een bewijsovereenkomst, pas aan de orde in het stadium van de bewijslevering.¹²⁷ De overeenkomst waarbij beperkingen worden opgelegd aan hetgeen partijen tijdens een procedure mogen stellen, gaat zoals gezegd veel verder. Uit het wetsvoorstel valt kortom niet af te leiden dat partijen een dergelijke afspraak geldig moeten kunnen maken.

Naar mijn mening is het belang bij vertrouwelijkheid onvoldoende om een geheimhoudingsbeding, voor zover dit inhoudt dat partijen bepaalde feiten niet

120 Zie bijv. Klaassen in haar noot bij Rb. Utrecht 2 februari 2005, *JBPR* 2005, 46, m.nt. C.J.M. Klaassen, *NJF* 2005, 152, nr. 5-7; Klaassen 2005, p. 753-754; Jongbloed & Montrée 2009, p. 85; Van der Wiel 2002b, p. 131.

121 Zo ook Van Schaick 2006, p. 134-135.

122 Van Schaick 2006, p. 135.

123 Prein, Brenninkmeijer & Pel 2009, p. 15-16; Jongbloed & Montrée 2009, p. 60; Schutte & Spierdijk 2007, p. 73-74; Van Wassen  er 1995, p. 724.

124 Art. 7 richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *Pb. EG* 2008, L 136/3.

125 Zie het wetsvoorstel 32 555 tot aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

126 *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 7.

127 Door de regering wordt dan ook benadrukt dat een verschoningsrecht zoals in het wetsvoorstel wordt toegekend, nauwelijks afwijkt van een bewijsovereenkomst. Zie *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 8; *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 555, nr. 7 (NV), p. 3-4.

mogen stellen, te rechtvaardigen. Indien partijen hiermee willen voorkomen dat derden van bepaalde gegevens op de hoogte raken, voldoen andere middelen. Indien een van de partijen tijdens de mediation bijvoorbeeld bedrijfsgeheimen heeft geopenbaard, kan zij om behandeling met gesloten deuren verzoeken (zie artikel 27 lid 1 Rv). Ook bestaat de mogelijkheid voor de griffier om afschrift van een uitspraak geheel of gedeeltelijk te weigeren (zie artikel 28 lid 2 Rv).

Ook denkbaar is dat partijen met het geheimhoudingsbeding willen voorkomen dat de gegevens die zij tijdens de mediation hebben verstrekt na mislukking van de mediation tegen henzelf worden gebruikt. Stel bijvoorbeeld dat een partij, in het kader van een mediation naar aanleiding van een ongeval, toegeeft te hard te hebben gereden. Aannemelijk is dat deze partij eerder bereid zal zijn dit feit te erkennen, indien zij er zeker van is dat dit niet in een gerechtelijke procedure naar voren gebracht mag worden. Toch is dit mijns inziens onvoldoende om het geheimhoudingsbeding te rechtvaardigen. Immers, op grond van de waarheids- en volledigheidsplicht van artikel 21 Rv was deze partij *hoe dan ook* verplicht dit feit in een gerechtelijke procedure naar voren te brengen. Ook indien geen mediation had plaatsgevonden had zij niet mogen aangeven dat zij zich aan de maximumsnelheid had gehouden. Het enige verschil is dat haar wederpartij niet zou hebben geweten dat deze stelling onjuist was. Doordat *wel* een mediation plaatsvindt, kan een partij niet ineens ontheven worden van een verplichting, die zij ook los van de mediation al had. Deze partij heeft dan ook geen beschermenswaardig belang bij geheimhouding. De mediation heeft enkel het gevolg dat feiten die een partij hoe dan ook aan de rechter bekend behoorde te maken, ook daadwerkelijk bekend worden.

Overigens is het de vraag of een partij daadwerkelijk groot nadeel lijdt van het feit dat haar wederpartij gegevens uit de mediation naar voren kan brengen. Deze partij behoudt immers de mogelijkheid de stellingen te betwisten. Hierdoor schendt zij weliswaar de waarheidsplicht, maar dit zal voor haar wederpartij, indien zij de bewijslast draagt, lastig aan te tonen zijn.¹²⁸ Als gevolg van de bewijsovereenkomst kan immers geen gebruikgemaakt worden van bewijs dat aan de mediation is ontleend.

Een geheimhoudingsbeding kan ten slotte bedoeld zijn, om te voorkomen dat partijen worden opgehangen aan schikkingsvoorstellen die zij in het kader van de mediation hebben gedaan. Indien een partij tijdens de mediation heeft aangegeven bereid te zijn de helft van de schade te vergoeden, wil zij niet dat hierin tijdens een gerechtelijke procedure een erkenning van aansprakelijkheid wordt gezien. Ook dit belang is mijns inziens niet voldoende om het geheimhoudingsbeding te rechtvaardigen. De rechter moet in staat worden geacht om de voorstellen die in het kader van een mediation zijn gedaan op hun waarde te schatten. Hij zal zich er voldoende bewust van zijn dat partijen in het kader van onderhandelingen soms water bij de wijn moeten doen, en dat zij niet met ieder schikkingsvoorstel afstand van hun standpunt hebben willen doen. Nu kan worden tegengeworpen dat dit belang bij vertrouwelijke onderhandelingen toch een door de gedragsregels voor de advocatuur uitdrukkelijk erkend belang is. In gedragsregel 13 is immers bepaald dat omtrent de inhoud van tussen advocaten gevoerde schikkingsonderhandelingen niets

128 Zie ook, m.b.t. het Duitse recht, Eckardt & Dendorfer 2001, p. 787.

aan de rechter mag worden medegedeeld zonder toestemming van de advocaat van de wederpartij. Deze gedragsregel is niet onomstreden. In een advies dat Alkema heeft uitgebracht aan de Orde van Advocaten blijkt dat naar zijn mening vanuit het oogpunt van artikel 6 EVRM bedenkingen bestaan tegen deze regel. Deze regel sluit niet uit dat de rechter verstoken blijft van de voor de beslechting van het geschil essentiële gegevens en het gevaar bestaat dat de waarheidsvinding op onaanvaardbare wijze wordt belemmerd.¹²⁹ Eerder was door Van Eeghen reeds betoogd dat deze gedragsregel in strijd was met artikel 6 EVRM.¹³⁰ Daarnaast moet worden bedacht dat het hier gaat om een gedragsregel, en niet om een regel van burgerlijk procesrecht. De burgerlijke rechter lijkt zich aan de gedragsregels weinig gelegen te laten liggen. De Hoge Raad neemt namelijk aan dat de gedragsregels voor advocaten de burgerlijke rechter niet binden.¹³¹ De Hoge Raad lijkt het bovendien geen probleem te vinden dat de rechter acht slaat op een stuk dat in strijd met de gedragsregels is overgelegd, zo blijkt uit het arrest Mandigers/Van Lit.¹³² A-G Asser overweegt in zijn conclusie voor dit arrest dat een handelen in strijd met de gedragsregel, gegeven de aard van dit soort gedragsregels, niet noodzakelijk onrechtmatig of in strijd met enig beginsel van burgerlijk procesrecht is. Daarbij wijst hij erop dat in het burgerlijk geding in de eerste plaats andere belangen dan die bij handhaving van de gedragsregels een rol spelen, zoals het beginsel dat zo veel mogelijk de waarheid aan het licht dient te komen.¹³³ Het belang van vertrouwelijkheid in het kader van onderhandelingen is dus in de gedragsregels wel erkend, in het burgerlijk procesrecht wordt hier veel minder waarde aan gehecht. Al met al is dit belang mijns inziens niet voldoende om de afspraak tot geheimhouding te kunnen rechtvaardigen.

Een geheimhoudingsbeding is kortom nietig voor zover dit ook betrekking heeft op de bevoegdheid om feiten te stellen.

5.7 De overeenkomst om te procederen

5.7.1 Geldigheid van de overeenkomst om te procederen

Niet alleen denkbaar is dat partijen de bevoegdheid om te procederen uitsluiten, ook is het mogelijk is dat zij overeenkomen om juist *wel* te procederen. Zo kan het zijn dat een partij over een bepaalde kwestie graag een principiële uitspraak zou willen hebben. Zij zou dan met haar wederpartij af kunnen spreken om een proefprocedure te voeren, waarbij partijen elkaar verplichten om door te gaan tot de Hoge Raad. Eventueel kunnen partijen een dergelijke afspraak combineren met een prorogatie of een sprongcassatie.

¹²⁹ Dit advies is niet gepubliceerd; zie hierover echter Van Eeghen 1995, p. 372-373; De Waard 1995, p. 139.

¹³⁰ Van Eeghen 1993, p. 546-548.

¹³¹ HR 20 september 1996, NJ 1997, 640, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Verhees/Octrooibureau), r.o. 3.3.

¹³² HR 2 juni 1989, NJ 1989, 654 (Mandigers/Van Lit), r.o. 3.3. In deze zaak stond echter niet vast dat de correspondentie inderdaad in strijd met de gedragsregel was overgelegd; zie ook de conclusie van A-G Asser, nr. 3.9-3.11. Zie verder bijv. Rb. Utrecht 24 juni 1998, NJK 1998, 61, r.o. 4.3; Rb. Arnhem 17 mei 2006, LJN AY3889.

¹³³ Conclusie A-G Asser voor HR 2 juni 1989, NJ 1989, 654 (Mandigers/Van Lit), nr. 3.11.

Is een dergelijke afspraak om te procederen geldig? Kunnen partijen zich inderdaad verplichten om te procederen? Wagner acht een dergelijke afspraak kennelijk mogelijk, maar onderbouwt dit niet.¹³⁴ Gekeken zal moeten worden of een van de in paragraaf 4.6 genoemde belangen aan een dergelijke afspraak in de weg staat. Daarbij valt er ten eerste op te wijzen dat een dergelijke afspraak belastend kan zijn voor partijen. Procederen is vaak kostbaar en tijdrovend en kan door een partij als emotioneel zwaar worden ervaren. Dit is echter op zichzelf nog geen reden om een dergelijke afspraak ontoelaatbaar te achten. Daartegenover staat immers dat partijen, zoals gezegd, wel degelijk belang bij de afspraak kunnen hebben. Bovendien bieden de bepalingen van het contractenrecht bescherming.

Staan er wellicht andere belangen aan een dergelijke afspraak in de weg? Op het eerste gezicht lijkt dit niet het geval te zijn. Zo lijkt de mogelijkheid om naar de rechter te gaan hierdoor niet te worden beperkt, integendeel, een partij wordt zelfs verplicht om te procederen. Bij nadere beschouwing blijkt dit echter toch niet zo simpel te liggen. Een afspraak om te procederen heeft namelijk ook altijd mede betrekking op de *inhoud* van de procedure. De verplichting om te procederen zou zinloos zijn, indien een partij hieraan zou kunnen voldoen door een in het geheel niet onderbouwde vordering in te stellen. Partijen zullen dus altijd in hun overeenkomst aan moeten geven, hoe de procedure inhoudelijk gevoerd dient te worden. Zij dienen aan te geven welke feiten een partij dient aan te voeren en welke stellingen zij dient te betrekken. Hiervoor (paragraaf 5.6) is echter gebleken dat een partij volledig vrij dient te zijn in de wijze waarop zij het geding inhoudelijk voert. Zowel het individuele belang van partijen, als het algemeen belang staat aan een overeenkomst waarbij deze vrijheid wordt ingeperkt in de weg. Het is echter de vraag of deze bezwaren ook gelden voor de afspraak om te procederen. Bijzonder is immers dat de vrijheid om het geschil aan de rechter voor te leggen in dit geval enkel wordt beperkt in een voor de betreffende partij *gunstige* zin. Deze partij is verplicht om feiten aan te voeren en stellingen te betrekken, die haar kans *vergroten* om de procedure te winnen. Indien zij zich aan de afspraak houdt, zal de procedure dus juist zo veel mogelijk in overeenstemming met de werkelijke stand van zaken worden gevoerd, en heeft zij dus ook de meeste kans dat zij krijgt waarop zij recht heeft. Indien de vrijheid van een partij op deze wijze wordt beperkt, lijkt dus *geen* gevaar van eigenrichting te ontstaan, staat het gezag van de rechter *niet* op het spel en is er *geen* reden voor bescherming van partijen.

Toch is dit laatste mijns inziens onjuist. *Telkens* indien partijen inhoudelijk gaan vastleggen wat bij de rechter moet worden aangevoerd, bestaat namelijk het gevaar dat hetgeen in werkelijkheid geldt en hetgeen een partij bij de rechter kan krijgen, van elkaar gaan afwijken. Dit is ten eerste een gevolg van het feit dat sinds het moment van het maken van de afspraak nieuwe feiten aan het licht kunnen zijn gekomen. Een partij heeft zich verplicht bepaalde feiten te stellen, maar ontdekt later dat deze onjuist zijn. Van groter belang is echter dat niet objectief valt vast te stellen, wat voor een partij gunstig is. Zo is denkbaar dat een partij zich heeft verplicht om in een procedure aan te voeren dat haar wederpartij toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van een verbintenis. Later bedenkt deze partij echter dat zij liever (primair) een beroep doet op vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling. Wat in dat

¹³⁴ Wagner 1998, p. 237-238, 260-261.

geval voor deze partij het meest gunstig is, valt niet objectief vast te stellen. Doordat een partij verplicht is zich (primair) op wanprestatie te beroepen en zij geen beroep kan doen op dwaling, kan wel degelijk een discrepantie ontstaan tussen hetgeen waarop zij feitelijk recht heeft, en hetgeen zij bij de rechter kan krijgen.

Een regel dat een partij zich wel vast kan leggen op een wijze waarop zij inhoudelijk het geding voert, indien deze wijze voor haar gunstig is, valt niet te handhaven. De reden is dat niet objectief valt vast te stellen wat voor een partij gunstig of ongunstig is, zodat de beslissing op dit punt steeds aan een partij zelf overgelaten moet worden.¹³⁵

Partijen kunnen al met al elkaar er niet geldig toe verplichten om een procedure te voeren. Deze overeenkomst houdt immers steeds ook een beperking in van de wijze waarop het geding inhoudelijk gevoerd kan worden, zodat hier dezelfde bezwaren gelden als in paragraaf 5.6 naar voren zijn gebracht.

Dat deze overeenkomst ongeldig is, is wellicht teleurstellend: over het algemeen wordt het immers niet bezwaarlijk gevonden dat partijen proefprocedures voeren. Zo wordt het wenselijk geacht dat zaken die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid, de Hoge Raad (tijdig) bereiken.¹³⁶ Bedacht moet echter worden dat het voeren van een proefprocedure nog steeds mogelijk is, althans voor zover partijen bij een dergelijke procedure een voldoende belang hebben in de zin van artikel 3:303 BW. Feitelijk kunnen partijen immers nog steeds besluiten een dergelijke procedure te beginnen.

5.7.2 *Schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad?*

Een afspraak om te procederen is juridisch niet bindend, zodat de partij die een dergelijke afspraak niet nakomt, geen wanprestatie pleegt. Staat haar wederpartij in dat geval met lege handen? Dit lijkt in sommige gevallen beslist onredelijk. Zo is denkbaar dat partijen hebben afgesproken om een beslissing van de Hoge Raad te verkrijgen. Nadat zij twee instanties hebben doorlopen, heeft de verliezende partij het wel gezien. Zij weigert beroep in cassatie in te stellen. Indien de wederpartij van de appelrechter volledig gelijk heeft gekregen, kan deze partij zelf niet in cassatie gaan. Zij heeft dan weliswaar de procedure gewonnen, maar heeft niet gekregen wat zij wilde: een uitspraak van de Hoge Raad. Alle kosten en tijd die zij heeft geïnvesteerd in deze zaak zijn nu voor niets geweest.

Soms zal een partij mijns inziens in een dergelijk geval schadevergoeding kunnen vorderen op grond van onrechtmatige daad. Het kan onrechtmatig zijn om bij een partij ten onrechte de verwachting te wekken mee te werken aan het verkrijgen van een uitspraak in hoogste instantie. Niet in alle gevallen waarin een partij een afspraak om te procederen niet nakomt, zal onrechtmatigheid echter kunnen worden aangenomen. Hiervoor zijn bijkomende omstandigheden nodig, zoals het feit dat deze partij de verwachting heeft versterkt doordat zij reeds in een of meerdere instanties wel deelgenomen heeft aan de procedure.

¹³⁵ Zie ook Jongbloed 2007, p. 58, nr. 95.

¹³⁶ Zie Versterking van de cassatierechtspraak 2008, p. 3-4, 23-24; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 222-224.

Voordeel van een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad ten opzichte van wanprestatie is overigens dat de begroting van de schade waarschijnlijk gemakkelijker kan verlopen. Indien *wel* een geldige verbintenis om te procederen zou kunnen worden aangenomen, zou discussie kunnen ontstaan over de vraag of nakoming van deze verbintenis wel het gewenste effect zou hebben gehad. De partij die weigert verder te procederen, zou kunnen stellen dat dit ook geen zin had gehad, aangezien de wijze van procederen zoals partijen waren overeengekomen *nooit* had geleid tot een antwoord op de rechtsvraag waarin partijen waren geïnteresseerd. In dat geval zou de rechter dus gedwongen worden zich te begeven in een discussie over de vraag hoe partijen op grond van de overeenkomst precies hadden dienen te procederen, en tot welke uitspraak dit had geleid. In geval van een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad ligt dit anders. Ook indien niet te verwachten is dat daadwerkelijk antwoord was verkregen op de betreffende rechtsvraag, kan het immers onrechtmatig zijn dat een partij haar wederpartij doet geloven mee te zullen werken aan een poging tot het verkrijgen van een dergelijk antwoord. De schade bestaat in dat geval dan ook niet uit het feit dat geen principiële uitspraak is verkregen, maar uit het feit dat een partij, in vertrouwen op de toezegging van haar wederpartij, kosten heeft gemaakt in de eerdere fase van de procedure.

Geconcludeerd kan worden dat het onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn om bij een partij de onterechte verwachting te wekken dat meegewerkt zal worden aan een proefprocedure. De kosten die een partij in dat geval op grond van deze verwachting heeft gemaakt, kan zij als schadevergoeding vorderen.

5.7.3 Arbitrage en bindend advies

Ook in het kader van arbitrage of bindend advies is een afspraak waarbij partijen elkaar verplichten om te procederen, ongeldig. Ook in dit verband staat onder meer het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak hieraan in de weg. Overigens zullen partijen ook niet snel belang bij een dergelijke afspraak hebben. De precedentwerking van een uitspraak van arbiters of bindend adviseurs is immers in de regel gering.

5.8 Uitbreiding van de bevoegdheid van de rechter: welwillendheidsbeslissingen

5.8.1 Inleiding

Door middel van een overeenkomst tot forumkeuze kunnen partijen de rechtsmacht van de rechter uitbreiden. Dit blijkt uit de wet. Kunnen partijen de bevoegdheid van de rechter echter ook verruimen door een ander type taken aan de rechter op te dragen dan waartoe hij op grond van de wet bevoegd is?

In de praktijk komt het af en toe voor dat partijen aan de rechter een verzoek richten dat niet gebaseerd is op een wettelijke grondslag. Het gaat dan meestal om een verzoek aan de rechter om bindend adviseurs of deskundigen voor partijen te benoemen, omdat zij zelf hierover geen overeenstemming kunnen bereiken. De rechter wordt dan dus niet gevraagd om een oordeel te geven over de rechtsverhouding van partijen, maar om

deze rechtsverhouding mede vorm te geven. In de praktijk zijn rechters veelal bereid om aan dergelijke verzoeken te voldoen.¹³⁷ Het is echter de vraag of zij hiertoe ook verplicht zijn. Kunnen partijen bij overeenkomst de taken van de rechter uitbreiden?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, zal eerst kort worden ingegaan op hetgeen hierover is geschreven in de Duitse literatuur.

5.8.2 Duitse literatuur

In de Duitse literatuur zijn onder andere Schlosser en Wagner ingegaan op de vraag, of partijen de rechter kunnen verzoeken hun rechtsverhouding vorm te geven indien deze bevoegdheid de rechter niet bij wet is toegekend. Volgens Schlosser hebben partijen deze bevoegdheid wel. Een dergelijke taak verschilt volgens hem namelijk niet fundamenteel van andere taken die de gerechten al op grond van de wet verrichten.¹³⁸ Tot een principieel grotere werkbelasting zou een dergelijke afspraak dan ook niet leiden. Schlosser acht het bijvoorbeeld mogelijk dat partijen in het kader van een arbitrageovereenkomst afspreken dat de rechter de arbiters zal benoemen. Op grond van de wet is de rechter immers reeds in bepaalde situaties bevoegd tot benoeming van arbiters, bijvoorbeeld indien een van de partijen weigert hieraan mee te werken. Het is dan ook niet duidelijk waarom partijen deze bevoegdheid niet ook in andere gevallen aan de rechter zouden kunnen toekennen. Niet mogelijk is het volgens Schlosser om in een dergelijk geval aan te nemen dat de rechter weliswaar bevoegd is om tot benoeming over te gaan, maar dat hij daarbij niet in zijn functie van rechter optreedt. Daarmee wordt immers miskend dat partijen hem juist vanwege die hoedanigheid benaderen.¹³⁹

Schlosser meent bovendien dat partijen een dergelijke bevoegdheid reeds bij voorbaat aan de rechter kunnen toekennen. De rechter is dus niet alleen bevoegd tot bijvoorbeeld benoeming van arbiters indien partijen zich hiertoe gezamenlijk tot hem wenden, maar ook indien hiertoe een beding in de arbitrageovereenkomst is opgenomen en slechts een van de partijen bij hem komt.¹⁴⁰ Wel acht Schlosser de mogelijkheid de bevoegdheid van de rechter uit te breiden beperkt in die zin, dat partijen enkel beslissingen van de rechter kunnen vragen die leiden tot een resultaat dat zij zelf bij overeenkomst in het leven hadden kunnen roepen. Zo kunnen zij niet aan de rechter verzoeken de overdracht van een onroerende zaak te bewerkstelligen, omdat hiervoor de enkele wil van partijen onvoldoende is.¹⁴¹

137 Zie bijv. Rb. Alkmaar (sector kanton) 31 oktober 2008, LJN BG5090; Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 9 mei 2007, NJF 2007, 292; Rb. Rotterdam 29 maart 2006, LJN AV8762, r.o. 2.4, 2.11; Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, JBP 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann; Rb. Zutphen 21 december 2001, NJ 2002, 250; Hof 's-Gravenhage 13 december 2001, NJ 2002, 290; Rb. Zwolle 15 oktober 1990, NJ 1991, 775.

138 In het kader van de 'Freiwillige Gerichtsbarkeit' (voluntaire rechtspraak; zie Snijders e.a. 1995, p. 265-266; Rosenberg/Schwab/Gottwald 2010, p. 61 e.v., § 11) is volgens Schlosser echter vereist dat het gaat om taken die aansluiten bij de overige werkzaamheden die de rechter al heeft. Aan de rechter van de 'Freiwillige Gerichtsbarkeit' zijn slechts taken op een beperkt gebied toegekend. Zie Schlosser 1968, p. 19.

139 Schlosser 1968, p. 18-20.

140 Schlosser 1968, p. 91.

141 Schlosser 1968, p. 18-20.

Volgens Schlosser kunnen partijen kortom in principe bij overeenkomst de bevoegdheid van de rechter uitbreiden. Wagner acht partijen hiertoe daarentegen over het algemeen niet bevoegd. Het algemeen belang van een zo beperkt mogelijke inzet van overheidsmiddelen zou zich hiertegen verzetten. Hij wijst er daarbij op dat het voor een gerecht meer inspanning vergt om de inhoud van de rechtsverhouding van partijen zelf vast te stellen, dan om een regeling die partijen al hebben gemaakt te controleren. Om de rechtsverhouding vast te kunnen stellen, zal het gerecht immers een aanzienlijke hoeveelheid informatie moeten verzamelen en waarderen. Weliswaar kan het soms ook voor partijen moeilijk zijn om in onderhandelingen hun rechtsverhouding vorm te geven, maar dit betekent nog niet dat zij deze onderhandelingskosten kunnen afwentelen op de gemeenschap. Slechts indien de aanvulling van de rechtsverhouding door het gerecht zonder hoge kosten mogelijk is, kan volgens Wagner wat anders worden aangenomen. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval indien de rechter zich anders waarschijnlijk in een later stadium hoe dan ook met de zaak van partijen had moeten bezighouden.¹⁴²

Het is partijen in de visie van Wagner dus zelden toegestaan om bij overeenkomst de bevoegdheid van de rechter uit te breiden. Zo acht hij het bijvoorbeeld niet mogelijk dat partijen de vaststelling van de hoogte van de boete in een door hen overeengekomen boetebeding aan de rechter overlaten.¹⁴³ Ook is het niet aan de rechter om in geval van een 'Schiedsgutachtenvereinbarung' (een soort bindend advies¹⁴⁴) de 'Schiedsgutachter' te benoemen.¹⁴⁵ Wel mogelijk acht Wagner het daarentegen dat een partij de rechter verzoekt een 'Schiedsgutachter' met analoge toepassing van de regeling bij arbitrage te wraken. Reden is dat de rechter de onpartijdigheid van de 'Schiedsgutachter' anders waarschijnlijk ook had moeten beoordelen, maar dan in het kader van de vraag of de uitspraak die in het 'Gutachtenverfahren' is verkregen wel verbindend is.¹⁴⁶ Het is echter de vraag of het hierbij volgens Wagner wel gaat om een uitbreiding van de bevoegdheid van de rechter door partijen. Het lijkt er namelijk op dat Wagner van mening is dat de regeling van wraking *hoe dan ook* analoog kan worden toegepast in geval van een 'Gutachtenverfahren', zodat een overeenkomst van partijen hiertoe niet is vereist.¹⁴⁷ Als Wagner al ruimte ziet voor uitbreiding van de bevoegdheid van de rechter door overeenkomst van partijen, is deze kortom zeer beperkt.

5.8.3 *Stand van zaken*

Zoals gezegd zijn rechters in Nederland regelmatig bereid te voldoen aan een niet op de wet gebaseerd verzoek van partijen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt echter dat zij hiertoe niet verplicht zijn. De rechter kan weliswaar uit welwillendheid aan het verzoek voldoen, maar in dat geval verricht hij geen daad van rechtspraak. Hiervan is alleen sprake indien de rechter handelt ter uitoefening van zijn ambt. Zijn

142 Wagner 1998, p. 598-605, 607.

143 Wagner 1998, p. 598

144 Zie Snijders e.a. 1995, p. 278-279; Rosenberg/Schwab/Gottwald 2010, p. 1023-1025, § 174, 15-29.

145 Wagner 1998, p. 676.

146 Wagner 1998, p. 676-677.

147 Zie Wagner 1998, p. 677.

bevoegdheid tot het geven van een dergelijke beslissing berust niet op de wet, maar op de overeenkomst van partijen. Hoger beroep is uitgesloten, aangezien dit enkel mogelijk is tegen rechterlijke uitspraken.¹⁴⁸

Partijen kunnen de taken van de rechter dus niet bij overeenkomst uitbreiden. De rechter kan wel uit welwillendheid aan hun verzoek voldoen, maar in dat geval treedt hij niet in zijn functie van rechter op. Dit roept de vraag op wat zijn positie in een dergelijk geval *wel* is. Volgens Kortmann vertoont deze positie gelijkenis met die van bindend adviseur.¹⁴⁹ Inderdaad lijkt sprake te zijn van bindend advies, aangezien de bevoegdheid van de rechter in een dergelijk geval gebaseerd is op een overeenkomst van partijen.

Het feit dat de rechter als (een soort) bindend adviseur kan optreden, roept allerlei vragen op. Zo staat volgens de Hoge Raad van de welwillendheidsbeslissingen geen hoger beroep open, aangezien geen sprake is van een rechterlijke uitspraak. Denkbaar is dan echter wel dat een partij in een nieuwe procedure een beroep zou kunnen doen op artikel 7:904 lid 1 BW. De beslissing zou wellicht vernietigd kunnen worden op de grond dat gebondenheid hieraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Daarnaast is het de vraag of een rechter persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor fouten die hij maakt bij het nemen van welwillendheidsbeslissingen. Een rechterlijk ambtenaar is blijkens artikel 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren jegens derden niet aansprakelijk voor schade die een gevolg is van een rechterlijke uitspraak of voor schade die hij aan derden toebrengt bij de vervulling van zijn ambt. Enkel de staat kan hiervoor onder omstandigheden door de derde worden aangesproken.¹⁵⁰ Het is echter de vraag of dit artikel wel van toepassing is indien de rechter een welwillendheidsbeslissing geeft. Er is in dit geval immers juist geen sprake van een rechterlijke uitspraak. Bovendien geeft de rechter de beslissing nu juist niet ter uitoefening van zijn ambt.¹⁵¹

Ten slotte stelt Kortmann terecht de vraag, hoe ver de vrijheid van rechters reikt om uit welwillendheid 'klussen' te verrichten.¹⁵² Het lijkt immers enigszins merkwaardig dat het de rechterlijke macht, die toch beslist niet om werk verleggen zit, kennelijk vrijstaat om allerlei extra taken op zich te nemen. Gevaar bestaat dat hierdoor de wettelijke taken in de klem komen te zitten.

Het feit dat de rechter uit welwillendheid beslissingen kan nemen, is kortom beslist niet onproblematisch. Ingegaan zal daarom worden op de vraag hoe de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt moet worden gewaardeerd. Daartoe

148 HR 11 mei 1931, *NJ* 1931, p. 1617-1620 (Reinderland/Nederlandsche Vereeniging van Fabrieksarbeiders), p. 1620; HR 23 april 1942, *NJ* 1942, 396 (Hirschberg c.s./Jehawi). Deze jurisprudentie wordt nog altijd gevolgd; zie Rb. Alkmaar (sector kanton) 31 oktober 2008, LJN BG5090, r.o. 4.2; Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBPr* 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann; Rb. Zutphen 21 december 2001, *NJ* 2002, 250, r.o. 4.4; Rb. Zwolle 15 oktober 1990, *NJ* 1991, 775.

149 Noot Kortmann bij Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBPr* 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, nr. 2.

150 Zie over de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van rechterlijke uitspraken HR 4 december 2009, *NJ* 2011, 131, m.nt. J.B.M. Vranken (Greenworld/A. c.s.).

151 Zie ook Kortmann in zijn noot bij Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBPr* 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, nr. 3.

152 Noot Kortmann bij Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBPr* 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, nr. 4.

zal ten eerste gekeken worden in hoeverre het wenselijk is dat rechters welwillendheidsbeslissingen nemen.

5.8.4 *Wanneer is het geven van een welwillendheidsbeslissing wenselijk?*

Hoever moet de vrijheid van de rechter gaan, om uit welwillendheid beslissingen voor partijen te nemen? Als bezwaar tegen het feit dat de rechter zich met dergelijke verzoeken bezighoudt, kan worden aangevoerd dat hierdoor de gerechten extra worden belast. Vanuit het algemeen belang van een zo beperkt mogelijke inzet van overheidsmiddelen, lijkt dit ongewenst. Daar staat tegenover dat in sommige gevallen door dit ingrijpen in een later stadium kosten kunnen worden bespaard. Door voor partijen bindend adviseurs te benoemen, maakt de rechter het bijvoorbeeld mogelijk dat het geschil van partijen voor het overige buitengerechtelijk wordt afgedaan.

Een ander bezwaar tegen het feit dat de rechter welwillendheidsbeslissingen geeft, is dat hierdoor het gezag van de rechterlijke macht wellicht wordt aangetast. Ook al treedt de rechter hierbij niet in die functie op, te verwachten is dat zijn handelingen wel degelijk af zullen stralen op de rechterlijke macht als geheel. Partijen zullen de rechter immers juist vanwege zijn hoedanigheid als rechter benaderen, waar ook Schlosser terecht op wijst.¹⁵³ Probleem is daarbij dat het voor een rechter lastig kan zijn om een welwillendheidsbeslissing te nemen. De rechter kan zich hierbij immers niet baseren op rechtsregels, maar zal zelf de criteria moeten vaststellen aan de hand waarvan hij de beslissing neemt. Dit gebrek aan objectieve criteria leidt ertoe dat de beslissing eerder zal berusten op een persoonlijke keuze van de rechter en maakt zijn beslissing meer vatbaar voor kritiek. Nu moet wel worden opgemerkt dat het gezag van de rechterlijke macht niet in alle gevallen in even sterke mate in het geding is. Het geven van een welwillendheidsbeslissing zal eerder gelegitimeerd zijn, indien kan worden aangesloten bij een bevoegdheid die de rechter reeds op grond van de wet heeft. In dat geval heeft de rechter wellicht enige houvast aan de criteria die in dat kader gelden.

Al met al lijkt een welwillendheidsbeslissing enkel gerechtvaardigd, indien zij bij kan dragen aan een efficiënte afwikkeling van (eventuele) geschillen van partijen en voldoende aansluit bij de bevoegdheden die de rechter reeds op grond van de wet heeft. In andere gevallen zal de rechter zich moeten onthouden van het geven van een dergelijke beslissing. Om deze reden is de rechter mijns inziens niet bevoegd om, in het kader van een boetebeding, zelf voor partijen de hoogte van de boete vast te stellen. De rechter heeft weliswaar ook de bevoegdheid een door partijen overeengekomen boete te matigen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist (zie artikel 6:94 lid 1 BW), maar hierbij heeft de rechter houvast aan de boete die partijen zijn overeengekomen en kennelijk redelijk hebben geacht. In het normale geval heeft immers deze overeengekomen boete te gelden en slechts indien dit boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, mag de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruikmaken.¹⁵⁴ Indien partijen niets zijn overeengekomen, heeft de rechter echter in het geheel geen

¹⁵³ Schlosser 1968, p. 20.

¹⁵⁴ HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262 (Intrahof/Bart Smit), r.o. 5.3.

aanknopingspunten hoe hij de hoogte van de boete zal moeten vaststellen. Een dergelijke beslissing vergt een behoorlijke inspanning van de rechter, zonder dat duidelijk is wat dit ten behoeve van het algemeen belang oplevert. De rechter lijkt mij daarentegen wel bevoegd om voor partijen bindend adviseurs te benoemen indien zij hier zelf niet uitkomen. Een dergelijke benoeming maakt het immers mogelijk dat het geschil van partijen voor het overige zonder rechterlijke tussenkomst wordt afgehandeld. Bovendien is aan de rechter reeds een vergelijkbare bevoegdheid toegekend in het kader van de arbitrage (zie artikel 1027 lid 3 Rv), zodat daarbij aansluiting kan worden gezocht.

5.8.5 *Heroverweging van de heersende leer*

Op basis van een analyse van de in paragraaf 4.6 genoemde belangen, kan geconcludeerd worden dat de rechter slechts in uitzonderingsgevallen bevoegd is om een welwillendheidsbeslissing te geven. Het is echter de vraag of de heersende leer, dat het hier gaat om een beslissing uit 'welwillendheid', geen heroverweging verdient. Zoals gezegd zijn zogenaamde 'welwillendheidsbeslissingen' enkel mogelijk indien dit bij kan dragen aan een efficiënte afhandeling van geschillen van partijen. Het is dus in het belang van de overheid dat de rechter dergelijke beslissingen geeft, zodat niet wenselijk lijkt dat de rechter dit ook kan weigeren. Ook vanuit een oogpunt van rechtszekerheid is dit onwenselijk. Partijen stemmen immers hun contracten af op het feit dat de rechter over het algemeen bereid is een welwillendheidsbeslissing te nemen. Zo nemen partijen regelmatig de clause op dat indien zijzelf geen overeenstemming bereiken over de benoeming van bindend adviseurs, de rechter hiertoe zal overgaan. Er ontstaat dan een probleem indien de rechter, anders dan gebruikelijk is, dit ineens weigert.¹⁵⁵

Daarnaast lijkt niet vol te houden dat welwillendheidsbeslissingen niet door de rechter in die hoedanigheid gegeven worden. De rechter verricht deze werkzaamheden immers in het algemeen belang, aangezien zij bijdragen aan een efficiënte afwikkeling van geschillen. Het is dan ook onacceptabel dat de rechter het gevaar loopt hiervoor persoonlijk aansprakelijk te worden gehouden. Het feit dat rechters hun beslissingen vaak vormgeven alsof het een rechterlijke uitspraak betreft, is een aanwijzing dat zijzelf niet altijd beseffen dat zij niet handelen in de uitoefening van een overheidstaak.¹⁵⁶

Een dergelijke welwillendheidsbeslissing kan naar mijn mening dan ook niet worden gezien als een bindend advies. Vernietiging op grond van artikel 7:904 lid 1 BW is dus niet mogelijk. Voor de vraag of hoger beroep openstaat, moet gekeken worden naar vergelijkbare bevoegdheden die de rechter reeds op grond van de wet heeft. Zo zal bij de benoeming van bindend adviseurs aangesloten kunnen worden bij de regeling die in het kader van arbitrage geldt, waarin hoger beroep is uitgesloten (zie artikel 1070 Rv).

¹⁵⁵ Goedèl 1999, p. 860 bespreekt een geval waarin dit zich voordeed.

¹⁵⁶ Zie bijv. HR 23 april 1942, *NJ* 1942, 396 (Hirschberg c.s./Jehawi); Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBP* 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, r.o. 4.6; Rb. Zutphen 21 december 2001, *NJ* 2002, 250, r.o. 4.4; Rb. Zwolle 15 oktober 1990, *NJ* 1991, 775.

Het is mijns inziens dus het een of het ander: óf het is niet wenselijk dat de rechter zijn tijd besteedt aan het nemen van een bepaalde beslissing, en in dat geval is hij hiertoe ook niet bevoegd; óf dit wordt wel wenselijk geacht, maar dan handelt de rechter daarbij ook in de uitoefening van zijn ambt.

5.8.6 Arbitrage en bindend advies

Duidelijk is dat partijen aan arbiters of bindend adviseurs ook andere taken kunnen opdragen, dan de bevoegdheden die de overheidsrechter op grond van de wet heeft. Voor arbitrage blijkt dit expliciet uit artikel 1020 lid 4 Rv.

De bezwaren die hiervoor in het kader van de overheidsrechtspraak zijn geformuleerd, spelen hier ook veel minder. Doordat arbitrage en bindend advies volledig worden gefinancierd door partijen, is het belang van een zo beperkt mogelijke inzet van overheidsmiddelen niet in het geding. Het gebrek aan objectieve criteria voor het nemen van de beslissing, is hier bovendien veel minder problematisch. Het belang van vertrouwen in de rechtspraak speelt in dit verband immers slechts een zeer beperkte rol.

5.8.7 Tussenconclusie

Aangenomen zou moeten worden dat partijen in bepaalde gevallen de rechter bij overeenkomst een bevoegdheid kunnen toekennen die hij niet op grond van de wet heeft. Deze mogelijkheid zou alleen moeten bestaan indien de beslissing van de rechter bij kan dragen aan een efficiënte afwikkeling van eventuele geschillen van partijen en aangesloten kan worden bij een wel in de wet toegekende bevoegdheid. Indien partijen een dergelijke overeenkomst hebben gesloten, geeft de rechter zijn beslissing in die hoedanigheid. Hij kan bovendien het geven van de beslissing niet weigeren.

5.9 Conclusie

In dit hoofdstuk stonden overeenkomsten omtrent de bevoegdheid tot procederen centraal. Vooropgesteld werd dat artikel 17 Grondwet niet aan dergelijke overeenkomsten in de weg staat. Onder artikel 6 EVRM zijn overeenkomsten waarbij de toegang tot de rechter wordt beperkt bovendien in ieder geval tot op zekere hoogte toelaatbaar (paragraaf 5.2). Desondanks zijn de meeste van de in dit hoofdstuk behandelde overeenkomsten ongeldig.

Partijen kunnen ten eerste niet overeenkomen dat in het geheel geen toegang zal bestaan tot een rechter. Zowel het algemeen belang van een voldoende toegang tot rechtspraak, als het belang van bescherming van partijen, staan hieraan in de weg. Het feit dat partijen bij overeenkomst wel natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen, leidt niet tot een andere conclusie. In geval van een natuurlijke verbintenis doet zich namelijk geen discrepantie voor tussen hetgeen binnen en buiten de rechtszaal geldt (paragraaf 5.3). Ook de overeenkomst om over een gedeelte van een vordering niet te procederen, is nietig (paragraaf 5.3.4).

Partijen kunnen wel door middel van een overeenkomst tot bindend advies de overheidsrechter tijdelijk buitenspel zetten (paragraaf 5.4.2). Wat de overeenkomst tot mediation betreft geldt dat de aard van het middel van mediation over het algemeen aan een bindende overeenkomst in de weg staat, al kan dit wellicht bij uitzondering anders zijn. Beter zou het zijn om hier van het omgekeerde uit te gaan: uitgangspunt is dan dat partijen *wel* door middel van een overeenkomst tot mediation tijdelijk de bevoegdheid om te procederen uit kunnen sluiten, maar dat, gezien het karakter van vrijwilligheid dat bij mediation geldt, niet al te snel zal kunnen worden aangenomen dat partijen een dergelijke bindende overeenkomst hebben willen sluiten (paragraaf 5.4.3).

Verder is gebleken dat partijen niet bij overeenkomst de bevoegdheid om in kort geding te procederen uit kunnen sluiten. Dit geldt niet alleen bij de overheidsrechter, maar ook in het kader van arbitrage en bindend advies (paragraaf 5.5). Ook kan de bevoegdheid om feiten aan te voeren of stellingen te betrekken niet bij overeenkomst beperkt worden. Dit betekent bijvoorbeeld dat partijen niet bindend overeen kunnen komen dat een werknemer slechts formeel verweer zal voeren tegen een ontbindingsverzoek en dat een geheimhoudingsbeding, voor zover dit ook betrekking heeft op de bevoegdheid om feiten te stellen tijdens een procedure, nietig is. Dit geldt ook in het kader van arbitrage en bindend advies (paragraaf 5.6).

Daarnaast hebben partijen niet de mogelijkheid om elkaar ertoe te verplichten om een procedure te voeren. De reden is dat een dergelijke overeenkomst steeds ook een beperking inhoudt van de wijze waarop het geding inhoudelijk gevoerd kan worden. Wel kan het onder omstandigheden onrechtmatig zijn om bij een partij ten onrechte de verwachting te wekken dat meegewerkt zal worden aan een proefprocedure (paragraaf 5.7).

Naar huidig recht is het ten slotte niet mogelijk de bevoegdheid van de rechter uit te breiden, in die zin dat aan hem een ander type taken wordt opgedragen dan waartoe hij op grond van de wet bevoegd is. Wel kunnen rechters uit welwillendheid aan verzoeken van partijen voldoen, maar dan handelen zij niet in de uitoefening van hun ambt. Betoogd is dat deze rechtspraak moet worden herzien. Het zou beter zijn om in gevallen waarin de beslissing van de rechter bij kan dragen aan een efficiënte afwikkeling van eventuele geschillen van partijen en aangesloten kan worden bij een wel in de wet toegekende bevoegdheid, aan te nemen dat partijen wel de bevoegdheid van de rechter kunnen uitbreiden. Buiten deze gevallen is het de rechter dan niet toegestaan om op een verzoek van partijen in te gaan (paragraaf 5.8).

6 Uitsluiting van fundamentele rechten

6.1 Inleiding

Volgens Asser kunnen partijen in principe afwijken van fundamentele rechten, maar zal de rechter erop moeten toezien dat van afwijking alleen sprake is als hij ervan overtuigd is dat aan de eisen voor afstand is voldaan.¹ Is afwijking van fundamentele rechten inderdaad mogelijk?

In dit hoofdstuk zal gepoogd worden een antwoord te geven op deze vraag. Daarbij moet bedacht worden dat er op vele manieren inbreuk gemaakt kan worden op hetzelfde fundamentele recht. Zo wordt inbreuk gemaakt op het beginsel van een onafhankelijk en onpartijdig gerecht door de afspraak dat een familielid van een van de partijen als rechter zal optreden, maar ook door de afspraak dat de rechter zelf, buiten partijen om, onderzoek zal verrichten naar de feiten.² Niet *alle* theoretisch denkbare afspraken die inbreuk maken op fundamentele beginselen, kunnen hier daarom worden besproken.

Het lijkt goed hier nogmaals te herhalen dat uit het feit dat afstand van een bepaald recht kan worden gedaan, nog niet kan worden afgeleid dat partijen dit recht ook door middel van een procesovereenkomst buiten toepassing kunnen verklaren. Door een procesovereenkomst wordt de rechter immers ook gebonden, terwijl dit in geval van afstand van recht anders is (zie hierover uitgebreid paragraaf 4.4.3.3).

Met betrekking tot een aantal van de rechten die beschermd worden door artikel 6 EVRM heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens expliciet geoordeeld dat hiervan afstand kan worden gedaan. Daarbij geldt wel dat een deel van deze jurisprudentie is gewezen in het kader van strafprocedures. Deze jurisprudentie kan wel degelijk ook van belang zijn voor civiele procedures.³ Het Europese Hof staat afstand van de rechten enkel onder bepaalde voorwaarden toe.⁴ Zo is vereist dat de

¹ Asser 1999, p. 26.

² Zie HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.3.

³ Het Europese Hof heeft aangenomen dat de eisen die aan een eerlijk proces worden gesteld weliswaar niet noodzakelijkerwijs hetzelfde zijn voor burgerlijke procedures als voor strafprocedures, maar dat de vereisten die in art. 6 lid 2 en 3 EVRM aan strafprocedures worden gesteld wel van enig belang kunnen zijn voor civiele procedures. Lidstaten hebben in civiele zaken bij de toepassing van art. 6 EVRM volgens het Hof iets meer vrijheid dan in strafzaken; zie EHRM 27 oktober 1993, appl.no. 14448/88, NJ 1994, 534, m.nt. HJS en EJD (Dombo Beheer/Nederland), r.o. 32; zie ook Smits 2008, p. 19.

⁴ Zie over deze voorwaarden nader Frumer 2001, p. 549 e.v.; Kuijer 2004, p. 67-69; Meijer 2011, p. 51 e.v.

afstand van recht vrijwillig geschiedt, zonder dat hierbij enige vorm van dwang wordt uitgeoefend.⁵ Bovendien moet de afstand ondubbelzinnig zijn.⁶ Dit betekent overigens niet dat stilzwijgende afstand per definitie is uitgesloten.⁷ De afstand mag volgens het Europese Hof niet in strijd komen met een belangrijk openbaar belang.⁸

Hierna zal worden bekeken in hoeverre partijen in die gevallen, waarin afstand van recht mogelijk is, ook bij procesovereenkomst deze rechten kunnen uitsluiten. In paragraaf 6.2 zal eerst worden ingegaan op de situatie bij de overheidsrechter. In paragraaf 6.3 komen daarna de arbitrage en het bindend advies aan de orde. Daarbij wordt enkel aandacht besteed aan deze procedures voor zover zij het karakter hebben van rechtspraak. Het zuivere bindend advies en de arbitrage op grond van artikel 1020 lid 4 Rv blijven buiten beschouwing (zie paragraaf 1.3). De vraag in hoeverre partijen het recht op toegang tot rechtspraak bij overeenkomst buiten toepassing kunnen verklaren, zal niet besproken worden, aangezien hierop in hoofdstuk 5 reeds is ingegaan.

6.2 Uitsluiting van fundamentele rechten in het kader van de overheidsrechtspraak

6.2.1 Inleiding

Zoals in hoofdstuk 4 is aangegeven, is het met het oog op meerdere belangen wenselijk dat fundamentele beginselen in acht worden genomen. Het gaat met name om het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak, het belang van vertrouwen in de rechtspraak en het belang van vertrouwen in de overheid. Te verwachten valt dan ook dat partijen in het kader van de overheidsrechtspraak nauwelijks de ruimte hebben om bij procesovereenkomst dergelijke fundamentele rechten buiten toepassing te verklaren.

6.2.2 Openbaarheid van de procedure

Vaststaat dat partijen afstand kunnen doen van het recht op een openbare behandeling van de zaak.⁹ Aangenomen moet echter worden dat zij niet bij overeenkomst mogen bepalen dat hun zaak met gesloten deuren zal worden behandeld. Zij hebben geen *recht* op een geheime behandeling. De rechter heeft dus steeds het laatste

⁵ Zie bijv. EHRM 27 februari 1980, appl.no. 6903/75, *NJ* 1980, 561 (Deweert/België), r.o. 49; EHRM 10 februari 1983, appl.no. 7299/75 en 7496/76, *NJ* 1987, 315 (Albert en Le Compte/België), r.o. 35.

⁶ Zie bijv. EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Sturesson/Zweden), r.o. 66; EHRM 24 juli 2008, appl.no. 14659/04 en 16855/04 (Dorozhko en Pozharskiy/Estland), r.o. 46-49.

⁷ Zie bijv. EHRM 23 juni 1981, appl.no. 6878/75 en 7238/75, *NJ* 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven en De Meyere/België), r.o. 59; EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Sturesson/Zweden), r.o. 66-67.

⁸ Zie bijv. EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Sturesson/Zweden), r.o. 66; EHRM 24 juli 2008, appl.no. 14659/04 en 16855/04 (Dorozhko en Pozharskiy/Estland), r.o. 46.

⁹ EHRM 10 februari 1983, appl. no. 7299/75 en 7496/76, *NJ* 1987, 315 (Albert en Le Compte/België), r.o. 34-35, EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Sturesson/Zweden), r.o. 65-67; zie ook bijv. HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 275, m.nt. F.C.B. van Wijmen (B./S. c.s.), r.o. 3.2; HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, m.nt. Ma en EAA (Koster/Van Nie q.q.), r.o. 3.1.

woord.¹⁰ De reden is dat het recht op een openbare behandeling mede het belang van vertrouwen in de rechtspraak dient. De openbaarheid maakt namelijk publieke controle van de gang van zaken tijdens burgerlijke procedures mogelijk. Bovendien helpt openbaarheid verzekeren dat toegang bestaat tot een procedure die aan een aantal minimumwaarborgen voldoet. Het waarborgt dat de rechten van partijen daadwerkelijk in acht worden genomen.¹¹ Hoewel partijen dit recht dus niet bij overeenkomst buiten toepassing kunnen laten, kan de rechter uiteraard wel het feit dat partijen het eens zijn over een behandeling met gesloten deuren meewegen bij zijn beslissing op grond van artikel 27 Rv.

6.2.3 Onafhankelijk en onpartijdig gerecht

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens lijkt tegenwoordig afstand van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht mogelijk te achten. Het feit dat een partij heeft nagelaten een rechter te wraken, kan meebrengen dat zij niet meer kan klagen dat haar recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht is geschonden.¹² Aan de andere kant kan niet in ieder achterwege laten van het indienen van een wrakingsverzoek een afstand van recht worden gezien.¹³ Niet alleen het Europese Hof, ook de Hoge Raad lijkt, in een strafzaak, afstand van het recht op behandeling door een onpartijdig gerecht te hebben geaccepteerd.¹⁴

Toch kunnen partijen bij procesovereenkomst het recht op behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht niet uitsluiten. Zij kunnen bijvoorbeeld niet

10 Zo ook Frumer 2001, p. 209, nr. 290; De Schutter 2000, p. 483; zie ook Alkema 1999, p. 36. Een uitzondering lijkt te gelden voor het hoger beroep van een uitspraak waarbij een faillissement is uitgesproken. Uit HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, m.nt. Ma en EAA (Koster/Van Nie q.q.), r.o. 3.1 lijkt te volgen dat partijen in een dergelijk geval behandeling met gesloten deuren kunnen overeenkomen en dat de rechter hieraan gebonden is. Verklaring voor deze uitzondering is wellicht het feit dat de wet reeds uitgaat van behandeling in raadkamer (zie art. 8 lid 6 jo. art. 4 lid 1 Fw). De Hoge Raad meent echter dat behandeling toch openbaar dient te geschieden, tenzij partijen van een andere wens blijk geven. Kennelijk kan hier dus, mede gezien de belangenafweging die de wetgever heeft gemaakt, reeds op voorhand worden aangenomen dat de wens van partijen zwaarder weegt dan het algemeen belang van een openbare behandeling, zodat de rechter dit niet in ieder afzonderlijk geval hoeft te toetsen.

11 Zie EHRM 8 december 1983, appl.no. 8273/78 (Axen/Duitsland), r.o. 25; EHRM 8 december 1983, appl.no. 7984/77 (Pretto c.s./Italië), r.o. 21; EHRM 18 december 2008, appl.no. 69917/01, *NJ* 2010, 79, m.nt. M.J. Borgers (Saccoccia/Oostenrijk), r.o. 70.

12 EHRM 22 februari 1996, appl.no. 17359/90, *NJ* 1996, 483, m.nt. Kn (Bulut/Oostenrijk), m.n. r.o. 34. In het arrest Pfeifer en Plankl liet het Hof nog in het midden of van deze rechten afstand kon worden gedaan, zie EHRM 25 februari 1992, appl.no. 10802/84, *NJ* 1994, 117, m.nt. EJD (Pfeifer en Plankl/Oostenrijk), r.o. 37, 39. Tegenwoordig toetst het Hof echter zonder meer of aan de vereisten van afstand van recht is voldaan, zonder een dergelijk voorbehoud te maken. Zie bijv. EHRM 24 juli 2008, appl.no. 14659/04 en 16855/04 (Dorozhko en Pozharskiy/Estland), r.o. 45-49; EHRM 8 februari 2000, appl.no. 28488/95, *NJ* 2001, 611, m.nt. EAA (McConnell/Verenigd Koninkrijk), r.o. 42-45.

Zie ook Harris e.a. 2009, p. 285. Kuijer daarentegen meent dat geen afstand kan worden gedaan van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Deze mogelijkheid kan volgens hem ook niet uit de zaak Bulut worden afgeleid; zie Kuijer 2004, p. 71-72.

13 Zie bijv. EHRM 25 februari 1992, appl.no. 10802/84, *NJ* 1994, 117, m.nt. EJD (Pfeifer en Plankl/Oostenrijk), r.o. 37-39; EHRM 24 juli 2008, appl.no. 14659/04 en 16855/04 (Dorozhko en Pozharskiy/Estland), r.o. 45-49; Zie ook EHRM 28 oktober 1998, appl.no. 28194/95 (Castillo Algar/Spanje), r.o. 33-35, waarin het ging om de vraag of de nationale rechtsmiddelen waren uitgeput.

14 HR 24 oktober 1995, *NJ* 1996, 484, m.nt. Kn.

afspreken dat een bepaalde rechter, die banden heeft met een van beide partijen, hun zaak behandelt. Ook kunnen zij de wrakingsregeling niet buiten toepassing verklaren. Een aanwijzing dat dit niet mogelijk is kan worden gevonden in het bestaan van de verschoningsregeling. Ook indien beide partijen aangeven er geen bezwaar tegen te hebben dat een bepaalde rechter hun zaak behandelt, behoudt deze rechter altijd een eigen verantwoordelijkheid. Indien hijzelf meent dat hij niet voldoende onpartijdig is, zal hij zich dienen terug te trekken.¹⁵

Reden dat partijen het recht op een behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht niet kunnen uitsluiten, is dat hiermee een aantal belangen gemoeid is. Ten eerste is het ter bescherming van partijen en ter waarborging van een voldoende toegang tot rechtspraak wenselijk dat dit recht niet kan worden beperkt. Zo is het mogelijk dat een partij, die vooraf geen probleem ziet in het feit dat een rechter die enige banden heeft met de wederpartij haar zaak behandelt, hier anders over denkt nadat de zaak voor haar ongunstig is geëindigd. Het kan wenselijk zijn een partij hiertegen te beschermen. Bovendien ontstaat, indien zij het gevoel heeft geen toegang te hebben gehad tot onpartijdige rechtspraak, het gevaar dat zij het recht in eigen hand neemt. Daarnaast is het voor het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak en in de overheid van belang dat er geen enkele reden tot twijfel is dat gerechten onafhankelijk en onpartijdig zijn. Uitsluiting van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht is dus niet mogelijk, aangezien het vertrouwen van zowel de samenleving, als van partijen in de gerechten op het spel staat.¹⁶

Hoewel een procesovereenkomst uitgesloten is, kan een rechter bij zijn beslissing of het nodig is zich te verschonen wel rekening houden met het feit dat partijen geen bezwaren zien. In dat geval zal immers minder snel een schijn van partijdigheid aanwezig kunnen worden geacht.

6.2.4 Een eerlijke behandeling

Het recht op een eerlijke behandeling omvat meerdere aspecten. Zo heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens hieruit het beginsel van 'equality of arms' afgeleid. Dit beginsel houdt in dat iedere partij een redelijke kans moet hebben om haar zaak te presenteren onder voorwaarden die haar niet substantieel benadelen ten opzichte van haar wederpartij.¹⁷ Ook onderdeel van het recht op een eerlijke behandeling maakt de 'right to an adversarial procedure' uit. Dit recht brengt mee dat partijen de mogelijkheid moeten hebben om kennis te nemen van en commentaar te leveren op al het aangebrachte bewijs en alle naar voren gebrachte observaties.¹⁸ Het recht op een eerlijke behandeling omvat hetgeen naar Nederlands burgerlijk procesrecht wordt verstaan onder het beginsel van hoor en wederhoor.¹⁹

15 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 27 september 2010, *Prg.* 2010, 273.

16 Zie bijv. EHRM 6 mei 2003, appl.no. 39343/98, 39651/98, 43147/98 en 46664/99, *NJ* 2004, 15, m.nt. PJB (Kleyn e.a./Nederland), r.o. 191; EHRM 24 februari 1993, appl.no. 14396/88, *NJ* 1993, 649, m.nt. EAA (Fey/Oostenrijk), r.o. 30; EHRM 12 oktober 2005, appl.no. 64935/01 (Chmelir/Tsjechië), r.o. 55.

17 EHRM 27 oktober 1993, appl.no. 14448/88, *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS en EJD (Dombo Beheer/Nederland), r.o. 33.

18 EHRM 20 februari 1996, appl.no. 19075/91 (Vermeulen/België), r.o. 33.

19 Smits 2008, p. 95-96.

Aangenomen kan worden dat tot op zekere hoogte afstand kan worden gedaan van deze beginselen. Dit blijkt uit de jurisprudentie van het Europese Hof met betrekking tot de Italiaanse verkorte procedure in strafzaken. In Italië is bij wet de mogelijkheid geïntroduceerd dat, met instemming van de verdachte, een verkorte procedure plaatsvindt. De verdachte krijgt dan een aantal voordelen zoals een lichtere straf, in ruil waarvoor hij een aantal procedurele waarborgen op moet geven. Zo dient hij afstand te doen van het recht op een openbare behandeling en het recht om zelf bewijs aan te dragen en getuigen op te roepen. De zaak wordt in principe gevoerd op basis van het bewijs dat door het openbaar ministerie is verzameld. Volgens het Europese Hof gaat het bij deze waarborgen om fundamentele aspecten van het recht op een eerlijk proces. Toch nam het Hof in het Scoppola-arrest aan dat hiervan geldig afstand was gedaan.²⁰

Ook uit andere jurisprudentie kan worden afgeleid dat de waarborgen die besloten liggen in het recht op een eerlijke behandeling niet absoluut zijn. In het arrest Steel en Morris overwoog het Hof dat het niet de taak van staten is om absolute 'equality of arms' tussen partijen te bewerkstelligen, zolang beide partijen maar voldoende mogelijkheden hebben hun zaak te presenteren onder voorwaarden die hen ten opzichte van hun wederpartij niet substantieel benadelen.²¹ Het Hof oordeelt steeds in een concreet geval of een procedure in zijn geheel eerlijk is verlopen.²²

Door de Hoge Raad is aangenomen dat partijen afstand kunnen doen van het recht op hoor en wederhoor. Het gaat dan met name om het aspect dat in de Straatsburgse jurisprudentie de 'right to an adversarial procedure' wordt genoemd. Partijen kunnen, nog voordat zij op de hoogte zijn van de inhoud van een bepaalde bewijsverrichting, er akkoord mee gaan dat zij zich hierover niet kunnen uitlaten (zie hierover uitgebreid paragraaf 4.4.3.3).²³ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt daarnaast dat een partij, indien gewichtige redenen geheimhouding met betrekking tot bepaalde stukken of bepaalde inlichtingen rechtvaardigen, kan meedelen dat uitsluitend de rechter kennis zal mogen nemen van de inlichtingen of stukken, zonder dat de wederpartij deze mogelijkheid heeft. De rechter mag in dat geval slechts mede op grond van die inlichtingen of stukken uitspraak doen indien de wederpartij onduidelijkzinnig toestemming daartoe heeft verleend. De rechter kan uit het niet verlenen van die toestemming de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.²⁴

Partijen kunnen dus tot op zekere hoogte afstand doen van de beginselen die besloten liggen in het recht op een eerlijke behandeling. Kunnen partijen deze beginselen nu ook bij procesovereenkomst uitsluiten? Bij beantwoording van deze

20 EHRM 17 september 2009, appl.no. 10249/03 (Scoppola/Italië; Grote Kamer), r.o. 134-136; zie ook EHRM 18 oktober 2006, appl.no. 18114/02 (Hermi/Italië; Grote Kamer), r.o. 78 e.v.

21 EHRM 15 februari 2005, appl.no. 68416/01, NJ 2006, 39, m.nt. E.J. Dommering (Steel en Morris/Verenigd Koninkrijk), r.o. 62.

22 EHRM 23 februari 1994, appl.no. 16757/90, NJ 1994, 483, m.nt. Kn (Stanford/Verenigd Koninkrijk), r.o. 24; EHRM 19 april 1993, appl.no. 13942/88 (Kraska/Zwitserland), r.o. 30.

23 HR 9 september 2005, NJ 2007, 140, m.nt. H.J. Snijders (Wenckebach/NOB), r.o. 3.3; HR 12 mei 1989, NJ 1989, 647 (Allart/Overweel c.s.), r.o. 3.3; zie verder HR 18 juni 1993, NJ 1994, 449, m.nt. HJS (Van der Lely/VDH), r.o. 3.3, waar echter geen afstand werd aangenomen.

24 HR 11 juli 2008, NJ 2009, 451, m.nt. E.J. Dommering (De Telegraaf c.s./Staat), r.o. 3.4.8; HR 20 december 2002, NJ 2004, 4, m.nt. J.B.M. Vranken (Lightning Casino c.s./De Nederlandse Antillen c.s.), r.o. 4.4.4, 4.4.6.

vraag moet voorop worden gesteld dat een procesovereenkomst al snel aan deze beginselen zal raken. Telkens als partijen bij overeenkomst de procedure bekorten, levert dit een beperking op van de mogelijkheid om hun zaak te presenteren. Dit betekent echter niet meteen dat een dergelijke overeenkomst ontoelaatbaar is. Dit blijkt reeds uit het feit dat een bewijsovereenkomst uitdrukkelijk door de wet is toegestaan. Ook door een bewijsovereenkomst wordt de mogelijkheid voor partijen beperkt om hun zaak naar voren te brengen en om commentaar te leveren op hetgeen door hun wederpartij in het geding is gebracht.

Nu kan erover worden getwist of in een dergelijk geval wel sprake is van het bij overeenkomst aan de kant zetten van het recht op een eerlijke behandeling. Het Europese Hof oordeelt immers of een procedure in zijn geheel eerlijk is verlopen. Het is dus niet onwaarschijnlijk dat het Hof in een dergelijk geval zal oordelen dat, gezien de afspraak van partijen, de procedure niet oneerlijk was. Echter, duidelijk is dat overeenkomsten waarbij de processuele middelen van partijen worden beknót wel raken aan het recht op een eerlijke behandeling. Dit brengt dan naar mijn mening ook mee dat de vrijheid tot het sluiten van dergelijke overeenkomsten niet onbegrensd is. Partijen kunnen aan de ene kant legitieme belangen hebben bij een afspraak waardoor hun processuele middelen worden beperkt. Het kan bijvoorbeeld zijn dat zij de procedure willen bespoedigen en kosten willen besparen. Partijen moeten echter voldoende mogelijkheden overhouden om hun zaak te kunnen presenteren, omdat anders het belang van een voldoende toegang tot de rechter te zeer in het gedrang komt waardoor gevaar van eigenrichting ontstaat. Bovendien wordt het de rechter anders onmogelijk gemaakt om nog te oordelen over het geschil dat daadwerkelijk tussen partijen aan de orde is, zodat ook zijn gezag wordt aangetast. Ten slotte wordt ook het vertrouwen in de overheid geschaad, die dient mee te werken aan de tenuitvoerlegging van de verkregen uitspraak. Partijen kunnen dus slechts tot op zekere hoogte het recht om hun zaak naar voren te brengen, beperken.

Partijen kunnen het recht op een *gelijke* behandeling niet bij overeenkomst aan de kant zetten. Zo is het niet mogelijk dat zij bewijslevering door middel van getuigen voor de ene partij uitsluiten, maar voor de andere partij niet. Reden is dat de toegang tot rechtspraak voor een van de partijen hierdoor te zeer wordt belemmerd. Indien een van de partijen veel meer processuele bevoegdheden heeft, is het gevaar te groot dat het standpunt van de andere partij ondergesneeuwd raakt. Deze laatste partij heeft in dat geval dus geen reële mogelijkheid meer om haar zaak aan de rechter voor te leggen. Daarnaast staat ook het gezag van de rechterlijke macht en van de overheid als geheel op het spel. Het is niet wenselijk dat de rechterlijke macht meewerkt aan een ongelijke behandeling van partijen en dat de overheid hier haar goedkeuring aan verleent door de aldus verkregen uitspraak ten uitvoer te leggen.

Overigens betekent het feit dat partijen bij overeenkomst het recht op een gelijke behandeling niet kunnen uitsluiten, nog niet dat een procesovereenkomst beide partijen altijd in gelijke mate dient te belasten. Denkbaar is bijvoorbeeld dat uitsluiting van getuigenbewijs in een concreet geval voor de ene partij veel nadeliger consequenties heeft dan voor de andere partij. Dit geldt echter voor iedere toekenning of onthouding van een processueel middel, ook indien het om een keuze gaat die door de wetgever is gemaakt. Absolute 'equality of arms' tussen partijen behoeft niet te worden bereikt.

Zoals gezegd kunnen partijen volgens de Hoge Raad nog voordat zij op de hoogte zijn van de inhoud van een bepaalde bewijsverrichting afstand doen van het recht zich hierover uit te laten. Zij kunnen dit recht mijns inziens echter niet bij proces-overeenkomst uitsluiten. Indien de rechter bijvoorbeeld meent dat het wenselijk is dat partijen zich over een bepaalde verklaring van een getuige uitlaten, moet hij partijen hier zonder meer de gelegenheid toe kunnen geven. Indien dit niet zou zijn toegestaan, zou de rechter te zeer belemmerd worden in zijn taak om het geschil van partijen te beoordelen. Daarnaast wordt door een dergelijke overeenkomst de mogelijkheid van partijen om hun standpunt naar voren te brengen te veel beperkt. Voor partijen is niet altijd goed te overzien wat de gevolgen van de overeenkomst zijn, aangezien bijvoorbeeld een getuigenverklaring heel anders uit kan pakken dan van tevoren was verwacht. Ter bescherming van partijen en ter waarborging van een voldoende toegang tot rechtspraak is het dus wenselijk dat de rechter alsnog kan besluiten partijen te horen. Bij zijn oordeel of nadere uitlating wenselijk is, kan hij uiteraard wel rekening houden met de mening van partijen. Indien partijen bijvoorbeeld graag een spoedige afhandeling van de zaak willen, kan dit reden zijn om deze gelegenheid niet meer te bieden.

Om dezelfde redenen kunnen partijen niet bij overeenkomst bepalen dat bepaalde stukken uitsluitend ter kennis worden gebracht van de rechter, en niet van de wederpartij. Het is aan de rechter om te beoordelen of het wenselijk is dat uitspraak wordt gedaan mede op grond van stukken waarvan een van de partijen niet heeft kunnen kennisnemen. Voor de wederpartij zijn de gevolgen van een dergelijke overeenkomst niet goed in te schatten, aangezien zij juist geen kennis heeft kunnen nemen van de stukken waarom het gaat. Indien de rechter oordeelt dat de wederpartij door een dergelijke handelswijze te sterk wordt belemmerd in haar mogelijkheid om haar zaak naar voren te brengen, hoeft hij hiermee niet akkoord te gaan.

Geconcludeerd kan worden dat, hoewel wellicht niet gezegd kan worden dat partijen het recht op een eerlijke behandeling kunnen uitsluiten, zij wel overeenkomsten kunnen sluiten die aan dit recht raken. Zo kunnen zij de mogelijkheid om hun zaak te presenteren bij overeenkomst beperken. Daarbij zullen zij wel altijd voldoende mogelijkheden moeten overhouden om hun zaak onder de aandacht van de rechter te brengen. Van het recht op een *gelijke* behandeling kunnen partijen niet afwijken. Het is niet mogelijk dat zij de processuele middelen eenzijdig beperken. Ten slotte kan ook het recht om kennis te nemen van en commentaar te leveren op al het aangebrachte bewijs niet bij overeenkomst aan de kant worden gezet.

6.2.5 *Mondelinge behandeling*

Partijen kunnen afstand doen van het recht op een mondelinge behandeling, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.²⁵ Kunnen partijen nu ook bij procesovereenkomst afspreken dat geen mondelinge behandeling in hun zaak zal plaatsvinden, dus dat noch een comparitie, noch pleidooi zal worden gehouden? Op het eerste gezicht lijkt het dat hierdoor de procedure wordt verkort en

²⁵ EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Stureson/Zweden), r.o. 65-67; EHRM 24 juni 1993, appl.no. 14518/89 (Schuler-Zraggen/Zwitserland), r.o. 58.

overheidsmiddelen worden bespaard. Partijen sluiten immers een fase in de procedure uit. Bedacht moet echter worden dat de comparitie na antwoord juist is ingevoerd om procedures sneller te laten verlopen. De comparitie komt in principe in de plaats van een tweede schriftelijke ronde.²⁶ De strekking van de overeenkomst mag dus niet zijn dat in plaats van de comparitie een tweede schriftelijke ronde zal worden gehouden. Ook indien de bedoeling van partijen echter is te volstaan met één schriftelijke ronde, is de overeenkomst mijns inziens ontoelaatbaar. Een schriftelijke ronde, zonder comparitie, zal vaak immers niet voldoende zijn om de zaak goed uit de verf te laten komen. De mogelijkheden van partijen om hun zaak naar voren te brengen en te reageren op het standpunt van hun wederpartij, worden door een dergelijke afspraak te veel beperkt.

Wel kunnen partijen geldig overeenkomen om geen pleidooi in hun zaak te houden. Een aanwijzing hiervoor biedt artikel 134 lid 1 Rv, dat bepaalt dat de rechter aan partijen 'desverlangd' gelegenheid biedt voor pleidooien. Ook indien de rechter zelf een pleidooi wenselijk acht, wordt dus geen pleidooi gehouden indien partijen dit niet willen. Wel zullen partijen tijdens de procedure van de wil blijk moeten geven van pleidooi af te zien of in ieder geval het bestaan van een overeenkomst hiertoe tijdens de procedure niet moeten betwisten. De reden is dat een onderzoek naar de vraag of een procesovereenkomst tot stand is gekomen, vaak tijdrovend zal zijn. De bespoediging van de procedure die het achterwege laten van het pleidooi meebrengt, weegt niet op tegen de vertraging van het geding als gevolg van een onderzoek naar het bestaan van de overeenkomst.

6.2.6 Redelijke termijn

Onduidelijk is of partijen afstand kunnen doen van het recht op behandeling binnen een redelijke termijn. Wel geldt dat een van de factoren waarmee het Europese Hof rekening houdt bij de vraag of behandeling binnen een redelijke termijn heeft plaatsgevonden, het gedrag van partijen is.²⁷ De staat kan niet verantwoordelijk worden gehouden voor vertraging van een geding veroorzaakt door het gedrag van een partij zelf.²⁸ Dit betekent echter niet dat in stelsels waarin als uitgangspunt de partijautonomie geldt zodat het voornamelijk partijen zijn die de gang van zaken tijdens een procedure bepalen, de gerechten er niet meer voor hoeven te zorgen dat procedures binnen een redelijke termijn plaatsvinden.²⁹ De overheid behoudt een eigen verantwoordelijkheid. Zo is niet altijd nodig dat een partij zelf actief optreedt tegen een bepaalde vertraging: haar kan vaak niet worden tegengeworpen dat zij over

26 Zie art. 132 lid 2 Rv en de parlementaire geschiedenis bij art. 131, 132 en 134 Rv; Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 324 e.v.

27 EHRM 28 juni 1978, appl.no. 6232/73, *Nj* 1980, 54 (*König/Duitsland*), r.o. 99; EHRM 6 mei 1981, appl.no. 7759/77 (*Buchholz/Duitsland*), r.o. 49.

28 Voorbeelden van zaken waarin geen schending van art. 6 EVRM werd aangenomen gezien het gedrag van partijen zijn EHRM 15 juli 2004, appl.no. 19449/02 (*Patrianakos/Griekenland*), r.o. 19-25; EHRM 16 december 1997, appl.no. 25086/94 (*Proszak/Polen*), m.n. r.o. 37-40, 45; EHRM 27 oktober 1993, appl.no. 13675/88 (*Monnet/Frankrijk*), m.n. r.o. 29-31, 34.

29 Zie EHRM 6 mei 1981, appl.no. 7759/77 (*Buchholz/Duitsland*), r.o. 50; EHRM 7 juli 1989, appl.no. 11681/85 (*Unión Alimentaria Sanders SA/Spanje*), r.o. 34-35; EHRM 25 juni 1987, appl.no. 9381/81, *Nj* 1990, 231, m.nt. EAA (*Capuano/Italië*), r.o. 24-25.

een bepaalde gang van zaken niet heeft geklaagd of geen bezwaar heeft gemaakt tegen een verzoek tot uitstel van haar wederpartij.³⁰ Deze eigen verantwoordelijkheid van de rechter komt ook tot uitdrukking in de Nederlandse wetgeving. In artikel 20 Rv is immers bepaald dat de rechter tegen onredelijke vertraging van de procedure waakt en zo nodig ambtshalve maatregelen treft.³¹

In hoeverre kunnen partijen nu bij procesovereenkomst de termijnen die in de procedure gelden verlengen? Te verwachten valt dat partijen tot op zekere hoogte invloed kunnen uitoefenen op deze termijnen, maar dat zij het recht op behandeling binnen een redelijke termijn niet volledig aan de kant kunnen zetten. Aan de ene kant kunnen partijen legitieme belangen hebben bij verlenging van een termijn. Zo kan het zijn dat zij in schikkingsonderhandelingen zijn verwickeld en deze onderhandelingen willen afwachten voordat verder geprocedeerd wordt. Bovendien kan in sommige ingewikkelde zaken de termijn die geldt voor het verrichten van proceshandelingen (zoals de termijn van zes weken in artikel 2.7 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken voor het nemen van een conclusie of een akte) te kort zijn.

Hoewel partijen dus belang kunnen hebben bij verlenging, bestaan hier ook bezwaren tegen. Zeer lange procedures kunnen erg belastend zijn voor partijen. Een partij wordt hierdoor gedwongen lang in onzekerheid te leven.³² Daarnaast kan als gevolg van te lange termijnen de toegang tot rechtspraak in het gedrang komen. Nu zou men kunnen tegenwerpen dat deze bezwaren enkel gelden indien partijen bij voorbaat de termijnen verruimen. Indien partijen in de loop van de procedure met het oog op een concrete proceshandeling uitstel overeenkomen, zijn de gevolgen van een dergelijke afspraak direct duidelijk. Een partij kan per geval bepalen of zij de vertraging van de procedure nog acceptabel vindt. Toch is het de vraag of het in de praktijk op deze manier werkt. Probleem is namelijk dat het in het belang van advocaten is om in te stemmen met een verzoek tot uitstel, aangezien zij vaker te maken kunnen krijgen met de advocaat van de wederpartij. Dit bevordert een cultuur van elkaar makkelijk uitstel vragen en toestaan.³³ Ook indien de afspraken enkel gemaakt worden met het oog op een concreet geval, kunnen partijen hierdoor dus benadeeld worden. Daar komt nog bij dat de geloofwaardigheid van het rechtssysteem ook door dergelijke afspraken op het spel kan komen te staan. Het publiek ziet slechts de lange duur van procedures, zonder dat het duidelijk hoeft te zijn dat dit voor een groot deel veroorzaakt is door het gedrag van partijen zelf.³⁴ Ten slotte kan de lange duur van procedures ook leiden tot een hogere inzet van overheidsmiddelen, omdat lange

30 Zie EHRM 7 juli 1989, appl.no. 11681/85 (Unión Alimentaria Sanders SA/Spanje), r.o. 34-35; EHRM 25 juni 1987, appl.no. 9381/81, *NJ* 1990, 231, m.nt. EAA (Capuano/Italië), r.o. 27-28, r.o. 31 e.v.; EHRM 15 november 1996, appl.no. 22461/93 en 22465/93 (Ceteroni/Italië), r.o. 23-24.

31 Zie ook de parlementaire geschiedenis bij art. 20 Rv; Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 132 e.v.; zie over art. 20 Rv ook HR 18 maart 2011, *RvdW* 2011, 388 (Josef Antebi/NIHS c.s.).

32 Zie ook Barendrecht 2000, p. 1875; Barendrecht 1995, p. 74; Mollema 1995, p. 1203.

33 Zie ook Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 137-138; Barendrecht 2000, p. 1875; Leijten 2000, p. 33-34; Mollema 1995, p. 1203.

34 Ook door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is de effectiviteit en de geloofwaardigheid van het rechtssysteem benadrukt in verband met het vereiste van behandeling binnen een redelijke termijn. Zie EHRM 24 oktober 1989, appl.no. 10073/82 (H./Frankrijk), r.o. 58; zie verder Barendrecht 2000, p. 1875.

perioden van inactiviteit in een zaak vaak zullen meebrengen dat een zaak minder efficiënt kan worden afgehandeld. Meerdere rechters zullen zich wellicht moeten verdiepen in de zaak of een en dezelfde rechter zal zijn kennis telkens weer moeten opfrissen.

Te verwachten valt kortom dat partijen bij overeenkomst tot op zekere hoogte invloed kunnen uitoefenen op de termijnen die in de procedure gelden, maar dat deze invloed zeker niet onbeperkt is. Dit blijkt inderdaad in overeenstemming te zijn met de praktijk. Zo bepaalt artikel 1.4 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken dat de rechter op eenstemmig verzoek van partijen dat vóór de eerste roldatum is gedaan een van het reglement afwijkende procesvoering kan toestaan. De parlementaire geschiedenis bij artikel 20 Rv gaat er daarbij van uit dat de rechter in beginsel de gezamenlijke wensen van partijen met betrekking tot het procestempo dient te honoreren.³⁵ Artikel 1.4 lijkt de rechter echter wel degelijk de ruimte te laten om het verzoek van partijen te weigeren. Naar mijn mening zal de rechter dit, gezien de opmerking in de parlementaire geschiedenis, alleen kunnen doen indien de termijnen die partijen zijn overeengekomen buitensporig zijn. Indien partijen binnen deze grens blijven, hebben zij dus wel degelijk de mogelijkheid een tragere procesvoering overeen te komen.³⁶ Wel geldt mijns inziens dat een dergelijke verlenging van de termijnen enkel mogelijk is indien partijen bij de rechter van wilsovereenstemming blijf geven. Hierdoor wordt ten eerste voorkomen dat de rechter een tijdrovend onderzoek moet instellen naar de vraag of een overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen. Bovendien wordt uitgesloten dat partijen zich nog vóórdat er een geschil is, vastleggen op zeer lange termijnen. Op dat moment kunnen zij immers de gevolgen van een dergelijke overeenkomst niet goed overzien.

Partijen kunnen ook in de loop van het geding verlenging van een specifieke termijn overeenkomen. Zo bepaalt artikel 133 lid 2 Rv dat partijen uitstel kunnen vragen voor het nemen van conclusies. De rechter volgt een daartoe strekkend, eenstemmig verzoek van partijen, tenzij dit zou leiden tot onredelijke vertraging van het geding. In lid 3 is bepaald dat deze regeling overeenkomstig van toepassing is op de termijnen voor het verrichten van andere proceshandelingen. In het landelijk rolreglement is nader uitgewerkt wanneer van een 'onredelijke vertraging' sprake is. Daaruit blijkt dat een eerste eenstemmig verzoek van partijen wordt ingewilligd, en dat latere verzoeken van partijen dienen te worden gemotiveerd (zie artikel 2.8). De rechter wordt dus gebonden door een eerste overeenkomst tot verlenging. Wel is vereist dat partijen daadwerkelijk een eenstemmig verzoek aan de rechter richten (zie paragraaf 7.2).

Ten slotte wordt een zaak op eenstemmig verzoek van partijen verwezen naar de parkeerrol (zie artikel 246 lid 1 Rv jo. artikel 9.3 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken).³⁷ Ook op deze manier kunnen partijen bij overeenkomst de duur van de procedure verlengen. Wel zullen partijen zich eens in het halfjaar moeten uitlaten over de vraag of zij willen doorprocederen of niet (zie

35 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 136-138.

36 Zie ook Leijten 2000, p. 33.

37 Zie over het gevaar van misbruik van deze mogelijkheid Leijten 2000, p. 33; anders Wesseling-Van Gent e.a. 2001, p. 147.

artikel 9.5 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken).

Partijen kunnen bij overeenkomst dus tot op zekere hoogte de termijnen die in de procedure gelden verlengen. Hun vrijheid hiertoe is echter niet onbeperkt.

6.2.7 Motivering van de uitspraak

Partijen hebben recht op een gemotiveerde uitspraak. Uit artikel 121 Grondwet en artikel 30 Rv volgt de verplichting van rechters om hun uitspraken te motiveren. Ook uit artikel 6 EVRM is door het Europese Hof een dergelijke verplichting afgeleid.³⁸ Hoever dit recht op motivering gaat is wel afhankelijk van de specifieke omstandigheden en van de wijze waarop partijen het processuele debat hebben gevoerd. Indien de vordering als juist is erkend, is volgens de Hoge Raad een motivering van de toewijzing van de vordering overbodig, omdat de gegrondheid reeds voldoende volgt uit de erkenning.³⁹ Of van het recht op motivering afstand kan worden gedaan, is onduidelijk.

Partijen kunnen mijns inziens in ieder geval niet bij overeenkomst afspreken dat hun uitspraak niet gemotiveerd zal worden. Verschillende belangen zijn bij motivering betrokken.⁴⁰ Motivering heeft ten eerste een legitimatiefunctie: motivering kan helpen een beslissing meer aanvaardbaar te maken.⁴¹ Het is van belang dat partijen zich neer kunnen leggen bij een beslissing, omdat dit voor henzelf bevredigender is en omdat het gevaar van eigenrichting hierdoor afneemt. Ook kan motivering voor de samenleving de beslissing meer aanvaardbaar maken, waardoor het vertrouwen in de rechtspraak toeneemt.

Ten tweede bevordert motivering de kwaliteit van beslissingen, doordat zij controle mogelijk maakt. Deze controle vindt plaats door partijen zelf, die kunnen zien of de rechter acht heeft geslagen op hun argumenten, maar ook door de rechter in een hogere instantie, en door de samenleving als geheel.⁴² De kwaliteit wordt hierdoor op twee manieren bevorderd. Ten eerste kan een hogere instantie fouten die zijn gemaakt achteraf herstellen. Ten tweede heeft controle ook een preventieve functie: de rechter die weet dat zijn uitspraak wordt gecontroleerd, zal wellicht zorgvuldiger te werk gaan. Bij het nemen van zijn beslissing zal hij er waarschijnlijk reeds rekening mee houden dat hij haar ook dient te motiveren. Een hogere kwaliteit van rechtspraak is in het belang van partijen. Ook kan hierdoor het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak toenemen en de kans op eigenrichting verminderen.

Ten slotte bevordert motivering van vonnissen de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.⁴³ Hierdoor is het voor derden makkelijker om hun kansen in een

38 EHRM 9 december 1994, appl.no. 18390/91 (Ruiz Torija/Spanje), r.o. 29; EHRM 9 december 1994, appl.no. 18064/91, NJ 1997, 20, m.nt. EAA onder NJ 1997, 21 (Hiro Balani/Spanje), r.o. 27; EHRM 27 september 2001, appl.no. 49684/99 (Hirvisaari/Finland), r.o. 30.

39 HR 18 maart 2011, NJ 2011, 218, m.nt. M.V. Polak onder NJ 2011, 219 (Bialek/Szajak c.s.), r.o. 3.2.

40 Zie over de verschillende functies van de motivering De Waard 1987, p. 371-374; zie ook Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 45 e.v., nr. 40, met verwijzing naar literatuur.

41 HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659, m.nt. DWFV (Vredo/Veenhuis), r.o. 3.4; HR 7 april 1995, NJ 1997, 21, m.nt. EAA (N./Möbius), r.o. 3.3.

42 EHRM 22 februari 2007, appl.no. 1509/02 (Tatishvili/Rusland), r.o. 58; HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659, m.nt. DWFV (Vredo/Veenhuis), r.o. 3.4; HR 7 april 1995, NJ 1997, 21, m.nt. EAA (N./Möbius), r.o. 3.3.

43 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 46, nr. 40.

eventuele procedure in te schatten, waardoor zij wellicht eerder van een gang naar de rechter af zullen zien. De kosten van de rechtspleging dalen hierdoor dus. Bovendien draagt rechtseenheid bij aan het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak.

6.2.8 Tussenconclusie

Partijen kunnen slechts in zeer beperkte mate bij overeenkomst afwijken van fundamentele beginselen van procesrecht. Zo kunnen zij geen behandeling met gesloten deuren overeenkomen, kunnen zij niet afwijken van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht en kunnen zij niet bepalen dat motivering van de uitspraak achterwege zal blijven. Het recht op een gelijke behandeling en de 'right to an adversarial procedure' kunnen niet bij procesovereenkomst worden uitgesloten. Wel kunnen partijen tot op zekere hoogte de processuele middelen die in een procedure ter beschikking staan uitsluiten, waardoor de mogelijkheid om hun zaak te presenteren wordt beperkt. Daarbij geldt echter dat partijen voldoende mogelijkheden moeten overhouden om hun zaak naar voren te brengen. Ook kunnen partijen bij overeenkomst binnen bepaalde grenzen de termijnen die in de procedure gelden verlengen. Vereist is daarbij dat partijen bij de rechter van wilsovereenstemming blijk geven.

6.3 Uitsluiting van fundamentele rechten in het kader van arbitrage en bindend advies

6.3.1 Inleiding

In hoeverre kunnen partijen in het kader van arbitrage en bindend advies bij overeenkomst fundamentele rechten uitsluiten? Bij de beantwoording van deze vraag is het van belang twee verschillende kwesties goed uit elkaar te houden. Ten eerste is het namelijk de vraag, in hoeverre de overeenkomsten tot arbitrage en tot bindend advies zelf reeds een afwijking van fundamentele rechten inhouden. In hoeverre zijn de rechten van toepassing in deze procedures indien partijen hierover niet expliciet iets zijn overeengekomen? Dit is mede een kwestie van uitleg van de betreffende overeenkomst. Een andere vraag is hoever partijen kunnen gaan, indien zij wel expliciet afspraken maken. In hoeverre kunnen partijen, bij expliciete overeenkomst, fundamentele rechten aan de kant zetten?

In het kader van de overheidsrechtspraak is gebleken dat het feit dat partijen afstand van een bepaald recht kunnen doen, nog niet betekent dat zij dit recht ook bij procesovereenkomst aan de kant kunnen zetten. De reden is met name dat door een afstand van recht de rechter niet gebonden hoeft te worden (zie hierover paragraaf 4.4.3.3 en 6.1). In principe geldt ook in het kader van arbitrage en bindend advies dat afstand van recht en uitsluiting van dit recht bij procesovereenkomst twee verschillende kwesties zijn. Ook hier is in theorie denkbaar dat partijen bijvoorbeeld wel afstand kunnen doen van het recht op een openbare behandeling en dus niet kunnen klagen dat dit recht geschonden is, maar dat een procesovereenkomst niet mogelijk is zodat arbiters of bindend adviseurs steeds de vrijheid behouden tóch een openbare behandeling te bevelen. Toch is het in het kader van arbitrage of bindend advies minder waarschijnlijk dat een dergelijke situatie zich voordoet. De reden dat in

een bepaald geval enkel afstand van recht kan worden gedaan, is over het algemeen dat het wenselijk wordt gevonden dat de rechter aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval kan beoordelen of openbare belangen aan het buiten toepassing laten van het recht in de weg staan (zie paragraaf 4.4.3.3). Het ligt echter niet voor de hand om arbiters of bindend adviseurs met een dergelijke handhaving van openbare belangen te belasten. Het is voor de overheidsrechter immers nauwelijks mogelijk om te controleren of arbiters en bindend adviseurs daadwerkelijk met de openbare belangen rekening houden. Dit zou immers betekenen dat het gevolg geven aan een afstand van recht door arbiters of bindend adviseurs soms wel, en soms niet grond is voor vernietiging. Het is echter in het belang van een behoorlijk functioneren van arbitrage en bindend advies dat duidelijke criteria bestaan voor de vernietigbaarheid van de daarin verkregen uitspraken. Te verwachten valt dan ook dat afstand in het kader van arbitrage en bindend advies over het algemeen enkel toegestaan zal zijn indien openbare belangen hieraan *hoe dan ook* niet in de weg staan. Dit betekent dat in die gevallen waarin afstand van recht toelaatbaar is, in de meeste gevallen ook is toegestaan dat partijen dit recht bij een voor arbiters en bindend adviseurs bindende overeenkomst uitsluiten. Uitzonderingen zijn echter denkbaar.

Kuijer merkt met betrekking tot het recht op behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht op, dat niet te snel kan worden aangenomen dat partijen bij een overeenkomst tot arbitrage hiervan afstand hebben gedaan. Wel zal artikel 6 EVRM in het licht van de specifieke omstandigheden van het geval moeten worden uitgelegd. Dit brengt mee dat artikel 6 EVRM in geval van een arbitrageprocedure een gematigder werking zal hebben, zodat een bepaald verdragsrecht een andere invulling krijgt.⁴⁴ In deze paragraaf zal dit mogelijke onderscheid tussen het buiten toepassing laten van een recht en het feit dat een recht, als gevolg van de specifieke context van arbitrage en bindend advies, een andere invulling krijgt, buiten beschouwing worden gelaten. Er zal slechts inhoudelijk worden gekeken welke vrijheid partijen hebben om bij overeenkomst de procedure in te richten. Of men een bepaalde overeenkomst nu geldig acht omdat partijen hierbij afstand doen van de in artikel 6 EVRM gelegen bescherming, of omdat artikel 6 EVRM in de specifieke context minder streng moet worden uitgelegd, is minder van belang.

Op basis van de uitgangspunten die in paragraaf 4.9 zijn geformuleerd, valt te verwachten dat de vrijheid van partijen om fundamentele rechten buiten toepassing te verklaren in geval van arbitrage en bindend advies groter is dan in het kader van de overheidsprocedure. Het belang van vertrouwen in de rechtspraak speelt hier immers een veel minder grote rol, zodat het waarborgen van de fundamentele beginselen vanuit dat oogpunt minder vereist is. Wel blijft, ter voorkoming van eigenrichting en ter bescherming van partijen, van belang dat partijen een voldoende toegang tot rechtspraak hebben die aan een aantal waarborgen voldoet.⁴⁵ Aangezien tenuitvoerlegging van de uitspraken van arbiters en bindend adviseurs uiteindelijk via de overheid geschiedt, heeft ook de overheid er belang bij dat een aantal minimumwaarborgen in acht wordt genomen. Te verwachten valt dan ook dat de vrijheid van partijen om fundamentele rechten uit te sluiten niet onbeperkt is.

⁴⁴ Kuijer 2004, p. 71-72, 143.

⁴⁵ Zie ook Snijders 1988, p. 404-405.

Hierna zal eerst een aantal uitgangspunten worden besproken dat in zijn algemeenheid van belang is in het kader van de toepasselijkheid van fundamentele rechten bij arbitrage en bindend advies (paragraaf 6.3.2). Daarna zullen de verschillende specifieke rechten onder de loop worden genomen (paragraaf 6.3.3 e.v.).

6.3.2 Algemene uitgangspunten

6.3.2.1 Jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens

Door het Europese Hof is erkend dat partijen door middel van een overeenkomst tot arbitrage geldig afstand kunnen doen van het recht op toegang tot de overheidsrechter.⁴⁶ Het Hof heeft echter in de zaak *Suovaniemi* overwogen dat een dergelijke afstand niet noodzakelijkerwijze moet worden gezien als een afstand van alle rechten beschermd door artikel 6 EVRM.⁴⁷ Sommige van deze rechten zijn dus ook van toepassing in de arbitrageprocedure, aangezien partijen niet geacht kunnen worden deze rechten met de overeenkomst tot arbitrage buiten toepassing te hebben verklaard. Zelfs bij expliciete overeenkomst kunnen partijen bepaalde beginselen wellicht niet uitsluiten. Het Hof merkt namelijk ook op dat mogelijk is dat afstand toegestaan is met betrekking tot sommige rechten, maar niet met betrekking tot andere. Daarbij moet wellicht zelfs binnen de verschillende rechten die gegarandeerd worden door artikel 6 EVRM worden gedifferentieerd.⁴⁸

Hoewel arbitrageprocedures op grond van de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dus tot op zekere hoogte moeten voldoen aan de vereisten van artikel 6 EVRM, wordt in dit verband een grote vrijheid aan de lidstaten gelaten. Het Hof houdt rekening met het wettelijk kader rond arbitrage dat in de lidstaat geldt en met de controle die de nationale rechter binnen dat kader kan uitoefenen. Het is mogelijk dat een lidstaat vanwege het feit dat de nationale rechter weigert een arbitrale beslissing te vernietigen, verantwoordelijk wordt gehouden voor een schending van fundamentele beginselen tijdens een arbitrageprocedure. Lidstaten hebben volgens het Hof echter een aanzienlijke beoordelingsvrijheid bij het regelen van de vernietigbaarheid van arbitrale vonnissen.⁴⁹

Hoewel deze jurisprudentie van het Europese Hof enkel ziet op arbitrage, ligt het voor de hand dat zij ook kan worden toegepast in geval van bindend advies. Ook in geval van bindend advies kan worden aangenomen dat partijen geldig afstand hebben gedaan van een deel van hun rechten onder artikel 6 EVRM. Vraag is in dit verband nog, of van belang is dat het bindend advies geen uitgebreide wettelijke regeling kent. Het Europese Hof houdt immers, zoals gezegd, rekening met het wettelijk kader dat in een lidstaat geldt. Wellicht is de gedachte dat indien de wet uitdrukkelijk aangeeft welke criteria voor afstand gelden, dit aan partijen duidelijkheid biedt, zodat een dergelijke afstand eerder als geldig kan worden geaccepteerd. Het gebrek aan een

46 EHRM 27 februari 1980, appl.no. 6903/75, *NJ* 1980, 561 (*Deweert/België*), r.o. 49.

47 EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*).

48 EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*).

49 EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*); zie ook ECRM 27 november 1996, appl.no. 28101/95, *NJ* 1997, 505, m.nt. PJB (*Nordström c.s./Nederland*).

wettelijke regeling betekent wellicht dat minder snel kan worden aangenomen dat partijen afstand van fundamentele rechten hebben gedaan.

De jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens laat lidstaten dus grote vrijheid bij het regelen van de mate waarin fundamentele beginselen in het kader van een arbitrage- en bindendadviesprocedure in acht moeten worden genomen. Hierna wordt bekeken hoe in Nederland van deze vrijheid gebruikgemaakt wordt.

6.3.2.2 *Invulling in het Nederlandse recht; arbitrage*

Duidelijk is dat de enkele overeenkomst tot arbitrage nog geen afstand van alle fundamentele rechten beschermd door artikel 6 EVRM inhoudt. In de wettelijke regeling rond arbitrage is immers expliciet een aantal fundamentele beginselen neergelegd. Zo bepaalt artikel 1039 lid 1 Rv onder meer dat partijen op voet van gelijkheid worden behandeld. Ook kent de wet een aantal bepalingen dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters moet waarborgen (zie bijvoorbeeld artikel 1028 en 1033 e.v. Rv). Verder kan tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis worden geweigerd indien het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, kennelijk in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (zie artikel 1063 lid 1 Rv). Strijd met de openbare orde of de goede zeden is ook grond voor vernietiging van een arbitraal vonnis (zie artikel 1065 lid 1 sub e Rv). In dit verband is van belang dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat voor een terughoudende toepassing van artikel 1065 lid 1 sub e Rv geen plaats is in geval van strijd met het recht van hoor en wederhoor.⁵⁰ Door de Hoge Raad is bovendien erkend dat de arbitrageprocedure als geheel moet voldoen aan de eisen van een eerlijk proces.⁵¹ De wettelijke regeling van het arbitrale geding wordt volgens de Raad mede gekenmerkt door een, ten opzichte van het voor de overheidsrechter gevoerde geding, grote(re) vrijheid van arbiters om de rechtsgang in te richten, mits de fundamentele rechten van procespartijen worden gewaarborgd.⁵²

Toch mag mijns inziens hieruit niet worden afgeleid dat de fundamentele rechten zoals die gelden in de overheidsprocedure onverkort van toepassing zijn op een arbitraal geding. Duidelijk is dat bepaalde beginselen een andere invulling krijgen dan bij de overheidsrechter. Dit geldt bijvoorbeeld voor het vereiste van behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Arbiters worden immers in principe door partijen benoemd, hetgeen uiteraard niet mogelijk is in het kader van de overheidsrechtspraak.⁵³ Daarnaast is wellicht van belang dat volgens de Hoge Raad niet iedere schending van een in de arbitrageprocedure geldende procedureregels tot vernietiging van het arbitrale vonnis hoeft te leiden. Zelfs indien schending van procedureregels ertoe leidt dat sprake is van strijd met de beginselen van een goede procesorde, moet

50 HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294 (Spaanderman/Anova), r.o. 3.5; HR 24 april 2009, NJ 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.1.

51 HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.4.

52 HR 29 januari 2010, NJ 2011, 270, m.nt. H.J. Snijders (Van Wassenae van Catwijk/Knowsley), r.o. 3.4; HR 24 april 2009, NJ 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.3.

53 Zie ook Kuijer 2004, p. 71-72, 143; Lawson 1996, p. 162.

artikel 1065 lid 1 sub e Rv naar zijn aard met terughoudendheid worden toegepast.⁵⁴ Of iedere schending van fundamentele beginselen leidt tot vernietigbaarheid, is dan ook de vraag. Volgens Snijders hoeft dit niet het geval te zijn. Hij wijst erop dat vernietiging wegens schending van het beginsel van behandeling binnen een redelijke termijn wel heel pijnlijk zou uitwerken.⁵⁵ Overigens betekent het feit dat schending van een bepaalde regel niet leidt tot vernietigbaarheid, nog niet dat deze regel niet in acht hoeft te worden genomen. Zo is denkbaar dat deze regel op een andere manier gewaarborgd wordt. Schending van de redelijke termijn levert wellicht geen grond op voor vernietiging van de beslissing, maar een partij kan op grond van artikel 1031 lid 2 Rv wel verzoeken de opdracht van het scheidsrecht te beëindigen indien het zijn opdracht op onaanvaardbaar trage wijze uitvoert.

Geconcludeerd kan worden dat fundamentele rechten in ieder geval tot op zekere hoogte gelden in de arbitrageprocedure. Partijen hebben met de enkele overeenkomst tot arbitrage deze beginselen niet volledig aan de kant gezet. Hierna zal onderzocht worden hoe dit uitgangspunt uitwerkt voor de verschillende specifieke beginselen. Verder rijst de vraag, of partijen door middel van een expliciete overeenkomst fundamentele rechten buiten toepassing kunnen laten. Het is duidelijk dat zij deze mogelijkheid tot op zekere hoogte inderdaad hebben. Zo wordt over het algemeen aangenomen dat partijen het recht op een openbare behandeling kunnen uitsluiten.⁵⁶ Ook op de vraag hoever deze vrijheid van partijen precies reikt, wordt hierna ingegaan.

6.3.2.3 Invulling in het Nederlandse recht; bindend advies

In hoeverre dienen fundamentele beginselen in het kader van een bindendadviesprocedure in acht te worden genomen? Duidelijk is dat schending van een fundamenteel beginsel kan meebrengen dat gebondenheid aan de beslissing van bindend adviseurs naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zodat de beslissing vernietigbaar is op grond van artikel 7:904 lid 1 BW.⁵⁷ Niet iedere schending van een fundamenteel beginsel leidt echter tot vernietigbaarheid. Volgens de Hoge Raad is bij de beantwoording van de vraag of een partij haar wederpartij mag houden aan een bindend advies bij de totstandkoming waarvan procedurele fouten zijn gemaakt mede van belang of, en zo ja in welke mate, door de procedurefout nadeel aan de wederpartij is toegebracht.⁵⁸ Dat wegens een gebrek aan nadeel vernietiging wellicht achterwege kan blijven, betekent echter nog niet dat een bepaalde regel niet in acht hoeft te worden genomen. Bindend adviseurs zullen immers over het

54 HR 25 mei 2007, *NJ* 2007, 294 (Spaanderman/Anova), r.o. 3.5; HR 24 april 2009, *NJ* 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.1.

55 Noot Snijders bij HR 17 januari 2003, *NJ* 2004, 384, m.nt. HJS (IMS/Modsaf c.s. I), nr. 8.

56 Zie bijv. Kuijer 2004, p. 143; Lawson 1996, p. 163-164; Snijders 1988, p. 406; Wiarda 1988, p. 426-427; Frumer 2001, p. 118, nr. 160.

57 Zie bijv. HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.8, waarin schending van het beginsel van hoor en wederhoor aan de orde was.

58 HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.3; zie ook HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), r.o. 3.4.4; HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1034 (Delta Lloyd/N.), r.o. 3.2.

algemeen van tevoren niet kunnen overzien of schending van een procedureregel een partij daadwerkelijk zal benadelen.⁵⁹

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt echter wel degelijk dat de fundamentele beginselen niet onverkort gelden in alle bindendadviesprocedures. De Hoge Raad hecht in dit verband waarde aan het karakter van de procedure. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van bindend adviseurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd. Omgekeerd is het volgens de Hoge Raad zo dat, naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienen vast te stellen, en het van hen gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld.⁶⁰ Het is dus mede afhankelijk van het type procedure in hoeverre de fundamentele rechten in acht moeten worden genomen. Dit maakt de vraag of in een bepaald geval deze rechten hebben te gelden niet makkelijker te beantwoorden. Hierna zal enkel aandacht worden besteed aan bindendadviesprocedures die het karakter hebben van rechtspraak. Omdat een vergelijking wordt gemaakt met de situatie bij de overheidsrechter, zijn deze procedures het meest interessant.

Duidelijk is dat in bindendadviesprocedures die het karakter hebben van rechtspraak fundamentele rechten in ieder geval tot op zekere hoogte in acht moeten worden genomen. Partijen kunnen met de enkele overeenkomst tot bindend advies dus nog niet worden geacht hiervan volledig afstand te hebben gedaan. Wat dit voor de verschillende specifieke rechten betekent, wordt in de volgende paragrafen onderzocht. Ook zal daar gekeken worden in hoeverre partijen deze rechten bij expliciete overeenkomst kunnen uitsluiten.

6.3.3 Openbaarheid van de procedure

Kunnen partijen in het kader van een arbitrage of een bindend advies overeenkomen dat hun zaak vertrouwelijk behandeld moet worden? In paragraaf 6.2.2 is gebleken dat het recht op een openbare behandeling het belang van vertrouwen in de rechtspraak dient, aangezien de openbaarheid het mogelijk maakt de gang van zaken tijdens de procedure te controleren. Dit belang speelt in het kader van arbitrage en bindend advies echter een veel minder grote rol. Naast het vertrouwen in de rechtspraak helpt openbaarheid ook verzekeren dat toegang bestaat tot een procedure die aan een aantal minimumwaarborgen voldoet. Het beginsel waarborgt dat de rechten van partijen daadwerkelijk in acht worden genomen, waardoor het partijen beschermt. In dit verband is echter van belang dat de openbaarheid slechts een van de wijzen is waarop dit belang wordt gediend. Ook de overheidsrechter oefent controle uit op de gang van zaken tijdens arbitrage- en bindend adviesprocedures. Te verwachten is dan ook dat het partijen wel degelijk vrijstaat om in het kader van arbitrage of bindend advies overeen te komen dat hun zaak vertrouwelijk behandeld

⁵⁹ Zie ook Snijders in zijn noot bij HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115 (Meurs/Newomij), nr. 2d.

⁶⁰ HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.4; HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), r.o. 3.4.2.

dient te worden. Er lijkt ook geen bezwaar tegen te bestaan dat partijen dit reeds bij voorbaat, voordat er een geschil is, doen.

In de praktijk blijkt dit te kloppen. Het Europese Hof heeft bevestigd dat in het kader van een arbitrageprocedure afstand kan worden gedaan van het recht op een openbare behandeling.⁶¹ Ook in de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat partijen in het kader van arbitrage of bindend advies af kunnen spreken dat hun zaak vertrouwelijk behandeld wordt.⁶²

De vraag kan nog gesteld worden, of partijen met de enkele overeenkomst tot arbitrage of tot bindend advies geacht kunnen worden afstand te hebben gedaan van het beginsel van openbaarheid. Lawson meent dat, gezien de waarde die in de Straatsburgse jurisprudentie wordt gehecht aan een openbare behandeling, afstand van dit beginsel in zeer nadrukkelijke en ondubbelzinnige termen moet worden neergelegd.⁶³ Dit lijkt mij niet het geval. Het Europese Hof heeft namelijk overwogen dat doel van arbitrage in veel gevallen juist zal zijn openbaarheid te vermijden.⁶⁴ Ook wanneer dit niet in zeer nadrukkelijke en ondubbelzinnige termen geschiedt, zal een geldige afstand dus kunnen worden aangenomen. Of een dergelijke afstand reeds kan worden afgeleid uit de enkele overeenkomst tot arbitrage of tot bindend advies is echter de vraag.⁶⁵ In het conceptwetsvoorstel tot herziening van het arbitragerecht wordt wel als uitgangspunt genomen dat arbitrages vertrouwelijk zijn.⁶⁶ Vooralsnog lijkt het in ieder geval verstandig om vertrouwelijkheid expliciet overeen te komen.⁶⁷

6.3.4 Onafhankelijk en onpartijdig gerecht

6.3.4.1 Algemeen

Hiervoor is in het kader van de overheidsrechtspraak geconstateerd dat het ter bescherming van partijen en ter waarborging van een voldoende toegang tot rechtspraak van belang is dat sprake is van een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Ook met het oog op het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak is dit noodzakelijk. Ten slotte heeft de overheid, die moet meewerken aan de tenuitvoerlegging van uitspraken, er belang bij dat gerechten onafhankelijk en onpartijdig zijn.

In paragraaf 4.9.4.3 is gebleken dat het belang van vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak bij arbitrage en bindend advies een veel minder grote rol speelt. De overige belangen zijn echter van een niet mindere betekenis in het kader van arbitrage en bindend advies dan bij de overheidsrechter. Te verwachten valt dan ook dat het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid ook in dergelijke

61 EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (Suovaniemi/Finland).

62 Zie bijv. Meijer 2011, p. 86; Kuijer 2004, p. 143; Lawson 1996, p. 163-164; Snijders 1988, p. 406; Wiarda 1988, p. 426-427; Frumer 2001, p. 118, nr. 160; Jacot-Guillarmod 1988, p. 288.

63 Lawson 1996, p. 163-164.

64 EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (Suovaniemi/Finland).

65 Frumer ziet in de enkele overeenkomst tot arbitrage wel reeds een afstand van dit recht; Frumer 2001, p. 118-119, nr. 160, p. 123, nr. 166. Volgens Meijer is dit een kwestie van uitleg; Meijer 2011, p. 86.

66 Zie art. 1069A conceptwetsvoorstel, te vinden op www.internetconsultatie.nl.

67 Zie ook Van Haersolte-Van Hof 2011, m.n. p. 104-105; zie, in het kader van arbitrage op grond van de UAR 2010, Snijders 2011b, p. 9.

procedures in acht dient te worden genomen. Wel zal wellicht meer gewicht kunnen worden toegekend aan het standpunt van partijen ten aanzien van de vraag of er sprake is van een *schijn* van partijdigheid. In het kader van arbitrage en bindend advies is immers, anders dan bij de overheidsrechtspraak, niet zozeer van belang welk beeld in de samenleving ontstaat. Voldoende lijkt dat de schijn van partijdigheid bij partijen wordt voorkomen. Gezien de overige belangen die hier een rol spelen, is echter niet aannemelijk dat partijen ook beslechting van hun geschil kunnen overeenkomen door personen die *daadwerkelijk* afhankelijk of partijdig zijn. Of deze verwachting juist is, wordt hierna eerst voor de arbitrage (paragraaf 6.3.4.2) en vervolgens voor het bindend advies (paragraaf 6.3.4.3) onderzocht.

6.3.4.2 Arbitrage

Afstand van recht door de enkele overeenkomst tot arbitrage?

Duidelijk is, dat het recht op behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht in het kader van een arbitrageprocedure een andere invulling krijgt dan in het kader van de overheidsrechtspraak. Zo is het partijen toegestaan om zelf arbiters te benoemen, hetgeen in het kader van de overheidsprocedure ontoelaatbaar is. Toch kunnen partijen met de enkele overeenkomst tot arbitrage nog niet worden geacht volledig afstand te hebben gedaan van dit recht. Volgens de Hoge Raad behoort namelijk tot de ook in een arbitrageprocedure geldende fundamentele beginselen van een behoorlijke procesorde dat arbiters onpartijdig en onafhankelijk moeten zijn.⁶⁸ De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van arbiters worden bovendien op verschillende manieren door de wet gewaarborgd. Zo bevat artikel 1028 Rv een regeling voor het geval de overeenkomst tot arbitrage aan een van de partijen een bevoorrechte positie bij de benoeming van arbiters toekent. Daarnaast is in de wet een regeling voor wraking van arbiters opgenomen (zie artikel 1033 e.v. Rv). Ten slotte is het zo dat een gebrek aan onafhankelijkheid of onpartijdigheid grond kan zijn voor weigering van tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis en voor vernietiging van het vonnis wegens strijd met de openbare orde (zie artikel 1063 lid 1 en artikel 1065 lid 1 sub e Rv).

In het kader van de vernietiging is echter wel het arrest *Nordström c.s./Nigoco* van belang. Uit dit arrest blijkt dat een beroep op vernietiging wegens een gebrek aan onafhankelijkheid of onpartijdigheid van arbiters niet snel zal slagen. De Hoge Raad oordeelde dat bij vernietiging een strengere maatstaf moet worden aangelegd dan wanneer het gaat om wraking of verschoning. Bij de beoordeling of er voldoende aanleiding is tot wraking of verschoning valt volgens de Hoge Raad onder omstandigheden ook rekening te houden met de uiterlijke schijn. Dit is anders in het kader van de vernietiging. Voor vernietiging van het vonnis wegens strijd met de openbare orde in verband met een beroep op het niet-onpartijdig of -onafhankelijk zijn van een arbiter is dan alleen plaats wanneer feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen op grond waarvan moet worden aangenomen dat hetzij een arbiter bij het geven van de arbitrale beslissing in feite niet-onpartijdig dan wel niet-onafhankelijk was, hetzij omtrent diens toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, de overige omstandigheden van het geval

68 HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.2.

mede in aanmerking genomen, onaantvaardbaar zou zijn van de partij die in de arbitrage in het ongelijk is gesteld, te vergen dat zij zich bij de uitspraak neerlegt.⁶⁹ Het aannemen van een dergelijke strengere toets in het kader van de vernietiging is niet onverenigbaar met het EVRM. Een naar aanleiding van dit arrest in Straatsburg ingediende klacht is door de Europese Commissie niet-ontvankelijk verklaard.⁷⁰

Moet uit deze beperkte mogelijkheid tot vernietiging van een arbitraal vonnis wegens een gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid nu worden afgeleid dat partijen dit beginsel in zoverre buiten toepassing hebben verklaard? Dit kan naar mijn mening niet met zekerheid worden geconcludeerd. Het is mijns inziens namelijk niet zonder meer duidelijk dat het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid bij arbitrage (veel) minder goed gewaarborgd is dan bij de overheidsrechter. Ook in het geval van overheidsrechtspraak zal, nadat uitspraak is gedaan, niet altijd meer in gelijke mate een beroep kunnen worden gedaan op een gebrek aan onafhankelijkheid of onpartijdigheid van de rechter(s) als tijdens de procedure. Een partij heeft weliswaar de mogelijkheid in hogere instantie aan te voeren dat de beslissing op deze grond niet in stand kan blijven.⁷¹ Het is echter de vraag of in dit verband een even strenge maatstaf moet worden aangelegd als in het kader van een verzoek tot wraking tijdens de procedure. Snijders acht het denkbaar dat de vrees voor partijdigheid *ex post* (bij de beoordeling van de in de zaak zelf gedane uitspraken) minder snel kan worden aangenomen dan *ex ante* (bij de beoordeling van een wrakingsverzoek). Wel zal het volgens hem gaan om het lichtjes uiteenlopen van de criteria; een verschil als dat bij arbitrage is aangenomen heeft hij niet voor ogen.⁷² Daarnaast geldt echter dat niet steeds een hogere instantie openstaat. Indien een partij na afloop van de behandeling in cassatie op de hoogte raakt van feiten of omstandigheden die haar gerechtvaardigde reden geven te twifelen aan de onafhankelijkheid of onpartijdigheid van de cassatierechter(s), heeft zij in principe geen mogelijkheid meer om hier een beroep op te doen.⁷³ Ook in geval van een rechtsmiddelvebod is het de vraag in hoeverre na de uitspraak nog een beroep gedaan kan worden op een gebrek aan onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Aannemelijk is dat een dergelijk beroep aanleiding kan zijn voor doorbreking van het rechtsmiddelvebod,⁷⁴ maar ook hier moet wellicht een strengere maatstaf worden gehanteerd dan in het kader van een wrakingsverzoek.

Het feit dat vernietiging van een arbitraal vonnis wegens het niet-onpartijdig of -onafhankelijk zijn van arbiters slechts mogelijk is indien aan strenge voorwaarden is voldaan, hoeft dus nog niet te betekenen dat partijen akkoord zijn gegaan met een

69 HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 765, m.nt. HJS (Nordström c.s./Nigoco), r.o. 3.8.

70 ECRM 27 november 1996, appl.no. 28101/95, *NJ* 1997, 505, m.nt. PJB (Nordström c.s./Nederland).

71 Zie HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 562, m.nt. H.J. Snijders (V./NIAC), r.o. 3.2.

72 Noot Snijders bij HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 562, m.nt. H.J. Snijders (V./NIAC), nr. 1e.

73 Wel kan zij eventueel een vordering tegen de staat uit onrechtmatige daad instellen; zie HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137, m.nt. GJS (X./Staat); dit heeft echter geen gevolgen voor de uitspraak in de oorspronkelijke zaak.

74 Zie bijv. Rb. Zutphen 6 januari 2000, *Prg.* 2000, 5417, r.o. 5.5. Doorbreking van een rechtsmiddelvebod is mogelijk indien een zo fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken; zie bijv. HR 26 november 2004, *NJ* 2005, 257, m.nt. PCEvW (Polderman c.s./Landinrichtingscommissie), r.o. 3.1-3.3; HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672, m.nt. PAS (Woesthoff/Intershow), r.o. 3.2.

mindere bescherming dan bij de overheidsrechter geldt en in zoverre afstand hebben gedaan van hun recht. Het is immers niet direct duidelijk dat het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid bij de overheidsrechter beter gewaarborgd is. Vaststaat in ieder geval dat partijen door middel van de enkele overeenkomst tot arbitrage dit beginsel niet *volledig* buiten toepassing verklaren.⁷⁵ Het beginsel is ook in het kader van de arbitrage op verschillende manieren gewaarborgd.

Benoeming van partijdige of afhankelijke arbiters bij expliciete overeenkomst?

Ook al houdt de enkele overeenkomst tot arbitrage nog geen (volledige) afstand in, een dergelijke afstand is tot op zekere hoogte wel degelijk mogelijk. Zo nam het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest *Suovaniemi c.s./Finland* een geldige afstand van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid aan. In deze zaak hadden *Suovaniemi c.s.*, nadat zij ervan op de hoogte raakten dat één van de arbiters als advocaat was opgetreden voor de wederpartij, expliciet afgezien van een beroep op wraking. Na afloop van de procedure verzochten zij de overheidsrechter echter de uitspraak te vernietigen wegens een gebrek aan onpartijdigheid. De rechter wees dit verzoek af omdat op grond van de Finse wet *Suovaniemi c.s.*, door na te laten tijdig een beroep te doen op wraking, hun recht om deze kwestie aan de orde te stellen hadden verspeeld. Het Europese Hof oordeelde dat deze weigering verenigbaar was met artikel 6 EVRM, aangezien in de omstandigheden van het geval geldig afstand was gedaan van het recht op een onpartijdige rechter. Daarbij overwoog het Hof dat de lidstaten een aanzienlijke beoordelingsruimte hebben bij het reguleren van de gronden waarop een arbitraal vonnis vernietigd kan worden.⁷⁶

Ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat partijen in het kader van arbitrage afstand kunnen doen van het recht op behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. In het arrest *Nordström c.s./Nigoco* overwoog de Hoge Raad dat een partij in een vordering tot vernietiging slechts kan slagen indien de door haar aan haar vordering ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden haar gedurende de arbitrale procedure niet bekend zijn geweest en het haar niet valt toe te rekenen dat zij daarmee in dat stadium niet bekend was. In andere gevallen heeft volgens de Hoge Raad namelijk de weg van wraking van de betreffende arbiter opengestaan, hetgeen een vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis op grond van deze feiten en omstandigheden uitsluit.⁷⁷

Afstand van recht is in principe dus mogelijk. Dit brengt naar mijn mening mee dat partijen ook bij procesovereenkomst kunnen afwijken van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Zij kunnen behandeling overeenkomen door een arbiter die de schijn van partijdigheid of afhankelijkheid tegen zich heeft. Een eenmaal benoemde arbiter heeft, anders dan de overheidsrechter, op dit punt naar mijn mening geen eigen verantwoordelijkheid. Arbiters dienen partijen slechts op de redenen die een grond voor wraking zouden kunnen vormen te wijzen (zie artikel 1034 Rv). Indien partijen hierin geen aanleiding zien om hem te wraken, heeft

⁷⁵ Frumer 2001, p. 119-120, nr. 161-162; Snijders 1988, p. 406-407; Snijders 1995, p. 71-72; Kuijer 2004, p. 143, 296-297; Meijer 2011, p. 81, 85-86.

⁷⁶ EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (*Suovaniemi c.s./Finland*).

⁷⁷ HR 18 februari 1994, NJ 1994, 765, m.nt. HJS (*Nordström c.s./Nigoco*), r.o. 3.8; zie ook *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 13.

een eenmaal benoemde arbiter geen mogelijkheid zich te verschonen. Er lijkt mij in een dergelijke situatie namelijk onvoldoende reden om de arbiter op grond van artikel 1029 lid 2 Rv op zijn eigen verzoek van zijn opdracht te ontheffen.⁷⁸ Dit verschil in benadering kan naar mijn mening worden verklaard doordat het belang van vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak in het kader van arbitrage in veel mindere mate speelt. Het ligt dan voor de hand meer betekenis te hechten aan de mening van partijen. Indien bepaalde omstandigheden voor hen geen reden zijn om te twifelen aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid, is het beeld dat in de samenleving zou kunnen ontstaan geen reden om het optreden van een bepaalde persoon als arbiter toch ontoelaatbaar te achten.

Toch moeten er mijns inziens grenzen worden gesteld aan de vrijheid van partijen om personen als arbiter te benoemen. Ten eerste kunnen partijen mijns inziens niet akkoord gaan met behandeling door een arbiter die *daadwerkelijk* afhankelijk is van een van de partijen, of die *daadwerkelijk* partijdig is. Zoals gezegd spelen het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak en het belang van vertrouwen in de overheid ook in het kader van arbitrage een rol. Indien blijkt dat een arbiter feitelijk afhankelijk of partijdig is, is dit naar mijn mening dan ook wél reden om deze arbiter op grond van artikel 1029 lid 2 Rv op eigen verzoek van zijn opdracht te ontheffen. Bovendien kan een uitspraak die door een dergelijke arbiter is gewezen, ondanks het feit dat tijdens de procedure geen verzoek tot wraking is gedaan, wel degelijk worden vernietigd. In zoverre moet dus worden afgeweken van hetgeen in het arrest Nordström c.s./Nigoco is overwogen.

Ten tweede gaat het buiten toepassing laten van dit beginsel nooit verder dan door partijen beoogd is. Indien partijen op de hoogte raken van omstandigheden die een gerechtvaardigde twijfel opleveren aan de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van een arbiter, maar besluiten af te zien van wraking, betekent dit bijvoorbeeld niet dat het de betreffende arbiter vrijstaat om de zaak *feitelijk* op partijdige wijze te behandelen. Bovendien kunnen partijen, indien zij later op de hoogte raken van nog weer andere omstandigheden die een dergelijke gerechtvaardigde twijfel opleveren, op deze nieuwe grond alsnog overgaan tot wraking of tot vernietiging van het arbitrale vonnis.

Ten slotte kunnen partijen mijns inziens niet bij voorbaat akkoord gaan met behandeling door een arbiter die de schijn van partijdigheid of afhankelijkheid tegen zich heeft. De reden is dat partijen, voordat er een geschil is, de gevolgen van een dergelijke afspraak niet goed kunnen overzien. Hoewel een partij er op dat moment wellicht geen bezwaar tegen heeft dat bijvoorbeeld een vroegere raadsman van de wederpartij als arbiter optreedt, kan zij hier later heel anders over denken. Een partij moet bovendien beschermd worden tegen mogelijk misbruik door haar wederpartij. Ook artikel 1028 Rv biedt een aanwijzing dat afwijking bij voorbaat niet mogelijk is. Dit artikel bevat een regeling voor het geval de overeenkomst tot arbitrage aan een van de partijen een bevoorrechte positie bij de benoeming van arbiters toekent.

Partijen kunnen kortom na het ontstaan van het geschil behandeling overeenkomen van een arbiter die de schijn van partijdigheid of afhankelijkheid tegen zich

⁷⁸ Zie echter Snijders, die wel meent dat een arbiter, althans voordat hij benoemd is, een eigen verantwoordelijkheid heeft; Snijders 1995, p. 72-73.

heeft, maar zij kunnen niet behandeling overeenkomen door een arbiter die daadwerkelijk partijdig of afhankelijk is.

Zelfstandig onderzoek door arbiters

Niet alleen door een arbiter te benoemen die de schijn van partijdigheid tegen zich heeft, ook op andere wijze kunnen partijen afstand doen van de in het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid gelegen bescherming. Dit blijkt uit een beschikking van de Hoge Raad over de vraag in hoeverre arbiters, buiten partijen om, zelf onderzoek kunnen verrichten. Volgens de Hoge Raad brengen de eisen van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid mee dat arbiters zich in beginsel moeten onthouden van bewijsgaring, in die zin dat zij niet zelf, buiten partijen om, bewijs mogen verzamelen. Arbiters mogen hiertoe volgens hem echter wel overgaan indien partijen op niet voor misverstand vatbare wijze ermee hebben ingestemd dat arbiters hun beoordeling van bewijsmateriaal dat voor de beslissing van belang is, mede baseren op hetgeen zij door eigen onderzoek hebben vastgesteld. Wel stelt de Hoge Raad een aantal nadere voorwaarden.⁷⁹

Ook deze uitspraak maakt mijns inziens een procesovereenkomst door partijen mogelijk. Partijen kunnen overeenkomen dat arbiters, in plaats van deskundigen te benoemen, bewijsmateriaal zullen beoordelen door middel van eigen onderzoek. Arbiters zijn hier in dat geval toe verplicht en kunnen niet, zonder schending van hun opdracht, besluiten om toch deskundigen te benoemen. Een dergelijke overeenkomst kunnen partijen mijns inziens enkel sluiten met het oog op een reeds bestaand geschil. Slechts in dat geval kunnen partijen immers overzien welk onderzoek vereist is en in hoeverre dit aan arbiters kan worden overgelaten.

Duidelijk is dat partijen groot belang kunnen hebben bij een dergelijke afspraak. Door deskundige arbiters te benoemen die eigen onderzoek zullen verrichten, kunnen zij de kosten van een deskundigenbericht uitsparen. Is een vergelijkbare overeenkomst nu ook denkbaar in het kader van de overheidsrechtspraak? Kunnen ook rechters, in geval van een expliciete overeenkomst van partijen, zelfstandig onderzoek verrichten? Ook in het kader van een overheidsprocedure kunnen partijen onder omstandigheden belang bij een dergelijke afspraak hebben. Toch is een dergelijke afspraak hier mijns inziens niet mogelijk. Om dit verschil in benadering te verklaren, zal nader moeten worden ingegaan op de bezwaren die tegen het zelfstandig verrichten van onderzoek bestaan.

De Hoge Raad overweegt in dit verband dat de arbiter die aan bewijsgaring doet, al spoedig in de positie zal geraken dat hij het evenwicht tussen partijen verstoort en zijn onpartijdigheid in zoverre verliest. Ook eigen onderzoek van de arbiter kan tot gevolg hebben dat bewijs ten nadele van een bepaalde partij wordt verkregen, die daardoor genoodzaakt kan zijn dit oordeel te bestrijden. Deze laatste partij zal, als zij op redelijke gronden van oordeel is dat het onderzoek van de arbiter niet deugdelijk is geweest, maar daarvoor geen gehoor vindt bij de arbiter, ook objectief gezien het vertrouwen in diens onpartijdigheid als arbiter kunnen verliezen.⁸⁰

79 HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.4.

80 HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.3.

Denkbaar is kortom dat de arbiter die zelfstandig onderzoek verricht niet meer openstaat voor kritiek op dit onderzoek door een van de partijen en hierdoor zijn onpartijdigheid verliest. De Hoge Raad stelt dan ook als voorwaarde voor het verrichten van eigen onderzoek door arbiters dat zij partijen, als daarom wordt verzocht, wel de reële mogelijkheid geven de resultaten van hun onderzoek ter discussie te stellen.⁸¹ Aannemelijk lijkt dat arbiters, indien zij aan dit vereiste niet voldoen, alsnog gewraakt kunnen worden.

Op dit punt blijkt het verschil tussen arbitrage en overheidsrechtspraak. In geval van arbitrage kan volstaan worden met deze waarborg achteraf. Afgewacht kan worden of de arbiter, door het zelfstandig verrichten van onderzoek, zich partijdig gaat gedragen en mocht dit het geval zijn, kunnen hier op dat moment maatregelen tegen genomen worden. In geval van de overheidsrechtspraak is echter niet alleen de positie van de rechter *in deze specifieke zaak* in het geding, maar staat het gezag van de rechterlijke macht als geheel op het spel. Het feit dat de rechter niet (langer) bereid is te luisteren naar een van de partijen, kan meebrengen dat ook andere partijen, in toekomstige zaken, geen vertrouwen meer in deze rechter hebben. Bovendien kan deze partijdige houding afstralen op de rechterlijke macht als geheel. In geval van de overheidsrechtspraak kan dus niet worden volstaan met eventuele maatregelen achteraf, maar is het beter om de situatie waarin twijfel kan ontstaan over de onpartijdigheid van de rechter reeds op voorhand te voorkomen.

Het lijkt goed om nog kort in te gaan op het onderscheid tussen het verrichten van feitelijk onderzoek door arbiters of rechters, en het geven van rechtsoordelen. Aangevoerd zou kunnen worden dat arbiters of rechters ook door rechtsoordelen hun gezag kunnen verliezen. Een arbiter of rechter kan een verkeerde rechtsbeslissing geven en vervolgens niet meer openstaan voor de argumenten die door een van de partijen hiertegen in worden gebracht. Toch is het arbiters en rechters zonder meer toegestaan dergelijke beslissingen te nemen. Wat is nu eigenlijk het verschil met het verrichten van feitelijk onderzoek?⁸² Naar mijn mening is er wel degelijk sprake van een verschil. Een rechter of arbiter die zich bezighoudt met feitelijk onderzoek loopt eerder het gevaar de grenzen van de rechtsstrijd van partijen te overschrijden. Bovendien is er, in het kader van de overheidsrechtspraak althans, meer controle op rechtsoordelen van een rechter dan op feitelijke oordelen. Zo is het in cassatie wel mogelijk om te klagen over schending van het recht, maar niet over een onjuist feitelijk oordeel van de lagere rechter. Het is dan ook goed verklaarbaar dat het zelfstandig verrichten van onderzoek naar de feiten met meer wantrouwen wordt bekeken.

81 HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.4. Overigens kunnen partijen volgens de Hoge Raad ook deze voorwaarde bij overeenkomst uitsluiten. In dat geval zal echter niet snel een gerechtvaardigde schijn van partijdigheid ontstaan, aangezien de reden dat een arbiter weigert na te gaan of hij wellicht een fout heeft gemaakt bij het onderzoek, dan niet meer is dat hij zijn eigen fouten niet wil toegeven, maar dat dit nu eenmaal door partijen was afgesproken.

82 Zie bijv. Snijders in zijn noot bij HR 29 juni 2007, NJ 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, nr. 2 sub c.

Tussenconclusie

Geconcludeerd kan worden dat partijen door de enkele overeenkomst tot arbitrage slechts in geringe mate afstand doen van de bescherming die gelegen is in het beginsel van een behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. Wel kunnen partijen door middel van expliciete afspraken deze bescherming gedeeltelijk buiten toepassing laten. Zo kunnen zij afspreken dat een bepaalde arbiter hun zaak zal behandelen, ook al is gerechtvaardigde twijfel aan zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid mogelijk. Ook kunnen zij afspreken dat arbiters hun beoordeling van bewijsmateriaal mede baseren op hetgeen zij door eigen onderzoek hebben vastgesteld. Reden is dat het vertrouwen in de rechterlijke macht in het kader van arbitrage een veel minder belangrijke rol speelt, zodat slechts in beperkte mate rekening hoeft te worden gehouden met het beeld dat in de samenleving als geheel ontstaat. Partijen kunnen echter niet behandeling overeenkomen door een arbiter die daadwerkelijk partijdig of afhankelijk is.

6.3.4.3 *Bindend advies*

Stemt het beeld bij arbitrage overeen met hetgeen op basis van de uitgangspunten die in hoofdstuk 4 zijn geformuleerd zou worden verwacht, dit is anders bij het bindend advies. In het kader van het bindend advies kunnen partijen namelijk niet slechts bindend adviseurs benoemen die de schijn van partijdigheid tegen zich hebben, maar ook adviseurs die daadwerkelijk partijdig zijn. Uit artikel 7:900 lid 2 BW blijkt namelijk dat partijen de beslissing in hun geschil kunnen opdragen aan één van hen. In dat geval is diegene die de beslissing neemt dus per definitie partijdig. Een dergelijke overeenkomst kan kennelijk zelfs gesloten worden nog vóórdat er een geschil is. Als partijen de beslissing kunnen overlaten aan een van hen, lijkt er ook geen bezwaar mogelijk tegen een overeenkomst waarbij zij een derde, die banden heeft met een van hen, aanwijzen voor de beslechting van hun geschil.

Volgens Van Schaick dient de bindende partijbeslissing met enige reserve bejegend te worden.⁸³ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt hiervan echter niets.⁸⁴ Een dergelijke overeenkomst is gewoon geldig. Nu is het wel zo dat in de praktijk de gevolgen van dit uitgangspunt op een aantal manieren gerelativeerd worden. Ten eerste is het de vraag of het overlaten van de beslissing aan één van de partijen wel een volledige afstand van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid inhoudt. In zijn conclusie voor het arrest *Steinweg/Delta Lloyd c.s.* merkt A-G Bakels op dat de uitoefening van de bevoegdheid tot het nemen van een bindende partijbeslissing dient te geschieden binnen de kaders van de redelijkheid en billijkheid.⁸⁵ Indien een partij *in het geheel* geen rekening houdt met de belangen van haar wederpartij, is aannemelijk dat de beslissing vernietigbaar is op grond van artikel 7:904 lid 1 BW. Ook indien een van de partijen als bindend adviseur is aangewezen, hebben

83 Asser/Van Schaick 2004 (5-IV), p. 216, nr. 259; zie ook p. 240-241, nr. 284.

84 Zie Toelichting Meijers, Vierde gedeelte, boek 7, p. 1132-1151; *Kamerstukken* 17 779.

85 Conclusie Bakels voor HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 706, m.nt. JH (Steinweg/Delta Lloyd c.s.), nr. 2.16; zie ook Asser/Van Schaick 2004 (5-IV), p. 240, nr. 284.

partijen daarmee kortom weliswaar in ruime mate, maar niet *volledig* afstand gedaan van hun recht op een onpartijdige behandeling.

Ten tweede is het zo dat partijen niet met de enkele overeenkomst tot bindend advies kunnen worden geacht afstand te hebben gedaan van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, zo blijkt uit een arrest van de Hoge Raad. In deze zaak was een notaris, die de vaste (partij)adviseur was van een van de partijen, als bindend adviseur opgetreden. Het hof oordeelde dat gebondenheid van de wederpartij aan het bindend advies onaanvaardbaar was. De Hoge Raad verwierp het hiertegen ingestelde cassatieberoep:

'Het hof heeft, na vooropstelling van het bijzondere gewicht dat dit geval voor [verweerder] c.s. aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de bindend adviseur toekwam, zijn oordeel in het bijzonder erop gegrond dat [verweerder] c.s. in de gegeven omstandigheden niet ervan op de hoogte waren of behoeften te zijn dat [de notaris] niet onafhankelijk en onpartijdig in het geschil stond en dat zij niet ermee hebben ingestemd dat [de notaris] als niet-onpartijdig en niet-onafhankelijk bindend adviseur zou optreden (...).

Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.⁸⁶

De enkele overeenkomst tot bindend advies houdt dus nog geen afstand van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid in.⁸⁷ Vereist is dat een partij ermee heeft ingestemd dat iemand als niet-onpartijdig en niet-onafhankelijk bindend adviseur optreedt. Dat een dergelijke instemming niet al te snel kan worden aangenomen, kan ook uit dit arrest worden afgeleid. Het was namelijk niet zo dat de verweerder in cassatie geen enkele reden had om te twijfelen aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris. De zaak draaide om de beëindiging van een samenwerkingsverband tussen partijen. De notaris was reeds bij de totstandkoming van dit samenwerkingsverband betrokken geweest, waarbij hij expliciet aan de verweerder in cassatie had gemeld dat hij ook als adviseur voor de wederpartij optrad. Ook bij de beëindiging van het samenwerkingsverband was de notaris weer ingeschakeld, waarbij de notaris een beëindigingsovereenkomst had opgesteld met daarin een non-concurrentiebeding waarover later het geschil ontstond. In deze beëindigingsovereenkomst was de bepaling opgenomen dat de notaris als bindend adviseur zou optreden in een eventueel geschil over de uitvoering van de overeenkomst. Hoewel de verweerder dus wel degelijk tot op zekere hoogte met de positie van de notaris bekend was toen hij akkoord ging met de bindendadviesclausule, werd dit door het hof onvoldoende geacht om instemming met behandeling door een niet-onpartijdige en niet-onafhankelijke bindend adviseur aan te nemen. Volgens het hof waren er geen feiten en omstandigheden gebleken waaruit volgde dat verweerder had moeten begrijpen dat het adviseurschap in de jaren na de totstandkoming van het samenwerkingsverband in een vaste adviesrelatie was voortgezet.⁸⁸

86 HR 30 oktober 2009, RvdW 2009, 1278, r.o. 4.3.

87 Zie ook Snijders 1988, p. 406-407.

88 HR 30 oktober 2009, RvdW 2009, 1278, r.o. 4.1.

Afstand van het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid zal kortom niet al te snel kunnen worden aangenomen. Expliciet zal moeten blijken dat een partij die akkoord gaat met de benoeming van een bepaalde bindend adviseur van alle omstandigheden die aanleiding kunnen geven tot twijfel op de hoogte is.

Indien partijen wel expliciet zijn overeengekomen dat een bindende partijbeslissing zal worden genomen, kan de reikwijdte van deze afspraak bovendien worden beperkt door hieraan een restrictieve uitleg te geven. Een voorbeeld hiervan biedt het arrest *Steinweg/Delta Lloyd c.s.* Op het briefpapier van Steinweg stond een bepaling dat bij twijfel welke algemene voorwaarden in een bepaald geval van toepassing waren, Steinweg dit zou beslissen. Op een gegeven moment rees tussen Steinweg en haar wederpartij, Marc Rich, de vraag welke algemene voorwaarden van toepassing waren: waren dit de veemcondities of de FENEX-condities? De FENEX-condities waren in dit geval voor Steinweg gunstiger en Steinweg stelde zich dan ook op het standpunt dat deze condities golden. Zowel de rechtbank als het hof oordeelden echter dat de veemcondities van toepassing waren. In cassatie klaagde Steinweg dat het hof haar beroep op het keuzebeding ten onrechte had verworpen. Volgens de Hoge Raad faalde deze klacht echter, aangezien Steinweg slechts een keuzerecht toekwam 'bij twijfel'. In 's hofs oordeel dat in dit geval de veemcondities van toepassing zijn, lag besloten dat hier van een dergelijke twijfel geen sprake was.⁸⁹

Door dus te oordelen dat geen sprake is van 'twijfel' of 'geschil' tussen partijen, kan worden voorkomen dat een beding tussen partijen van toepassing wordt. Op zichzelf is het terecht dat de rechter, los van de opvatting van de partij die de beslissing mag nemen, kan oordelen of sprake is van 'twijfel' of 'geschil'. Anders zou deze partij ook in gevallen waarin objectief gezien nauwelijks verschil van mening mogelijk is, zich op een zeer onredelijk standpunt kunnen stellen en daarmee toepasselijkheid van de geschillenbeslechting Clausule kunnen uitlokken. In feite kan de rechter door deze methode de werking aan het beding echter volledig ontnemen. De rechter kan immers iedere onduidelijkheid in een overeenkomst van partijen eerst door uitleg wegwerken en vervolgens constateren dat er geen reden is tot 'twijfel'. Hoewel de neiging groot kan zijn om via deze methode de partij, die door het beding afhankelijk wordt gemaakt van een beslissing van haar wederpartij, te hulp te schieten, is het de vraag of dit in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever. Indien de gevolgen van dergelijke bedingen als onwenselijk worden ervaren, zou dit eerder reden moeten zijn om de toelaatbaarheid van dergelijke bedingen te heroverwegen.

Op verschillende manieren wordt het uitgangspunt, dat partijen behandeling van hun geschil door een afhankelijke en partijdige bindend adviseur kunnen overeenkomen, dus gerelativeerd. Desondanks kan behandeling door een daadwerkelijk partijdige en afhankelijke bindend adviseur mijns inziens in die gevallen waarin het bindend advies het karakter heeft van rechtspraak niet worden geaccepteerd. Ook in het kader van bindend advies bestaat er belang bij dat het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid gewaarborgd is. Het zou naar mijn mening dan ook beter zijn indien de mogelijkheid tot een bindende partijbeslissing voor de gevallen waarin het bindend advies het karakter heeft van rechtspraak, wordt geschrapt.

89 HR 28 november 1997, NJ 1998, 706, m.nt. JH (*Steinweg/Delta Lloyd c.s.*), r.o. 3.4.1.

Geconcludeerd kan worden dat partijen in geval van bindend advies behandeling overeen kunnen komen door een bindend adviseur die daadwerkelijk afhankelijk of partijdig is. Dit betekent echter niet dat het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid hier geen enkele werking heeft. Ook een afhankelijke of partijdige bindend adviseur zal tot op zekere hoogte rekening moeten houden met de belangen van beide partijen, omdat zijn beslissing anders vernietigbaar is op grond van artikel 7:904 lid 1 BW. De *enkele* overeenkomst tot bindend advies houdt bovendien nog geen buitentoepassinglating van dit beginsel in. De instemming van partijen met behandeling door een partijdige of afhankelijke adviseur moet expliciet blijken. Desondanks zou het beter zijn indien in die gevallen waarin het bindend advies het karakter heeft van rechtspraak de bepaling, dat een bindende partijbeslissing kan worden genomen, werd geschrapt.

6.3.5 Een eerlijke behandeling

6.3.5.1 Algemeen

Hiervoor is gebleken dat het recht op een eerlijke behandeling meerdere aspecten omvat, zoals het beginsel van 'equality of arms' en de 'right to an adversarial procedure'. Het omvat mede hetgeen naar Nederlands burgerlijk procesrecht wordt verstaan onder het beginsel van hoor en wederhoor.⁹⁰

In zijn algemeenheid geldt dat deze beginselen ook van toepassing zijn in arbitrage- en bindendadviesprocedures.⁹¹ Zo bepaalt artikel 1039 lid 1 Rv dat partijen op voet van gelijkheid worden behandeld en dat het scheidsgerecht iedere partij de gelegenheid geeft, voor haar rechten op te komen en haar stellingen voor te dragen. Schending van het beginsel van hoor en wederhoor in een arbitrageprocedure kan leiden tot vernietiging van het scheidsrechterlijke vonnis. Daarbij geldt dat, hoewel de overheidsrechter artikel 1065 lid 1 onder e Rv in zijn algemeenheid met terughoudendheid dient toe te passen, er voor een terughoudende toepassing volgens de Hoge Raad geen plaats is wanneer moet worden geoordeeld dat bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het recht van hoor en wederhoor.⁹² Schending van hoor en wederhoor kan ook een reden zijn voor vernietiging van een bindend advies op grond van artikel 7:904 lid 1 BW,⁹³ al zal hiertoe niet in alle gevallen aanleiding bestaan.⁹⁴

In zijn algemeenheid kan kortom gezegd worden dat het recht op een eerlijke behandeling ook van toepassing is in arbitrage- en bindendadviesprocedures. Het is echter de vraag in hoeverre dit ook geldt voor alle deelaspecten, die uit dit recht zijn afgeleid. Hierna zal op een aantal van deze specifieke deelaspecten worden ingegaan.

⁹⁰ Smits 2008, p. 95-96.

⁹¹ Zie ook Frumer 2001, p. 120, nr. 163; Snijders 1988, p. 406-407; Snijders 1995, p. 34-36; Kuijer 2004, p. 143; Meijer 2011, p. 89; Jacot-Guillarmod 1988, p. 287-288.

⁹² HR 25 mei 2007, NJ 2007, 294 (Spaanderman/Anova), r.o. 3.5; HR 24 april 2009, NJ 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.1; zie bijv. ook Hof 's-Gravenhage 28 december 2010, NJF 2011, 160.

⁹³ Zie bijv. HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.8; HR 8 juli 2011, NJ 2011, 310 (Blom/t Sleyk c.s.).

⁹⁴ HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), r.o. 3.4.4.

6.3.5.2 Beperking processuele mogelijkheden

In hoeverre hebben partijen in het kader van arbitrage of bindend advies het recht om hun zaak te presenteren? Kunnen zij dit recht bij overeenkomst beperken? In paragraaf 4.9 is gebleken dat het in deze procedures in principe niet van veel minder belang is dat partijen voldoende mogelijkheden hebben om hun zaak naar voren te brengen dan in het kader van de overheidsprocedure. Ook hier ontstaat immers gevaar van eigenrichting indien deze mogelijkheid te veel wordt beperkt. Ook hier staat het gezag van de overheid, die moet meewerken aan de tenuitvoerlegging van de aldus verkregen uitspraak, op het spel. Aan de andere kant speelt het belang van vertrouwen in de rechtspraak in geval van arbitrage en bindend advies een veel minder grote rol. Al met al is te verwachten dat in het kader van arbitrage of bindend advies de vrijheid van partijen om de mogelijkheden om het geschil te presenteren te beperken, nauwelijks ruimer is dan bij de overheidsrechter. Partijen moeten ook hier voldoende gelegenheid overhouden hun geschil naar voren te brengen.

Werkt het nu inderdaad zo in de praktijk? Met betrekking tot arbitrage geldt dat, indien partijen niets over het verloop van de procedure zijn overeengekomen, hun rechten om de zaak naar voren te brengen wellicht iets beperkter zijn dan in het kader van een overheidsprocedure. Het scheidsgerecht kan, indien partijen zelf geen afspraken hebben gemaakt, namelijk de gang van zaken tijdens het geding bepalen, zo blijkt uit artikel 1036 Rv. In artikel 1039 lid 5 Rv is bovendien bepaald dat voor zover de partijen niet anders zijn overeengekomen, het scheidsgerecht vrij is ten aanzien van de toepassing van de regelen van bewijsrecht. Dit betekent volgens de Hoge Raad dat het in beginsel aan de beoordeling van het scheidsgerecht is overgelaten of en in welke mate het partijen zal toestaan bewijs van hun stellingen te leveren.⁹⁵ Een bewijsaanbod kan in het kader van een arbitrage dus gemakkelijker worden gepasseerd dan bij de overheidsrechter. Partijen kunnen met de enkele overeenkomst tot arbitrage dus in zoverre worden geacht afstand te hebben gedaan van hun recht hun zaak te presenteren. Hoewel het scheidsgerecht kortom een ruime vrijheid heeft de gang van zaken tijdens het geding te bepalen, is in het kader van een arbitrage wel degelijk gewaarborgd dat partijen voldoende mogelijkheid hebben om hun geschil naar voren te brengen. In artikel 1039 lid 1 Rv is immers, zoals reeds gezegd, bepaald dat het scheidsgerecht iedere partij de gelegenheid geeft voor haar rechten op te komen en haar stellingen voor te dragen. Het scheidsgerecht kan dan ook niet voorbijgaan aan *ieder* bewijsaanbod. De vrijheid van het scheidsgerecht om een bewijsaanbod te passeren vindt volgens de Hoge Raad haar grens waar dit in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde of met andere fundamentele beginselen van procesrecht.⁹⁶ Dat de rechten van partijen om hun zaak naar voren te brengen, indien zij geen nadere afspraken hebben gemaakt, iets beperkter zijn dan in het kader van de overheidsprocedure, hoeft bovendien nog niet te betekenen dat partijen feitelijk ook minder gelegenheid krijgen om hun zaak te presenteren.

⁹⁵ HR 24 april 2009, NJ 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.3.

⁹⁶ HR 24 april 2009, NJ 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II), r.o. 4.3.3.

Indien partijen geen expliciete afspraken over de procedure hebben gemaakt, heeft te gelden dat partijen voldoende gelegenheid dienen te hebben hun zaak te presenteren. Een andere vraag is hoe ver partijen kunnen gaan indien zij *wel* expliciete afspraken maken. Het antwoord hierop is niet duidelijk. Zoals hiervoor is aangegeven, valt te verwachten dat partijen weliswaar de procedure kunnen verkorten, maar dat zij daarbij een reële mogelijkheid moeten overhouden om hun zaak naar voren te brengen.

In het kader van het bindend advies heeft hetzelfde te gelden als bij de arbitrage. Ook hier moeten partijen, indien zij geen expliciete afspraken hebben gemaakt, voldoende gelegenheid hebben hun geschil te presenteren. Zo overwoog de Hoge Raad in een zaak waarin bindend adviseurs geen kennis hadden genomen van bepaalde stukken die door een van de partijen in het geding waren gebracht, dat deze bindend adviseurs zeer wel tot het oordeel konden komen dat het geschil in zijn geheel opnieuw diende te worden behandeld en beslist.⁹⁷ Ook uit andere jurisprudentie kan worden afgeleid dat het van belang is dat partijen hun standpunt kenbaar kunnen maken, al zal schending van dit beginsel niet altijd reden zijn voor vernietiging van de verkregen uitspraak.⁹⁸ Te verwachten valt wel dat ook bindend adviseurs een grote vrijheid zullen hebben bij het bepalen van de gang van zaken tijdens de procedure, indien partijen hierover niets zijn overeengekomen. Ook zij zullen bijvoorbeeld een bewijsaanbod waarschijnlijk eerder mogen passeren dan de overheidsrechter. Niet duidelijk is in hoeverre partijen bij expliciete overeenkomst de mogelijkheden om hun zaak te presenteren kunnen beperken. Ook hier kan worden aangenomen dat zij daarbij niet zover mogen gaan, dat zij geen reële mogelijkheid overhouden hun standpunten naar voren te brengen.

6.3.5.3 Uitsluiting van het recht op een gelijke behandeling

Hiervoor is aangenomen dat partijen in het kader van de overheidsrechtspraak het recht op een *gelijke* behandeling niet bij overeenkomst aan de kant kunnen zetten. Te verwachten is dat hetzelfde geldt in het kader van arbitrage en bindend advies. Het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak en van vertrouwen in de overheid staan ook in dit verband hieraan in de weg. Dat het belang van vertrouwen in de rechtspraak bij arbitrage en bindend advies een veel minder grote rol speelt, is onvoldoende reden om iets anders aan te nemen.

Inderdaad blijkt dat partijen met de enkele overeenkomst tot arbitrage of bindend advies nog geen afstand hebben gedaan van het recht op een gelijke behandeling. Voor de arbitrage volgt dit reeds uit artikel 1039 lid 1 Rv, waarin is bepaald dat partijen op voet van gelijkheid worden behandeld. Ook uit de jurisprudentie volgt dat partijen in het kader van arbitrage en bindend advies recht hebben op een gelijke behandeling.⁹⁹ Aannemelijk is dat partijen ook bij expliciete overeenkomst dit beginsel niet buiten toepassing kunnen laten.

⁹⁷ HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 18 (Bosman/Sagittarius), r.o. 3.4.

⁹⁸ Zie bijv. HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.8; HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), r.o. 3.4.4.

⁹⁹ Zie bijv. HR 25 mei 2007, *NJ* 2007, 294 (Spaanderman/Anova); HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), m.n. r.o. 3.6.

6.3.5.4 *Uitsluiting van het recht om van een bepaalde kwestie kennis te nemen en/of zich hierover uit te laten*

Partijen kunnen volgens de Hoge Raad bij voorbaat afstand doen van het recht op hoor en wederhoor, in die zin dat zij niet meer het recht hebben om zich over bijvoorbeeld een bepaalde bewijsverrichting uit te laten. Ook in het kader van de arbitrage heeft de Hoge Raad dit uitdrukkelijk aangenomen.¹⁰⁰ Hiervoor is in het kader van de overheidsprocedure betoogd dat dit nog niet betekent dat partijen dit recht ook bij overeenkomst kunnen uitsluiten. Indien de rechter meent dat het wenselijk is dat partijen zich over een bepaalde kwestie uitlaten, staat het hem nog steeds vrij partijen hiertoe de gelegenheid te bieden, ook al hebben zij afstand gedaan van hun recht. Moet nu hetzelfde in het kader van arbitrage en bindend advies worden aangenomen? Staat het arbiters en bindend adviseurs te allen tijde vrij om partijen de gelegenheid te geven zich over een bepaalde kwestie uit te laten?

Naar mijn mening is dit inderdaad het geval. Van groot belang daarbij is dat partijen, op het moment dat zij de afspraak maken, de gevolgen hiervan niet goed kunnen overzien. Zij hebben op dat moment immers nog geen kennis van de inhoud van bijvoorbeeld de bewijsverrichting. Indien arbiters of bindend adviseurs, na kennisneming van het bewijs, van oordeel zijn dat uitlating van partijen vereist is om de zaak voldoende tot zijn recht te laten komen, moeten zij hun daar de gelegenheid toe bieden.

In paragraaf 6.2.4 is verder gebleken dat de Hoge Raad in het kader van de overheidsrechtspraak heeft aangenomen dat een partij, indien gewichtige redenen geheimhouding met betrekking tot bepaalde stukken of bepaalde inlichtingen rechtvaardigen, kan meedelen dat uitsluitend de rechter kennis zal mogen nemen van de inlichtingen of stukken, zonder dat de wederpartij deze mogelijkheid heeft. Ook de toestemming van de wederpartij is in dat geval vereist.¹⁰¹ Hetzelfde kan naar mijn mening worden aangenomen in het kader van arbitrage en bindend advies. Partijen kunnen namelijk groot belang hebben bij een dergelijke afspraak, omdat het hierdoor mogelijk is om toch een uitspraak te verkrijgen in een geschil, zonder dat bepaalde vertrouwelijke gegevens behoeven te worden geopenbaard. Dit betekent echter nog niet dat ook een procesovereenkomst mogelijk is. Het staat arbiters of bindend adviseurs mijns inziens vrij om na kennisneming van de stukken of de inlichtingen te oordelen dat het onwenselijk is om op basis hiervan uitspraak te doen zonder dat ook de wederpartij hiervan kennisneemt. Voor de wederpartij zijn immers de gevolgen van de afspraak niet goed in te schatten, aangezien zij juist geen kennis heeft van de stukken of inlichtingen waarom het gaat. Er ontstaat hierdoor een ongelijkwaardige verhouding, aangezien de partij van wie de informatie afkomstig is deze kennis wel heeft. Om deze reden is het van groot belang dat arbiters en bindend adviseurs de mogelijkheid hebben om de belangen van de wederpartij te bewaken en

¹⁰⁰ HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 449, m.nt. HJS (Van der Lely/VDH), r.o. 3.3; HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate, r.o. 3.3.4.

¹⁰¹ HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451, m.nt. E.J. Dommering (De Telegraaf c.s./Staat), r.o. 3.4.8; HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4, m.nt. J.B.M. Vranken (Lightning Casino c.s./De Nederlandse Antillen c.s.), r.o. 4.4.4, 4.4.6.

te controleren dat deze partij niet te sterk wordt belemmerd in de mogelijkheid om haar zaak naar voren te brengen.

In de in deze paragraaf behandelde gevallen is afstand van recht kortom wel mogelijk, maar een procesovereenkomst niet. Het staat arbiters en bindend adviseurs vrij om voorbij te gaan aan de wensen van partijen. Reden is dat partijen in deze gevallen de gevolgen van de afspraak niet goed kunnen overzien, terwijl zij bij deze afspraak wel belang kunnen hebben. Het is dan ook aan arbiters en bindend adviseurs om het belang te bewaken dat partijen toegang hebben tot een procedure waarin zij voldoende mogelijkheid hebben om hun zaak te presenteren. Toetsing door de overheidsrechter van de wijze waarop arbiters en bindend adviseurs met deze taak omgaan, zal overigens slechts zeer marginaal kunnen zijn. Slechts in uitzonderingsgevallen kan worden geoordeeld dat arbiters of bindend adviseurs, ondanks een andersluidende afspraak van partijen, toch de gelegenheid aan partijen hadden moeten bieden om kennis te nemen van bepaalde informatie en/of om zich hierover uit te laten. Een andere opvatting zou het behoorlijk functioneren van arbitrage en bindend advies te veel belemmeren.

6.3.5.5 *Tussenconclusie*

Het recht op een eerlijke behandeling geldt in principe ook in het kader van arbitrage en bindend advies. Daarbij geldt wel dat, indien partijen niets overeen zijn gekomen, arbiters en bindend adviseurs meer vrijheid hebben om de gang van zaken tijdens de procedure te bepalen dan de overheidsrechter. Hierdoor is het recht van partijen om hun zaak naar voren te brengen iets beperkter, al hoeft dit uiteraard niet te betekenen dat partijen in werkelijkheid ook minder gelegenheid krijgen hun zaak te presenteren. Indien partijen wel expliciete afspraken maken, hebben zij weliswaar een ruime bevoegdheid om de procedure vorm te geven, maar dienen zij steeds een reële mogelijkheid te behouden om hun zaak naar voren te brengen. De vrijheid om processuele bevoegdheden te beperken, zal dan ook nauwelijks ruimer zijn dan in het kader van de overheidsprocedure. Partijen kunnen het recht op een gelijke behandeling niet bij overeenkomst buiten toepassing verklaren. Ook kunnen zij het recht op hoor en wederhoor niet bij overeenkomst uitsluiten. Zo kunnen zij niet overeenkomen dat er geen gelegenheid zal zijn zich uit te laten over bijvoorbeeld een te verrichten bewijshandeling. Ook de afspraak, dat arbiters en bindend adviseurs kennis kunnen nemen van bepaalde stukken of inlichtingen die een van beide partijen niet kent, is ongeldig. Arbiters en bindend adviseurs moeten in deze gevallen het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak bewaken en kunnen daarom ingaan tegen de wensen van partijen.

6.3.6 *Mondelinge behandeling*

Met de enkele overeenkomst tot arbitrage doen partijen nog geen afstand van het recht op een mondelinge behandeling. Dit blijkt uit artikel 1039 lid 2 Rv, waarin is bepaald dat het scheidsgerecht, op verzoek van een der partijen of uit eigen beweging, aan partijen de gelegenheid geeft tot het geven van een mondelinge toelichting.

Aannemelijk lijkt dat partijen ook in het kader van het bindend advies in principe recht hebben op een mondelinge behandeling.

Partijen zullen echter, anders dan in de overheidsprocedure, wel bij expliciete overeenkomst kunnen afspreken dat geen mondelinge behandeling zal plaatsvinden en dat de procedure geheel schriftelijk zal verlopen. Daarbij geldt wel dat zij voldoende mogelijkheid moeten overhouden om het geschil naar voren te brengen. Eén schriftelijke ronde zal in de meeste gevallen te weinig zijn om de zaak uit de verf te laten komen. Dit betekent dat de procedure door de afspraak om schriftelijk te procederen wellicht duurder wordt. Het belang van een besparing van overheidsmiddelen speelt in geval van arbitrage en bindend advies echter niet.

Door de afspraak dat de procedure geheel schriftelijk zal verlopen kan het zijn dat de procedure wordt vertraagd, zodat de afspraak ook raakt aan het recht op behandeling binnen een redelijke termijn. Zie over de vraag in hoeverre partijen af kunnen wijken van dit beginsel de volgende paragraaf.

6.3.7 Redelijke termijn

6.3.7.1 Algemeen

Gebleken is dat het recht op behandeling binnen een redelijke termijn dient ter bescherming van partijen, voor wie het belangrijk is niet te lang in onzekerheid te moeten leven. Ook staat dit recht ten dienste aan een voldoende toegang tot rechtspraak. Deze beide belangen zijn niet van een mindere betekenis in het kader van arbitrage en bindend advies dan bij de overheidsrechter. Daarentegen speelt het belang van geloofwaardigheid van het rechtssysteem in deze procedures een veel minder grote rol. Bovendien is het belang van een beperking van overheidskosten in dit verband niet aan de orde. Te verwachten is dan ook dat de redelijke termijn wel van enige betekenis zal zijn, maar dat het belang dat hieraan wordt gehecht kleiner zal zijn dan bij de overheidsrechter. Pas indien hierdoor geen reële toegang tot rechtspraak meer bestaat, zal een vertraging van de procedure naar verwachting niet langer door de beugel kunnen. Of deze verwachting terecht is, wordt hierna eerst voor de arbitrage (paragraaf 6.3.7.2) en vervolgens voor het bindend advies (paragraaf 6.3.7.3) onderzocht.

6.3.7.2 Arbitrage

Dat het beginsel van behandeling binnen een redelijke termijn inderdaad ook van toepassing is in de arbitrageprocedure, blijkt uit artikel 1031 lid 2 Rv. Hierin is bepaald dat op verzoek van de meest gerede partij een door de partijen aangewezen derde of, bij gebreke daarvan, de voorzieningenrechter van de rechtbank de opdracht van het scheidsgerecht kan beëindigen, indien het ondanks herhaalde aanmaning zijn opdracht, alle omstandigheden in aanmerking genomen, op onaanvaardbaar trage wijze uitvoert. Aangenomen kan echter worden dat tot beëindiging van de opdracht op deze grond niet snel aanleiding zal bestaan. Volgens Snijders heeft de wetgever kennelijk alleen een middel gegeven voor gevallen van ernstige laksheid van het

scheidsgerecht.¹⁰² Hij merkt bovendien op dat, naar het zich laat aanzien, deze voorziening niet of nauwelijks wordt ingeroepen.¹⁰³ In de literatuur wordt opgemerkt dat in arbitragezaken niet snel zal kunnen worden aangenomen dat artikel 6 EVRM is geschonden doordat geen behandeling binnen een redelijke termijn heeft plaatsgevonden.¹⁰⁴ Hoewel partijen door de enkele overeenkomst tot arbitrage het recht op behandeling binnen een redelijke termijn dus niet volledig buiten toepassing hebben verklaard, is de reikwijdte van dit recht wellicht iets beperkter dan bij de overheidsrechter.¹⁰⁵

Kunnen partijen nu bij expliciete overeenkomst het beginsel van behandeling binnen een redelijke termijn buiten toepassing verklaren? Kunnen partijen bijvoorbeeld zeer lange termijnen overeenkomen voor het verrichten van proceshandelingen? Op het eerste gezicht lijkt het of de vrijheid van partijen hiertoe onbegrensd is. Artikel 1031 lid 2 Rv heeft namelijk enkel betrekking op vertraging die *aan het scheidsgerecht* valt te wijten.¹⁰⁶ Nu is denkbaar dat hiervan ook sprake is indien één van partijen verdragingsacties toepast en het scheidsgerecht hier onvoldoende tegen optreedt.¹⁰⁷ Indien *beide* partijen echter hebben ingestemd met zeer lange termijnen, is het artikel niet van toepassing. Het lijkt er dus op dat het partijen in een arbitrage zonder meer vrijstaat om zeer lange termijnen overeen te komen.

Een dergelijke conclusie is mijns inziens echter onjuist. Het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak staat hieraan in de weg. Partijen kunnen mijns inziens niet geldig zulke lange termijnen overeenkomen, dat de toegang tot rechtspraak in feite illusoir is geworden. Daarbij geldt dat strenger moet worden getoetst indien de afspraak gemaakt is voordat er een geschil is, omdat op dat moment partijen de gevolgen van hun afspraak niet goed kunnen overzien.

Het is nog de vraag wat de gevolgen zijn van de ongeldigheid van een afspraak waarbij partijen zeer lange termijnen zijn overeengekomen. Indien partijen de afspraak hebben gemaakt nog voordat er een geschil is, is denkbaar dat hierdoor de hele overeenkomst tot arbitrage ongeldig wordt. Onderzocht moet hiervoor worden of het nietige beding en de rest van de overeenkomst in onverbrekelijk verband met elkaar staan (zie artikel 3:41 BW). Ook denkbaar is dat er weliswaar een geldige overeenkomst tot arbitrage kan worden aangenomen, maar dat het scheidsgerecht niet is gebonden aan de afspraak van partijen omtrent de termijnen en inachtneming van kortere termijnen kan bevelen. Laat het scheidsgerecht dit na, dan zou een partij beëindiging van de opdracht op grond van artikel 1031 lid 2 Rv kunnen verzoeken, omdat de vertraging in zoverre wel aan het gerecht is te wijten.

102 Snijders 2011c, p. 169, art. 1031 Rv, aant. 2.

103 Snijders 2011c, p. 168, art. 1031 Rv, aant. 2.

104 Lawson 1996, p. 164; Meijer 2011, p. 86; Jacot-Guillarmod 1988, p. 289; zie ook ECRM 4 maart 1987, appl.no. 10881/84 (R./Zwitserland).

105 Ook in de literatuur wordt aangenomen dat de enkele overeenkomst tot arbitrage nog geen afstand van dit beginsel inhoudt; zie bijv. Frumer 2001, p. 120-121, nr. 163; Snijders 1988, p. 406-407; Jacot-Guillarmod 1988, p. 289. Zie verder bijv. NAI 25 augustus 2008, TvA 2010, p. 125-126, waarin een verzoek tot tussenkomst werd afgewezen omdat toewijzing tot onredelijke vertraging van de procedure zou leiden.

106 *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 12; Snijders 2011c, p. 168, art. 1031 Rv, aant. 2.

107 Snijders 2011c, p. 169, art. 1031 Rv, aant. 2.

6.3.7.3 Bindend advies

In het kader van het bindend advies zijn geen waarborgen in de wet opgenomen om de voortgang van de procedure te verzekeren. Toch lijkt mij dat partijen met de enkele overeenkomst tot bindend advies niet kunnen worden geacht volledig afstand te hebben gedaan van het recht op behandeling binnen een redelijke termijn. Dit recht hebben partijen naar mijn mening dus tot op zekere hoogte ook in het kader van bindend advies.¹⁰⁸ Dit recht kan wellicht worden afgedwongen door aan te nemen dat indien een bindendadviesprocedure feitelijk buitensporig lang duurt, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een partij haar wederpartij met een beroep op de bindendadviesclausule nog langer afhoudt van de overheidsrechter. De toegang tot de overheidsrechter staat dan dus gewoon weer open. Op deze manier zou een resultaat kunnen worden verkregen dat vergelijkbaar is met hetgeen in het kader van arbitrage geldt.

Gezien het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak heeft mijns inziens bovendien ook in het kader van het bindend advies te gelden dat partijen ook bij expliciete overeenkomst geen extreem lange termijnen kunnen overeenkomen.

6.3.8 Motivering van de uitspraak

6.3.8.1 Algemeen

Motivering heeft, zoals is gebleken, ten eerste de functie een beslissing voor partijen meer aanvaardbaar te maken. Het is niet alleen in het belang van partijen zelf dat zij zich neer kunnen leggen bij een uitspraak, maar hierdoor wordt ook eigenrichting voorkomen. Ook in het kader van arbitrage en bindend advies is dit van belang. Motivering kan verder voor de samenleving een beslissing meer aanvaardbaar maken, maar dit speelt bij arbitrage en bindend advies minder.

Ten tweede bevordert motivering van vonnissen de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Rechtseenheid kan bijdragen aan vertrouwen in de rechtspraak, maar zoals gezegd speelt dit belang in het kader van arbitrage en bindend advies slechts een beperkte rol. Wel is het denkbaar dat derden graag kennis zouden willen nemen van uitspraken van arbiters of bindend adviseurs om hun kansen in een eventuele procedure in te schatten.¹⁰⁹ Overigens zullen zij hier in het kader van arbitrage en bindend advies vaak minder behoefte aan hebben dan in het kader van de overheidsrechtspraak, aangezien de precedentwerking van deze uitspraken geringer is. Daarbij komt dat veel uitspraken in arbitrage en bindend advies niet openbaar zijn, zodat zij hiervan, ook indien de uitspraken wel gemotiveerd zijn, hoe dan ook geen kennis kunnen nemen.

Ten slotte bevordert de motivering de kwaliteit van rechtspraak, doordat zij controle mogelijk maakt. Deze functie van motivering is in geval van arbitrage en bindend advies echter een stuk minder belangrijk dan bij de overheidsrechtspraak, aangezien er minder mogelijkheden zijn om controle uit te oefenen. In paragraaf 6.2.7

¹⁰⁸ Zie ook Snijders 1988, p. 406-407.

¹⁰⁹ Zie in dit verband ook *Kamerstukken II* 1984/85, 18 464, nr. 5 (VV), p. 3.

is opgemerkt dat controle op de overheidsrechtspraak geschiedt door partijen, in een hogere instantie, en door de samenleving als geheel. Ook in geval van arbitrage en bindend advies maakt de motivering het voor partijen mogelijk te zien of acht is geslagen op hun argumenten. Publieke controle vindt over het algemeen echter niet plaats, aangezien uitspraken vaak niet worden gepubliceerd. Ook de controle door een andere instantie is in geval van arbitrage en bindend advies zeer gering. Vaak is geen hoger beroep overeengekomen. De overheidsrechter is slechts in zeer beperkte mate bevoegd om de inhoud van de beslissingen van arbiters en bindend adviseurs te toetsen. De reden is dat de beoordeling van het inhoudelijke geschil nu juist aan arbiters en bindend adviseurs wordt overgelaten.¹¹⁰ Getoetst wordt dan ook enkel of de uitspraak niet in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (zie artikel 1063 lid 1, artikel 1065 lid 1 sub e Rv en artikel 7:902 BW) en in geval van bindend advies daarnaast of gebondenheid aan deze uitspraak in verband met de inhoud naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is (zie artikel 7:904 lid 1 BW). Ook zonder dat een vonnis uitgebreid is gemotiveerd, zal dit wel vastgesteld kunnen worden. Voor deze controle is dus slechts een zeer beperkte motivering vereist.¹¹¹ Naast de inhoud van een beslissing, controleert de overheidsrechter echter ook de totstandkoming hiervan. De beslissing is vernietigbaar indien de wijze van totstandkoming in strijd is met de openbare orde of de goede zeden of indien deze wijze gebondenheid aan de beslissing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maakt (zie artikel 1065 lid 1 sub e Rv en artikel 7:904 lid 1 BW). Voor deze controle is motivering over het algemeen niet nodig. Zo zal uit de redenen voor toewijzing van een vordering over het algemeen niet afgeleid kunnen worden of arbiters of bindend adviseurs onafhankelijk en onpartijdig waren. Dit geldt echter niet voor alle fundamentele beginselen van procesrecht. Uit de motivering kan immers wel worden afgeleid of arbiters of bindend adviseurs de belangrijkste geschilpunten van partijen hebben behandeld en of zij acht hebben geslagen op de essentiële stellingen die door partijen in dit verband naar voren zijn gebracht. De motivering maakt het dus mogelijk om te controleren of arbiters en bindend adviseurs zich aan hun opdracht hebben gehouden (zie met betrekking tot arbitrage artikel 1065 lid 1 sub c Rv) en, althans tot op zekere hoogte, of het beginsel van hoor en wederhoor in acht is genomen.¹¹² Nu ligt een controle van deze beginselen dicht aan tegen een inhoudelijke toetsing van de beslissing, die juist onwenselijk wordt geacht. Daarom zal de controle door de overheidsrechter slechts zeer marginaal kunnen zijn. Het is afhankelijk van de vraag hoe nauwkeurig men wil dat de overheidsrechter de naleving van deze beginselen toetst, in hoeverre motivering van de beslissing met het oog hierop nodig is.

110 Zie in dit verband bijv. HR 9 januari 2004, *NJ* 2005, 190, m.nt. HJS (Nannini/SFT), r.o. 3.5.2; Toelichting Meijers, Vierde gedeelte, boek 7, p. 1146-1147; HR 12 september 1997, *NJ* 1998, 382, m.nt. MMM (Confood/Zürich), r.o. 3.3-3.5.

111 Zie ook Van den Berg 1990, p. 18. Volgens hem mist de informatiefunctie van motivering, die controle van de beslissing mogelijk maakt, in geval van arbitrage toepassing.

112 A-G Huydecoper nam in zijn conclusie voor HR 9 januari 2004, *NJ* 2005, 190, m.nt. HJS (Nannini/SFT), nr. 10 dan ook aan dat het niet behandelen van een (wezenlijk) geschilpunt en een motiveringsgebrek in dat geval elkaar overlappen c.q. in elkaars verlengde lagen.

Doordat er kortom minder mogelijkheden tot controle zijn in geval van arbitrage en bindend advies, is het belang van een motivering ook geringer. Als gevolg hiervan neemt ook de preventieve functie van de motivering in belang af. De arbiter of bindend adviseur die weet dat de redenen die hij voor zijn beslissing geeft toch niet beoordeeld worden, zal ook minder moeite doen een goede motivering te geven. Toch zal deze preventieve functie niet geheel afwezig zijn. Nog steeds is te verwachten dat beter nagedacht wordt over de beslissing wanneer zij gemotiveerd moet worden, dan wanneer hiervoor geen enkele reden behoeft te worden gegeven.

Geconcludeerd kan worden dat ook in het kader van arbitrage en bindend advies er meerdere belangen bij motivering van de beslissing betrokken zijn. Motivering kan de beslissing meer aanvaardbaar maken voor partijen en voorkomt hierdoor eigenrichting. Motivering zorgt voor een betere kwaliteit van de beslissing, doordat de beslissing beter zal worden voorbereid. Bovendien maakt dit het voor de overheidsrechter, in ieder geval tot op zekere hoogte, mogelijk om te controleren of arbiters of bindend adviseurs zich aan hun opdracht hebben gehouden en of zij het beginsel van hoor en wederhoor in acht hebben genomen. Dit biedt een zekere waarborg voor de kwaliteit van arbitrage en bindend advies, waardoor het gevaar van eigenrichting wordt verminderd. Ook hebben derden een (gering) belang bij motivering, aangezien motivering het voor hen mogelijk maakt hun eigen kansen in een eventuele procedure in te schatten. Daartegenover staat dat het belang van het vertrouwen in de rechtspraak in geval van arbitrage en bindend advies in veel mindere mate speelt. Dat motivering de beslissing meer aanvaardbaar voor de samenleving kan maken, is in dit verband dan ook van geringe betekenis.

Op basis hiervan valt te verwachten dat ook in het kader van arbitrage en bindend advies uitspraken gemotiveerd dienen te worden. Wel zullen de eisen die aan deze motivering worden gesteld waarschijnlijk minder streng zijn dan in het kader van de overheidsrechtspraak. Hoever men wil dat deze eisen gaan, hangt nauw samen met de vraag in hoeverre men controle door de overheidsrechter op arbitrage en bindend advies noodzakelijk acht. Mijns inziens dient de motivering zodanig te zijn, dat met behulp hiervan vastgesteld kan worden of arbiters of bindend adviseurs zich aan hun opdracht hebben gehouden. Van arbiters en bindend adviseurs kan dus worden verwacht dat zij in ieder geval ingaan op de afdoening van de wezenlijke geschilpunten.¹¹³ Dit geeft niet alleen de rechter voldoende mogelijkheid om zijn controle-rende taak uit te oefenen, een dergelijke motivering is mijns inziens ook minimaal vereist om de beslissing voor partijen aanvaardbaar te kunnen maken.

6.3.8.2 Arbitrage

Afstand van recht door de enkele overeenkomst tot arbitrage?

In geval van arbitrage blijkt inderdaad te gelden dat het vonnis de gronden voor de beslissing dient te bevatten (zie artikel 1057 lid 4 sub e Rv), al kent de wet een uitzondering indien het vonnis uitsluitend betreft de enkele vaststelling van de hoedanigheid van de toestand van zaken dan wel de vastlegging van een vergelijk.

¹¹³ Zie in het kader van arbitrage in dit verband HR 30 maart 1973, NJ 1973, 226, m.nt. PZ (De Kaaphoeve/Swinkels); HR 30 december 1977, NJ 1978, 449, m.nt. PZ (De Ploeg/Kruse).

Schending van dit motiveringsbeginsel maakt het vonnis vernietigbaar, zo blijkt uit artikel 1065 lid 1 sub d Rv. De enkele overeenkomst tot arbitrage houdt dus nog geen buitentoepassingverklaring van het motiveringsbeginsel in. Wel is dit beginsel minder goed gewaarborgd dan in het kader van de overheidsrechtspraak. Niet ieder gebrek in de motivering levert grond voor vernietiging op. De Hoge Raad oordeelde in het Benetton III-arrest namelijk dat vernietiging op grond van artikel 1065 lid 1 sub d Rv slechts mogelijk is wanneer motivering ontbreekt, en dus niet in gevallen van ondeugdelijke motivering. De Hoge Raad motiveerde dit oordeel aldus, dat aan de rechter niet de bevoegdheid toekomt om op deze vernietigingsgrond een arbitraal vonnis naar zijn inhoud te toetsen.¹¹⁴ Onduidelijk was of dit oordeel van de Hoge Raad nu betekende dat *iedere* motivering voldoende was, zodat de motiveringseis in feite een lege huls zou worden. Snijders vroeg zich in zijn noot bij het arrest af, of arbiters domweg een willekeurige bladzijde uit de telefoongids mogen scheuren en voor hun beslissing mogen plakken.¹¹⁵ In de beschikking Nannini/SFT heeft de Hoge Raad zijn oordeel gepreciseerd. Volgens hem moet met het ontbreken van een motivering op één lijn worden gesteld het geval dat weliswaar een motivering gegeven is, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet te onderkennen valt.¹¹⁶ In het arrest Kers/Rijpma heeft de Hoge Raad hieraan toegevoegd dat dit criterium door de rechter met terughoudendheid moet worden toegepast, in die zin dat hij slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. Uitsluitend indien een motivering ontbreekt, of indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden gesteld, mag de rechter dit vonnis vernietigen op de in artikel 1065 lid 1 aanhef en sub d Rv vermelde grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed.¹¹⁷

Snijders is nog ingegaan op de vraag wat precies het object van analyse is bij de toetsing aan het motiveringsvereiste. Hij leidt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad af dat gedetailleerder moet worden gekeken naar het arbitrale vonnis als geheel. Zo spreekt de Hoge Raad in Nannini/SFT over een verklaring voor 'de desbetreffende beslissing'.¹¹⁸ Volgens Snijders zal in ieder geval elke afdoening van een hoofdvordering en elke afdoening van een essentiële weer dienen te worden gemotiveerd. Hetzelfde geldt volgens hem voor essentiële, in geschil zijnde voorvragen, zoals die ten aanzien van het toepasselijke materiële recht.¹¹⁹ Dit lijkt mij een terecht uitgangspunt. Mijns inziens zal de motivering namelijk in ieder geval zover dienen te gaan, dat de overheidsrechter kan beoordelen of het scheidsgerecht zich aan de opdracht heeft gehouden. Van schending van de opdracht is namelijk sprake indien het scheidsgere-

114 HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508, m.nt. HJS (Benetton/Eco Swiss c.s. III), r.o. 3.2.3.

115 Noot Snijders bij HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508, m.nt. HJS (Benetton/Eco Swiss c.s. III), nr. 4.

116 HR 9 januari 2004, NJ 2005, 190, m.nt. HJS (Nannini/SFT), r.o. 3.5.2.

117 HR 22 december 2006, NJ 2008, 4, m.nt. H.J. Snijders (Kers/Rijpma), r.o. 3.3.

118 HR 9 januari 2004, NJ 2005, 190, m.nt. HJS (Nannini/SFT), r.o. 3.5.2.

119 Noot Snijders bij HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508, m.nt. HJS (Benetton/Eco Swiss c.s. III), nr. 4; noot Snijders bij HR 22 december 2006, NJ 2008, 4, m.nt. H.J. Snijders (Kers/Rijpma), nr. 3; Snijders 2011c, p. 304, art. 1057 Rv, aant. 5.

recht een essentiële weer niet heeft behandeld.¹²⁰ Een dergelijke motivering is ook minimaal nodig om de beslissing voor partijen aanvaardbaar te maken.

De eisen die aan de motivering van arbitrale vonnissen worden gesteld zijn dus veel minder streng dan de eisen die in het kader van de overheidsrechtspraak gelden. Voldoende is reeds dat het vonnis enige steekhoudende verklaring voor de gegeven beslissingen bevat. Partijen worden met een overeenkomst tot arbitrage dus tot op zekere hoogte geacht afstand te hebben gedaan van het motiveringsbeginsel.¹²¹

Uitsluiting van het motiveringsbeginsel bij expliciete overeenkomst?

De enkele overeenkomst tot arbitrage houdt nog geen volledige buitentoepassinglating van de motiveringsplicht in. Zouden partijen wel expliciet kunnen overeenkomen dat het arbitrale vonnis niet gemotiveerd behoeft te worden? In het conceptwetsvoorstel tot herziening van het arbitragerecht wordt een dergelijke overeenkomst mogelijk gemaakt. Vereist wordt daarbij wel dat de overeenkomst schriftelijk wordt gesloten, nadat de arbitrage aanhangig is gemaakt.¹²² Volgens Snijders zou op deze bepaling reeds thans geanticipeerd kunnen worden. In de regel dient de motivering in het kader van arbitrage volgens hem niet het publiek belang, maar uitsluitend het private belang.¹²³ Ook Van den Berg komt, na analyse van de functies van motivering, tot de conclusie dat een motivering van arbitrale vonnissen niet een dermate fundamenteel aspect van het Nederlandse arbitragerecht vormt als men geneigd is te denken.¹²⁴

Naar mijn mening staan echter wel degelijk openbare belangen aan een overeenkomst waarbij motivering wordt uitgesloten in de weg. Weliswaar is motivering in geval van arbitrage minder nodig met het oog op het vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak, maar motivering kan de beslissing wel meer aanvaardbaar maken voor partijen, waardoor zij eigenrichting voorkomt. Van den Berg stelt de vraag of deze functie zodanig essentieel is, dat partijen niet van tevoren mogen overeenkomen dat zij geen andere legitimatie behoeven dan het vertrouwen dat de arbiters bij hen opwekt.¹²⁵ Inderdaad lijkt mij dit het geval. Partijen zullen, voordat het vonnis is gewezen, niet altijd goed kunnen inschatten in hoeverre zij behoefte hebben aan een motivering. Een partij kan vooraf wellicht denken dat zij zich zonder enige uitleg bij het vonnis neer zal leggen, maar dit enkel vanuit de verwachting dat het vonnis toch wel positief voor haar zal zijn. Als gevolg van het ontbreken van iedere motivering is het bovendien in het geheel niet meer mogelijk om te controleren of arbiters zich aan hun opdracht hebben gehouden en daadwerkelijk acht hebben geslagen op de belangrijkste stellingen van partijen. Dit betekent dat afstand van dit recht in feite

120 HR 30 maart 1973, *NJ* 1973, 226, m.nt. PZ (De Kaaphoeve/Swinkels); zie ook Snijders in zijn noot bij HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 508, m.nt. HJS (Benetton/Eco Swiss c.s. III), nr. 4; Snijders 2011c, p. 299, art. 1057 Rv, aant. 5, p. 354, art. 1065, aant. 4.

121 Meijer meent dat partijen in geval van arbitrage afstand hebben gedaan van het uit art. 6 EVRM voortvloeiende recht op motivering; Meijer 2011, p. 89. Volgens Snijders houdt de enkele overeenkomst tot arbitrage nog geen buitentoepassinglating van het motiveringsbeginsel in; zie Snijders 1988, p. 406-407.

122 Zie art. 1057 lid 5 sub c conceptwetsvoorstel, te vinden op www.internetconsultatie.nl.

123 Noot Snijders bij HR 9 januari 2004, *NJ* 2005, 190, m.nt. HJS (Nannini/SFT), nr. 4.

124 Van den Berg 1990, p. 18-19.

125 Van den Berg 1990, p. 18-19.

een vrijbrief voor arbiters betekent om geheel langs het betoog van een van de partijen heen te gaan. Het argument van Van den Berg dat een motivering niet noodzakelijk is aangezien de overheidsrechter het arbitraal vonnis niet inhoudelijk mag toetsen, gaat dan ook slechts gedeeltelijk op.¹²⁶ Hoewel de overheidsrechter nauwelijks inhoudelijk mag toetsen, dient hij wel te bepalen of arbiters zich aan hun opdracht hebben gehouden en, althans tot op zekere hoogte, of zij het beginsel van hoor en wederhoor in acht hebben genomen. In het kader van de voorbereiding van het conceptwetsvoorstel is opgemerkt dat indien er geen motivering behoeft te worden gegeven, verwacht mag worden dat een scheidsgerecht meer in detail debiteert. Dit zou een compensatie kunnen vormen voor het feit dat het concipiëren van een vonnis ook de kwaliteit van de besluitvorming bevordert.¹²⁷ Dit is een mooie verwachting, maar bij afwezigheid van een motivering bestaat geen enkele waarborg dat dit ook daadwerkelijk gebeurt.

Hierteenover staat dat partijen wel degelijk belang kunnen hebben bij het achterwege laten van een motivering. Doordat geen vonnis behoeft te worden geconcipteerd, kunnen kosten worden bespaard.¹²⁸ Hoewel dit een legitiem belang van partijen is, weegt dit mijns inziens niet op tegen de hiervoor genoemde bezwaren. Wel lijkt mij dat op een andere wijze aan dit belang tegemoetgekomen kan worden. Partijen zouden bijvoorbeeld kunnen afspreken dat een vonnis niet gemotiveerd behoeft te worden, tenzij een van hen binnen een specifieke termijn na de uitspraak alsnog om een motivering verzoekt. Daarbij kan worden bepaald dat deze partij de extra kosten dient te dragen. Op deze manier hebben partijen het voordeel van een snellere en goedkopere beslissing, omdat de motivering in beginsel achterwege blijft. Indien één van hen echter het gevoel heeft in het geheel niet te zijn gehoord, heeft zij toch de mogelijkheid dit te controleren en eventueel tegen de beslissing op te komen. Bovendien heeft ook in dit geval de motivering enige preventieve werking: arbiters zullen zich er bij de besluitvorming bewust van zijn dat zij eventueel gevraagd kunnen worden de redenen voor hun oordeel te geven. De kans op eigenrichting is in het geval van een dergelijke afspraak dus veel minder groot dan indien partijen zonder meer afzien van een motivering.

Bij herziening van het arbitragerecht dient het voorstel, dat partijen moeten kunnen afspreken dat motivering geheel en al achterwege blijft, kortom niet te worden gevolgd. Wel zou het partijen mogelijk moeten worden gemaakt om overeen te komen dat de uitspraak niet behoeft te worden gemotiveerd, tenzij een van hen hier binnen een bepaalde termijn om verzoekt. Partijen zouden daarbij kunnen bepalen dat de extra kosten worden gedragen door de partij die om motivering verzoekt.

6.3.8.3 Bindend advies

Partijen kunnen met de enkele overeenkomst tot bindend advies niet worden geacht afstand te hebben gedaan van hun recht op motivering. De Hoge Raad heeft

¹²⁶ Zie Van den Berg 1990, p. 18.

¹²⁷ Toelichting op art. 1057 lid 5 Voorstel tot wijziging Arbitragewet (te vinden op www.arbitragewet.nl; *TvA Special* 2005, p. 159-160).

¹²⁸ Zie ook de concept-memorie van toelichting bij art. 1057, p. 36 (te vinden op www.internetconsultatie.nl).

geoordeeld dat op de vraag in hoeverre een bindend advies dient te worden gemotiveerd, geen algemeen antwoord te geven is. In beginsel heeft volgens de Hoge Raad te gelden dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van bindend adviseurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd. Omgekeerd is het zo dat, naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienen vast te stellen, en het van hen gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld.¹²⁹

Hoewel niet duidelijk is hoever de motiveringseisen precies gaan, staat vast dat indien het bindend advies het karakter van rechtspraak heeft in ieder geval enige motivering noodzakelijk is. Met de enkele overeenkomst tot bindend advies hebben partijen het recht op motivering dus niet volledig buiten toepassing verklaard.¹³⁰ Te verwachten is wel dat de motiveringseisen minder streng zullen zijn dan de eisen die gelden bij de overheidsrechter. Ook hier heeft, net als bij de arbitrage, te gelden dat anders de deur naar een inhoudelijke toetsing door de overheidsrechter te ver wordt opengezet.

Mijns inziens moet verder worden aangenomen dat, indien het bindend advies het karakter van rechtspraak heeft, partijen niet kunnen afspreken dat motivering geheel achterwege zal blijven. Wel zouden zij kunnen overeenkomen dat de uitspraak niet behoeft te worden gemotiveerd, tenzij een van de partijen hier binnen een bepaalde termijn om verzoekt. Daarbij zouden zij dan tevens kunnen bepalen dat de extra kosten voor rekening van deze partij komen.

6.3.9 Tussenconclusie

Met de enkele overeenkomst tot arbitrage of bindend advies kunnen partijen niet worden geacht volledig afstand te hebben gedaan van de fundamentele beginselen van procesrecht. Gebleken is namelijk dat deze fundamentele rechten in principe ook van toepassing zijn in deze procedures. Wel geldt dat de bescherming die deze beginselen bieden in sommige gevallen minder vergaand is dan die in het kader van de overheidsrechtspraak.

Partijen hebben in het kader van arbitrage en bindend advies duidelijk meer vrijheid om bij expliciete overeenkomst fundamentele rechten buiten toepassing te verklaren. Zo is het voor hen mogelijk een vertrouwelijke behandeling overeen te komen, af te spreken dat de procedure volledig schriftelijk zal verlopen en lange termijnen voor de behandeling vast te stellen. In het kader van het bindend advies kunnen partijen zelfs behandeling overeenkomen door een bindend adviseur die daadwerkelijk partijdig is, ook voordat er sprake is van een geschil. In het kader van de arbitrage kunnen zij, op het moment dat het geschil reeds gerezen is, een arbiter benoemen die de schijn van partijdigheid tegen zich heeft. Ook kunnen zij op dat

129 HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/Honnebier), r.o. 3.4; HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), r.o. 3.4.2.

130 Dit stemt overeen met de opvattingen in de literatuur; zie Snijders 1988, p. 406-407; Van Creveld 1932, p. 84-87.

moment bepalen dat arbiters in het kader van de beoordeling van het bewijsmateriaal eigen onderzoek zullen verrichten.

Een overeenkomst waarbij partijen afspreken dat motivering van de uitspraak van arbiters of bindend adviseurs geheel en al achterwege blijft, kan niet worden geaccepteerd. Wel zou het partijen in een nieuwe Arbitragewet mogelijk gemaakt moeten worden om af te spreken dat een uitspraak niet hoeft te worden gemotiveerd, tenzij een van hen hier binnen een bepaalde termijn om verzoekt. Partijen kunnen het recht op een gelijke behandeling niet bij overeenkomst buiten toepassing verklaren. Ook kunnen zij het recht op hoor en wederhoor niet bij overeenkomst uitsluiten. Zo kunnen zij niet overeenkomen dat er geen gelegenheid zal zijn zich uit te laten over bijvoorbeeld een te verrichten bewijshandeling. Verder is de afspraak, dat arbiters en bindend adviseurs kennis kunnen nemen van bepaalde stukken of inlichtingen die een van beide partijen niet kent, ongeldig. Arbiters en bindend adviseurs moeten in deze gevallen het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak bewaken en kunnen daarom ingaan tegen de wensen van partijen.

6.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre partijen bij procesovereenkomst kunnen afwijken van fundamentele beginselen van procesrecht. Gebleken is dat partijen deze mogelijkheid in de overheidsprocedure slechts in zeer beperkte mate hebben. Zo kunnen zij geen behandeling met gesloten deuren overeenkomen (paragraaf 6.2.2), kunnen zij niet afwijken van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht (paragraaf 6.2.3) en kunnen zij niet bepalen dat motivering van de uitspraak achterwege zal blijven (paragraaf 6.2.7). Partijen kunnen weliswaar overeenkomen om geen pleidooi in hun zaak te houden, maar zij kunnen niet bepalen dat de procedure geheel schriftelijk zal verlopen (paragraaf 6.2.5). Het recht op een gelijke behandeling kan niet bij procesovereenkomst aan de kant worden geschoven. Ook kunnen partijen niet het recht uitsluiten om zich over bijvoorbeeld een bepaalde bewijsverrichting uit te laten en kunnen zij niet geldig overeenkomen dat enkel de rechter van bepaalde vertrouwelijke stukken of inlichtingen kennis kan nemen, zonder dat de wederpartij deze mogelijkheid heeft (paragraaf 6.2.4). Wel kunnen partijen tot op zekere hoogte de processuele middelen die in een procedure ter beschikking staan beperken. Daarbij geldt wel dat partijen voldoende mogelijkheden moeten overhouden om hun zaak naar voren te brengen (paragraaf 6.2.4). Ook kunnen partijen binnen bepaalde grenzen de termijnen die in de procedure gelden verlengen (paragraaf 6.2.6).

In het kader van arbitrage en bindend advies hebben partijen duidelijk meer vrijheid om bij overeenkomst fundamentele rechten buiten toepassing te verklaren. Met de enkele overeenkomst tot arbitrage of bindend advies kunnen zij nog niet worden geacht volledig afstand te hebben gedaan van deze beginselen. Deze beginselen zijn dus tot op zekere hoogte ook van toepassing in deze procedures, al zal de bescherming die zij bieden in sommige gevallen wel minder vergaand zijn dan in het kader van de overheidsrechtspraak. Bij expliciete overeenkomst hebben partijen bovendien ruime mogelijkheid om fundamentele rechten aan de kant te schuiven. Zo is het voor hen mogelijk om een vertrouwelijke behandeling van hun zaak overeen te komen (paragraaf 6.3.3), om af te spreken dat de procedure volledig schriftelijk zal

verlopen (paragraaf 6.3.6) en om lange termijnen voor de behandeling vast te stellen (paragraaf 6.3.7). Partijen hebben een ruime bevoegdheid om de procedure vorm te geven, maar dienen wel steeds de reële mogelijkheid te behouden om hun zaak naar voren te brengen (paragraaf 6.3.5.2). In het kader van het bindend advies kunnen partijen zelfs behandeling overeenkomen door een bindend adviseur die daadwerkelijk partijdig is, ook voordat er sprake is van een geschil. In het kader van de arbitrage kunnen partijen enkel, op het moment dat het geschil reeds gerezen is, een arbiter benoemen die de *schijn* van partijdigheid tegen zich heeft. Ook kunnen zij op dat moment bepalen dat arbiters in het kader van de beoordeling van bewijsmateriaal eigen onderzoek zullen verrichten (paragraaf 6.3.4).

Ook in het kader van arbitrage en bindend advies zijn niet alle procesovereenkomsten toelaatbaar. Een overeenkomst waarbij partijen afspreken dat motivering van de uitspraak geheel achterwege zal blijven, kan niet worden geaccepteerd. Wel zou het voor partijen mogelijk moeten zijn om af te spreken dat de uitspraak niet gemotiveerd wordt, tenzij een van de partijen hierom binnen een bepaalde termijn alsnog verzoekt (paragraaf 6.3.8). Partijen kunnen het recht op een gelijke behandeling niet bij overeenkomst buiten toepassing verklaren (paragraaf 6.3.5.3). Zij kunnen verder niet afspreken dat er geen gelegenheid zal zijn zich uit te laten over bijvoorbeeld een bepaalde bewijsverrichting. Ook kunnen zij niet overeenkomen dat arbiters en bindend adviseurs kennis kunnen nemen van bepaalde stukken of inlichtingen, die een van beide partijen niet kent. Indien arbiters of bindend adviseurs het toch wenselijk achten dat beide partijen kennis hebben van bepaalde informatie en/of zich hierover uit kunnen laten, kunnen zij, ondanks een dergelijke afspraak, partijen hiertoe de gelegenheid bieden (paragraaf 6.3.5.4).

7 Overeenkomsten tot gemeenschappelijk handelen

7.1 Algemeen

Uit sommige wetsbepalingen blijkt dat partijen door een bepaalde *handeling* te verrichten invloed kunnen uitoefenen op de procesregels die tijdens de procedure gelden. Zo bepaalt artikel 255 lid 2 Rv dat partijen vrijwillig ter terechtzitting van de voorzieningenrechter in kort geding kunnen verschijnen. Hierdoor wijken zij af van de regel, dat ook in kort geding een dagvaarding vereist is (zie artikel 254 lid 2 Rv). Ook is afwijking van procesregels vaak afhankelijk gemaakt van bepaalde verklaringen van partijen. In artikel 133 lid 2 Rv is bijvoorbeeld bepaald dat partijen uitstel kunnen vragen voor het nemen van conclusies en dat de rechter een daartoe strekkend, eenstemmig verzoek van partijen volgt, tenzij dit zou leiden tot onredelijke vertraging van het geding. In artikel 229 Rv valt te lezen dat de rechter de uitspraak uitstelt 'op verlangen' van de in het geding verschenen partijen.

In paragraaf 3.4 is gebleken dat het een kwestie van uitleg is of in deze gevallen de enkele verklaring of gedraging voor de afwijking voldoende is of dat daarnaast moet blijken dat de wil van partijen ook op afwijking is gericht. Is dit laatste het geval, dan nog is meestal geen overeenkomst vereist. Een meerzijdige rechtshandeling zal vaak voldoende zijn.¹

Hoewel een procesovereenkomst dus niet steeds *noodzakelijk* is, is het de vraag of een dergelijke overeenkomst wel *voldoende* is. Verschaffen deze bepalingen partijen de bevoegdheid tot het sluiten van een procesovereenkomst? Feitelijk is het in ieder geval zo, dat er aan het gedrag van partijen vaak een onderlinge afspraak ten grondslag zal liggen. Niet goed denkbaar is bijvoorbeeld dat partijen 'toevallig' samen in kort geding verschijnen. Een andere vraag is echter, of deze afspraak tussen partijen ook bindend is. Wat heeft te gelden indien een van de partijen, ondanks een afspraak, toch niet ter terechtzitting in kort geding verschijnt? Zal de rechter in dat geval verstek verlenen, of dient er alsnog gedagvaard te worden? Is een partij reeds gebonden aan de afspraak met haar wederpartij, of slaat de rechter enkel acht op de daadwerkelijke gedraging?

Deze vraag kan naar mijn mening niet in zijn algemeenheid beantwoord worden. Het zal van de strekking van de desbetreffende wetsbepaling afhangen, of afwijking door middel van een voorafgaande procesovereenkomst is toegestaan. Daarbij heeft

¹ Ook in Duitsland wordt wel onderscheid gemaakt tussen 'Prozessverträge' en 'Gesamtakte'. Zie bijv. Schiedermaier 1935, p. 27 e.v.; Wagner 1998, p. 337 e.v.

te gelden dat er verschillende redenen kunnen zijn voor het feit dat de wet een bepaalde gedraging of verklaring vereist om af te wijken van een procesregel. Ten eerste is mogelijk dat de wetgever hiermee bewijsproblemen heeft willen voorkomen. Het kan zeer lastig vast te stellen zijn of tussen partijen een bepaalde overeenkomst tot stand is gekomen. Met name wanneer een dergelijke overeenkomst slechts ondergeschikte punten van de procedure betreft, kan het onwenselijk worden gevonden dat de rechter veel tijd aan de vaststelling hiervan besteedt. In dergelijke gevallen weegt het eventuele voordeel dat partijen bij de afspraak hebben niet op tegen de eventuele vertraging van het geding die het onderzoek naar het bestaan hiervan meebrengt. Het ligt dan voor de hand de afwijking afhankelijk te maken van een daadwerkelijke verklaring of gedraging tijdens het geding, aangezien dit voor de rechter makkelijk te constateren is (zie ook paragraaf 4.6.3.1).

Daarnaast is denkbaar dat de wetgever, door een verklaring of gedragingen tijdens het geding te vereisen, een beperking in de tijd heeft willen stellen aan de mogelijkheid om af te wijken van een procesregel. Mogelijk is bijvoorbeeld dat hij afwijking met betrekking tot toekomstige geschillen heeft willen uitsluiten. Reden zal dan vaak zijn de wens om partijen te beschermen en om een voldoende toegang tot de rechter te waarborgen. Indien dit inderdaad de ratio van de bepaling is, zouden partijen wel gebonden kunnen worden geacht aan een overeenkomst die zij in het kader van een reeds bestaand geschil hebben gesloten. De daadwerkelijke verklaring of gedraging is in dat geval dus niet vereist.

Mogelijk is dat de strekking nog verdergaat en dat van belang wordt geacht dat een partij daadwerkelijk op het moment van de verklaring of de gedraging hier achter staat. Ter bescherming van partijen en ter waarborging van een voldoende toegang tot de rechter zal dit over het algemeen niet nodig zijn. Aangenomen kan immers worden dat partijen, op het moment dat het geschil is gerezen, de gevolgen van hun afspraak reeds voldoende kunnen overzien. De ratio van een dergelijke beperking zal in dat geval dan ook moeten worden gezocht in het belang van een efficiënte procesvoering. Soms verloopt een bepaalde procesverrichting soepeler indien beide partijen hieraan meewerken. Indien de wetgever wenst dat van daadwerkelijke medewerking van partijen sprake is, dient iedere voorafgaande overeenkomst uitgesloten te worden en bindt slechts de tijdens de procedure verrichte verklaring of gedraging zelf.

Ten slotte is mogelijk dat de wetgever met een dergelijke bepaling in het geheel niet beoogt om enige beperking aan de mogelijkheid tot het sluiten van een overeenkomst te stellen, maar hiermee juist de autonomie van partijen tot uitdrukking heeft willen brengen. Bedoeling is in dat geval slechts om duidelijk te maken dat een bepaalde regel van regelend recht is. In dergelijke gevallen zijn partijen dus zonder meer gebonden aan een voorafgaande overeenkomst.

Het hangt kortom van de strekking van de wetsebepaling af, in hoeverre een voorafgaande overeenkomst mogelijk is. Hierna zal een aantal concrete bepalingen besproken worden, waarbij wordt onderzocht welke interpretatie in deze gevallen de juiste is.

7.2 Uitstel voor het verrichten van proceshandelingen

Uit artikel 133 lid 2 Rv blijkt dat partijen uitstel kunnen vragen voor het nemen van conclusies. De rechter volgt volgens deze bepaling een daartoe strekkend, eenstemmig verzoek van partijen, tenzij dit zou leiden tot onredelijke vertraging van het geding. In lid 3 is bepaald dat deze regeling overeenkomstig van toepassing is op de termijnen voor het verrichten van andere proceshandelingen. In het landelijk rolreglement is nader uitgewerkt wat onder een 'onredelijke vertraging' moet worden verstaan. Daaruit blijkt dat een eerste eenstemmig verzoek van partijen wordt ingewilligd, en dat latere verzoeken van partijen dienen te worden gemotiveerd (zie artikel 2.8).

Worden partijen nu pas gebonden indien zij daadwerkelijk de rechter eenstemmig om uitstel verzoeken, of bindt de voorafgaande afspraak reeds? Wat heeft te gelden indien een partij heeft aangegeven mee te zullen werken aan een eenstemmig verzoek, maar uiteindelijk zelfstandig aan de rechter laat weten zich tegen verlenging van de termijn te verzetten?

Aannemelijk lijkt dat de enkele afspraak partijen nog niet bindt. De rechter dient immers op korte termijn te beslissen of uitstel verleend zal worden, zodat voor een onderzoek naar de vraag of tussen partijen wellicht een overeenkomst tot stand is gekomen geen plaats is. Aangenomen kan dan ook worden dat er sprake moet zijn van een daadwerkelijk gedaan eenstemmig verzoek.

Wel kan de rechter, blijkens de wet en het rolreglement, ook uitstel verlenen op basis van een eenzijdig verzoek. Indien hij sterke aanwijzingen heeft dat de wederpartij oorspronkelijk aangegeven had akkoord te gaan met uitstel, kan hij hier bij de beoordeling van een eenzijdig verzoek wellicht rekening mee houden. Hij is hiertoe echter niet verplicht.

7.3 Relatieve bevoegdheid in de verzoekschriftprocedure

Uit artikel 270 lid 1 Rv blijkt dat de rechter in de verzoekschriftprocedure ambtshalve beoordeelt of hij bevoegd is. Is een andere rechter van gelijke rang bevoegd, dan verwijst hij de zaak hiernaar. Verwijzing vindt echter niet plaats indien de verzoeker en de opgeroepen belanghebbenden hebben aangegeven dat zij geen verwijzing wensen. Deze laatste zin roept de vraag op, of ook een voorafgaande overeenkomst tot forumkeuze mogelijk is. Zijn partijen reeds gebonden aan de van tevoren gemaakte afspraak dat zij de zaak voor een onbevoegde rechter zullen aanbrengen en aan zullen geven geen verwijzing te wensen? Of leidt enkel het feit dat zij dit daadwerkelijk doen tot bevoegdheid?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, zal naar de ratio van de bepaling moeten worden gekeken. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever met deze regeling aan de ene kant partijen enige vrijheid heeft willen geven, maar aan de andere kant hen ook heeft willen beschermen.² Oorspronkelijk bevatte de wet een regeling waarin de rechter zijn bevoegdheid slechts ambtshalve toetste indien niet

2 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 440; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 153 (MvT).

alle belanghebbenden waren verschenen. In 2005 is de wet echter aangepast. De bescherming die de oorspronkelijke wet bood, werd toch niet voldoende geacht. Volgens de parlementaire geschiedenis was gebleken dat ook als alle belanghebbenden verschenen zijn, ambtshalve toetsing wenselijk kan zijn. Dit zou onder andere het geval zijn in arbeids-, huur- en consumentenzaken.³

Om te voorkomen dat partijen ongemerkt worden afgehouden van de normaal bevoegde rechter, is een stilzwijgende forumkeuze dus onmogelijk gemaakt. Partijen moeten *uitdrukkelijk* aangeven dat zij geen verwijzing wensen. Hiermee is echter de vraag nog niet beantwoord waarom artikel 270 lid 1 Rv een verklaring *tijdens het geding* vereist. Is er een reden waarom een voorafgaande overeenkomst hier niet mogelijk zou zijn?

Reden zou ten eerste de bescherming van belanghebbenden kunnen zijn. Wellicht wordt aangenomen dat partijen voordat de kwestie is gerezen de gevolgen van de afspraak niet goed kunnen overzien. Gezien het belang dat in de parlementaire geschiedenis wordt gehecht aan de bescherming van belanghebbenden, ligt een dergelijke uitleg van artikel 270 lid 1 Rv wel voor de hand. In dat geval moet mijns inziens echter worden aangenomen dat een overeenkomst tot forumkeuze wel mogelijk is met het oog op een *concrete* procedure. Op het moment dat een kwestie reeds gerezen is, moeten de gevolgen van de afspraak immers voor partijen duidelijk zijn, zodat bescherming dan niet meer nodig is.

Een dergelijke interpretatie van artikel 270 lid 1 Rv strookt echter niet met de regeling die geldt in de dagvaardingsprocedure. Uit artikel 108 lid 3 Rv blijkt namelijk dat een overeenkomst tot forumkeuze in de dagvaardingsprocedure enkel kan worden bewezen door een geschrift. Het is dan ook niet aannemelijk dat een overeenkomst tot forumkeuze in de verzoekschriftprocedure mogelijk is, zonder dat hiervoor een dergelijk bewijsvoorschrift geldt.

Belangrijker nog is dat forumkeuze in de dagvaardingsprocedure met betrekking tot zaken die niet ter vrije bepaling van partijen staan geheel en al uitgesloten is, ook na het ontstaan van het geschil (zie artikel 108 lid 1 Rv). In de verzoekschriftprocedure zullen regelmatig kwesties aan de orde zijn die niet ter vrije bepaling van partijen staan, zodat het niet voor de hand ligt hier *wel* een forumkeuze toe te staan. Overigens is in de dagvaardingsprocedure een *stilzwijgende* forumkeuze in zaken die niet ter vrije bepaling van partijen staan *wel* mogelijk, aangezien de rechter zijn bevoegdheid in deze zaken in principe niet ambtshalve toetst (zie artikel 110 lid 1 Rv).

Reden dat artikel 270 lid 1 Rv uit lijkt te gaan van een verklaring tijdens het geding moet dan ook wellicht niet zozeer in de bescherming van partijen worden gezocht, maar in het feit dat in de verzoekschriftprocedure regelmatig zaken aan de orde zijn die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Voor de overheid is het belangrijk om zeggenschap te hebben over zaken die niet ter vrije bepaling van partijen staan. Het wordt onwenselijk gevonden indien partijen in dergelijke zaken door een overeenkomst de uitkomst van een procedure zouden kunnen beïnvloeden (zie ook paragraaf 3.3.3 en 4.8). Om deze reden zouden partijen geen overeenkomst tot forumkeuze kunnen sluiten. Probleem is echter dat, indien dit inderdaad de reden is voor de beperkingen in artikel 270 lid 1 Rv, onbegrijpelijk is waarom partijen

3 Kamerstukken II 2002/03, 26 863, nr. 3, p. 9 (MvT).

überhaupt invloed kunnen uitoefenen op de bevoegdheid van de rechter die oordeelt in verzoekschriftprocedures. Dit zou dan immers ook niet mogelijk moeten zijn door middel van een verklaring van partijen dat zij geen verwijzing wensen. Dat dit inderdaad niet de reden voor de beperking is, kan ook worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis, waaruit lijkt te volgen dat volgens de wetgever het voor de uitkomst van het geding niet van groot belang is welke Nederlandse rechter de zaak beoordeelt:

'Wij herhalen in dit verband nog eens dat steeds bedacht moet worden dat er voor de relatieve bevoegdheid wel een regeling moet zijn, maar dat voor het interne Nederlandse recht de vraag welke rechter bevoegd is, doorgaans niet zeer gewichtig is. Dat geldt ook voor verzoekschriftprocedures.'⁴

Niet aannemelijk is dus dat partijen slechts door middel van een verklaring tijdens het geding zouden kunnen afwijken van de relatieve bevoegdheid in verzoekschriftprocedures omdat hier regelmatig zaken aan de orde zijn die niet ter vrije bepaling van partijen staan en partijen de uitkomst van de procedure niet mogen beïnvloeden.

Het meest waarschijnlijk is kortom toch dat de ratio van het voorschrift van artikel 270 lid 1 Rv de bescherming van partijen is. Aangenomen moet worden dat de wetgever heeft willen voorkomen dat partijen zich reeds kunnen binden op het moment dat zij de gevolgen van hun afspraak nog niet goed kunnen overzien. Dit betekent dat partijen *wel* in een reeds gerezen kwestie bij overeenkomst een bevoegde rechter aan kunnen wijzen. Aan deze overeenkomst zijn partijen vervolgens gebonden: ook indien één van hen tijdens de procedure aangeeft toch verwijzing te wensen, zal de rechter de zaak aan zich houden. Wel zal daarbij te gelden hebben dat de overeenkomst enkel kan worden bewezen door middel van een geschrift. Het bewijsvoorschrift van artikel 108 lid 3 Rv zal dus analoog moeten worden toegepast. Voor de regel in de dagvaardingsprocedure, dat in geval van zaken die niet ter vrije bepaling van partijen staan ook in een reeds gerezen geschil forumkeuze met betrekking tot de relatieve bevoegdheid is uitgesloten, lijkt geen goede grond aanwezig.

7.4 Vrijwillige verschijning in kort geding

Op grond van artikel 255 lid 2 Rv kunnen partijen afwijken van het procesrecht door vrijwillig ter terechtzitting van de voorzieningenrechter in kort geding te verschijnen. Zij wijken dan af van de regel dat een dagvaarding vereist is. Aangenomen kan echter worden dat de enkele afspraak van partijen om vrijwillig te verschijnen, de dagvaarding nog niet kan vervangen. Indien een partij ondanks de afspraak dus toch niet verschijnt, zal de rechter geen verstek verlenen.⁵ De reden is dat de rechter bij niet verschijnen van de gedaagde onvoldoende mogelijkheden heeft om te controleren of inderdaad van een afspraak tussen partijen sprake is. Hij zal hiervoor enkel af kunnen gaan op de stellingen van de eiser. Het belang van de wederpartij om in de procedure

4 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 440; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3 (MvT), p. 153.

5 Aldus ook Tonkens-Gerkema 2010 (*T&C Rv*), art. 259 Rv, aant. 1.

haar standpunt kenbaar te maken, wordt het beste gewaarborgd indien zij alsnog gedagvaard wordt.

Om bewijsredenen is in dit geval dus vereist dat partijen daadwerkelijk verschijnen. Toch kan in dit geval de voorafgaande overeenkomst niet ongeldig worden geacht. Het probleem is in dit geval namelijk niet zozeer dat de rechter geen tijd wil besteden aan de vraag naar de totstandkoming van een overeenkomst, maar dat hij, bij gebrek aan een behoorlijke oproeping van een van de partijen, geen mogelijkheid hiertoe heeft. Nadat de niet-verschenen partij echter alsnog is gedagvaard, bestaat geen enkele belemmering meer voor een onderzoek. De partij die in strijd handelde met de overeenkomst, kan dan, indien uit deze overeenkomst ook verbintenissen voortvloeien, worden veroordeeld de schade die door zijn niet-verschijning is geleden te vergoeden (zie hoofdstuk 8 en 11).

Eerder (zie paragraaf 4.3.1) is betoogd dat de verbintenissen van partijen steeds gevolgen dienen te hebben in de procedure waarop zij betrekking hebben. Is dit echter niet juist wat hier gebeurt? De overeenkomst heeft immers *geen* gevolgen in de kortgedingprocedure zelf, maar *wel* wordt aangenomen dat de partij die niet is verschenen hierdoor een verbintenis schendt en schadeplichtig wordt. Toch doet zich hier het in paragraaf 4.3.1 gesignaleerde bezwaar niet voor. De reden dat de overeenkomst geen gevolgen heeft in de oorspronkelijke procedure is immers niet dat dergelijke processuele gevolgen niet mogelijk worden geacht, maar dat het bestaan van de overeenkomst niet kan worden bewezen. In dit geval bestaat tegen de toekenning van schadevergoeding bovendien niet het bezwaar dat het oordeel van de eerste rechter hierdoor ongedaan gemaakt wordt. Er heeft immers, als gevolg van het niet verschijnen van de wederpartij, juist geen eerdere procedure plaatsgevonden. Bovendien zou het in het geheel geen gevolgen toekennen aan de afspraak van partijen meebrengen dat de verweerder het op korte termijn verkrijgen van een voorlopige voorziening zeer makkelijk zou kunnen frustreren, door toe te zeggen vrijwillig te verschijnen en dit vervolgens niet te doen. Dit kan niet worden geaccepteerd.

Overigens moet mijns inziens, ter bescherming van partijen, aangenomen worden dat een overeenkomst om zonder dagvaarding in kort geding te verschijnen slechts geldig gesloten kan worden met het oog op een concrete procedure.

7.5 Vrijwillige verschijning bij de kantonrechter

Artikel 96 Rv bepaalt dat in alle zaken die slechts rechtsgevolgen betreffen die ter vrije bepaling van partijen staan, zij zich samen tot een kantonrechter van hun keuze kunnen wenden en zijn beslissing kunnen inroepen. Het geding wordt gevoerd op de wijze als door de kantonrechter bepaald.

Ook hier doet zich de vraag voor, of reeds een voorafgaande overeenkomst van partijen bindend is, of dat zij daadwerkelijk samen bij de kantonrechter moeten verschijnen. De Hoge Raad heeft geen consistent antwoord gegeven op deze vraag. De Hoge Raad heeft namelijk onder het oude recht geoordeeld dat de kantonrechter enkel bevoegd werd door de daadwerkelijke verschijning van partijen.⁶ Hieruit zou

⁶ HR 23 juni 1893 (Middendorf/De Goederen), W. 6365, p. 1; HR 20 juni 1919 (Rietjens/Pollaert), NJ 1919, 808, p. 809.

volgen dat partijen vooraf geen bindende overeenkomst zouden kunnen sluiten. Echter, indien een van de partijen in strijd met de afspraak om bij de kantonrechter te procederen de zaak bij de rechtbank aanhangig maakte, was deze partij volgens de Hoge Raad in haar vordering niet-ontvankelijk.⁷ Hieruit volgt weer dat de voorafgaande overeenkomst tot op zekere hoogte *wel* bindt.

Indien de benadering die de Hoge Raad kiest niet kan worden geaccepteerd, hoe moet artikel 96 Rv dan wel worden uitgelegd? Wat de beantwoording van deze vraag ingewikkeld maakt, is dat partijen door een vrijwillige verschijning van meerdere procesregels af kunnen wijken. Ten eerste maakt deze bepaling het mogelijk dat partijen zonder een dagvaarding voor de kantonrechter verschijnen. Daarnaast kunnen partijen hierdoor afwijken van de normale competentieverdeling. Zij kunnen zaken, die normaal door de sector civiel van de rechtbank worden behandeld, aan de kantonrechter voorleggen. Ten slotte kunnen zij afwijken van de relatieve bevoegdheid, door zich tot een andere kantonrechter te wenden dan die op grond van de wet bevoegd is. Steeds heeft een dergelijke vrijwillige verschijning tot gevolg dat hoger beroep is uitgesloten, tenzij partijen zich dit hebben voorbehouden (zie artikel 333 Rv). Bovendien geven partijen hierdoor de kantonrechter de bevoegdheid zelf de wijze te bepalen waarop het geding gevoerd wordt.

Aannemelijk is dat, om bewijsredenen, daadwerkelijke verschijning in ieder geval vereist is in die gevallen waarin niet is gedagvaard. Net als bij de vrijwillige verschijning in kort geding valt ook in dit geval anders niet aan te tonen dat partijen daadwerkelijk hebben afgesproken om zich tot de kantonrechter te wenden.

Denkbaar is echter dat partijen in een bepaald geval niet afwijken van het vereiste van een dagvaarding, maar slechts van de bevoegdheidsregels. Zij spreken bijvoorbeeld af om bij de kantonrechter te procederen, maar bepalen daarbij wel dat de gedaagde moet worden gedagvaard.⁸ Is ook in die gevallen de daadwerkelijke verschijning vereist? Of zijn partijen reeds gebonden aan de enkele afspraak om bij de kantonrechter te procederen?

Aangenomen kan worden dat partijen niet met betrekking tot toekomstige geschillen behandeling door de kantonrechter kunnen overeenkomen. Een dergelijke ruime uitleg van artikel 96 Rv valt namelijk niet te rijmen met artikel 108 lid 2 Rv. Daarin worden beperkingen gesteld aan de mogelijkheid tot het afwijken van de relatieve bevoegdheid in kantonzaken. Forumkeuze is volgens deze bepaling alleen mogelijk na het ontstaan van het geschil.⁹ Hiermee zou niet te rijmen zijn dat artikel 96 Rv wel afwijking van de relatieve bevoegdheid in kantonzaken vóór het ontstaan van het geschil mogelijk zou maken.

Dit laat echter nog meerdere wijzen open waarop artikel 96 Rv zou kunnen worden uitgelegd. Ten eerste is denkbaar dat de reden dat de wet spreekt over het 'zich wenden' tot een kantonrechter is om partijen te beschermen tegen een afspraak op het moment dat zij de gevolgen hiervan nog niet kunnen overzien. In dat geval zouden partijen wel in een reeds gerezen geschil geldig behandeling door de

7 HR 19 april 1928 (Breedijk/Labor), *NJ* 1928, 1483, m.nt. P.S., p. 1485.

8 Partijen hoeven niet per se af te wijken van het vereiste van een dagvaarding. Zie Viellevoe 1989, p. 172.

9 Zie ook Heemskerk in zijn noot bij Rb. Arnhem 24 december 2008, *NJF* 2009, 114, *JBPr* 2009, 19, m.nt. W. Heemskerk, nr. 7.

kantonrechter kunnen overeenkomen. In een aantal arresten wordt inderdaad benadrukt dat artikel 43 RO (oud) (de voorloper van artikel 96 Rv) afwijking slechts mogelijk maakt in *bestaande* geschillen. A-G Van Maanen overweegt in het arrest Middendorff/De Goederen: 'De wet ziet niet op een toekomstig maar op een bestaand geschil (...)'.¹⁰ Ook de Hoge Raad benadrukt in dit arrest dat artikel 43 RO (oud) doelt op een reeds bestaand geschil.¹¹ Op basis hiervan wordt tegenwoordig over het algemeen aangenomen dat een overeenkomst met betrekking tot toekomstige geschillen uitgesloten is.¹²

Ook denkbaar is echter dat de wetgever wil bereiken dat partijen daadwerkelijk, op het moment *zelf* dat zij de zaak aan de kantonrechter voorleggen, met behandeling door de kantonrechter instemmen. De procedure van artikel 96 Rv wordt gezien als goedkoop en informeel. Te verwachten valt dat de voordelen van deze procesgang het grootst zijn indien partijen ook aan deze procedure meewerken. A-G Van Maanen wijst er in zijn conclusie voor Middendorff/De Goederen op dat de strekking van de bepaling is de 'afsnijding van formeele processen'. Het woord 'aanmelden' duidt er naar zijn mening op dat de kantonrechter overtuigd moet worden van de 'op *dat oogenblik* aanwezigen overeenstemmenden wil van partijen om de hen nu verdeeld houdende quaestie uit te maken'.¹³

Welke uitleg is nu de juiste? Het meest aannemelijk lijkt mij dat de bepaling dient ter bescherming van partijen en dat afwijking enkel mogelijk is in bestaande geschillen. Deze opvatting is in overeenstemming met hetgeen over het algemeen in de rechtspraak en literatuur wordt aangenomen. Wel geldt daarbij mijns inziens dat, indien een van de partijen het bestaan van de overeenkomst betwist, zij bewezen moet worden door een geschrift. Door een dergelijke overeenkomst kunnen partijen immers afwijken van de relatieve bevoegdheid, zodat artikel 108 lid 3 Rv ook hier moet worden toegepast.

Dit leidt dan tot het volgende resultaat. Partijen kunnen met betrekking tot een bestaand geschil geldig overeenkomen om zich samen tot de kantonrechter te wenden. Indien zij daarbij tevens hebben afgezien van een dagvaarding, kan het bestaan van deze overeenkomst enkel worden bewezen in geval van daadwerkelijke verschijning. Is er wel gedagvaard of zijn beide partijen verschenen, dan geldt bovendien bij betwisting van de overeenkomst het bewijsvoorschrift van artikel 108 lid 3 Rv.

7.6 Een van het rolreglement afwijkende procesvoering

Uit artikel 1.4 Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken blijkt dat van de procesvoering als in dit reglement voorzien kan worden afgeweken. Partijen zijn in principe gebonden aan de procesvoering van het regle-

10 Conclusie A-G Van Maanen voor HR 23 juni 1893 (Middendorff/De Goederen), W. 6365, p. 1.

11 HR 23 juni 1893 (Middendorff/De Goederen), W. 6365, p. 1.

12 Zie bijv. Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 114, nr. 84; Viellevoe 1989, p. 171-172; Dolk 1989, p. 37-38; Van Dam-Lely 2007, onder 4; Rb. Zwolle-Lelystad (sector kanton) 26 september 2006, LJN AZ1869, r.o. 5-6; Rb. Arnhem (sector kanton) 24 december 2008, NJF 2009, 114, JBP 2009, 19, m.nt. W. Heemskerk, r.o. 2.5-2.6; Rb. 's-Gravenhage 11 februari 2009, NJF 2009, 327, Prg. 2009, 155, r.o. 3.3; anders Loeff 1933, p. 1; Star Busmann/Rutten 1972, p. 52; Rb. 's-Hertogenbosch 1 oktober 1948, NJ 1950, 88.

13 Conclusie A-G Van Maanen voor HR 23 juni 1893 (Middendorff/De Goederen), W. 6365, p. 1.

ment, tenzij de rechtbank op hun eenstemmig verzoek dat vóór de eerste roldatum is gedaan, een daarvan afwijkende procesvoering toestaat.

Kunnen partijen nu op grond van deze bepaling bij voorafgaande procesovereenkomst van het rolreglement afwijken? Slaat de rechter enkel acht op een daadwerkelijk eenstemmig gedaan verzoek, of kan hij ook een afwijkende procesvoering toestaan indien partijen dit bij overeenkomst hebben afgesproken, al staat één van hen hier inmiddels niet meer achter? Naar mijn mening zal deze vraag van geval tot geval moeten worden beantwoord. In de meeste gevallen zal het belang dat partijen bij de afspraak hebben niet opwegen tegen de tijd die het onderzoek naar de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen kost. Zo zal de versnelling van de procesvoering die kan worden bereikt door een afspraak tot verkorting van termijnen, veelal geheel teniet worden gedaan door een uitgebreid onderzoek naar het bestaan van een dergelijke afspraak. Over het algemeen zullen partijen dus enkel van het rolreglement kunnen afwijken door middel van een daadwerkelijk gedaan eenstemmig verzoek. Op voorhand kan echter niet worden geconcludeerd dat dit in alle gevallen zo is.

Een andere vraag is, in hoeverre partijen de rechter kunnen binden. Uit artikel 1.4 rolreglement lijkt namelijk te volgen dat voor afwijking steeds toestemming van de rechter is vereist. Is dit inderdaad het geval? Of is de rechter in sommige gevallen verplicht gevolg te geven aan het verzoek van partijen? Naar mijn mening kan de rechter zijn toestemming in bepaalde gevallen niet weigeren. Indien geen van de in paragraaf 4.6 genoemde belangen aan de afspraak in de weg staat, zal de rechter hieraan zonder meer gebonden zijn. Zo zal de rechter mijns inziens in principe moeten instemmen met een voorstel tot verkorting van termijnen. Ook een verzoek tot verlenging van termijnen zal hij regelmatig niet kunnen weigeren. Dit zal hij enkel kunnen indien de termijnen die partijen zijn overeengekomen buitensporig zijn (zie paragraaf 6.2.6). In de vorige versie van het rolreglement kwam duidelijker naar voren dat de afspraken de rechter in sommige gevallen binden. In artikel 1.3 van dit reglement was namelijk bepaald dat de rechter partijen volgt in hun voorstel, tenzij dit in strijd is met de wet of de goede procesorde, dan wel leidt tot een onredelijke vertraging van de procedure. Dit artikel maakte duidelijk dat weigering slechts mogelijk was indien de afspraak in strijd kwam met (geschreven of ongeschreven) dwingend recht. Hetzelfde moet mijns inziens naar huidig recht worden aangenomen.

Ten slotte is het de vraag tot op welk moment partijen kunnen afwijken van het rolreglement. Uit artikel 1.4 lijkt namelijk te volgen dat afwijking van het rolreglement slechts mogelijk is indien partijen vóór de eerste roldatum hiertoe een verzoek hebben gedaan. Is afwijking op een later tijdstip inderdaad steeds uitgesloten? Naar mijn mening is dit niet het geval. Zo is in de praktijk aanvaard dat partijen ook tijdens de comparitie na antwoord afspraken kunnen maken over de gang van zaken tijdens de procedure.¹⁴ Wel is het zo dat het met het oog op een beperkte inzet van overheidsmiddelen van belang kan zijn voor een gerecht om tijdig op de hoogte te zijn van bepaalde afspraken, zodat het hier in de organisatie rekening mee kan houden. In sommige gevallen zal afwijking op een later tijdstip daarom geweigerd kunnen worden. Het is echter niet zo dat partijen *nooit* na de eerste roldatum afspraken zouden kunnen maken.

14 Zie bijv. Klaassen 2009, p. 69.

7.7 Conclusie

Uit sommige wetsbepalingen blijkt dat partijen door middel van een bepaalde verklaring of gedraging af kunnen wijken van het procesrecht. In deze gevallen hangt het van de strekking van de wetsbepaling af, in hoeverre partijen reeds aan een voorafgaande overeenkomst gebonden zijn (paragraaf 7.1).

Een overeenkomst van partijen om op grond van artikel 133 Rv eenstemmig te verzoeken om uitstel voor het nemen van de conclusie of voor het verrichten van een andere proceshandeling, is niet geldig. Aangenomen kan worden dat sprake moet zijn van een daadwerkelijk door partijen gedaan eenstemmig verzoek (paragraaf 7.2).

Het feit dat artikel 270 lid 1 Rv uit lijkt te gaan van een verklaring van partijen tijdens het geding, is ingegeven door de wens om partijen te beschermen. Dit artikel moet dan ook zo worden uitgelegd dat partijen in een verzoekschriftprocedure wel in een reeds gerezen kwestie een overeenkomst tot interne forumkeuze kunnen sluiten. Het bewijsvoorschrift van artikel 108 lid 3 Rv zal echter analoog moeten worden toegepast (paragraaf 7.3).

Partijen kunnen op grond van artikel 255 lid 2 Rv met het oog op een concrete procedure overeenkomen om zonder dagvaarding in kort geding te verschijnen. Deze overeenkomst kan in dit kort geding echter enkel worden bewezen indien partijen ook daadwerkelijk verschijnen. Verschijnt een van de partijen niet, dan kan zij, nadat zij alsnog is gedagvaard, onder omstandigheden veroordeeld worden tot betaling van schadevergoeding wegens wanprestatie (paragraaf 7.4).

Partijen kunnen met betrekking tot een bestaand geschil geldig overeenkomen om zich op de voet van artikel 96 Rv tot de kantonrechter te wenden. Indien zij daarbij tevens hebben afgezien van een dagvaarding, kan het bestaan van deze overeenkomst enkel worden bewezen in geval van daadwerkelijke verschijning. Bovendien geldt het bewijsvoorschrift van artikel 108 lid 3 Rv (paragraaf 7.5).

Afwijking van het rolreglement op grond van artikel 1.4 van dit reglement is over het algemeen slechts mogelijk op grond van een daadwerkelijk gedaan eenstemmig verzoek, al zijn uitzonderingen denkbaar. Afwijking is, anders dan dit artikel lijkt te suggereren, na de eerste roldatum in sommige gevallen wel degelijk mogelijk (paragraaf 7.6).

DEEL 2

Werking

8 Obligatoire werking?

8.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 is gebleken dat een overeenkomst waarbij partijen zich ten opzichte van elkaar tot bepaald procesgedrag verplichten, niet als apart type procesovereenkomst kan worden erkend. Bij een procesovereenkomst wijken partijen steeds af van een regel van procesrecht. Hiermee staat echter nog niet vast dat een procesovereenkomst geen verbintenissen mee zou kunnen brengen. Denkbaar is immers dat door een procesovereenkomst niet alleen wordt afgeweken van een bepaalde regel, maar *daarnaast* ook bepaalde verbintenissen voor partijen in het leven worden geroepen. De vraag of dit het geval is, staat centraal in deze paragraaf.

Deze vraag lijkt op het eerste gezicht weinig belangwekkend. Indien een partij bijvoorbeeld in strijd met een overeenkomst tot arbitrage een zaak bij de overheidsrechter aanhangig maakt, zal de overheidsrechter zich op grond van artikel 1022 lid 1 Rv onbevoegd verklaren. Doordat bij procesovereenkomst wordt afgeweken van regels van procesrecht, lijkt het voor partijen onmogelijk hun eventuele verbintenissen niet na te komen.

Toch is de vraag of uit een procesovereenkomst verbintenissen voor partijen voortvloeien wel degelijk relevant. Indien een partij in strijd met een overeenkomst tot arbitrage een procedure bij de overheidsrechter aanhangig maakt, zal de overheidsrechter zich weliswaar onbevoegd verklaren, maar zal de wederpartij toch vaak kosten hebben gemaakt. Het kan voor een partij dus van belang zijn om de kosten van deze nodeloos gevoerde procedure als schadevergoeding wegens wanprestatie terug te vorderen.¹ De mogelijkheid om een vordering tot schadevergoeding in te stellen, wordt pas echt relevant in de internationale context.² Indien een partij in strijd met een overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze een procedure in het buitenland begint, zullen de kosten van een bevoegdheidsincident voor de wederpartij over het algemeen veel hoger zijn. Het is bovendien nog maar de vraag of de buitenlandse rechter op dezelfde manier omgaat met de overeenkomst als de Nederlandse rechter zou hebben gedaan. Indien de buitenlandse

1 Een dergelijke vordering kan wellicht ook worden gebaseerd op misbruik van bevoegdheid indien geen sprake is van een obligatoire overeenkomst. Zie Van der Wiel 2004, p. 300 e.v. met verwijzing naar rechtspraak en literatuur. Van misbruik van bevoegdheid is echter slechts in bijzondere gevallen sprake. Het enkele feit dat de rechter zich onbevoegd verklaart, betekent nog niet dat schadevergoeding verschuldigd is. Zie Van der Wiel 2004, p. 125; zie echter ook p. 136-137.

2 Zo ook Schlosser 2007, p. 111, 114-116; Wagner 1998, p. 255-256.

rechter de zaak ondanks de overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze toch in behandeling neemt, is helemaal duidelijk dat aanzienlijke schade kan ontstaan voor de wederpartij.

In een dergelijk geval wordt ook de vraag naar de mogelijkheid van een zogenaamde ‘anti-suit injunction’ relevant. Indien aangenomen wordt dat sprake is van een *obligatoire* overeenkomst, zou een partij wellicht een vordering tot nakoming kunnen instellen bij de Nederlandse rechter. Zij zou dan kunnen vorderen dat de wederpartij wordt bevolen de procedure in het buitenland te staken. Zo kan zij voorkomen dat zij een lange procedure in het buitenland moet voeren.

Ook in andere opzichten kan de vraag of de procesovereenkomst *obligatoire* werking heeft van belang zijn. Dit blijkt bijvoorbeeld als men de bewijsovereenkomst nader bekijkt. Partijen kunnen op grond van artikel 153 Rv een bewijsovereenkomst sluiten die bijvoorbeeld inhoudt dat bewijs niet kan worden geleverd door middel van een bepaald schriftelijk stuk. Indien de bewijsovereenkomst geen verbintenissen voor partijen in het leven roept, betekent dit dat deze overeenkomst pas bij de waardering van het bewijs een rol speelt.³ Het staat partijen dan vrij om het schriftelijke stuk in het geding te brengen, al mag de rechter dit stuk niet voor het bewijs gebruiken. Wél kan hij hiervan kennisnemen, en kan hij de inhoud van het stuk dus (onbewust) laten meewegen bij bijvoorbeeld zijn waardering van andere bewijsmiddelen. Partijen hebben dus belang bij de afspraak om het schriftelijke stuk niet in het geding te brengen.

De vraag of procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen meebrengen, is dus wel degelijk relevant. Om deze vraag te beantwoorden, wordt hierna eerst gekeken hoe in Engeland en Duitsland tegen deze kwestie wordt aangekeken. Vervolgens wordt deze vraag onderzocht voor procesovereenkomsten die worden beheerst door Nederlands procesrecht. In paragraaf 8.8 wordt vervolgens gekeken wat heeft te gelden voor de overeenkomsten tot forumkeuze die door de EEX-verordening worden beheerst.

Opmerking verdient nog dat hier gesproken zal worden over ‘verbintenissen van partijen’. Strikt genomen is dit niet correct, omdat over het algemeen aangenomen wordt dat het bij een verbintenis gaat om een *vermogensrechtelijke* rechtsbetrekking: tegenover de verplichting van de schuldenaar staat een subjectief vermogensrecht van de schuldeiser.⁴ In hoofdstuk 2 is gebleken dat de procesovereenkomst door het procesrecht wordt beheerst. Hier zal het begrip ‘verbintenis’ echter in ruimere zin worden gebruikt, en wordt hieronder verstaan *iedere* rechtsbetrekking tussen twee (of meer) personen, waarbij de één verplicht is tot een bepaalde prestatie tegenover de ander, die tot de prestatie gerechtigd is.⁵

Het feit dat rechten en verplichtingen tussen partijen in het leven worden geroepen, betekent niet automatisch dat het burgerlijk recht van toepassing is. Er

³ Zie in deze zin Van Schaick 2006, p. 135.

⁴ Parl. Gesch. Boek 6, p. 38; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 4, nr. 6; Brunner e.a. 2011, p. 6-7, nr. 7; Smits 2003, p. 9-10, nr. 6; Scholten 1983, p. 9-10; nr. 9; Meijers 1958, p. 77.

⁵ Deze omschrijving is ontleend aan Hijma & Olthof 2011, p. 192, nr. 299; Zie voor vergelijkbare definities Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 4, nr. 6; Hartkamp 2005, p. 226-227, nr. 233; Smits 2003, p. 6.

kan ook van procesrechtelijke rechten en verplichtingen sprake zijn.⁶ Aangezien in de proceswetgeving geen regeling is opgenomen voor rechten en verplichtingen die partijen ten opzichte van elkaar hebben, zal over het algemeen teruggegrepen moeten worden op de regeling van de verbintenissen zoals die is gegeven in het burgerlijk recht. Voor een analoge toepassing van het verbintenissenrecht is des te meer aanleiding gezien het feit dat procesovereenkomsten wel degelijk vermogensrechtelijke kenmerken hebben. Hierdoor zal bijvoorbeeld eerder gedacht kunnen worden aan analoge toepassing van de bepalingen inzake schadevergoeding bij wanprestatie. Zie hierover ook hoofdstuk 2.

8.2 Engels recht⁷

In paragraaf 4.2.3 is gebleken dat naar Engels recht de overeenkomsten tot forumkeuze en tot arbitrage rechten en verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar meebrengen. Het is echter de vraag of het wel zinvol is om te kijken naar het Engelse recht. In dezelfde paragraaf is namelijk ook gebleken dat partijen de Engelse rechter niet door middel van een overeenkomst zijn rechtsmacht kunnen ontnemen.⁸ De overeenkomsten tot arbitrage en tot forumkeuze zijn echter toch geldig omdat zij de Engelse rechter zijn rechtsmacht niet ontnemen, maar slechts de verplichting in het leven roepen om niet voor de Engelse rechter te procederen.⁹ In Engeland wordt dus juist de constructie gehanteerd die in paragraaf 4.3.1 is verworpen.

Toch is het voor de vraag, of procesovereenkomsten *obligatoire werking* hebben, wel degelijk relevant om te kijken naar het Engelse recht. Bij nadere beschouwing zijn de verschillen met het Nederlandse recht namelijk minder groot dan zij in eerste instantie lijken. Van belang is namelijk dat partijen naar Engels recht wel degelijk enige invloed kunnen uitoefenen op de rechtsmachtregels. Een overeenkomst tot forumkeuze maakt de Engelse rechter namelijk wel bevoegd.¹⁰ Ook al kan door procesovereenkomsten de rechtsmacht niet aan de Engelse rechter ontnomen worden, feitelijk hebben dergelijke overeenkomsten vrijwel een gelijke werking. De

6 Zie ook Wagner 1998, p. 37.

7 Het gaat hier om een bespreking van de overeenkomsten tot forumkeuze en tot arbitrage naar 'common law'. De EEX-regeling zal buiten beschouwing worden gelaten.

8 Mustill & Boyd 1989, p. 154 met verwijzing naar *Thompson v Charnock* (1799) 8 Term Rep 139. Briggs 2008, p. 324-325, nr. 8.49; *Doleman & Sons v Ossett Corporation* [1912] 3 K.B. 257 (CA), m.n. p. 267 (L.J. Fletcher Moulton).

9 Bell 2003, p. 318, nr. 5.79; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 538, nr. 12-128; Peel 1998, p. 187-188; Mustill & Boyd 1989, p. 8, 14; Briggs 2008, p. 199, nr. 6.15, p. 216, nr. 6.45, p. 325, nr. 8.50.

10 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 520, nr. 12-095. Deze bevoegdheid volgt o.a. uit art. PD 6B par. 3.1 (6)(d) Civil Procedure Rules. Naar Engels recht hangt de bevoegdheid van de rechtbank om te oordelen over zaken 'in personam' af van de vraag of de verweerder geldig gedagvaard kan worden. Zie Dicey, Morris & Collins 2006 (en het supplement uit 2011), p. 306, nr. 11-003. De verweerder kan in ieder geval gedagvaard worden, indien hij zich op Engels grondgebied bevindt. Zie Dicey, Morris & Collins 2006, p. 343-344, nr. 11-097. Indien de verweerder zich niet op Engels grondgebied bevindt, is dagvaarding over het algemeen alleen mogelijk indien de rechtbank hiervoor toestemming geeft. Zie art. PD 6B, par. 3.1 aanhef en art. 6.36 Civil Procedure Rules. Zie ook Dicey, Morris & Collins 2006 (en het supplement uit 2011), p. 363 e.v., nr. 11-146 e.v. Uit art. PD 6B par. 3.1(6)(d) Civil Procedure Rules blijkt dat deze toestemming o.a. gegeven kan worden indien sprake is van een contract met een geldige overeenkomst tot forumkeuze waarbij Engeland als forum is aangewezen.

Engelse rechter zal een procedure die in strijd met de overeenkomst is begonnen, meestal schorsen.¹¹ In geval van een overeenkomst tot arbitrage is hij hiertoe zelfs verplicht.¹²

Deze mogelijkheden de overeenkomst af te dwingen in de primaire procedure, hebben er niet toe geleid dat de meer 'obligatoire' aspecten hiervan op de achtergrond zijn geraakt. Zo wordt een vordering tot schadevergoeding wegens schending van de overeenkomst in principe mogelijk geacht.

Gezien het feit dat deze overeenkomsten in de primaire procedure feitelijk een werking hebben die vrijwel gelijk is aan de werking naar Nederlands recht, is het kortom wel degelijk relevant naar het Engelse recht te kijken. Zoals gezegd wordt naar Engels recht aangenomen dat de overeenkomsten tot forumkeuze en tot arbitrage rechten en verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar meebrengen. Zo houdt een exclusieve forumkeuze de verplichting voor partijen in om enkel in het overeengekomen forum te procederen. De keuze voor een niet-exclusief forum brengt de verplichting voor partijen mee om geen bezwaar te maken tegen de bevoegdheid van dit forum.¹³ De overeenkomst tot arbitrage houdt de verplichting in om een geschil enkel aan arbitrage te onderwerpen en niet aan een ander forum voor te leggen.¹⁴ Ook een mediationbeding kan de verplichting voor partijen inhouden om mee te werken aan de mediation.¹⁵ Interessant om te zien is nog dat de inhoud van de rechten en verplichtingen die uit deze overeenkomsten voortvloeien, per geval kan verschillen. Zo betogen Yeo en Tan dat een gewone exclusieve forumkeuze niet meebrengt dat partijen zich niet mogen verzetten tegen de uitoefening van rechtsmacht door het aangewezen gerecht. Alleen indien partijen expliciet zijn overeengekomen dat zij de rechtsmacht van het gerecht niet zullen betwisten, zou dit anders zijn.¹⁶ Volgens Merrett kan een overeenkomst tot forumkeuze een absolute verplichting inhouden om enkel voor het aangewezen forum te procederen, zodat een partij in het geheel geen procedure aanhangig kan maken indien dit forum geen rechtsmacht aanneemt. Partijen kunnen volgens Merrett daarentegen ook overeenkomen dat het hun wel vrijstaat om ergens anders te procederen indien het aangewezen forum zich onbevoegd verklaart.¹⁷

Het feit dat wordt aangenomen dat uit deze overeenkomsten rechten en verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar voortvloeien, heeft verschillende gevolgen. Zo kan de Engelse rechter nakoming van dergelijke overeenkomsten

11 Bell 2003, p. 318, nr. 5.79; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 538, nr. 12-128; Yeo & Tan 2003, p. 404; Zie voor de leidinggevende uitspraak op dit gebied *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Ship or Vessel Eleftheria v The Eleftheria (Owners) (The Eleftheria)* [1970] p. 94; [1969] 2. W.L.R. 1073. In geval van een overeenkomst tot mediation zal de rechter in plaats van een 'stay' ook kunnen kiezen voor een 'adjournment' van de procedure. Zie *Cable & Wireless Plc v IBM UK Ltd* [2002] C.L.C. 1319, QBD, p. 1327-1328.

12 Zie art. 9 Arbitration Act 1996.

13 Tham 2004, p. 59; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 519, nr. 12-093; Bell 2003, p. 200-201, nr. 4.147; Merrett 2006, p. 316-317; Peel 1998, p. 204; zie voor een andere opvatting Ho 2003, p. 707-709.

14 Bell 2003, p. 200-201, nr. 4.147; Mustill & Boyd 1989, p. 103; North Cohen & Wessel 2001, p. 68; *A v. B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, § 16; *Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen GmbH v Voest Alpine Intertrading GmbH* [1997] 2 Lloyd's Rep 279, p. 285 (L.J. Hobhouse).

15 *Cable & Wireless Plc v IBM UK Ltd* [2002] C.L.C. 1319, QBD, m.n. p. 1327.

16 Yeo & Tan 2003, p. 426-427.

17 Merrett 2006, p. 322-324.

afdwingen. Hij doet dit niet alleen door een procedure die in strijd hiermee is begonnen te schorsen, hij kan dit ook doen door middel van een zogenaamde 'anti-suit injunction'. Dit is een bevel van de rechter waarbij een partij wordt verboden om een procedure in het buitenland te beginnen of voort te zetten.¹⁸ In geval van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage zal de rechter een dergelijk bevel vrijwel altijd geven, tenzij er sterke redenen zijn om dit niet te doen.¹⁹

Het in strijd met een overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze beginnen van een procedure wordt gezien als contractbreuk. Zie bijvoorbeeld *North Cohen & Wessel* met betrekking tot arbitrage:

'Thus, when a party to an arbitration agreement commences a substantive legal action in any other forum on a matter that is within the arbitration agreement, there must logically be a breach of that party's contractual obligation to resolve disputes by arbitration.'²⁰

En zie met betrekking tot de forumkeuze *Tan en Yeo*:

'What constitutes an actionable breach of contract is (...) the simple act of the defendant's instituting proceedings in a forum other than that chosen in the jurisdiction clause (the "non-contractual forum").'²¹

Het feit dat het in strijd met een overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze beginnen van een procedure wordt gezien als contractbreuk, betekent dat de partij die dit doet in principe schadevergoeding verschuldigd is. Met betrekking tot de overeenkomst tot forumkeuze is dit in vrij recente uitspraken erkend.²² Daarvoor werd in theorie schadevergoeding wel mogelijk geacht, maar was dit nooit in de jurisprudentie bevestigd.²³ Met betrekking tot de overeenkomst tot arbitrage was al langer duidelijk dat schending hiervan een verplichting tot schadevergoeding mee kon brengen. Vroeger had de rechter nog niet de mogelijkheid om een zaak wegens

18 Ho 2003, p. 701; Wilson 2003, p. 213; Vlas in zijn noot onder HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.), nr. 1; Kramer 2005, p. 131.

19 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 544, nr. 12-140; Ho 2003, p. 706; Males 1998, p. 547; Merrett 2006, p. 318; Peel 1998, p. 204, 205; Yeo & Tan 2003, p. 404; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 96 (L.J. Millett); *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, nr. 24, p. 433 (L.J. Bingham), nr. 45, p. 439 (L.J. Hobhouse). Zie m.b.t. de overeenkomst tot mediation *Cable & Wireless Plc v IBM UK Ltd* [2002] C.L.C. 1319, QBD, p. 1327-1328.

20 *North Cohen & Wessel* 2001, p. 68. Zie verder bijv. *Tan & Yeo* 2003, p. 437; *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, p. 210-211; *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797 (Comm), r.o. 37; *Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen GmbH v Voest Alpine Intertrading GmbH* [1997] 2 Lloyd's Rep. 279, p. 285 (L.J. Hobhouse).

21 *Tan & Yeo* 2003, p. 437. Zie verder bijv. *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797 (Comm), r.o. 37.

22 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA; *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425; *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797, QBD; *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, QBD nr. 16, p. 211. Zie ook *Tan & Yeo* 2003, p. 437; *Yeo & Tan* 2003, p. 403; Merrett 2006, p. 326. Een andere mening toegedaan is Tham. Volgens hem geeft enkel schending van een primaire contractuele verplichting (primary contractual obligation) recht op schadevergoeding. Uit een overeenkomst tot forumkeuze zouden slechts 'ancillary obligations' voortvloeien; Tham 2004, p. 46-71.

23 *Yeo & Tan* 2003, p. 405 met verwijzing naar rechtspraak; Ho 2003, p. 707; Males 1998, p. 550. Zie bijv. *Mike Trading and Transport Ltd v R. Pagnan & Fratelli (The 'Lisboa')* [1980] 2 Lloyd's Rep. 546, CA (L.J. Denning, L.J. Dunn).

het bestaan van een geldige overeenkomst tot arbitrage te schorsen, zodat schadevergoeding het enige beschikbare rechtsmiddel was wegens schending van een overeenkomst tot arbitrage.²⁴ Het feit dat de rechter later wel de mogelijkheid (en tegenwoordig zelfs de plicht) heeft gekregen om te schorsen, staat niet aan de vordering tot schadevergoeding in de weg, zo blijkt uit het Mantovani-arrest van de Court of Appeal. Hierin werd het argument van verweerder dat schorsing van de procedure het passende rechtsmiddel is voor schending van de overeenkomst tot arbitrage, verworpen. Het feit dat de rechter de procedure kan schorsen, brengt immers enkel mee dat over het algemeen geen schade geleden zal worden. Dit doet echter niet af aan het feit dat in principe recht op schadevergoeding blijft bestaan. Indien in een bepaald geval wel schade wordt geleden, komt deze schade dus voor vergoeding in aanmerking.²⁵

Hoewel de overeenkomsten tot arbitrage en tot forumkeuze wel kunnen worden afgedwongen in de *primaire procedure* en de werking dus feitelijk niet veel verschilt van die naar Nederlands recht, worden in Engeland de *obligatoire aspecten* van deze overeenkomsten kortom nog altijd sterk benadrukt. Zo kan nakoming door middel van een zogenaamde ‘*anti-suit injunction*’ worden afgedwongen en is bij schending een vordering tot schadevergoeding mogelijk.

8.3 Duits recht²⁶

Ook in de Duitse literatuur is de vraag naar de *obligatoire werking* van procesovereenkomsten aan de orde geweest. Onder meer Wagner heeft zich hiermee beziggehouden. In paragraaf 4.2.2 is gebleken dat Wagner onderscheid maakt tussen overeenkomsten waarbij partijen afwijken van regels van procesrecht en overeenkomsten waarbij zij zich binden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid.²⁷ Een overeenkomst waarbij partijen zich binden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid, roept in zijn opvatting steeds verbintenissen van partijen in het leven. In beginsel geeft schending van een dergelijke overeenkomst volgens Wagner ook recht op schadevergoeding. In paragraaf 4.3.1 is echter betoogd dat een dergelijke overeenkomst naar Nederlands recht niet als apart type kan worden erkend. Interessant is echter dat volgens Wagner ook overeenkomsten waarbij wordt afgeweken van het procesrecht verbintenissen van partijen mee kunnen brengen, al hoeft dat niet steeds het geval te zijn. Wagner merkt daarbij op dat de vraag of een overeenkomst waarbij wordt afgeweken van het procesrecht ook verbintenissen van partijen doet ontstaan over het algemeen weinig belangwekkend is, omdat niet-nakoming van een dergelijke overeenkomst in de meeste gevallen niet tot schade leidt. Indien een partij zich in strijd met een forumkeuze tot een onbevoegd Duits gerecht wendt, zal dit gerecht de zaak niet in behandeling nemen en zal de verweerder zijn proceskosten vergoed krijgen. In internationale gevallen is het echter

24 Yeo & Tan 2003, p. 407; Tan & Yeo 2003, p. 438. Zie voor een overzicht van de mate van afdwingbaarheid van de overeenkomst tot arbitrage in de loop der tijden Mustill & Boyd 1989, p. 431 e.v.

25 *Mantovani v Carapelli SpA* [1980] 1 Lloyd's Rep. 375, CA. Zie m.n. p. 383 (L.J. Browne).

26 De EEX-regeling wordt bij deze bespreking van het Duitse recht buiten beschouwing gelaten.

27 Wagner 1998, p. 54-57.

wel degelijk mogelijk dat niet-nakoming van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage schade doet ontstaan. Zo kennen niet alle landen de regel dat de partij die gelijk heeft gekregen, in de proceskosten van de wederpartij wordt veroordeeld. Wagner merkt op dat de heersende leer in Duitsland om deze reden inhoudt, dat procesovereenkomsten ook een verbintenisrechtelijke werking hebben. Ook volgens Wagner zelf staat niets eraan in de weg dat partijen, indien zij bij overeenkomst afwijken van het procesrecht, daarbij ook een *obligatoire werking* overeenkomen. Het is naar zijn mening echter onjuist om aan te nemen dat een overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze *steeds* ook de verplichting meebrengt om niet voor een ander dan het overeengekomen forum te procederen. Hiervoor is namelijk vereist dat een dergelijke werking voort zou vloeien uit het aanvullende recht. Dat het aanvullende recht dit inderdaad meebrengt, ligt volgens Wagner niet voor de hand. Niet kan namelijk worden aangenomen dat het in overeenstemming is met de (veronderstelde) wil van de meerderheid van de partijen dat overeenkomsten tot forumkeuze of tot arbitrage ook verbintenissen in het leven roepen. Daarbij wijst Wagner erop dat een exclusieve bevoegdheid die bij overeenkomst in het leven is geroepen in dat geval een veel sterkere werking zou hebben dan een op de wet gebaseerde exclusieve bevoegdheid. Indien een partij in strijd met een wettelijke exclusieve bevoegdheid een procedure in het buitenland is begonnen, krijgt de wederpartij slechts die proceskosten vergoed die op grond van de regels van het buitenlandse gerecht voor vergoeding in aanmerking komen. Deze wederpartij kan niet bij de Duitse rechter alsnog (volledige) vergoeding van de proceskosten vorderen. Niet duidelijk is waarom dit in geval van een bevoegdheidsregel die berust op een overeenkomst ineens anders zou zijn. Indien partijen dit niet expliciet hebben bepaald, kan niet worden aangenomen dat partijen een dergelijke werking met hun overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage hebben beoogd. Daarbij acht Wagner het van belang dat dergelijke overeenkomsten over het algemeen door professionele partijen worden gesloten, van wie verwacht kan worden dat zij zorgvuldig aangeven welke werking zij wensen. Partijen bij een procesovereenkomst zullen volgens Wagner dus expliciet moeten bepalen dat zij ook verbintenissen in het leven willen roepen.²⁸

Schlosser is tegen dit standpunt van Wagner ingegaan. Naar zijn mening houdt, indien sprake is van een internationaal geval, het aanvullende recht wel degelijk in dat een overeenkomst tot forumkeuze *obligatoire werking* heeft. Om dit aan te nemen is volgens Schlosser niet vereist dat dit in overeenstemming is met de (veronderstelde) wil van de meerderheid van partijen. Het dispositieve recht regelt immers juist die gevallen, waaraan partijen niet hebben gedacht. Het gaat dus veel eerder om de vraag, of de aannahme van verbintenissen *tegen* de veronderstelde wil van partijen ingaat. Dit is geenszins het geval. Een partij bij een forumkeuze heeft immers de legitieme verwachting, dat zij geen schade zal lijden doordat haar wederpartij zich niet aan de afspraak houdt. Het argument van Wagner dat een op overeenkomst gebaseerde exclusieve bevoegdheid op deze manier een veel sterkere werking krijgt dan een op de wet gebaseerde exclusieve bevoegdheid, verwierpt Schlosser. Naar zijn mening is het handelen in strijd met een overeenkomst nu eenmaal principieel iets anders.²⁹

28 Wagner 1998, p. 254 e.v.

29 Schlosser 2007, m.n. p. 118-119.

De discussie tussen Wagner en Schlosser spitst zich kortom toe op de inhoud van het aanvullende recht. Beide auteurs gaan ervan uit dat het mogelijk is dat een overeenkomst tot forumkeuze verbintenissen voor partijen meebrengt. Zij menen ook beiden dat dit niet steeds het geval hoeft te zijn: ook een overeenkomst waarbij slechts van de rechtsmachtregels wordt afgeweken is denkbaar. Zij verschillen echter van mening wat heeft te gelden indien partijen op dit punt niets hebben bepaald: vloeien er dan wel of geen verbintenissen voor partijen uit de overeenkomst voort? Volgens Wagner zullen partijen een obligatoire werking uitdrukkelijk moeten overeenkomen, volgens Schlosser volgt een dergelijke werking uit het aanvullende recht en zullen partijen die aan een dergelijke werking geen behoefte hebben, haar juist uitdrukkelijk moeten uitsluiten.

8.4 Wet, literatuur, jurisprudentie en geschiedenis

8.4.1 Inleiding

In paragraaf 8.2 is gebleken dat naar Engels recht de overeenkomst tot forumkeuze en de overeenkomst tot arbitrage rechten en verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar meebrengen. Ook met betrekking tot het Duitse recht wordt in de literatuur betoogd dat deze overeenkomsten een dergelijke werking kunnen hebben (zie paragraaf 8.3). Het is de vraag hoe dit zit naar Nederlands recht. Om te beoordelen in hoeverre procesovereenkomsten naar Nederlands recht obligatoire werking hebben, vindt in deze paragraaf bestudering plaats van de wet en de parlementaire geschiedenis (paragraaf 8.4.2), de literatuur (8.4.3), de jurisprudentie (8.4.4) en de geschiedenis (8.4.5).

8.4.2 Wettelijke bepalingen en parlementaire geschiedenis

Indien men naar de tekst van de wettelijke bepalingen waarbij het sluiten van procesovereenkomsten wordt toegestaan kijkt, lijkt het er niet op dat dergelijke overeenkomsten obligatoire werking hebben. De verschillende wettelijke bepalingen spreken met name over de afwijking van de regels van procesrecht die deze overeenkomsten tot gevolg hebben. Zo omschrijft artikel 153 Rv bewijsovereenkomsten als 'overeenkomsten waarbij van het wettelijke bewijsrecht wordt afgeweken'. De overeenkomst tot internationale forumkeuze leidt er blijkens artikel 8 lid 1 Rv toe, dat '[d]e Nederlandse rechter (...) rechtsmacht [heeft]'. Zie ook bijvoorbeeld artikel 8 lid 2 Rv met betrekking tot de derogatie van de Nederlandse rechter, artikel 108 lid 1 Rv met betrekking tot de keuze van de relatief bevoegde rechter en artikel 227 lid 1 sub b en artikel 228 lid 1 Rv met betrekking tot de hervatting bij akte ter rolle na schorsing van het geding.

De overeenkomsten tot prorogatie en tot sprongcassatie worden daarentegen in de wet omschreven als afspraken van partijen omtrent hun gedrag tijdens de procedure. Artikel 329 Rv bepaalt dat partijen kunnen overeenkomen 'geschillen bij aanvang van het geding dadelijk ter kennis te brengen van het gerechtshof dat in hoger beroep bevoegd zou zijn'. Op grond van artikel 398 sub 2 Rv kunnen partijen afspreken 'het hoger beroep over te slaan'. Toch is onduidelijk of uit deze formuleringen kan worden

afgeleid dat deze overeenkomsten verbintenissen voor partijen in het leven roepen. Zo omschrijft artikel 398 Rv niet alleen de afspraak tot sprongcassatie tussen partijen, maar geeft ook aan wat het gevolg is van een dergelijke afspraak: partijen kunnen beroep in cassatie instellen. Ook deze bepaling is dus met name gericht op de afwijking van het procesrecht die deze overeenkomst tot gevolg heeft.

Uit lid 2 van artikel 1020 Rv lijkt te volgen dat een overeenkomst tot arbitrage ook *obligatoire werking* heeft.³⁰ In dit lid worden het compromis en het arbitraal beding als volgt omschreven:

‘De overeenkomst tot arbitrage (...) betreft zowel het compromis waarbij de partijen zich verbinden om een tussen hen bestaand geschil aan arbitrage te onderwerpen als het arbitraal beding waarbij de partijen zich verbinden om geschillen die tussen hen zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage te onderwerpen.’

Dit artikel spreekt dus over het ‘zich verbinden’ van partijen. In andere bepalingen wordt echter met name aandacht besteed aan de afwijking van het procesrecht die deze overeenkomst tot gevolg heeft. In lid 1 van artikel 1020 Rv valt bijvoorbeeld te lezen dat ‘partijen (...) bij overeenkomst geschillen (...) aan arbitrage [kunnen] onderwerpen’. In artikel 1051 lid 1 Rv staat dat ‘partijen (...) bij overeenkomst het scheidsrecht dan wel de voorzitter daarvan (...) de bevoegdheid [kunnen] verlenen om in kort geding vonnis te wijzen’.

Met betrekking tot de overeenkomst tot bindend advies lijkt uit de wet wel voort te vloeien dat zij *obligatoire werking* heeft. De overeenkomst tot bindend advies is immers een vaststellingsovereenkomst. De vaststellingsovereenkomst is een verbintenissenrechtelijke overeenkomst, geregeld in titel 15 van boek 7 BW.³¹ Toch is hiermee nog niet alles gezegd. De vraag is immers, *welke* verbintenissen precies uit de vaststellingsovereenkomst voortvloeien. Het gaat in het kader van deze paragraaf immers slechts om verbintenissen tot bepaald procesgedrag. Verplicht de overeenkomst tot bindend advies partijen ook om geen procedure bij de overheidsrechter te beginnen? Dit wordt uit de tekst van de wet niet direct duidelijk. In artikel 7:900 BW valt te lezen dat partijen zich jegens elkaar binden aan een vaststelling omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt. In artikel 7:901 lid 2 BW wordt dit nader uitgewerkt. Dit lid bepaalt dat ieder van de partijen jegens de andere verplicht is te verrichten hetgeen van haar zijde nodig is om aan de vereisten voor de totstandkoming van de vaststelling te voldoen. Volgens de parlementaire geschiedenis omvat deze bepaling mede het vereiste om aan het tot stand komen van de beslissing door bindend adviseurs mee te werken.³² Hoe ruim deze verplichting tot medewerking precies is, is echter niet duidelijk. Of deze verplichting ook is geschonden indien een partij in strijd met een overeenkomst tot bindend advies een zaak bij de overheidsrechter aanhangig maakt, blijft kortom de vraag.

De tekst van de wettelijke bepalingen wijst er over het algemeen kortom niet op dat uit de verschillende procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen

30 Zo ook Meijer 2011, p. 209-210.

31 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3 (MvT), p. 36.

32 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3 (MvT), p. 37; zie ook Luttik 1994, p. 268; Meijer 1992, p. 59; zie ook bijv. HR 25 juni 2010, NJ 2010, 372 (Baijings c.s./Huijgers c.s.), r.o. 3.4.2.

voortvloeien. De parlementaire geschiedenis bevestigt dit beeld. Ook hier wordt vaak enkel gesproken over de afwijking van de regels van procesrecht die deze overeenkomsten tot gevolg hebben. Een voorbeeld biedt de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de bewijsovereenkomst:

'Het komt dikwijls voor, dat partijen met het oog op een mogelijk proces in afwijking van het wettelijk bewijsrecht afspraken maken omtrent haar bewijspositie, in dier voege b.v., dat bepaalde bewijsmiddelen worden uitgesloten of dwingende bewijskracht aan een bepaald bewijsmiddel wordt verleend, al dan niet met beperking of uitsluiting van tegenbewijs.'³³

Noch de tekst van de wettelijke bepalingen, noch de parlementaire geschiedenis wijst er kortom op dat procesovereenkomsten *obligatoire werking* hebben.

8.4.3 Literatuur

In de literatuur bestaat verschil van mening over de vraag, of uit procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen voortvloeien. Met name in het kader van de bewijsovereenkomst is deze vraag aan de orde gesteld.

De auteurs die menen dat de procesovereenkomst geen *obligatoire overeenkomst* is, wijzen hiertoe vaak op het feit dat een dergelijke overeenkomst gevolgen heeft op het gebied van de toepasselijkheid van de regels van procesrecht. Daarom zou zij geen verbintenissen voor partijen meebrengen. Zie in deze zin bijvoorbeeld Scheltema met betrekking tot de bewijsovereenkomst:

'Contractuele bewijsregelingen (...) hebben deze inhoud, dat partijen goed vinden, dat in een aanstaand proces de rechter, bij de bepaling van de bewijspositie, in stede van de gewone, wettelijke bewijsregel, zal toepassen de door partijen ontworpen, daarvan afwijkende regeling. De beoogde werking der overeenkomst is dus niet, dat de ééne partij jegens haar wederpartij iets praesteert, doch dat de rechter zich overeenkomstig de door partijen geformuleerde regel gedraagt, of, zooals men het ook kan zeggen, dat de rechter, in stede van de wettelijke, de contractuele regeling op de bewijspositie van partijen toepast.'³⁴

Ook volgens Scholten verplicht men zich bij een bewijsbeding 'niet tot eenige praestatie', maar neemt men 'alleen een bewijsrisico op zich'.³⁵ Van Schaick wijst erop dat partijen door middel van een bewijsovereenkomst derogeren aan de regels van bewijsrecht. Volgens hem is de bewijsovereenkomst dan ook geen *obligatoire overeenkomst*, maar 'veeleer een partij-instructie aan de rechter die de aanwezige bewijsmiddelen met betrekking tot een feit in geschil moet waarderen'.³⁶ Rueb merkt met betrekking tot de procesovereenkomst in zijn algemeenheid op dat kenmerk

33 Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 109, 110; zie ook de parlementaire geschiedenis bij art. 8 Rv (Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111-112) en bij de Arbitragewet (*Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT); *Kamerstukken II* 1984/85, 18 464, nr. 5 (VV); *Kamerstukken II* 1985/86, 18 464, nr. 6 (MvA)).

34 Scheltema 1935, p. 419-420.

35 Noot P. Scholten onder HR 31 maart 1933, *NJ* 1933, p. 1333, 1337.

36 Van Schaick 2006, p. 134; zie ook Asser/Van Schaick 2004 (5-IV), p. 217, nr. 260. Zie verder Verstijlen 2008, p. 129; Van der Wiel 2002a, p. 222; Hofmann/Abas 1977, p. 8-9; Hülsmann 1938, p. 126.

hiervan is dat zij betrekking heeft op een processueel resultaat en niet op materiële rechten en verplichtingen van partijen.³⁷

De auteurs die menen dat de procesovereenkomst wel een *obligatoire* overeenkomst is, zien in het feit dat dergelijke overeenkomsten een afwijking van het procesrecht tot gevolg hebben, geen belemmering om aan te nemen dat hieruit daarnaast verbintenissen voor partijen voortvloeien. Een voorbeeld hiervan is Snijders. Hij betoogt dat op burgerlijkrechtelijke verschijnselen die zich voordoen in of rond het burgerlijk proces, het burgerlijk recht onverkort van toepassing is, behoudens procesrechtelijke legitimatie voor differentiatie.³⁸ Toegepast op de procesovereenkomst brengt dit volgens hem mee dat dergelijke overeenkomsten rechten en verplichtingen van partijen in het leven roepen. De wederpartij die een prorogatieovereenkomst schendt, is naar zijn mening aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade. Dat uit procesovereenkomsten mede gehoudenheid kan voortvloeien voor de rechter, is volgens Snijders iets anders.³⁹

Zie met betrekking tot de bewijsovereenkomst bijvoorbeeld Hidma:

‘Schending van een verplichting die uit een bewijsovereenkomst voortvloeit is niet goed mogelijk. Wij hebben hier, zoals vaker wanneer de contractuele verplichting een immateriële is, te doen met een geval waarin het contractueel niet-mogen tevens een niet-kunnen is.’⁴⁰

Met betrekking tot de overeenkomst tot arbitrage heeft Meijer betoogd dat sprake is van een *obligatoire* overeenkomst. Daarbij wijst hij op de omschrijving die van deze overeenkomst in artikel 1020 lid 2 Rv wordt gegeven. Gesproken wordt hier immers over een overeenkomst ‘waarbij partijen zich verbinden’.⁴¹ Verder gaat Kuypers er met betrekking tot de overeenkomst tot forumkeuze van uit, dat zij de verplichting inhoudt om de vordering bij de aangewezen rechter in te stellen. Het inleiden van een procedure voor een ander gerecht dan partijen hebben aangewezen levert een (toerekenbare) tekortkoming op, die in beginsel leidt tot schadeplichtigheid.⁴²

Met betrekking tot de vraag naar de *obligatoire* werking van procesovereenkomsten nemen Hartkamp en Sieburgh een tussenstandpunt in. Zij merken met betrekking tot de bewijsovereenkomst op dat zij geen *obligatoire* overeenkomst is, omdat zij haar werking met name heeft in het burgerlijk proces. Zij sluiten echter niet uit dat de overeenkomst *obligatoire* aspecten heeft.⁴³

In de literatuur bestaat kortom verschil van inzicht met betrekking tot de vraag of een procesovereenkomst gezien kan worden als een *obligatoire* overeenkomst. Opvallend is daarbij dat de discussie een groot ‘welles-nietesgehalte’ heeft. De auteurs

37 Stein/Rueb 2011, p. 320.

38 Snijders 1992a, m.n. p. 18-20; zie over dit standpunt nader hoofdstuk 2.

39 Snijders 1992a, p. 40 e.v.; zie ook Snijders 1995, p. 9.

40 Pitlo/Hidma 1981, p. 28-29; zie m.b.t. de bewijsovereenkomst verder Asser/Kleijn (5-IV) 1988, p. 309, nr. 403; noot J.J.M. Petit bij HR 26 november 1954, AA 1954-55, p. 116, 120; Swane 1942, p. 327; m.b.t. de overeenkomst tot prorogatie Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 828, voetnoot 2.

41 Meijer 2011, p. 209-211; zie verder Van Leyenhorst 2009, p. 71-72. Zie over de omschrijving in art. 1020 lid 2 Rv ook par. 8.4.2.

42 Kuypers 2008, p. 261-262. Zie verder, m.b.t. de procesovereenkomst in zijn algemeenheid Asser 1999, p. 26; Zonderland 1976, p. 18. Zie m.b.t. de bewijsovereenkomst Clavareau 1947, p. 111; Van Oven 1935a, p. 277-281; Van Oven 1935b, p. 539-543.

43 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), p. 28, nr. 35.

die menen dat geen sprake is van een obligatoire overeenkomst, wijzen er steevast op dat de overeenkomst gevolgen heeft met betrekking tot de toepasselijke procesregels. Waarom uit deze overeenkomst daarnaast niet ook verbintenissen zouden kunnen voortvloeien, onderbouwen zij niet. Wellicht lijkt het deze auteurs weinig zinvol om ook verbintenissen van partijen aan te nemen, aangezien de rechter immers reeds de overeengekomen regels zal toepassen. Zoals hiervoor in paragraaf 8.1 is gebleken, is dit laatste onjuist.

Daarentegen wordt ook de mening dat uit procesovereenkomsten wel rechten en verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar ontstaan, nauwelijks gemotiveerd. Meestal wordt volstaan met de opmerking dat naast een gehoudenheid van de rechter ook verbintenissen voor partijen uit de overeenkomst voortvloeien.

De literatuur biedt kortom weinig houvast. Er worden geen doorslaggevende argumenten gegeven, op grond waarvan geconcludeerd kan worden of procesovereenkomsten obligatoire overeenkomsten zijn.

8.4.4 *Jurisprudentie*

In de jurisprudentie valt weinig steun te vinden voor het standpunt dat uit procesovereenkomsten rechten en verplichtingen voor partijen voortvloeien. Sporadisch zijn er aanwijzingen te vinden dat dit wellicht het geval is. Dit geldt bijvoorbeeld voor een aantal uitspraken van de Hoge Raad met betrekking tot de overeenkomst tot arbitrage. In het arrest *De Drie HLO's/Gem. Den Haag* ging het om de vraag in hoeverre een vereniging die de belangen van haar leden behartigde, een arbitraal beding waaraan haar leden gebonden waren, tegen zich moest laten gelden. De Hoge Raad overwoog:

'Niet kan worden aanvaard dat in zulk een geval de wederpartij verstoken zou blijven van het door haar bedongen *recht* een eventueel geschil door arbiters te doen beslechten (...).'⁴⁴ (cursivering MWK)

In de zaak *Handelsveem/Annico* overwoog de Hoge Raad:

'Tenslotte miskent dit onderdeel (...) dat tot de *rechten* van Annico uit de bevrachtingsovereenkomst eveneens behoort de bevoegdheid om eventuele geschillen door arbiters te Londen te doen beoordelen.'⁴⁵ (cursivering MWK)

Het is echter de vraag of de Hoge Raad hiermee wel iets heeft willen zeggen over de obligatoire werking van de overeenkomst tot arbitrage. Wellicht heeft hij enkel tot uitdrukking willen brengen dat de betreffende partij aan het arbitragebeding gebonden is. In andere uitspraken gebruikt de Hoge Raad ook wel meer neutrale bewoordingen, zoals 'binding' aan of 'gelding' van een arbitragebeding.⁴⁶ De Hoge

44 HR 1 juli 1993, *NJ* 1994, 461, m.nt. HJS (*De Drie HLO's/Gem. Den Haag*), r.o. 3.4.

45 HR 16 januari 1998, *NJ* 1999, 284, m.nt. M.H. Claringbould (*Handelsveem/Annico*), r.o. 4.7.

46 Zie bijv. HR 17 januari 2003, *NJ* 2004, 280, m.nt. HJS (*ABN AMRO/Teisman*), r.o. 3.2; HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 77 (*Grünland c.s./Sagro*), r.o. 4.2 e.v.; HR 27 maart 1992, *NJ* 1993, 97, m.nt. HJS (*Nusselder/Nederlandse Liquidatiekas*), r.o. 3.3; zie ook r.o. 4.4 en 4.6 van HR 16 januari 1998, *NJ* 1999, 284, m.nt. M.H. Claringbould (*Handelsveem/Annico*).

Raad maakt dan wel duidelijk dat het arbitraal beding tussen bepaalde partijen van toepassing is, maar laat in het midden of dit verbintenissen voor partijen meebrengt.

Ook in zijn arresten met betrekking tot de overeenkomst tot forumkeuze spreekt de Hoge Raad over het algemeen neutraal over 'binding' van partijen aan de overeenkomst, en merkt daarbij dus niet op dat er rechten en verplichtingen uit de overeenkomst voortvloeien.⁴⁷ Wel overweegt de Hoge Raad in het arrest *Harvest Trader*:

'Het gaat in deze zaak om de procesrechtelijke gevolgen van een contractueel beding waarbij pp. een buitenlandse rechter bij uitsluiting bevoegd hebben verklaard om kennis te nemen van uit hun overeenkomst voortvloeiende geschillen.'⁴⁸

Uit het feit dat de Hoge Raad uitdrukkelijk vooropstelt dat het in dit arrest gaat om de *procesrechtelijke* gevolgen, zou kunnen worden afgeleid dat een dergelijke overeenkomst volgens de Hoge Raad daarnaast nog andere gevolgen heeft. Wellicht doelt hij daarbij op de *obligatoire werking* van een dergelijke overeenkomst.

Al met al biedt de jurisprudentie weinig steun voor het standpunt dat uit procesovereenkomsten ook verbintenissen voor partijen voortvloeien.

8.4.5 *Historische ontwikkeling*

Ter onderbouwing van het standpunt, dat uit procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen voortvloeien, valt een historisch argument aan te voeren. In paragraaf 4.2 is gebleken dat men zowel in Engeland, Duitsland als in Nederland de figuur van een overeenkomst met *obligatoire werking* heeft gebruikt om tot de erkenning van procesovereenkomsten te komen. Overeenkomsten waarbij werd afgeweken van de regels van procesrecht werden vaak niet toelaatbaar geacht op grond van het 'openbareordekarakter' van het burgerlijk procesrecht. Om deze reden construeerde men procesovereenkomsten dan als overeenkomsten die enkel verbintenissen voor partijen ten opzichte van elkaar in het leven riepen. Daarbij werd oorspronkelijk vaak een strikt onderscheid gemaakt tussen processuele gevolgen aan de ene kant en verbintenissen van partijen aan de andere kant. Op een gegeven moment begon dit verschil te vervagen en kreeg de overeenkomst een steeds sterkere werking in de procedure waarop zij betrekking had.

In paragraaf 4.2.4 is gebleken dat een dergelijke ontwikkeling zich in Nederland heeft voorgedaan met betrekking tot de overeenkomst tot internationale forumkeuze en tot arbitrage. Aangenomen werd vroeger dat partijen door middel van een overeenkomst geen rechtsmacht aan de Nederlandse overheidsrechter konden ontnemen. Toch werden de overeenkomsten tot forumkeuze en tot arbitrage om deze reden niet ongeldig geacht: aangenomen werd namelijk dat zij enkel de verplichting voor partijen in het leven riepen om slechts voor het aangewezen forum te procederen. Indien de eiser in strijd met deze verplichting toch een procedure voor de

⁴⁷ Zie bijv. HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 348, m.nt. JCS onder HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 350 (Esmil/Enka), r.o. 3.4; HR 14 februari 2003, *NJ* 2008, 412, m.nt. P. Vlas (*Aegon c.s./Rendite c.s.*), r.o. 3.12.

⁴⁸ HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989, 765, m.nt. JCS (*Harvest Trader*), r.o. 3.1; zie ook HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV (*Brown q.q./Ultrafin c.s.*), r.o. 3.3.2.

Nederlandse overheidsrechter begon, dwong de rechter nakoming van de overeenkomst af door de vordering niet-ontvankelijk te verklaren.⁴⁹ Op deze manier hadden de overeenkomsten kortom toch de gewenste werking. Tegenwoordig wordt erkend dat door dergelijke overeenkomsten wordt afgeweken van het procesrecht: zij leiden tot onbevoegdheid van de Nederlandse rechter.⁵⁰

Van oorsprong hebben deze procesovereenkomsten dus wel degelijk een obligatoire werking. Dit biedt steun aan het standpunt dat dergelijke overeenkomsten ook nu nog verbintenissen voor partijen meebrengen. Dat tegenwoordig wordt geaccepteerd dat door deze procesovereenkomsten wordt afgeweken van het procesrecht, hoeft immers niet te betekenen dat deze obligatoire werking verloren is gegaan.

8.5 Obligatoire werking: beoordeling

In de vorige paragrafen is gebleken dat de wet, de literatuur, de jurisprudentie en de rechtsgeschiedenis weinig steun bieden voor het standpunt dat uit procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen voortvloeien. Hoewel historisch gezien bepaalde overeenkomsten, zoals de overeenkomst tot forumkeuze en tot arbitrage, wel degelijk verplichtingen van partijen inhielden, wijzen de tekst van de wet en de parlementaire geschiedenis tegenwoordig in een andere richting. In de jurisprudentie is slechts sporadisch steun te vinden voor de opvatting dat procesovereenkomsten rechten en verplichtingen van partijen zouden kunnen inhouden. De literatuur is over de vraag naar de obligatoire werking verdeeld. Op grond hiervan moet geconcludeerd worden dat procesovereenkomsten, indien partijen hierover niets hebben bepaald, naar huidige recht geen obligatoire werking hebben.

Voor het goed functioneren van een procesovereenkomst is ook niet vereist dat hieruit verbintenissen voor partijen voortvloeien. Indien de overeenkomst slechts een afwijking van het procesrecht inhoudt, functioneert de door partijen overeengekomen procesregel op dezelfde wijze als een wettelijke procesregel. Ook voor een wettelijke procesregel geldt immers dat het feit dat een partij zich niet overeenkomstig de regel gedraagt, nog niet betekent dat zij een verbintenis ten opzichte van haar wederpartij schendt. Een procesovereenkomst zonder obligatoire werking is dus goed denkbaar.

Daarbij is van belang dat de vraag ‘wel of geen obligatoire werking’ de kwestie wat te simplistisch weergeeft. Het is niet slechts de vraag óf uit een procesovereenkomst verbintenissen voor partijen voortvloeien, maar ook wélke. Uit de bespreking van het Engelse recht is duidelijk geworden dat de inhoud van de rechten en verplichtingen niet zonder meer duidelijk is (zie paragraaf 8.2). Brengt een overeenkomst tot

49 Zie m.b.t. de internationale forumkeuze HR 26 april 1918, *NJ* 1918, 587 (Jenatzky Leleux/Van Vliet); m.b.t. de arbitrage HR 6 november 1925, *NJ* 1925, 1293, m.nt. T. (Vink/Coöperatieve Vereniging). Het beroep op de overeenkomst werd niet gezien als exceptie maar als een verweer ten principale aangezien ‘de eigen bepalingen der door partijen gesloten overeenkomst aan toewijzing der vordering (...) in den weg stonden’. Zie HR 26 april 1918, *NJ* 1918, 587 (Jenatzky Leleux/Van Vliet), p. 589.

50 Voor de overeenkomst tot internationale forumkeuze is dit voor het eerst uitgemaakt in HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989, 765, m.nt. JCS (Harvest Trader). Voorts blijkt dit tegenwoordig uit art. 23 EEX-Vo en art. 8 lid 2 Rv. Voor de overeenkomst tot arbitrage blijkt dit uit art. 1022 lid 1 en art. 1074 lid 1 Rv.

forumkeuze bijvoorbeeld enkel de plicht voor partijen mee om geen procedures aanhangig te maken voor een ander dan het gekozen gerecht, of dienen partijen zich op grond hiervan ook te onthouden van een betwisting van de bevoegdheid van het aangewezen forum? Aangezien in de wet over het algemeen al niets bepaald is over het bestaan van verbintenissen van partijen, valt de precieze inhoud hiervan op basis van de wet al helemaal niet vast te stellen. Ook dit is reden om aan te nemen dat procesovereenkomsten, indien partijen hierover niets hebben bepaald, nog geen *obligatoire werking* hebben.

Dat het huidige procesrecht geen *obligatoire werking* van procesovereenkomsten inhoudt, betekent echter niet dat deze overeenkomsten nooit een dergelijke werking zouden *kunnen* hebben. In paragraaf 8.3 is gebleken dat in Duitsland wel wordt aangenomen dat partijen zelf kunnen bepalen of uit hun overeenkomst verbintenissen voortvloeien. Niet duidelijk is waarom dit naar Nederlands recht anders zou zijn. Ook naar Nederlands recht geldt immers het beginsel van de contractvrijheid, dat meebrengt dat partijen zelf de inhoud van hun overeenkomst kunnen bepalen. Deze vrijheid is echter wel begrensd (zie artikel 3:40 BW, dat overeenkomstig kan worden toegepast).⁵¹ Onderzocht moet dus worden, of er geen bezwaren zijn die aan de geldigheid van een dergelijke afspraak in de weg staan.

In dit verband is ten eerste van belang dat in paragraaf 4.3.1 is betoogd, dat als uitgangspunt heeft te gelden dat verbintenissen van partijen steeds gevolgen dienen te hebben in de procedure waarop zij betrekking hebben. De verbintenissen kunnen niet los worden gezien van de regels die in de procedure gelden. Hier brengt dit uitgangspunt mee dat partijen zich slechts geldig kunnen verbinden tot bepaald procesgedrag in het kader van een overeenkomst waarbij zij geldig zijn afgeweken van het procesrecht. Indien de overeenkomst waarbij partijen een bepaald schriftelijk stuk als bewijsmiddel hebben uitgesloten bijvoorbeeld nietig blijkt, kan het beding waarbij partijen elkaar ertoe hebben verplicht dit stuk niet in het geding te brengen niet ineens wel geldig worden geacht. Dit zou immers betekenen dat de rechter het stuk als bewijs moet accepteren, maar dat de partij die het stuk in het geding heeft gebracht daarmee wanprestatie pleegt en schadevergoeding verschuldigd is. In de procedure over de schadevergoeding zou de eerdere procedure dan feitelijk geheel ongedaan gemaakt kunnen worden. Dit is uiteraard onwenselijk.

Een overeenkomst waarbij partijen zich verbinden tot bepaald procesgedrag kan dus enkel geldig worden gesloten in het kader van een overeenkomst waarbij geldig wordt afgeweken van het procesrecht. Blijkt de laatste afspraak ongeldig, dan is de afspraak waarbij partijen verbintenissen in het leven hebben willen roepen ook nietig.

In geval van overeenkomsten met internationale aspecten is daarnaast nog denkbaar dat de EEX-verordening belemmeringen opwerpt. Er is jurisprudentie van het Hof van Justitie die hierop duidt. Op deze problematiek wordt hierna in paragraaf 8.7.2 ingegaan.

Geconcludeerd kan worden dat partijen geldig een procesovereenkomst met *obligatoire werking* in het leven kunnen roepen. Dit zullen zij wel ondubbelzinnig

51 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), p. 35, nr. 41; Hijma e.a. 2010, p. 14-15, nr. 14; Hoogervorst 1999, p. 137; Nieuwenhuis 1979, p. 6.

moeten doen: indien zij hierover niets hebben bepaald, geldt dat uit een procesovereenkomst geen verbintenissen voor partijen voortvloeien.

In de volgende paragraaf zal worden gekeken wat dit betekent voor een specifieke procesovereenkomst: de bewijsovereenkomst.

8.6 Uitwerking: de bewijsovereenkomst

In de vorige paragraaf is gebleken dat partijen in het kader van een procesovereenkomst geldig verbintenissen in het leven kunnen roepen, maar dat zij dit wel ondubbelzinnig moeten doen. In beginsel heeft de bewijsovereenkomst dus geen *obligatoire werking*. Indien partijen bijvoorbeeld een bepaald schriftelijk stuk als bewijsmiddel hebben uitgesloten, speelt deze overeenkomst pas bij de waardering van het bewijs een rol.⁵² Het staat partijen vrij om het schriftelijke stuk in het geding te brengen, al mag de rechter dit stuk niet voor het bewijs gebruiken. Wél kan de rechter hiervan kennisnemen, en kan hij de inhoud van het stuk dus (onbewust) laten meewegen bij bijvoorbeeld de waardering van andere bewijsmiddelen. Om deze reden kunnen partijen besluiten om, naast de uitsluiting als bewijsmiddel, ook de verplichting overeen te komen om het betreffende stuk niet in het geding te brengen. De partij die dit toch doet, pleegt dan wanprestatie.

Van deze mogelijkheid om in het kader van een bewijsovereenkomst verbintenissen in het leven te roepen, wordt regelmatig gebruikgemaakt in het kader van mediation. In de mediationovereenkomst komen partijen vaak een verplichting tot geheimhouding overeen. Voor zover dit beding inhoudt dat partijen bepaalde feiten tijdens een procedure niet mogen stellen, is in paragraaf 5.6.7 gebleken dat het nietig is. Het geheimhoudingsbeding houdt vaak echter ook in dat partijen de stukken die als bewijsmiddel zijn uitgesloten niet in het geding mogen brengen. Zie bijvoorbeeld artikel 7.2 NMI Mediation Reglement 2008, waarin valt te lezen:

‘De Partijen verbinden zich om geen stukken aan derden – onder wie begrepen rechters of arbiters – bekend te maken, (...) indien deze stukken door een bij de Mediation betrokkene tijdens of in verband met de Mediation zijn geopenbaard, getoond, of anderszins bekend gemaakt.’

Een dergelijk beding, in combinatie met de uitsluiting van deze stukken als bewijsmiddel, is in principe geldig.

Daarbij moet echter een voorbehoud worden gemaakt. In artikel 153 Rv is bepaald dat bewijsovereenkomsten buiten toepassing blijven op de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijven. Met deze bepaling heeft de wetgever met name het oog gehad op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW.⁵³ Het zal voor een partij veelal echter lastig zijn om aan te tonen dat sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid, indien zij het stuk dat als bewijsmiddel is uitgesloten niet in het geding kan brengen. Naar

⁵² Zie ook Van Schaick 2006, p. 135.

⁵³ Oorspronkelijk werd in het artikel enkel bepaald dat de bewijsovereenkomst buiten toepassing bleef ‘wanneer het in strijd zou zijn met de goede trouw zich op de overeenkomst te beroepen’. Bij invoering van het nieuwe BW heeft de bepaling haar huidige vorm gekregen. Zie Wet van 2 april 1991, *Stb.* 1991, 199 (Invoering Nieuw BW, Bezemwet); Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 58.

mijn mening kan de rechter echter, indien hij voldoende aanwijzingen heeft dat het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW gerechtvaardigd is, op grond van artikel 22 Rv bevelen het stuk toch in het geding te brengen. Indien de rechter oordeelt dat geen sprake is van gewichtige redenen in de zin van dit artikel, pleegt een partij geen wanprestatie indien zij aan het bevel van de rechter voldoet. De verplichting van partijen mag dus niet zover gaan dat zij niet dienen te voldoen aan een bevel op grond van artikel 22 Rv.

Een probleem doet zich voor, indien de rechter na bestudering van het stuk oordeelt dat de bewijsovereenkomst in dit geval niet op grond van artikel 6:248 lid 2 BW buiten toepassing dient te blijven. In dat geval heeft hij het stuk immers reeds ingezien, terwijl partijen juist wilden voorkomen dat de rechter hiervan kennis zou kunnen nemen. Oplossing hiervoor is om deze rechter in dat geval niet meer te laten deelnemen aan de verdere behandeling van het geding.⁵⁴

Partijen kunnen dus geldig overeenkomen dat de bewijsovereenkomst obligatoire werking heeft. De verbintenissen van partijen kunnen echter niet zover gaan dat zij niet hoeven te voldoen aan een door de rechter gegeven bevel op grond van artikel 22 Rv, voor zover er geen sprake is van 'gewichtige redenen'. In een dergelijk geval levert het voldoen aan dit bevel dan ook geen wanprestatie op.

8.7 Overeenkomsten met internationale aspecten

8.7.1 Inleiding

Gebleken is dat partijen in principe kunnen overeenkomen dat hun procesovereenkomst ook obligatoire werking heeft. In geval van een procesovereenkomst met een internationale dimensie, zoals de overeenkomst tot internationale forumkeuze of tot arbitrage, doet zich echter een aantal bijzondere vragen voor. Ten eerste roept de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie de vraag op, of de EEX-verordening in bepaalde omstandigheden niet in de weg staat aan het aannemen van verbintenissen. Daarnaast doet zich de vraag voor aan de hand van welk recht beoordeeld moet worden of een overeenkomst obligatoire werking heeft.

8.7.2 Belemmeringen op grond van de EEX-verordening?

Met betrekking tot de overeenkomst tot internationale forumkeuze en tot arbitrage roept de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie inzake de 'anti-suit injunction' de vraag op of de EEX-verordening in bepaalde omstandigheden niet aan het aannemen van verbintenissen van partijen in de weg staat. Het gaat daarbij om de vraag of de EEX-regeling belemmeringen opwerpt met betrekking tot overeenkomsten

⁵⁴ Vgl. HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451, m.nt. E.J. Dommering (De Telegraaf c.s./Staat), r.o. 3.4.8. Het gaat in dit arrest om de vraag hoe de rechter dient te beoordelen of het belang van geheimhouding in een bepaald geval een 'gewichtige reden' in de zin van art. 22 Rv oplevert. In dit arrest is m.n. het belang van geheimhouding ten opzichte van de wederpartij (en derden) aan de orde. In geval van een bewijsovereenkomst gaat het echter juist om het belang van geheimhouding ten opzichte van de rechter (en eventuele derden), aangezien de wederpartij vaak wel kennis zal hebben genomen van het betreffende stuk.

die zelf *niet* worden beheerst door de EEX, maar door het commune bevoegdheidsrecht. De vraag of overeenkomsten tot forumkeuze die worden beheerst door de EEX-verordening obligatoire werking (kunnen) hebben, wordt beantwoord in paragraaf 8.8.

In het Verenigd Koninkrijk is het mogelijk dat de rechter een partij een verbod oplegt om in een ander land te procederen. Een dergelijke 'anti-suit injunction' kan bijvoorbeeld worden opgelegd indien een partij in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage een procedure in het buitenland aanhangig heeft gemaakt. Volgens de Court of Appeal van het Verenigd Koninkrijk gaat het daarbij niet om een oordeel over de bevoegdheid van de buitenlandse rechter, maar wordt geoordeeld over het gedrag van de betrokken partij.⁵⁵ Zie nader over de 'anti-suit injunction' paragraaf 11.3.3.

In het arrest *Turner/Grovit c.s.* heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten over deze praktijk, waarbij het Hof oordeelde dat de 'anti-suit injunction' onverenigbaar is met de EEX-regeling. Volgens het Hof is het Executieverdrag gegrond op wederzijds vertrouwen van de verdragsluitende staten in elkaars rechtssysteem en rechterlijke instanties. Dit beginsel brengt mee dat de bevoegdheid van een gerecht behoudens bijzondere omstandigheden niet door een gerecht van een andere verdragsluitende staat mag worden getoetst. Wanneer een gerecht een partij verbiedt om bij een buitenlands gerecht een vordering in te stellen of voort te zetten, vormt dit een inmenging in de rechtsmacht van het buitenlandse gerecht, hetgeen onverenigbaar is met het stelsel van het Executieverdrag.⁵⁶ Deze uitspraak is in het arrest *Allianz c.s./West Tankers* bevestigd voor het geval de 'anti-suit injunction' gebaseerd is op het feit dat de buitenlandse procedure in strijd zou zijn met een overeenkomst tot arbitrage.⁵⁷ Zie over deze rechtspraak van het Hof van Justitie uitgebreid paragraaf 11.3.5.

Een gerecht mag een partij dus niet een verbod opleggen om voor een gerecht van een andere lidstaat een procedure aanhangig te maken of voort te zetten. Uit deze uitspraak van het Hof van Justitie zou afgeleid kunnen worden dat partijen geen verbintenissen in het leven kunnen roepen om enkel voor een bepaald forum te procederen. Een veroordeling tot nakoming van een dergelijke verbintenis is immers in veel gevallen niet mogelijk omdat deze veroordeling in strijd komt met de EEX-regeling.

Op deze manier wordt echter een te ruime strekking aan de rechtspraak van het Hof van Justitie toegekend. Deze rechtspraak staat slechts in bepaalde gevallen aan de afdwinging van de verbintenis om voor een bepaald forum te procederen in de weg. In het arrest *Turner/Grovit c.s.* overweegt het Hof uitdrukkelijk dat de *toepassing* van regels van nationaal procesrecht geen afbreuk mag doen aan het nuttig effect van het EEX-Verdrag.⁵⁸ Het Hof laat zich dus niet uit over de inhoud van het nationale recht, maar overweegt slechts dat de EEX mee kan brengen dat *toepassing* hiervan in bepaalde gevallen achterwege dient te blijven.⁵⁹ Afdwinging van de verbintenis om niet voor een rechter van een andere lidstaat te procederen hoeft niet steeds afbreuk te doen aan het nuttig effect van de EEX-verordening. Dit is wel het geval indien

55 Zie HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 15-16.

56 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), m.n. r.o. 24-28.

57 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (*Allianz c.s./West Tankers*).

58 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 29.

59 Zie ook Kramer 2005, p. 135.

hiermee een inmenging plaatsvindt in de rechtsmacht van een buitenlands gerecht. Indien een partij in strijd met een overeenkomst tot arbitrage in Nederland een procedure voor de Duitse overheidsrechter begint, is het dan ook aan de Duitse rechter om over deze overeenkomst te oordelen. Indien hij zich op grond van de overeenkomst echter onbevoegd verklaart, staat de EEX niet aan de conclusie in de weg dat de eisende partij een verbintenis heeft geschonden door in Duitsland te procederen en daarom schadevergoeding verschuldigd is.

De EEX-verordening staat er kortom niet aan in de weg dat partijen zich verbinden om enkel voor de gerechten van een bepaalde lidstaat of voor arbiters te procederen. Afdwinging van deze verbintenis zal slechts mogelijk zijn indien hierdoor geen inmenging plaatsvindt in de rechtsmacht van een andere lidstaat.

8.7.3 *Gevolgen van analoge toepassing van buitenlands burgerlijk recht*

In geval van een overeenkomst tot internationale forumkeuze of tot arbitrage rijst de vraag, naar welk recht beoordeeld moet worden of hieruit verbintenissen voortvloeien. In paragraaf 2.3 is gebleken dat de Nederlandse rechter een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage steeds zal beoordelen aan de hand van het Nederlandse procesrecht. Aangezien in de proceswetgeving echter niet alle aspecten geregeld zijn, dient in sommige gevallen teruggegrepen te worden op het burgerlijk recht. Gezien het beginsel van eenheid van recht heeft daarbij als uitgangspunt te gelden dat de regeling van de overeenkomst die in het burgerlijk recht is gegeven analoog kan worden toegepast, tenzij er redenen zijn die afwijking rechtvaardigen. Het is echter niet steeds het Nederlandse materiële recht dat analoog moet worden toegepast. In paragraaf 2.3 is gebleken dat ook buitenlands recht voor toepassing in aanmerking kan komen.

Ook de vraag of partijen verbintenissen zijn overeengekomen in het kader van een procesovereenkomst wordt niet geregeld in de Nederlandse proceswetgeving. Ook hier zal de regeling zoals die is gegeven in het burgerlijk recht analoog moeten worden toegepast, waarbij zoals gezegd ook buitenlands recht voor toepassing in aanmerking komt. Wel moet naar mijn mening als regel van Nederlands procesrecht worden aangenomen dat partijen zich enkel kunnen verbinden tot bepaald procesgedrag, indien deze afspraak is gekoppeld aan een overeenkomst waarbij (naar Nederlands recht) geldig is afgeweken van het procesrecht. Dit is een gevolg van het uitgangspunt dat verbintenissen van partijen niet los kunnen worden gezien van de regels die gelden in de procedure waarop zij betrekking hebben. Deze verbintenissen dienen in deze procedure dan ook steeds gevolgen te hebben (zie ook paragraaf 8.5).

Dit systeem leidt tot het volgende resultaat. Stel dat partijen zijn overeengekomen dat de rechter te New York in een bepaald geschil bevoegd is. Daarbij hebben zij zich verbonden om hun geschil slechts in New York aanhangig te maken. Indien een van de partijen toch naar de Nederlandse rechter stapt, zal deze rechter aan de hand van Nederlands procesrecht bepalen of hij bevoegd is. Indien de rechter tot de conclusie komt dat hij onbevoegd is op grond van de overeenkomst, zal hij aan de hand van het (eventueel buitenlandse) burgerlijke recht dat analoog kan worden toegepast, dienen

te bepalen of uit deze overeenkomst ook de verplichting van partijen voortvloeit om enkel in New York te procederen.

Denkbaar is echter ook dat de Nederlandse rechter voorbijgaat aan de forumkeuze, bijvoorbeeld omdat niet voldaan is aan het bewijsvoorschrift van artikel 8 lid 5 Rv, en zich bevoegd verklaart. Het is dan op grond van het Nederlandse procesrecht niet mogelijk dat hij *wel* aanneemt dat partijen zich geldig hebben verbonden om enkel in New York te procederen. Dit zou immers tot het onacceptabele resultaat leiden dat de rechter de zaak wel in behandeling moet nemen, maar dat een van de partijen de uitkomst van de procedure geheel ongedaan zou kunnen maken door van haar wederpartij schadevergoeding te vorderen wegens wanprestatie. Niet van belang is in een dergelijk geval dus of partijen naar het rechtsstelsel dat voor analoge toepassing in aanmerking komt wel geldig rechten en verplichtingen ten opzichte van elkaar zijn overeengekomen.

8.8 Overeenkomst tot forumkeuze beheerst door de EEX-verordening

Kunnen partijen in het kader van een overeenkomst tot forumkeuze die beheerst wordt door de EEX verbintenissen in het leven roepen?

De tekst van artikel 23 EEX-Vo wijst hier niet op. Deze tekst is geheel en al toegespitst op de vraag naar de bevoegdheid van de rechter, zonder dat iets gezegd wordt over rechten en verplichtingen van partijen. Wel wijst het arrest Tilly Russ/Nova van het Hof van Justitie wellicht in een andere richting. Hierin was de vraag aan de orde of aan een derdehouder van een cognossement een in dit cognossement opgenomen forumkeuze tegengeworpen kan worden. Het Hof overwoog:

*'Op de derde-houder gaan zowel alle rechten als alle verplichtingen uit het cognossement over, waaronder ook die welke verband houden met de aanwijzing van een bevoegde rechter.'*⁶⁰ (cursivering MWK)

In hetzelfde arrest sprak het Hof eerder al over 'de *verplichting* voortvloeiend uit de in het cognossement vervatte forumkeuze'.⁶¹ Het is echter twijfelachtig of het Hof hiermee iets heeft willen zeggen over het vraagstuk van de obligatoire werking van de overeenkomst tot forumkeuze. Het ligt meer voor de hand dat het Hof met deze formulering slechts tot uitdrukking heeft willen brengen dat de derdehouder een forumkeuze tegen zich moet laten gelden, en niet dat hieruit ook verbintenissen voor de derdehouder voortvloeien. Uit het arrest moeten dus niet te vergaande conclusies getrokken worden. In sommige andere arresten laat het Hof zich bovendien neutraler uit. Zo overwoog het Hof in het arrest IVECO Fiat/Van Hool dat de partijen 'gebonden [blijven] door alle bepalingen van die overeenkomst, daaronder begrepen de forum-clausule'.⁶² Het Hof maakte op deze manier duidelijk dat de forumclausule tussen

60 HvJ EG 19 juni 1984, NJ 1984, 735, m.nt. JCS (Tilly Russ/Nova), r.o. 25; Zie ook HvJ EG 9 november 2000, NJ 2001, 599, m.nt. PV (Coreck/Handelsveem), r.o. 25.

61 HvJ EG 19 juni 1984, NJ 1984, 735, m.nt. JCS (Tilly Russ/Nova), r.o. 24.

62 HvJ EG 11 november 1986, NJ 1987, 479 (IVECO Fiat/Van Hool), r.o. 7.

partijen van toepassing was, maar liet in het midden of de forumkeuze verbintenissen voor partijen meebracht.⁶³

Uit de tekst van artikel 23 EEX-Vo en de jurisprudentie blijkt dus niet dat partijen in het kader van een forumkeuze verbintenissen in het leven kunnen roepen. Hieruit volgt nog niet dat partijen deze bevoegdheid missen. Het is namelijk de vraag of artikel 23 EEX-Vo wel betrekking heeft op rechten en verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar. Deze bepaling is immers opgenomen in een verordening die de *rechterlijke bevoegdheid* regelt. De vraag naar verbintenissen van partijen lijkt buiten het toepassingsgebied van de bepaling te vallen.

De vraag of uit een overeenkomst tot forumkeuze verbintenissen voortvloeien, is daarmee een vraag van het nationale recht van de verschillende lidstaten.⁶⁴ Er bestaat ook geen bezwaar tegen, om deze kwestie aan het recht van de lidstaten over te laten. Voor rechtszekerheid op het gebied van de rechterlijke bevoegdheid is een uniforme rechtstoepassing op dit punt niet vereist. Van belang is dat rechters van verschillende lidstaten de vraag, of bij overeenkomst geldig bevoegdheid aan een bepaalde rechter is toegekend, op gelijke wijze beantwoorden. Dat sommige rechters wél aannemen dat de partij die in strijd met de overeenkomst een procedure is begonnen voor een onbevoegde rechter wanprestatie pleegt en anderen niet, is dan niet van belang. Aangenomen kan worden dat voor de vraag of partijen inderdaad verbintenissen in het leven hebben geroepen, evenals in het kader van de geldigheid van de overeenkomst, gekeken dient te worden naar het recht van de lidstaat van het gerecht dat partijen bij de forumkeuze hebben aangewezen.⁶⁵

Uiteraard geldt daarbij wel dat het stelsel van de EEX niet mag worden doorkruist. Dit volgt duidelijk uit de hiervoor in paragraaf 8.7.2 behandelde rechtspraak van het Hof van Justitie.⁶⁶ Indien de rechter te Frankrijk zich bevoegd acht omdat naar zijn oordeel geen sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze, staat het de Engelse rechter niet vrij de eisende partij te verbieden in Frankrijk te procederen omdat zij in strijd handelt met de verplichting om geen procedure in Frankrijk aanhangig te maken. Dit zou immers een inmenging vormen in de rechtsmacht van het Franse gerecht. Toepassing van het nationale recht mag geen afbreuk doen aan het nuttig effect van de EEX-regeling.

De EEX-verordening houdt zich kortom niet bezig met de vraag, of partijen in het kader van een overeenkomst tot forumkeuze verbintenissen in het leven kunnen roepen. Dit is een vraag die is overgelaten aan het recht van de lidstaten. Aannemelijk is daarbij dat gekeken moet worden naar het recht van de lidstaat van het aangewezen forum. Wel geldt dat toepassing van dit nationale recht het systeem van de EEX niet mag doorkruisen.

63 Andere voorbeelden van gevallen waarin het Hof dit in het midden laat zijn HvJ EG 14 juli 1983, nr. 201/82, *NJ* 1984, 716, m.nt. JCS (Gerling/Tesoro), r.o. 14, 15 en 20 ('een forumkeuze (...) [moet] geldig (...) worden geacht'); HvJ EG 16 maart 1999, *NJ* 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 41 ('daarop een beroep kan worden gedaan').

64 Zie ook Merrett 2006, p. 332-333.

65 Zie ook par. 2.4.

66 HvJ EG 27 april 2004, *NJ* 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.); HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers).

8.9 Conclusie

Op grond van het Nederlandse recht hebben procesovereenkomsten, indien partijen hierover niets hebben afgesproken, geen obligatoire werking. Wel kunnen partijen een dergelijke werking expliciet overeenkomen. Daarbij geldt dat een dergelijke afspraak alleen geldig is, indien ook sprake is van een geldige overeenkomst tot afwijking van het procesrecht (paragraaf 8.2-8.6).

In het kader van overeenkomsten met een internationaal karakter, zoals de overeenkomst tot internationale forumkeuze of tot arbitrage, heeft daarbij te gelden dat de vraag of partijen inderdaad verbintenissen zijn overeengekomen, niet wordt behandeld door de Nederlandse proceswetgeving. Gezien het beginsel van eenheid van recht kan echter worden teruggegrepen op de regeling zoals die is ontwikkeld in het burgerlijk recht, waarbij ook buitenlands recht voor toepassing in aanmerking kan komen. De EEX-verordening staat niet aan het aannemen van een obligatoire werking van dergelijke overeenkomsten in de weg, maar kan wel meebrengen dat de verbintenissen niet steeds afgedwongen kunnen worden. Dit is het geval indien hierdoor een inmenging plaatsvindt in de rechtsmacht van de rechter van een andere EEX-staat (paragraaf 8.7).

Voor overeenkomsten tot forumkeuze die beheerst worden door de EEX-verordening geldt dat de verordening er niet aan in de weg staat dat hierbij verbintenissen van partijen in het leven worden geroepen. Deze kwestie wordt geheel overgelaten aan het recht van de verschillende lidstaten. Ook hier geldt echter dat afdwinging van eventuele verbintenissen van partijen geen afbreuk mag doen aan het nuttig effect van de EEX (paragraaf 8.8).

9 Ambtshalve toepassing?

9.1 Inleiding

Welke werking heeft een procesovereenkomst in de procedure? Dienen partijen zich op een dergelijke overeenkomst te beroepen, of past de rechter haar ambtshalve toe? In dit hoofdstuk zal deze vraag ten eerste worden behandeld voor procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regelend recht (paragraaf 9.2). Vervolgens wordt ingegaan op procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde (paragraaf 9.3). Ten slotte komt de situatie aan de orde dat de procesovereenkomst als beding voorkomt in een consumentenovereenkomst (paragraaf 9.4).

9.2 Procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regelend recht

Over het algemeen wordt bij procesovereenkomsten afgeweken van regelend recht. Duidelijk is dat de rechter in geval van regelend recht niet ambtshalve zal onderzoeken, of partijen wellicht bij overeenkomst hiervan zijn afgeweken. De rechter is in geval van regelend recht immers gebonden aan de feiten en stellingen die partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd.¹ Partijen zullen dus zelf een beroep op de procesovereenkomst dienen te doen. Interessant is in dit verband dat uit een beschikking van de Hoge Raad lijkt te volgen dat ook de getuige, wiens verklaring bij overeenkomst als bewijsmiddel is uitgesloten, een beroep op deze overeenkomst kan doen.² Dit oordeel lijkt mij onjuist. Het is immers een zaak van partijen onderling welke bewijsregels tijdens de procedure toegepast zullen worden en niet een van de getuige.

De rechter zal dus niet uit zichzelf een procesovereenkomst van partijen toepassen. Bovendien zal de rechter, indien beide partijen stellen dat een procesovereenkomst is gesloten, niet ambtshalve toetsen of dit inderdaad het geval is. Ook onderzoekt hij niet uit eigen beweging of een dergelijke overeenkomst wellicht vernietigbaar is, bijvoorbeeld op grond van een wilsgebrek. Wel zal de rechter ambtshalve toetsen of sprake is van een geschil dat ter vrije bepaling van partijen staat, indien dit een geldigheidsvereiste is voor het sluiten van de procesovereenkomst. In een dergelijk geval is immers

¹ Zie par. 4.4.2.

² HR 10 april 2009, NJ 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.3.

recht van openbare orde in het geding.³ Ook zal de rechter, indien sprake is van een procesovereenkomst die als beding voorkomt in een consumentenovereenkomst, ambtshalve beoordelen of dit beding wellicht oneerlijk is. Volgens het Hof van Justitie moet de regel dat oneerlijke bedingen de consument niet binden namelijk worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden.⁴ Zie hierover nader paragraaf 9.4.

9.3 Procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde

In paragraaf 4.4.3.4 is gebleken dat er gevallen zijn, waarin partijen bij procesovereenkomst kunnen afwijken van regels die van openbare orde zijn. Een voorbeeld is de overeenkomst tot forumkeuze, waarbij partijen afwijken van de regels van internationale rechtsmacht. Voor deze regels zelf geldt dat zij door de rechter ambtshalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd worden toegepast. Deze regels zijn immers van openbare orde. Geldt nu hetzelfde voor de procesovereenkomst, waarbij van deze regels wordt afgeweken? Onderzoekt de rechter nu ook zelfstandig of partijen wellicht een dergelijke overeenkomst hebben gesloten? Of dienen partijen hierop toch een beroep te doen?

In dit verband is de beschikking W./Officier van Justitie relevant. De Hoge Raad heeft zich hierin uitgelaten over de vraag, of de rechter ambtshalve moet vaststellen of van berusting sprake is. Uitgangspunt is dat de Hoge Raad ambtshalve de ontvankelijkheid van een cassatieberoep beoordeelt.⁵ In deze beschikking oordeelde de Hoge Raad echter dat dit niet geldt voor de vraag of het beroep niet-ontvankelijk is wegens berusting. De Hoge Raad onderbouwde dit onder meer als volgt. Het recht dat de wet aan de door een rechterlijke uitspraak in het ongelijk gestelde partij geeft een rechtsmiddel in te stellen staat volgens de Hoge Raad ter vrije beschikking van deze partij. Zij kan van dat recht afstand doen door middel van berusting, waarvoor vereist is dat zij aan haar wederpartij de wil te kennen geeft zich bij de uitspraak neer te leggen. Berusting vindt aldus plaats tussen degenen die partij zijn bij de uitspraak waarin wordt berust en binnen het domein waarin partijen vrij zijn hun onderlinge rechtsbetrekkingen te bepalen, hetgeen tegen het ambtshalve uitspreken van de niet-ontvankelijkheid wegens berusting pleit. Volgens de Hoge Raad kunnen partijen een berusting bovendien ook weer ongedaan maken: in het licht van de vrijheid van partijen om te bepalen of en in hoeverre zij hun geschil aan de rechter voorleggen, zou het moeilijk te rechtvaardigen zijn indien de rechter een partij ook aan de berusting zou houden, indien de verwerende partij te kennen heeft gegeven geen bezwaar te hebben tegen voortzetting van het proces.⁶

3 Zie over de precieze betekenis van dit vereiste par. 3.3.3.

4 HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2010, 11, m.nt. M.R. Mok (Asturcom/Rodríguez Noguiera), r.o. 52 e.v.; HvJ EU 16 november 2010, nr. C-76/10 (Pohotovost'/Korčakovská), r.o. 50.

5 Vriesendorp 1970, p. 247, nr. 157; Gras 2009, p. 582; conclusie A-G ten Kate voor het tussenarrest HR 10 oktober 1986, nr. 2 dat leidde tot het eindarrest HR 6 maart 1987, NJ 1987, 904, m.nt. WHH (APP/Valks-Van Leenden c.s.) en conclusie A-G Biegman-Hartogh voor het eindarrest, nr. 3.

6 HR 8 juni 2007, NJ 2008, 142, m.nt. H.J. Snijders (W./Officier van Justitie), r.o. 3.5.2.

De Hoge Raad verwees ter onderbouwing van zijn oordeel ook naar het arrest APP/Valks-Van Leenden c.s., waarin de ontvankelijkheid van het cassatieberoep in verband met een tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst centraal stond. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat van niet-ontvankelijkheid van het beroep wegens een vaststellingsovereenkomst waarbij het geschil is beëindigd slechts sprake kan zijn, indien de belanghebbende partij stelt – en bij betwisting bewijst – dat zodanige overeenkomst is tot stand gekomen.⁷ In zijn noot bij het arrest overwoog Heemskerk dat deze uitspraak past in de algemene lijn dat de rechter overeenkomsten en bedingen tussen partijen niet ambtshalve toepast, maar alleen na beroep daarop door een partij. Naar zijn mening moet de regel dat de Hoge Raad ambtshalve de ontvankelijkheid van een cassatieberoep moet beoordelen, wijken als de grond voor niet-ontvankelijkheid is gelegen in een overeenkomst. Hij wees daarbij op de forumkeuzeclausule en het arbitraal beding.⁸

Als algemene regel kan dus wellicht worden aanvaard dat de rechter procesovereenkomsten niet ambtshalve toepast, ook niet in die gevallen waarin partijen bij procesovereenkomst afwijken van recht van openbare orde. Een dergelijke regel lijkt goed verdedigbaar: indien er geen bezwaar tegen bestaat dat partijen bij overeenkomst afwijken van een bepaalde regel, is niet goed in te zien waarom er wel bezwaar tegen zou bestaan indien partijen alsnog inachtneming van de oorspronkelijke regel wensen. Het staat dus, zoals de Hoge Raad overweegt, ‘ter vrije beschikking’ van partijen of zij toepassing van de overeenkomst wensen. Om deze reden behoort de rechter de overeenkomst niet tegen de wil van partijen te handhaven en dient hij dus niet ambtshalve te toetsen of wellicht een overeenkomst gesloten is.

Toch kan een dergelijke conclusie niet zomaar getrokken worden. In sommige gevallen blijkt de rechter wel degelijk ambtshalve te toetsen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de internationale forumkeuze indien de verweerder niet is verschenen. Indien de eiser stelt dat de rechter bevoegd is op grond van een forumkeuze, zal de rechter nagaan of inderdaad een geldige overeenkomst tot stand is gekomen. Indien de eiser zich juist op een andere bevoegdheidsgrond beroept, toetst de rechter ambtshalve of sprake is van een overeenkomst tot forumkeuze die hem zijn bevoegdheid ontnemt.⁹ Reden hiervoor is de bescherming van de belangen van de verweerder.¹⁰

Daarnaast blijkt de rechter in geval van bijvoorbeeld prorogatie ambtshalve te toetsen of aan de wettelijke voorwaarden voor afwijking is voldaan. Zo beoordeelt hij uit eigen beweging of sprake is van een geschil dat vatbaar is voor hoger beroep.¹¹ Ook toetst hij ambtshalve of het geschil gebracht is voor het juiste gerechtshof, namelijk het hof dat in hoger beroep bevoegd zou zijn.¹²

7 R.o. 3.5.2. Het gaat om HR 6 maart 1987, NJ 1987, 904, m.nt. WHH (APP/Valks-Van Leenden c.s.).

8 Noot Heemskerk bij HR 6 maart 1987, NJ 1987, 904, m.nt. WHH (APP/Valks-Van Leenden c.s.).

9 Dit geldt zowel op grond van de EEX (zie art. 26 EEX-Vo) als op grond van het commune bevoegdheidsrecht (zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 113-114); zie Kuypers 2008, p. 291-292, 296-297.

10 Zie rapport-Jenard, p. 81-82; Kuypers 2008, p. 292.

11 Hof 's-Gravenhage 13 december 2006, LJN AZ4433, r.o. 2; Hof 's-Gravenhage 30 september 1994, NJ 1996, 114, r.o. 4.

12 Hof 's-Gravenhage 13 december 2006, LJN AZ4433, r.o. 2; Hof Arnhem 16 april 2002, NJ 2002, 344, r.o. 2.3; Hof 's-Gravenhage 13 december 1985, NJ 1987, 137.

Al met al valt kortom niet zo makkelijk te bepalen wanneer sprake is van ambtshalve toetsing en wanneer een beroep door partijen is vereist. Er lijkt sprake te zijn van een subtiele mix van beide varianten. Dit is in overeenstemming met het tweeslachtige karakter van de regels waar het hier om gaat, die aan de ene kant van openbare orde zijn, maar waarvan aan de andere kant wel bij procesovereenkomst kan worden afgeweken. Om toch iets meer duidelijkheid te verkrijgen over de vraag wanneer de rechter ambtshalve toetst, zal hierna gepoogd worden een aantal algemene uitgangspunten te formuleren. Daarbij moet steeds bedacht worden dat in een specifiek geval iets anders kan gelden.

Uitgangspunt 1

Indien de partij die belang heeft bij een beroep op de procesovereenkomst is verschenen, dient zij zelf een beroep op de overeenkomst te doen. De rechter toetst niet ambtshalve of wellicht een procesovereenkomst is gesloten. Vanuit het openbaar belang gezien bestaat er immers geen bezwaar tegen dat alsnog de oorspronkelijke regel, waarvan partijen in de overeenkomst zijn afgeweken, toegepast wordt. Handhaving van de procesovereenkomst kan aan partijen worden overgelaten.

Wat betreft de internationale forumkeuze vormt artikel 24 EEX-Vo een bevestiging van dit uitgangspunt. In dit artikel is bepaald dat het gerecht van een lidstaat waarvoor de verweerder verschijnt bevoegd is, tenzij de verschijning ten doel heeft de bevoegdheid te betwisten. Meent de verweerder dat het gerecht onbevoegd is op grond van een overeenkomst tot forumkeuze, dan dient hij kortom tijdig een beroep op deze onbevoegdheid te doen. Hetzelfde geldt voor het commune bevoegdheidsrecht op grond van artikel 9 sub a Rv.¹³ Voor de arbitrage zijn artikel 1022 lid 1 en artikel 1074 lid 1 Rv relevant. Hieruit blijkt dat een partij die meent dat de overheidsrechter onbevoegd is wegens een overeenkomst tot arbitrage, zich hierop voor alle weren dient te beroepen.¹⁴ Partijen zullen ook een beroep moeten doen op een

13 Zie ook Kuypers 2008, p. 285-286, 290. Toch is hiermee nog niet vastgesteld, dat een verschenen partij inderdaad zelf een beroep op de overeenkomst dient te doen. Uit deze bepalingen blijkt immers ten eerste niet in hoeverre de verweerder een betwisting van de bevoegdheid ook dient te onderbouwen. Dient de verweerder daadwerkelijk een beroep te doen op de overeenkomst tot forumkeuze, of is voldoende dat hij geheel in zijn algemeenheid stelt dat het ingeroepen forum niet bevoegd is? Ook blijkt niet in hoeverre de eiser zich dient te beroepen op een voor hem gunstige overeenkomst tot forumkeuze, bijv. indien de verweerder niet is verschenen. Toetst het gerecht ambtshalve of het wellicht bevoegd is op grond van een dergelijke overeenkomst, of dient de eiser dit te stellen? Het meest aannemelijk lijkt dat de partij die in deze gevallen belang heeft bij de overeenkomst tot forumkeuze, hier zelf een beroep op dient te doen. Zoals gezegd lijkt hier geen reden voor ambtshalve toepassing aanwezig, aangezien er vanuit het openbaar belang gezien geen bezwaar tegen bestaat dat alsnog de oorspronkelijke regel wordt toegepast. Ook Kuypers lijkt hier van uit te gaan. Hij schrijft immers dat de eiser de stukken betreffende de forumkeuze bij het begin van de procedure in het geding dient te brengen en in de dagvaarding daarnaar dient te verwijzen, indien de eiser een beroep doet op de bevoegdheid van het gerecht krachtens een forumkeuze. Heeft de eiser de forumkeuze niet aannemelijk gemaakt, dan kan het beroep daarop worden verworpen; zie Kuypers 2008, p. 292. Zie echter Vlas, die meent dat een verweerder die de bevoegdheid betwist, niet gehouden is deze betwisting te motiveren; Burgerlijke rechtsvordering, P. Vlas, art. 24 EEX-Vo, aant. 2. Hoewel dit in zijn algemeenheid juist lijkt, moet mijns inziens een uitzondering worden aangenomen voor het geval de onbevoegdheid berust op een overeenkomst tot forumkeuze.

14 Zie hierover ook Meijer 2011, p. 974 e.v.

overeenkomst tot prorogatie. Het hof is niet gehouden hier ambtshalve onderzoek naar te doen.¹⁵

Regelmatig zal het beroep op de procesovereenkomst vrij impliciet kunnen geschieden. Soms lijkt uit bepaald gedrag van een partij reeds te volgen dat zij ervan uitgaat dat een bepaalde procesovereenkomst is gesloten. Dit geldt bijvoorbeeld indien een eisende partij zich tot een scheidsgerecht wendt. Duidelijk zal dan zijn dat zij een overeenkomst tot arbitrage aanwezig acht. In de parlementaire geschiedenis wordt dan ook opgemerkt dat de eiser, die de arbitrage aanhangig maakt, daarmee te kennen geeft van een geldige afspraak tot arbitrage uit te gaan.¹⁶ Ook in andere gevallen wordt een beroep op een procesovereenkomst soms vrij gemakkelijk aangenomen.¹⁷ Wel erg impliciet was het beroep op een overeenkomst tot sprongcassatie in het arrest *Gem. 's-Gravenhage/Civilised Traveller c.s.* In deze zaak was cassatie ingesteld in een zaak waarin gewoon hoger beroep openstond, en had de verweerder hiertegen niets ingebracht. De reden dat partijen ten onrechte in cassatie gingen is waarschijnlijk dat in eerste aanleg de rechtbank de vordering had behandeld in het kader van een onteigeningsgeding, hoewel de vordering daarin eigenlijk niet thuishoorde. In het kader van een onteigeningsgeding geldt dat hoger beroep is uitgesloten en slechts beroep in cassatie openstaat (zie artikel 52 Onteigeningswet). Om toch tot ontvankelijkheid van het cassatieberoep te komen, meende A-G Huydecoper dat in dit specifieke geval een overeenkomst tot sprongcassatie zou kunnen worden aangenomen. Huydecoper merkt hierbij wel op dat hij niet wil verhelen dat het een beetje goede wil vereist om de opstelling van partijen in deze zaak zo uit te leggen dat zij (geacht moeten worden) ervoor (te) hebben gekozen, van hoger beroep af te zien. Hij wijst in een voetnoot op andere gevallen waarin een evenzeer doelgerichte als (misschien) minder voor de hand liggende uitleg van een door een procespartij ingenomen houding door de Hoge Raad is aanvaard.¹⁸ Ook de Hoge Raad ziet in de houding van partijen kennelijk een beroep op een overeenkomst tot sprongcassatie, aangezien hij het cassatieberoep, zonder nadere motivering, ontvankelijk acht.¹⁹ Over het algemeen heeft mijns inziens echter te gelden dat er meer voor nodig is om een beroep op een overeenkomst tot sprongcassatie aan te nemen dan het enkele feit dat de ene partij cassatie instelt en de ander hiertegen geen bezwaar maakt.²⁰

15 Zie de conclusie van A-G Strikwerda voor HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 9 (Gubbels/Aichi), nr. 13; zie wat betreft de overeenkomst tot vrijwillige verschijning bij de kantonrechter Rb. Zwolle-Lelystad (sector kanton) 26 september 2006, *LJN* AZ1869, r.o. 5.

16 *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 21; zie ook Meijer 2011, p. 901.

17 Zie m.b.t. de overeenkomst tot sprongcassatie HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 645 (Sterpolis/Amicon), r.o. 2 en de conclusie van P-G Hartkamp, nr. 5; HR 31 maart 1995, *NJ* 1995, 597, m.nt. HER (Erven Meiberg/Vendex), r.o. 4; zie m.b.t. de overeenkomst tot bindend advies HR 24 december 2010, *RvdW* 2011, 43, r.o. 3.2.2.

18 Conclusie A-G Huydecoper voor HR 9 november 2007, *RvdW* 2007, 968 (*Gem. 's-Gravenhage/Civilised Traveller c.s.*), nr. 11-13.

19 HR 9 november 2007, *RvdW* 2007, 968 (*Gem. 's-Gravenhage/Civilised Traveller c.s.*), r.o. 2.

20 Zie m.b.t. de overeenkomst tot prorogatie Hof Amsterdam 12 oktober 2010, *NJF* 2011, 34, r.o. 2.5.

In verband met het feit dat verschenen partijen zelf een voor hen gunstige procesovereenkomst moeten inroepen, is nog het voorbehoud van hoger beroep interessant. In artikel 333 Rv is bepaald dat in zaken als bedoeld in artikel 96 Rv hoger beroep slechts openstaat indien partijen zich dat beroep hebben voorbehouden. Indien partijen besluiten zich vrijwillig tot de kantonrechter te wenden, zullen zij kortom, indien zij de mogelijkheid van hoger beroep open willen houden, dit zich uitdrukkelijk en eensluidend moeten voorbehouden.²¹ De vraag rijst wat heeft te gelden indien partijen zich in hoger beroep niet op een dergelijk voorbehoud beroepen en verder ook niets stellen over het feit dat de procedure in eerste aanleg op de voet van artikel 96 Rv is gevoerd. Gaat het hof er dan van uit dat de appellant in zijn hoger beroep niet-ontvankelijk is, aangezien niets is gesteld over het voorbehoud van hoger beroep? Of gaat het hof juist uit van ontvankelijkheid, aangezien niets is gesteld over de overeenkomst om te procederen bij de kantonrechter, als gevolg waarvan het hoger beroep is uitgesloten? Feitelijk gaat het hier dus om de vraag, wat als de procesovereenkomst waarop partijen zich dienen te beroepen moet worden gezien: is dit het voorbehoud van hoger beroep of is dit de overeenkomst om bij de kantonrechter te procederen als gevolg waarvan het hoger beroep in principe is uitgesloten?

De jurisprudentie biedt op dit punt weinig duidelijkheid. Zij lijkt het meest te wijzen in de richting van niet-ontvankelijkheid, tenzij partijen een beroep doen op het voorbehoud van hoger beroep.²² Van belang is om te bepalen in hoeverre het voor partijen mogelijk is om terug te komen op hun eerdere afspraak. Indien partijen zich het hoger beroep niet hebben voorbehouden, kunnen zij dan na de uitspraak van de kantonrechter alsnog besluiten hoger beroep open te stellen? Naar mijn mening is dit wel het geval. Hoger beroep in zaken als bedoeld in artikel 96 Rv lijkt te zijn uitgesloten om het voor partijen mogelijk te maken een snelle en goedkope beslissing te verkrijgen in hun geschil.²³ De uitsluiting van het hoger beroep is dus met name ingegeven door het belang van partijen, zodat het in principe ook aan partijen kan worden overgelaten alsnog voor een langere en duurdere procedure te kiezen. Andere belangen staan hieraan niet in de weg. Het belang van derden om af te kunnen gaan op de onherroepelijkheid van het vonnis weegt minder zwaar dan de belangen van partijen. Hoe dan ook lopen derden immers het gevaar dat de rechter in hoger beroep niet beseft dat in eerste aanleg op basis van artikel 96 Rv is beslist en daarom de zaak toch in behandeling neemt. Ook het belang van besparing van overheidsmiddelen kan niet tot een andere conclusie leiden, aangezien dit belang er niet aan in de weg staat dat partijen zich bij voorbaat het hoger beroep voorbehouden.²⁴ Geconcludeerd kan worden dat partijen gezamenlijk kunnen besluiten alsnog hoger beroep open te stellen, ook al is op voorhand geen voorbehoud van hoger beroep gemaakt. Gezien

21 HR 8 november 2002 (Olislagers/OTIB), NJ 2003, 15, r.o. 3.5-3.6.

22 Hof Arnhem 24 februari 2009, LJN BH4730, r.o. 5.13; Hof Arnhem 18 maart 2008, LJN BC9227, r.o. 4.7. Zeer onduidelijk is het arrest HR 19 december 1975, NJ 1976, 552 (Van der Vegt/Van Leeuwen), waarin aan de ene kant als uitgangspunt lijkt te worden genomen dat de rechter ambtshalve onderzoekt of wellicht een voorbehoud van hoger beroep is gemaakt, maar aan de andere kant dat hij bij dit onderzoek af dient te gaan op de stellingen van partijen.

23 Zie de noot van Van Dam-Lely bij Rb. Utrecht (sector kanton) 30 juni 2006, WR 2007, 7, nr. 3, 5.

24 In dit verband zijn kortom dezelfde argumenten van belang als in het kader van de vraag of de rechter een berusting ambtshalve toetst. Zie HR 8 juni 2007, NJ 2008, 142, m.nt. H.J. Snijders (W./Officier van Justitie), hiervoor besproken.

deze vrijheid heeft ook te gelden dat partijen niet expliciet hoeven aan te voeren dat zij zich het hoger beroep hebben voorbehouden. Indien zij niets hebben gesteld, dient de rechter het beroep ontvankelijk te achten. Er is immers sprake van een bevoegdheid die ter vrije beschikking van partijen staat, zodat ambtshalve toetsing niet aangewezen is.

Uitgangspunt 2

Indien wel een beroep op een procesovereenkomst is gedaan zal de rechter, indien beide partijen verschenen zijn, niet ambtshalve toetsen of deze overeenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen. Ook zal hij niet zelfstandig beoordelen of de overeenkomst wellicht vernietigbaar is, bijvoorbeeld op grond van een wilsgebrek (een uitzondering geldt in geval van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst; zie hierna paragraaf 9.4). De rechter gaat wat dat betreft af op de stellingen van partijen. De reden is dat op dit gebied nu eenmaal de autonomie van partijen is erkend. Een andere opvatting zou veelal zinloos zijn: indien beide partijen op het moment van de procedure geen bezwaar hebben tegen de procesovereenkomst, kunnen zij, indien een overeenkomst ontbreekt, alsnog een nieuwe overeenkomst sluiten.

Wat de overeenkomst tot arbitrage betreft, vormt artikel 1052 lid 2 Rv een bevestiging van dit standpunt. Op grond van dit artikel dient een partij, die in het arbitraal geding is verschenen, voor alle weren een beroep te doen op de onbevoegdheid van het scheidsrecht op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt. Anders gaat de rechter dus uit van het bestaan van een geldige overeenkomst.²⁵ Indien door een partij slechts een beroep wordt gedaan op het feit dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen, zal de rechter of het scheidsrecht bovendien niet uit eigen beweging nagaan of wellicht ook (in plaats daarvan) sprake is van een wilsgebrek.²⁶ Ook is er jurisprudentie met betrekking tot de sprongcassatie²⁷ en de prorogatie²⁸ waaruit blijkt dat de rechter het standpunt van partijen met betrekking tot de totstandkoming van een overeenkomst volgt.

Uitgangspunt 3

Indien de verweerder niet is verschenen en de eiser zich op een procesovereenkomst beroept, zal de rechter ambtshalve toetsen of een dergelijke overeenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen. Reden voor deze ambtshalve toetsing is de bescherming van de verweerder. De rechter zal echter niet ambtshalve nagaan of de overeenkomst wellicht vernietigbaar is, bijvoorbeeld op grond van een wilsgebrek. Voor vernietiging is immers een rechtshandeling vereist door de belanghebbende partij (een uitzondering geldt indien sprake is van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst; zie hierna, paragraaf 9.4).

²⁵ Zie ook Meijer 2011, p. 862-863, 867 e.v.

²⁶ Zie Meijer 2011, p. 878-879, 979 e.v.

²⁷ HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./Moulijn Bosse & Huddleston Slater Notarissen c.s.), m.n. de conclusie van A-G Bakels, voetnoot 16; HR 26 september 2003, NJ 2003, 645 (Sterpolis/Amicon), m.n. de conclusie van P-G Hartkamp, nr. 5.

²⁸ Hof Amsterdam 1 november 2007, NJF 2008, 99, r.o. 2.1-2.2.

In sommige gevallen zal de rechter niet alleen het bestaan van een overeenkomst waarop de eiser zich beroept beoordelen, maar ook toetsen of er wellicht sprake is van een niet door de eiser gestelde overeenkomst die in het belang van de verweerder is. Of dit het geval is, hangt af van de vraag in hoeverre ook een dergelijke bescherming van de verweerder wenselijk wordt gevonden.

Zoals hiervoor reeds is gebleken, gaat dit uitgangspunt in geval van internationale forumkeuze op. Indien de verweerder niet is verschenen en de eiser stelt dat de rechter bevoegd is op grond van een forumkeuze, zal de rechter nagaan of inderdaad een geldige overeenkomst tot stand is gekomen. Indien de eiser zich juist op een andere bevoegdheidsgrond beroept, toetst de rechter bovendien of partijen wellicht een overeenkomst hebben gesloten die hem zijn bevoegdheid ontnemt.²⁹ Voor een dergelijke bescherming is in dit geval reden, omdat de verweerder er wellicht niet op bedacht is dat de eiser een procedure is begonnen voor een ander gerecht dan is overeengekomen.³⁰

In geval van de overeenkomst tot arbitrage geldt slechts de eerste regel. Indien de verweerder niet in de arbitrage is verschenen, toetst het scheidsgerecht ambtshalve of de arbitrage berust op een geldige overeenkomst. Dit kan a contrario uit artikel 1052 lid 2 Rv worden afgeleid.³¹ Indien de eiser een procedure bij de overheidsrechter is begonnen en de verweerder niet verschijnt, toetst de overheidsrechter echter niet ambtshalve of er wellicht een overeenkomst tot arbitrage bestaat die aan zijn bevoegdheid in de weg staat (zie artikel 1022 lid 1 Rv).³² Kennelijk wordt het voor een partij niet als zeer nadelig beschouwd dat zij, ondanks een overeenkomst tot arbitrage, toch voor de overheidsrechter wordt opgeroepen. Een partij behoeft slechts ertegen beschermd te worden dat zij ten onrechte van de overheidsrechter wordt afgehouden.³³

Aangenomen kan worden dat met betrekking tot de overeenkomst tot bindend advies en de overeenkomst tot mediation op dit punt hetzelfde heeft te gelden als voor de overeenkomst tot arbitrage. Deze overeenkomsten hebben immers een vergelijkbaar karakter: ook door deze overeenkomsten worden partijen afgehouden van de overheidsrechter, al is het slechts tijdelijk. De rechter zal daarom, indien de verweerder niet is verschenen, niet ambtshalve toetsen of er wellicht sprake is van een overeenkomst tot bindend advies of tot mediation. Ook hier kan het immers als niet zeer bezwaarlijk voor een partij worden beschouwd dat zij toch voor de overheidsrechter moet procederen. Bindend adviseurs zullen, indien de verweerder niet is verschenen, daarentegen wél ambtshalve moeten toetsen of sprake is van een geldige overeenkomst tot bindend advies.

Het is de vraag wat heeft te gelden voor de overige bevoegdheidsovereenkomsten, zoals de overeenkomst tot prorogatie, tot sprongcassatie en de overeenkomst om vrijwillig bij de kantonrechter te verschijnen. Dient hier het systeem als bij de

29 Dit geldt zowel op grond van de EEX (zie art. 26 EEX-Vo) als op grond van het commune bevoegdheidsrecht (zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 113-114); zie Kuypers 2008, p. 291-292, 296-297.

30 Zie ook Kuypers 2008, p. 292.

31 Zie ook Meijer 2011, p. 863.

32 Zie Meijer 2011, p. 974-975.

33 Zie in dit verband ook Meijer 2011, p. 975.

internationale forumkeuze te worden gehanteerd, of moet het voorbeeld van de arbitrage worden gevolgd? De laatste optie verdient mijns inziens de voorkeur. De rechtbank zal, indien de verweerder niet is verschenen, bijvoorbeeld niet ambtshalve hoeven te onderzoeken of er wellicht sprake is van een geldige overeenkomst tot prorogatie die haar haar bevoegdheid ontnemt. Indien de eiser zich daarentegen op grond van een overeenkomst tot prorogatie tot het hof wendt en de verweerder niet verschijnt, zal het hof wel ambtshalve moeten nagaan of inderdaad van een geldige overeenkomst sprake is.³⁴ In dit laatste geval verdient de verweerder ook meer bescherming: hem wordt immers een instantie onthouden, zodat het wenselijk is om te toetsen of dit daadwerkelijk op zijn wil berust. In het eerste geval geldt dat de verweerder, in strijd met de overeenkomst, aan het normale wettelijke systeem van instanties wordt onderworpen, hetgeen als minder bezwaarlijk kan worden gezien.

Uitgangspunt 4

De rechter zal inachtneming van de voorwaarden, waaronder een procesovereenkomst geldig gesloten kan worden, ambtshalve toetsen. Aangezien in de hier aan de orde zijnde gevallen bij procesovereenkomst wordt afgeweken van regels van openbare orde, ligt het voor de hand om strikt de hand te houden aan de voorwaarden waaronder een dergelijke afwijking is toegestaan. Denkbaar is echter dat met betrekking tot een specifieke voorwaarde van dit uitgangspunt moet worden afgeweken.

Over het algemeen blijkt de rechter de voorwaarden, waaronder de hier aan de orde zijnde procesovereenkomsten geldig gesloten kunnen worden, inderdaad ambtshalve te toetsen. Zo beoordeelt hij in geval van internationale forumkeuze op grond van het commune bevoegdheidsrecht ambtshalve of sprake is van een 'redelijk belang'.³⁵ Bij prorogatie toetst de rechter de voorwaarden dat het geschil vatbaar is voor hoger beroep bij het gerechtshof en dat het geschil is aangebracht bij het gerechtshof dat in hoger beroep bevoegd zou zijn, uit eigen beweging.³⁶ Verder gaat hij met betrekking tot de overeenkomsten waarvoor de voorwaarde geldt dat sprake is van een geschil dat ter vrije bepaling van partijen staat, ambtshalve na of hieraan is voldaan.³⁷

34 Zie anders, m.b.t. de overeenkomst tot sprongcassatie, A-G Mok in zijn conclusie voor HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 711, m.nt. JdB, nr. 3.1-3.2. In de cassatiedagvaarding was gesteld dat partijen sprongcassatie zijn overeengekomen. Nu de verweerder in cassatie verstek heeft laten gaan, meent Mok dat deze (feitelijke) stelling als onbetwist is komen vast te staan. De Hoge Raad volgt hem kennelijk, aangezien hij het beroep, zonder nadere motivering, ontvankelijk acht; zie r.o. 2.

35 Zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111; zie ook Kuypers 2008, p. 282.

36 Zie Hof 's-Gravenhage 13 december 2006, LJN AZ4433, r.o. 2; Hof 's-Gravenhage 30 september 1994, *NJ* 1996, 114, r.o. 4; Hof Arnhem 16 april 2002, *NJ* 2002, 344, r.o. 2.3; Hof 's-Gravenhage 13 december 1985, *NJ* 1987, 137.

37 M.b.t. de overeenkomst tot arbitrage blijkt dit voor het scheidsrecht uit het slot van art. 1052 lid 2 Rv; zie ook *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 21; Meijer 2011, p. 865. Voor de overheidsrechter kan hetzelfde worden aangenomen; zie Meijer 2011, p. 984. Voor de internationale forumkeuze kan dit worden afgeleid uit art. 9 sub a Rv. Zie m.b.t. de overeenkomst tot prorogatie Hof 's-Gravenhage 13 december 2006, LJN AZ4433, r.o. 2; Hof Arnhem 16 april 2002, *NJ* 2002, 344, r.o. 2.2; Hof Amsterdam 1 oktober 1998, *NJ* 2000, 591, r.o. 3.3; Hof Arnhem 30 december 1970, *NJ* 1971, 249. Zie m.b.t. de vrijwillige verschijning bij de kantonrechter Ktr. Amsterdam 18 oktober 1995, *NJK* 1996, 4; zie verder Ktr. Gouda 21 maart 1993, *Prg.* 1993, 3873, waarin de kantonrechter ambtshalve oordeelt dat de procedure van art. 96 Rv niet gevolgd kan worden in een een verzoekschriftprocedure.

Sommige voorwaarden zal de rechter mijns inziens echter niet ambtshalve toetsen indien beide partijen zijn verschenen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de voorwaarde dat een procesovereenkomst slechts na het ontstaan van een geschil geldig gesloten kan worden. Indien beide partijen zijn verschenen en zich niet verzetten tegen toepassing van de procesovereenkomst, hoeft de rechter de overeenkomst niet uit eigen beweging ongeldig te verklaren op de grond dat zij tot stand is gekomen voor het ontstaan van het geschil. Dit vereiste is immers opgenomen ter bescherming van partijen.³⁸ Indien partijen na het ontstaan van het geschil aan deze bescherming kennelijk geen behoefte hebben, is er geen reden om deze bescherming aan hen op te dringen. Een dergelijke ambtshalve toets zal veelal ook geen nut hebben: partijen kunnen over het algemeen immers alsnog een geldige overeenkomst sluiten. Om dezelfde reden behoeft ook het vereiste van een 'bepaalde rechtsbetrekking' niet ambtshalve getoetst te worden indien beide partijen verschenen zijn.³⁹

Dit standpunt lijkt niet te stroken met de jurisprudentie over de vrijwillige verschijning bij de kantonrechter. Er is namelijk een aantal uitspraken waarin de rechter uit eigen beweging oordeelde dat een voorafgaand beding om de zaak aan de kantonrechter voor te leggen nietig is, zonder dat hierop door een van de partijen een beroep was gedaan.⁴⁰ Daarbij is echter van belang dat dit in twee van de drie zaken gebeurde in gevallen waarin wel getwist werd over de vraag naar de bevoegde rechter.⁴¹ De veronderstelling dat partijen er geen bezwaar tegen hadden om bij de kantonrechter te procederen en dat hun geen bescherming moet worden opgedrongen die zij zelf niet willen, ging in deze gevallen dus niet op.

Tussenconclusie

Overeenkomsten waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde toetst de rechter soms ambtshalve, terwijl in andere gevallen een beroep door partijen is vereist. Om te bepalen wanneer welke variant zich voordoet, is hiervoor een aantal uitgangspunten geformuleerd.

9.4 Ambtshalve toetsing op grond van de richtlijn oneerlijke bedingen

Hiervoor is gebleken dat de rechter, indien een beroep wordt gedaan op een procesovereenkomst, in principe niet ambtshalve toetst of deze overeenkomst wellicht vernietigbaar is op grond van bijvoorbeeld een wilsgebrek. Dit geldt zowel voor procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regeland recht, als voor die waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde. Bovendien geldt dit onder alle omstandigheden, dus niet alleen indien beide partijen zijn verschenen, maar ook als een van hen verstek heeft laten gaan. De reden is dat voor vernietiging van een

³⁸ Zie par. 3.3.7.

³⁹ Ook de ratio van deze beperking moet worden gezocht in de bescherming van partijen; zie par. 3.3.4.

⁴⁰ Zie Rb. Arnhem 24 december 2008, *NJF* 2009, 114, *JBPr* 2009, 19, m.nt. W. Heemskerk; Rb. 's-Gravenhage 11 februari 2009, *NJF* 2009, 327, *PrG*. 2009, 155; Rb. Zwolle-Lelystad (sector kanton) 26 september 2006, LJN AZ1869, r.o. 4.

⁴¹ Alleen in Rb. Zwolle-Lelystad (sector kanton) 26 september 2006, LJN AZ1869, r.o. 4 lijkt de kantonrechter dit punt geheel zelf aan de orde te hebben gesteld.

overeenkomst een rechtshandeling vereist is. Dit betekent dat indien een proces-overeenkomst als beding is opgenomen in algemene voorwaarden, de rechter in principe niet uit eigen beweging toetst of er wellicht sprake is van een onredelijk bezwarend beding in de zin van artikel 6:233 sub a BW.

Indien sprake is van een consumentenovereenkomst geldt op dit uitgangspunt echter een uitzondering als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. In afdeling 6.5.3 BW over algemene voorwaarden is de richtlijn oneerlijke bedingen geïmplementeerd, zodat bij de toepassing van deze afdeling gekeken dient te worden naar de jurisprudentie van het Hof.⁴² Het Hof van Justitie heeft in een reeks van arresten geoordeeld dat de nationale rechter amtsshalve dient te beoordelen of een beding oneerlijk is.⁴³ Dit betekent dat de consument niet zelf een beroep hoeft te doen op artikel 6:233 sub a BW.⁴⁴

Indien een procesovereenkomst als beding is opgenomen in een consumentenovereenkomst, dient de rechter zoals gezegd amtsshalve te beoordelen of dit beding wellicht oneerlijk is. Een aantal wetsbepalingen lijkt in strijd met dit uitgangspunt. Een voorbeeld is artikel 1052 lid 2 Rv. Hierin is bepaald dat een partij die in het arbitraal geding is verschenen, op straffe van verval van recht voor alle weren een beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage dient te doen. Of sprake is van een geldige overeenkomst tot arbitrage wordt kortom niet amtsshalve getoetst. Beroept een partij zich niet tijdig op het ontbreken van een geldige overeenkomst, dan kan zij hier in een later stadium niet op terugkomen. In het arrest *Mostaza Claro/Móvil* oordeelde het Hof van Justitie echter het volgende:

‘Derhalve moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat zij van een nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en dat vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat deze overeenkomst een oneerlijk beding bevat, ook wanneer de consument die nietigheid niet tijdens de arbitrageprocedure, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen.’⁴⁵

Na afloop van de arbitrageprocedure kan een partij in een vernietigingsprocedure bij de overheidsrechter dus nog voor het eerst er een beroep op doen dat sprake is van een oneerlijk beding. Dit kan meebrengen dat achteraf blijkt dat de hele arbitrageprocedure voor niets is gevoerd. Door *Mostaza Claro* en de Duitse regering was dan ook aangevoerd dat de doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging ernstig zou worden aangetast indien de rechter zou kunnen oordelen over de nietigheid van de

42 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.* EG 1993, L 95/29.

43 HvJ EG 27 juni 2000, *NJ* 2000, 730 (*Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*), r.o. 25-29; HvJ EG 21 november 2002, *NJ* 2003, 703, m.nt. MRM (*Cofidis/Fredout*), r.o. 32 e.v.; HvJ EG 26 oktober 2006, *NJ* 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro/Móvil*), r.o. 24 e.v.; HvJ EG 4 juni 2009, *NJ* 2009, 395, m.nt. M.R. Mok (*Pannon/Sustikné Györfi*); HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2010, 11, m.nt. M.R. Mok (*Asturcom/Rodríguez Noguiera*); HvJ EU 9 november 2010, *NJ* 2011, 41, m.nt. M.R. Mok (*Pénzügyi Lízing/Schneider*), r.o. 45 e.v.

44 Zie m.b.t. deze plicht tot amtsshalve toepassing nader o.a. Snijders 2007b, p. 89 e.v.; Hartkamp 2007; Snijders 2008a, p. 548 e.v.; Hartkamp 2008, p. 980-981; Snijders 2008b, p. 982; Hartkamp 2009, p. 774; Snijders 2009a, p. 2000 e.v.; Ancery & Krans 2009; Snijders 2010; Hartkamp 2010.

45 HvJ EG 26 oktober 2006, *NJ* 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro/Móvil*), r.o. 39.

overeenkomst tot arbitrage, terwijl dit beroep niet tijdens de arbitrageprocedure was gedaan.⁴⁶ Het Hof van Justitie oordeelde echter dat het openbare belang van de consumentenbescherming dient te prevaleren.⁴⁷

Op grond van deze rechtspraak dient artikel 1052 lid 2 Rv in bepaalde gevallen dus buiten toepassing gelaten te worden. Dit is het geval indien de rechter oordeelt dat een overeenkomst tot arbitrage een oneerlijk beding vormt in een consumentenovereenkomst, terwijl de consument hierop geen beroep heeft gedaan tijdens de arbitrageprocedure.

De gevolgen van deze rechtspraak worden nog enigszins beperkt, doordat de consument een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis niet eindeloos kan instellen: op grond van artikel 1064 lid 3 Rv dient de consument dit binnen drie maanden na depot of drie maanden na betekening te doen. Uit het Asturcom-arrest van het Hof van Justitie blijkt dat een dergelijke termijn niet in strijd is met het Europese recht.⁴⁸ Wel dient de overheidsrechter, ook na afloop van deze termijn, tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis te weigeren indien hem blijkt dat de arbitrage berust op een oneerlijk arbitraal beding. Volgens het Hof van Justitie moet artikel 6 richtlijn oneerlijke bedingen namelijk worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden.⁴⁹ Blijkens artikel 1063 lid 1 en artikel 1076 lid 1 sub B Rv is strijd met de openbare orde een weigeringsgrond voor tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis.

Om de werking van artikel 1052 lid 2 Rv nog zo veel mogelijk te garanderen, zou het goed zijn indien arbiters de consument tijdens de arbitrage wijzen op het mogelijk oneerlijke karakter van een arbitraal beding. Doet de consument dan nog geen beroep op de onbevoegdheid van arbiters, dan hoeven arbiters het beding niet buiten toepassing te laten en kunnen zij het geschil gewoon behandelen. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan immers worden afgeleid dat een consument de bescherming van de richtlijn niet tegen zijn wil opgedrongen hoeft te krijgen.⁵⁰ In dat geval zal de consument in een vernietigingsprocedure bij de overheidsrechter niet alsnog een beroep kunnen doen op de oneerlijkheid van het arbitragebeding. Wellicht kan hiertoe de redenering worden gevolgd dat de bevoegdheid in dat geval niet op dit beding berust, maar op een aan het begin van de arbitrageprocedure gesloten nieuwe overeenkomst.⁵¹

Niet alleen artikel 1052 lid 2 Rv, ook de bepalingen waarbij stilzwijgende forumkeuze mogelijk wordt gemaakt zijn, indien sprake is van een consumentenovereenkomst, in strijd met de richtlijn oneerlijke bedingen. Op grond van artikel 24 EEX-Vo, artikel 9 sub a en artikel 110 lid 1 Rv dient uiterlijk bij het eerste verweer een beroep op onbevoegdheid te worden gedaan, op straffe van verval van recht hiertoe.

46 HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro/Móvil), r.o. 33.

47 HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro/Móvil), r.o. 34-37.

48 HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2010, 11, m.nt. M.R. Mok (Asturcom/Rodríguez Noguiera), m.n. r.o. 41-48; zie ook Snijders 2010, p. 4.

49 HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2010, 11, m.nt. M.R. Mok (Asturcom/Rodríguez Noguiera), r.o. 52 e.v.; HvJ EU 16 november 2010, nr. C-76/10 (Pohotovost'/Korčkovská), r.o. 50.

50 HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395, m.nt. M.R. Mok (Pannon/Sustikné Győrfi), r.o. 33, 35.

51 Zie in dit verband Snijders 2007a, p. 213-214.

Op grond van deze bepalingen beoordeelt de rechter zijn bevoegdheid, indien de verweerder is verschenen, dus uitdrukkelijk niet ambtshalve. In geval van artikel 110 lid 1 Rv toetst de rechter zelfs indien de verweerder niet is verschenen zijn bevoegdheid niet. De rechter mag op grond van deze bepalingen dus niet zelfstandig beoordelen of een forumkeuzebeding wellicht oneerlijk is.

Bijzonder is dat ook artikel 24 EEX-Vo dus niet verenigbaar is met de richtlijn oneerlijke bedingen.⁵² Aangezien in beide gevallen sprake is van Europese regelgeving, zou juist te verwachten zijn dat beide regelingen op elkaar zouden zijn afgestemd. Het is de vraag welke regeling dient te prevaleren. Naar mijn mening is dat in dit geval de richtlijn oneerlijke bedingen. De reden voor invoering van artikel 24 EEX-Vo is dat hierdoor rechtsonzekerheid wordt vermeden.⁵³ Het is echter onwaarschijnlijk dat het Hof van Justitie dit belang hoger waardeert dan het belang van effectieve bescherming van de consument. Ook in het arrest *Mostaza Claro/Móvil* kende het Hof immers aan een vergelijkbaar belang, dat van de doeltreffendheid van de arbitrale procedure, minder waarde toe.⁵⁴ Ook artikel 24 EEX-Vo dient mijns inziens kortom buiten toepassing gelaten te worden indien sprake is van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst.⁵⁵

Of inderdaad zo maar geconcludeerd kan worden dat de richtlijn oneerlijke bedingen dient te prevaleren, is echter de vraag. De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *ČPP/Bilas* wijst wellicht in een andere richting. In deze zaak had een Tjechische verzekeringsmaatschappij, ČPP, bij een Tjechisch gerecht een vordering tot betaling van de verzekeringspremie ingesteld tegen Bilas, een in Slowakije woonachtige verzekeringnemer. Op grond van de EEX was dit Tjechische gerecht niet bevoegd om van de vordering kennis te nemen. Bilas verscheen echter toch en betwistte de vordering van ČPP ten gronde, zonder een exceptie van onbevoegdheid op te werpen. De vraag was nu of de Tjechische rechter bevoegdheid aan artikel 24 EEX-Vo kon ontleen. Volgens het Hof van Justitie was dit inderdaad het geval. Daarbij achtte het Hof het niet van belang dat dit gerecht was aangezocht in strijd met afdeling 3 van hoofdstuk II, waarin bijzondere bevoegdheidsregels ter zake van verzekeringen zijn neergelegd die beogen de zwakste partij te beschermen. Volgens het Hof kan de in die afdeling geregelde bevoegdheid een partij namelijk niet worden opgedrongen.⁵⁶

Hoewel sprake was van een consumentenovereenkomst, diende artikel 24 EEX-Vo volgens het Hof dus gewoon te worden toegepast. De Tjechische en Slowaakse regering hadden nog betoogd dat in een geschil als in deze zaak de verschijning van de verweerder pas als een aanwijzing van het bevoegde gerecht kan worden gekwalificeerd, wanneer deze, als de zwakste partij, in staat wordt gesteld om de gevolgen van zijn verweer ten gronde ten volle te kennen. Het aangezochte gerecht

52 Zie over de verhouding tussen de EEX en de richtlijn oneerlijke bedingen ook uitgebreid par. 10.6.2.2.

53 Rapport-Jenard, p. 81 (hoofdstuk IV, B, afd. 6, art. 18).

54 HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro/Móvil*), r.o. 33-37; zie over de verhouding tussen de EEX-regeling en de richtlijn oneerlijke bedingen ook par. 10.6.2.2.

55 Zo ook Kuypers 2008, p. 288-289.

56 HvJ EU 20 mei 2010, RvdW 2010, 802 (*ČPP/Bilas*), r.o. 29.

zou in het belang van de bescherming van de zwakste partij dan ook ambtshalve moeten nagaan of de wilsuiting van die partij wel degelijk bewust is en ertoe strekt hem als bevoegd gerecht aan te wijzen.⁵⁷ Het Hof van Justitie overwoog echter dat een dergelijke verplichting van het aangezochte gerecht slechts kan gelden wanneer in de EEX daartoe een uitdrukkelijke regel wordt ingevoerd. Wel staat het het aangezochte gerecht volgens het Hof, gelet op het doel van de uit de afdelingen 3-5 van hoofdstuk II EEX-Vo voortvloeiende bevoegdheidsregels dat erin bestaat de zwakst geachte partij een ruimere bescherming te bieden, altijd vrij zich ervan te gewissen of de in die omstandigheden voor hem opgeroepen verweerder zich ten volle bewust is van de gevolgen van zijn aanvaarding om te verschijnen.⁵⁸

In dit arrest werd artikel 24 EEX-Vo kortom gewoon van toepassing geacht in een consumentenovereenkomst. Het staat het aangezochte gerecht weliswaar vrij om zich ervan te gewissen of de verweerder zich bewust is van de gevolgen van zijn verschijning, verplicht is dit gerecht hiertoe niet. Toch kan uit deze uitspraak mijns inziens nog niet worden afgeleid dat artikel 24 EEX-Vo nooit buiten toepassing gelaten dient te worden op grond van de richtlijn oneerlijke bedingen. Uit de feiten van deze zaak valt immers niet af te leiden dat in dit geval überhaupt sprake was van een beding dat mogelijkwerwijs oneerlijk was. De verzekeringsmaatschappij was kennelijk 'zo maar' naar een onbevoegd gerecht gestapt, zonder zich daarbij op een forumkeuzebeding in de verzekeringsovereenkomst te baseren. Ambtshalve toetsing van een dergelijk beding was in deze zaak dus in het geheel niet aan de orde. Ook het Hof van Justitie lijkt niet van mening te zijn dat zich in deze zaak samenloop met de richtlijn oneerlijke bedingen voordeed, aangezien het Hof met geen woord over deze richtlijn rept.

Denkbaar is nog dat in deze zaak *wel* sprake was van een forumkeuzebeding in de verzekeringsovereenkomst tussen ČPP en Bilas, maar dat de Tjechische rechter hier alleen niet van op de hoogte was. Dan nog kan artikel 24 EEX-Vo mijns inziens gewoon toegepast worden. Het is namelijk onaannemelijk dat de richtlijn oneerlijke bedingen zover gaat dat hij van de nationale rechter zou vereisen ambtshalve een onderzoek in te stellen naar het mogelijkwerwijs bestaan van een oneerlijk beding, zonder dat hij hiertoe ook maar enige aanwijzing heeft. In het arrest Pannon oordeelde het Hof immers dat de rechter verplicht is te onderzoeken of een contractueel beding mogelijk oneerlijk is zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt.⁵⁹ In het arrest Pénzügyi Lízing overwoog het Hof dat de nationale rechter verplicht is om ambtshalve maatregelen van instructie te nemen teneinde te kunnen vaststellen of een in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument opgenomen exclusief territoriaal forumkeuzebeding dat het voorwerp vormt van het aan hem voorgelegde geding, binnen de werkings-sfeer van de richtlijn valt.⁶⁰ Dat de rechter maatregelen van instructie dient te nemen op het moment dat hij geconfronteerd wordt met een bepaald beding, betekent echter nog niet dat hij ook actief op zoek moet naar mogelijk oneerlijke bedingen.⁶¹

57 HvJ EU 20 mei 2010, RvdW 2010, 802 (ČPP/Bilas), r.o. 31.

58 HvJ EU 20 mei 2010, RvdW 2010, 802 (ČPP/Bilas), r.o. 32.

59 HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395, m.nt. M.R. Mok (Pannon/Sustikné Györfi), r.o. 32, 35.

60 HvJ EU 9 november 2010, NJ 2011, 41, m.nt. M.R. Mok (Pénzügyi Lízing/Schneider), r.o. 56.

61 Zie ook Jongeneel 2011, p. 36.

Aannemelijk is dan ook dat artikel 24 EEX-Vo ook in geval van consumentenzaken gewoon kan worden toegepast, zo lang er geen aanwijzingen zijn dat sprake is van een forumkeuzebeding dat wellicht oneerlijk is. Indien dergelijke aanwijzingen er wel zijn, wordt dit anders. In dat geval komt artikel 24 EEX-Vo wel in strijd met de richtlijn oneerlijke bedingen.

Artikel 24 EEX-Vo, artikel 9 sub a en artikel 110 lid 1 Rv zijn, indien sprake is van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst, dus in strijd met de richtlijn oneerlijke bedingen. De gevolgen hiervan zijn nog enigszins beperkt doordat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat een rechter niet gehouden is een oneerlijk beding buiten toepassing te laten indien de consument, na in kennis te zijn gesteld door die rechter, voornemens is het oneerlijke en niet-bindende karakter daarvan niet in te roepen.⁶² Dit betekent dat de rechter bijvoorbeeld tijdens de comparitie een verschenen consument die uit zichzelf geen beroep doet op onbevoegdheid zal moeten wijzen op de mogelijkheid de onredelijk bezwarendheid van het forumkeuzebeding in te roepen. Wanneer de consument dit vervolgens inderdaad doet, dienen artikel 24 EEX-Vo, artikel 9 sub a en artikel 110 lid 1 Rv op grond van richtlijnconforme interpretatie buiten toepassing gelaten te worden. Doet de consument zelfs dan nog geen beroep hierop, dan kan de rechter deze bepalingen echter gewoon toepassen en zich op basis hiervan bevoegd verklaren.⁶³

9.5 Conclusie

De rechter past procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regelend recht niet ambtshalve toe. Ook toetst hij in principe niet ambtshalve of een dergelijke overeenkomst geldig tot stand is gekomen (paragraaf 9.2).

In paragraaf 9.3 is gebleken dat in geval van procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde de vraag naar de ambtshalve toetsing ingewikkelder ligt. Een aantal uitgangspunten kan hierbij worden gehanteerd, waarbij van belang is of beide partijen verschenen zijn of niet. Indien beide partijen verschenen zijn, geldt dat diegene die belang heeft bij een beroep op de procesovereenkomst hierop zelf een beroep dient te doen. Vanuit het openbaar belang bezien bestaat er immers geen bezwaar tegen dat alsnog de oorspronkelijke regel, waarvan partijen in de overeenkomst zijn afgeweken, wordt toegepast. Indien inderdaad een beroep op de procesovereenkomst wordt gedaan, zal de rechter bovendien niet ambtshalve toetsen of deze overeenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen. De rechter zal ook niet nagaan of de overeenkomst wellicht vernietigbaar is. Wel zal de rechter in beginsel ambtshalve toetsen of de voorwaarden waaronder afgeweken kan worden van de regel van openbare orde in acht zijn genomen. Voor specifieke voorwaarden kan iets anders gelden.

Indien de verweerder niet is verschenen, zal de rechter in sommige gevallen ambtshalve beoordelen of er wellicht sprake is van een niet door de eiser gestelde overeenkomst die in het belang van de verweerder is. Of hij dit doet, hangt af van de vraag in hoeverre een dergelijke bescherming van de verweerder wenselijk wordt

⁶² HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395, m.nt. M.R. Mok (Pannon/Sustikné Györfi), r.o. 33, 35.

⁶³ Zie ook Loos & Wiersma 2002, p. 331-332.

gevonden. Daarnaast zal de rechter indien de verweerder is verschenen in principe ambtshalve beoordelen of een procesovereenkomst, waarop de eiser zich beroept, ook bestaat. Reden hiervoor is bescherming van de verweerder. De rechter zal bovendien ambtshalve toetsen of de voorwaarden, waaronder afgeweken kan worden van recht van openbare orde, in acht zijn genomen. Hij zal daarentegen niet ambtshalve nagaan of de overeenkomst wellicht vernietigbaar is, aangezien voor vernietiging in principe een rechtshandeling vereist is door de belanghebbende partij.

Zowel voor procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regeland recht, als die waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde, geldt een bijzondere regeling indien zij zijn opgenomen als beding in een consumentenovereenkomst. De rechter toetst dan, als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, ambtshalve of een dergelijk beding oneerlijk is. De rechter dient in een dergelijk geval artikel 9 sub a, artikel 110 lid 1 en artikel 1052 lid 2 Rv en artikel 24 EEX-Vo buiten toepassing te laten, tenzij de consument uitdrukkelijk heeft aangegeven geen beroep te willen doen op de oneerlijkheid van het beding (paragraaf 9.4).

DEEL 3

Inhoud van het procesovereenkomstenrecht

10 Regels die procesovereenkomsten beheersen; algemeen

10.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is aangenomen dat procesovereenkomsten worden beheerst door het procesrecht. Dat in de proceswetgeving geen uitgebreide regeling van de figuur van de overeenkomst is opgenomen, staat hieraan niet in de weg. Het overeenkomstenrecht zoals dit is ontwikkeld in het burgerlijk recht kan, gezien het beginsel van eenheid van recht, ook voor het burgerlijk procesrecht tot uitgangspunt worden genomen. Het zou vreemd zijn indien de overeenkomst in het burgerlijk procesrecht op geheel andere wijze werd geregeld dan in het burgerlijk recht. Afwijking van de regeling zoals gegeven in het burgerlijk recht dient dan ook te worden gelegitimeerd.

In dit derde deel van het proefschrift zal worden onderzocht wat toepassing van deze algemene uitgangspunten in concrete situaties meebrengt. Getracht wordt de inhoud van het 'procesovereenkomstenrecht' vast te stellen: welke concrete regels gelden er voor procesovereenkomsten? In welke gevallen kan het overeenkomstenrecht zoals dit is ontwikkeld in het burgerlijk recht inderdaad op de procesovereenkomst worden toegepast, en in welke gevallen is afwijking op grond van procesrechtelijke redenen gelegitimeerd? In dit hoofdstuk wordt daarbij gekeken naar de regels die voor procesovereenkomsten in het algemeen gelden. In hoofdstuk 11 wordt specifiek ingegaan op de regels die de verbintenis uit procesovereenkomst beheersen.

Bij dit onderzoek wordt tot uitgangspunt genomen dat sprake is van analoge toepassing van *Nederlands* burgerlijk recht. In hoofdstuk 2 is gebleken dat dit in geval van procesovereenkomsten met een internationaal karakter niet vanzelfsprekend is, omdat in een dergelijk geval ook buitenlands recht voor toepassing in aanmerking komt. Het voert echter te ver onderzoek te doen naar de gevolgen van toepassing van (alle denkbare stelsels van) buitenlands recht.

In hoofdstuk 2 is ook gebleken dat de EEX-verordening slechts beperkte ruimte laat voor de toepassing van nationaal burgerlijk recht op de overeenkomsten tot forumkeuze die door deze verordening worden beheerst. Op deze overeenkomsten zal hierna apart worden ingegaan. Onderzocht wordt welke regels van overeenkomstenrecht de EEX zelf inhoudt, en in hoeverre daarnaast ruimte bestaat voor toepassing van nationaal recht.

10.2 Totstandkoming

10.2.1 Algemeen

In beginsel kunnen de gewone regels van burgerlijk recht analoog worden toegepast op de totstandkoming van procesovereenkomsten. Een procesovereenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan (artikel 6:217 BW). Of sprake is van een geldig aanbod en een geldige aanvaarding, dient aan de hand van de wilsvertrouwensleer neergelegd in artikel 3:33 en 3:35 BW te worden bepaald.¹ Procesovereenkomsten zijn in beginsel vormvrij (artikel 3:37 lid 1 BW).

Van deze regels van burgerlijk recht is in een aantal gevallen afgeweken. Deze uitzonderingen worden hierna behandeld.

10.2.2 Stilzwijgende totstandkoming van procesovereenkomsten

Een uitzondering op de regel dat de totstandkoming van procesovereenkomsten wordt beheerst door de wilsvertrouwensleer vormen de wettelijke regelingen die stilzwijgende afwijking van het burgerlijk procesrecht mogelijk maken. In artikel 1052 lid 2 Rv is bijvoorbeeld bepaald dat een in het arbitraal geding verschenen partij voor alle weren een beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst dient te doen, op straffe van verval van recht. Door deze bepaling kunnen partijen invloed uitoefenen op de bevoegdheid van een scheidsgerecht door te verschijnen en geen beroep te doen op onbevoegdheid.² In paragraaf 3.4 is gebleken dat in een dergelijk geval wel degelijk wordt aangenomen dat arbitrage op een overeenkomst van partijen berust.³ Daarbij geldt echter dat de normale regels voor de totstandkoming van overeenkomsten niet kunnen worden toegepast. Zo komt ook een overeenkomst tot stand indien het voor de eiser duidelijk is dat de verweerder geen arbitrage wenst maar zich per vergissing niet op het ontbreken van de bevoegdheid van het scheidsgerecht beroept. Op grond van artikel 3:33 en 3:35 BW zou in een dergelijk geval geen geldige overeenkomst kunnen worden aangenomen. De

1 Zie m.b.t. de arbitrage Snijders 1995, p. 9; Snijders 2011c, p. 71, art. 1020 Rv, aant. 1; HR 2 december 2011, *NJ* 2011, 574 (Linthorst/Echoput c.s.); Rb. Utrecht 13 oktober 2010, *NJF* 2010, 461; Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, *NJF* 2010, 430, r.o. 8, 10; Rb. Haarlem 19 maart 2008, *S & S* 2010, 17; Hof Amsterdam 15 februari 2011, *NJF* 2011, 157, LJN BP5405, r.o. 3.4; anders Meijer 2011, p. 407-412. Zie m.b.t. de forumkeuze onder het commune bevoegdheidsrecht Rb. Rotterdam 11 augustus 2010, *NJF* 2010, 437, r.o. 4.8; Rb. Rotterdam 21 maart 2002, *NJK* 2002, 27, *S & S* 2003, 35, r.o. 6.7. Zie m.b.t. de bewijsovereenkomst Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 227, nr. 201. Zie m.b.t. de overeenkomst tot mediation Schonewille 2010, p. 43. Zie m.b.t. het royement Van Maanen 2010 (*T&C Rv*), art. 246, aant. 2; Hof Amsterdam 30 maart 1995, *NJ* 1997, 707, r.o. 3.1; Hof Amsterdam 1 mei 1986, r.o. 3.3, opgenomen bij HR 13 mei 1988, *NJ* 1988, 775 (Van Weelden/Amsterdamse Crediet- en Handelsbank).

2 Overigens is de reikwijdte van deze bepaling in geval van een consumentenovereenkomst beperkt als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zie hierover par. 9.4.

3 Zie *Kamerstukken I* 1985/86, 18 464, nr. 191b, p. 3.

wilsvertrouwensleer wordt in dit geval dus vervangen door procesrechtelijke normen.⁴

Hoe kan deze afwijking van het burgerlijk recht gelegitimeerd worden? Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat artikel 1052 lid 2 Rv is opgenomen met het oog op een behoorlijke procesgang en de proceseconomie. Het ligt volgens de parlementaire geschiedenis voor de hand dat een beroep op onbevoegdheid wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst voor alle weren wordt gedaan, omdat alle andere weren aan die onbevoegdheid ondergeschikt zijn en niet behandeld worden als van onbevoegdheid sprake is.⁵

Wat geldt voor de arbitrage op grond van artikel 1052 lid 2 Rv, gaat ook op voor de stilzwijgende forumkeuze op grond van artikel 9 sub a Rv (internationale rechtsmacht) en op grond van artikel 110 lid 1 Rv (relatieve bevoegdheid). Ook op grond van deze bepalingen komt een overeenkomst tot stand doordat de verweerder de bevoegdheid van het gerecht waarvoor hij is opgeroepen niet betwist.⁶ Ook hier geldt dus dat aan de hand van procesrechtelijke normen bepaald wordt wanneer een overeenkomst tot stand is gekomen.

10.2.3 Bewijs- en vormvoorschriften

Hiervoor is opgemerkt dat procesovereenkomsten in principe vormvrij tot stand komen. Op dit beginsel is in een aantal gevallen een uitzondering gemaakt. Zo is op grond van artikel II Verdrag van New York voor de overeenkomst tot arbitrage een geschrift vereist.⁷ Artikel 1021 Rv kent een bewijsvoorschrift: bepaald is dat de overeenkomst tot arbitrage wordt bewezen door een geschrift. Daarvoor is voldoende een geschrift dat in arbitrage voorziet of dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard. Eenzelfde bepaling is in artikel 8 lid 5 Rv opgenomen met betrekking tot de internationale forumkeuze en in artikel 108 lid 3 Rv met betrekking tot de interne forumkeuze.

4 Snijders daarentegen meent dat er hier geen sprake is van een verschil tussen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht, maar van een feitelijke divergentie tussen wat in en buiten het proces vastgesteld kan worden. Meer in zijn algemeenheid heeft te gelden dat het rechterlijk resultaat kan afwijken van wat feitelijk gezien recht had behoren te zijn. In het proces heeft te gelden dat een geldige arbitrageovereenkomst tussen partijen tot stand is gekomen, terwijl dit feitelijk wellicht niet het geval is. Zie Snijders 1992a, p. 43-44. Naar mijn mening is dit niet wat hier aan de hand is. In de parlementaire geschiedenis wordt immers opgemerkt dat *door* de wisseling van processtukken een overeenkomst tot stand geacht kan worden te zijn gekomen. Het gaat er dus niet om dat door de stellingen van partijen in deze processtukken als processuele waarheid heeft te gelden dat er sprake is van een overeenkomst, deze overeenkomst wordt geacht pas te *ontstaan* door de wisseling van processtukken.

5 *Kamerstukken I* 1985/86, 18 464, nr. 191b, p. 2.

6 Ook hier geldt dat de reikwijdte van deze bepalingen in geval van een consumentenovereenkomst beperkt is als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zie par. 9.4.

7 Zie over dit vormvereiste de door UNCITRAL opgestelde 'Recommendation regarding the interpretation of article II (2) and article VII (1) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)' uit 2006, waarin wordt aangegeven dat de opsomming in art. II lid 2 Verdrag van New York als niet-limitatief moet worden uitgelegd. Zie ook Meijer 2011, p. 541 e.v.

In de parlementaire geschiedenis bij invoering van de arbitragewetgeving wordt opgemerkt dat dit bewijsvoorschrift gerechtvaardigd wordt door de belangrijke gevolgen van de overeenkomst tot arbitrage: de overeenkomst leidt immers tot onbevoegdheid van de overheidsrechter.⁸ Er wordt hiermee afstand gedaan van het door artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter.⁹ Meijer noemt als andere doelstellingen van dit bewijsvoorschrift het bevorderen van de waarheidsvinding, het bevorderen van de rechtszekerheid, het bevorderen van de procesefficiency en het beschermen van partijen, en met name de zwakke partij, tegen overijling.¹⁰ Er zijn dus legitieme redenen voor deze afwijking van de regeling zoals gegeven in het burgerlijk recht.

Bij de invoering van het nieuwe BW is een aantal vormvoorschriften komen te vervallen. Zo gold vroeger voor de prorogatie en de sprongcassatie de eis van een akte, maar dit vormvoorschrift is afgeschaft aangezien anders dan bij de dading, ook in het kader van de vaststellingsovereenkomst niet langer de eis van geschrift werd gesteld. Bovendien wilde de wetgever sprongcassatie makkelijker maken, omdat hier met het oog op de rechtsvragen die zouden kunnen rijzen na invoering van het nieuwe BW meer behoefte aan zou bestaan.¹¹

10.2.4 Forumkeuze beheerst door de EEX-verordening

De EEX-verordening vereist voor de totstandkoming van een overeenkomst tot forumkeuze dat sprake is van wilsovereenstemming.¹² De vraag of wilsovereenstemming is bereikt, zal in principe beantwoord moeten worden aan de hand van het recht van de lidstaat van het gerecht dat partijen hebben aangewezen. Wel geldt op dit uitgangspunt een aantal uitzonderingen, waardoor de ruimte voor nationaal recht in de praktijk vrij beperkt is. Zo moet op grond van de EEX wilsovereenstemming in sommige gevallen aanwezig worden geacht waar dit naar Nederlands recht wellicht niet het geval zou zijn.¹³

Bovendien is ook onder de EEX-verordening stilzwijgende forumkeuze mogelijk. In artikel 24 EEX-Vo is bepaald dat een gerecht van een lidstaat waarvoor de verweerder verschijnt zonder dat hij de bevoegdheid betwist, bevoegd is. De betwisting dient bij het eerste verweer plaats te vinden, anders verliest de verweerder het recht hiertoe.¹⁴ Volgens het Hof van Justitie is het aangezochte gerecht niet verplicht om ambtshalve na te gaan of de wilsuiting wel bewust is en ertoe strekt het als bevoegd gerecht aan te wijzen.¹⁵ De rechter is op grond van deze bepaling kortom

⁸ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 6.

⁹ Zie ook Meijer 2011, p. 400-401.

¹⁰ Meijer 2011, p. 401-402.

¹¹ Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 62 (prorogatie); Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 64 (sprongcassatie).

¹² Zie bijv. HvJ EG 14 december 1976, *NJ* 1977, 446, m.nt. JCS (Salotti/RuWa); HvJ EG 24 juni 1981, *NJ* 1981, 546, m.nt. JCS (Elefanten Schuh/Jacqmain), r.o. 24-25.

¹³ Zie hierover Kuypers 2008, p. 405-406. Zie bijv. HvJ EG 10 maart 1992, *NJ* 1996, 279 (Duffryn/Petereit).

¹⁴ De reikwijdte van deze bepaling is in geval van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst beperkt als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zie hierover par. 9.4.

¹⁵ HvJ EU 20 mei 2010, *RvdW* 2010, 802 (ČPP/Bilas), r.o. 31-32.

zelfs bevoegd indien de verweerder zich per vergissing niet op de onbevoegdheid beroept en dit voor de eiser duidelijk is. Op grond van artikel 3:33 en 3:35 BW zou in een dergelijk geval geen geldige overeenkomst kunnen worden aangenomen. Toch wordt wilsovereenstemming wel ook als grondslag van deze stilzwijgende forumkeuze gezien, zo is in paragraaf 3.4 gebleken.¹⁶ Het rapport-Jenard geeft als reden voor artikel 24 EEX-Vo dat hierdoor rechtsonzekerheid wordt vermeden.¹⁷ Afwijking van de algemene uitgangspunten van burgerlijk recht wordt dus gelegitimeerd met een beroep op de rechtszekerheid.

De overeenkomst tot forumkeuze is ten slotte niet vormvrij. Artikel 23 EEX-Vo kent (ingewikkelde) vormvoorschriften. De reden voor deze vormvoorschriften is het waarborgen dat er daadwerkelijk sprake is van wilsovereenstemming tussen partijen.¹⁸ Omdat een overeenkomst tot forumkeuze vergaande gevolgen kan hebben, moet worden voorkomen dat een partij een forumkeuzebeding aanvaardt zonder hiervan op de hoogte te zijn, bijvoorbeeld doordat een dergelijk beding is weggelaten in algemene voorwaarden. Dit geldt met name voor de zwakke partij bij de onderhandelingen.¹⁹ Daarnaast bevordert het vormvoorschrift de rechtszekerheid. Partijen en de rechter kunnen makkelijker beoordelen of een forumkeuze overeengekomen is, zodat efficiënter geprocedeerd kan worden.²⁰ In principe geldt wel dat, naast de toets of aan de vormvoorschriften is voldaan, ook gekeken moet worden of daadwerkelijk sprake is van wilsovereenstemming.²¹ In de praktijk gaat de vraag of sprake is van wilsovereenstemming echter regelmatig geheel op in de vraag of aan de vormvoorschriften is voldaan.²²

16 Zie HvJ EG 7 maart 1985, *NJ* 1986, 336 (Spitzley/Sommer), r.o. 15; HvJ EU 20 mei 2010, *RvdW* 2010, 802 (ČPP/Bilas), r.o. 21.

17 Rapport-Jenard, p. 81 (hoofdstuk IV, B, afd. 6, art. 18).

18 Zie bijv. HvJ EG 14 december 1976, *NJ* 1977, 446, m.nt. JCS (Salotti/RuWa); HvJ EG 24 juni 1981, *NJ* 1981, 546, m.nt. JCS (Elefanten Schuh/Jacqmain), r.o. 24-25; HvJ EG 14 juli 1983, *NJ* 1984, 716, m.nt. JCS (Gerling/Tesoro), r.o. 13; HvJ EG 11 november 1986, *NJ* 1987, 479 (IVECO Fiat/Van Hool), r.o. 5; HvJ EG 9 november 2000, *NJ* 2001, 599, m.nt. PV (Coreck/Handelsveem), r.o. 13. Zie ook Kuypers 2008, p. 470-476; Pontier & Burg 2004, p. 143.

19 Rapport-Jenard, p. 79 (hoofdstuk IV, B, afd. 6, art. 18); HvJ EG 24 juni 1981, *NJ* 1981, 546, m.nt. JCS (Elefanten Schuh/Jacqmain), r.o. 24-25; HvJ EG 19 juni 1984, *NJ* 1984, 735, m.nt. JCS (Tilly Russ/Nova), r.o. 24; HvJ EG 20 februari 1997, *NJ* 1998, 565, m.nt. PV (Mainschiffahrts/Les Gravières Rhénanes), r.o. 17; HvJ EG 16 maart 1999, *NJ* 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 19. Zie ook Kuypers 2008, p. 476-478; Pontier & Burg 2004, p. 139.

20 Rapport-Jenard, p. 79 (hoofdstuk IV, B, afd. 6, art. 17); HvJ EG 24 juni 1981, *NJ* 1981, 546, m.nt. JCS (Elefanten Schuh/Jacqmain), r.o. 25; HvJ EG 16 maart 1999, *NJ* 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 34, 48; HvJ EG 3 juli 1997, *NJ* 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 27-29. Zie ook Kuypers 2008, p. 469-470; Pontier & Burg 2004, p. 108, 143. Zie ook uitgebreid over het doel van de vormvoorschriften Kuypers 2008, p. 469 e.v.

21 Het Hof van Justitie ziet de vormvereisten enkel als waarborg dat wilsovereenstemming daadwerkelijk vaststaat. Zie bijv. HvJ EG 14 december 1976, *NJ* 1977, 446, m.nt. JCS (Salotti/RuWa); HvJ EG 24 juni 1981, *NJ* 1981, 546, m.nt. JCS (Elefanten Schuh/Jacqmain), r.o. 24-25; HvJ EG 14 juli 1983, *NJ* 1984, 716, m.nt. JCS (Gerling/Tesoro), r.o. 13; HvJ EG 11 november 1986, *NJ* 1987, 479 (IVECO Fiat/Van Hool), r.o. 5; HvJ EG 9 november 2000, *NJ* 2001, 599, m.nt. PV (Coreck/Handelsveem), r.o. 13. Zie ook Kuypers 2008, p. 402, 491; Pontier & Burg 2004, p. 143.

22 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 19 april 2011, *NJF* 2011, 222, r.o. 4-13; Rb. Arnhem 28 juli 2010, *NJF* 2010, 357, r.o. 4.5 e.v.; Rb. Middelburg 12 augustus 2009, *NJF* 2010, 89; Rb. Middelburg 21 januari 2009, *NJF* 2009, 341.

10.2.5 Tussenconclusie

Op de totstandkoming van procesovereenkomsten kunnen de normale regels van burgerlijk recht in principe analoog worden toegepast. Op dit beginsel wordt een aantal uitzonderingen gemaakt, waarvoor duidelijke redenen vallen aan te wijzen. Deze uitzonderingen worden dan ook gelegitimeerd door de procesrechtelijke context.

10.3 Wilsgebreken

Artikel 3:44 en 6:228 BW kunnen analoog worden toegepast op procesovereenkomsten. Voor de bewijsovereenkomst blijkt dit expliciet uit artikel 153 Rv, waarin is bepaald dat de bewijsovereenkomst buiten toepassing blijft op de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijft.²³ Dat de regeling van de wilsgebreken kan worden toegepast op de overeenkomst tot arbitrage kan worden afgeleid uit het feit dat een 'geldige' overeenkomst tot arbitrage wordt vereist (zie bijvoorbeeld artikel 1022 lid 1, artikel 1052 lid 2, artikel 1065 lid 1 sub a, artikel 1074 lid 1, artikel 1076 lid 1 sub Aa Rv). Zie ook het Verdrag van New York, waarin is bepaald dat de overheidsrechter zich niet onbevoegd hoeft te verklaren indien de overeenkomst 'null and void' is (artikel II lid 3), en weigering van tenuitvoerlegging mogelijk is indien de overeenkomst 'invalid' is (artikel V lid 1 sub a).²⁴ Ook een overeenkomst tot forumkeuze kan vernietigbaar zijn op grond van een wilsgebrek.²⁵ In de praktijk doet vernietiging van procesovereenkomsten op grond van wilsgebreken zich overigens weinig voor.²⁶

Indien een procesovereenkomst tot doel heeft onzekerheid of geschil te voorkomen of te beperken, lijkt de ruimte voor een beroep op dwaling beperkt wegens de 'aard van de overeenkomst' (zie artikel 6:228 lid 2 BW). Er valt hier een parallel te trekken met de vaststellingsovereenkomst, waarbij heeft te gelden dat vernietiging wegens dwaling ten aanzien van de vraag waaromtrent partijen juist in onzekerheid verkeerden, niet mogelijk is.²⁷ Ook een overeenkomst tot forumkeuze kan er mede toe strekken onzekerheid te voorkomen, namelijk over de vraag welke rechter in een eventueel geding bevoegd is.²⁸ Ook een overeenkomst tot forumkeuze kan daarom niet vernietigd worden omdat een partij, op het moment dat zich een geschil voordoet, ontdekt dat zonder de forumkeuze een voor haar gunstiger forum bevoegd zou zijn geweest. Hetzelfde heeft bijvoorbeeld te gelden voor de bewijsovereenkomst. Doel van een bewijsovereenkomst kan zijn de rechtsverhouding van partijen meer voorspelbaar te maken, doordat partijen zich van tevoren binden aan bepaalde

²³ Zie over wilsgebreken en de bewijsovereenkomst Van der Wiel 2002a, p. 226.

²⁴ Zie ook Meijer 2011, p. 536-537, p. 979.

²⁵ Kuypers 2008, p. 396 e.v. Strikwerda 2008, p. 224, nr. 219; Kokkini-Iatridou & Boele-Woelki 1993, p. 354 e.v. (forumkeuze onder het commune bevoegdheidsrecht); zie verder m.b.t. de overeenkomst tot mediation Schonewille 2010, p. 43.

²⁶ Zie ook Meijer 2011, p. 536 (arbitrage); Kuypers 2008, p. 439 (forumkeuze).

²⁷ HR 15 november 1985, NJ 1986, 228, m.nt. G. (Ebele Dillema II), r.o. 3.3.

²⁸ Zie bijv. Burgerlijke rechtsvordering, P. Vlas, art. 23 EEX-Vo, aant. 1; Born 2010, p. 3-4; Bell 2003, p. 276, 333.

bewijsregels.²⁹ Indien partijen overeengekomen zijn dat enkel schriftelijk bewijs is toegelaten, zal een partij de overeenkomst dan ook niet kunnen vernietigen omdat zij tot de ontdekking komt dat zij hierdoor een belangrijke getuige niet kan horen.³⁰

Ook met betrekking tot de forumkeuze onder de EEX-verordening geldt dat de overeenkomst ongeldig kan zijn op grond van een wilsgebrek.³¹ De vraag of sprake is van een wilsgebrek moet beantwoord worden aan de hand van het recht van de lidstaat waar het gerecht zich bevindt dat partijen hebben aangewezen.

10.4 Uitleg

Op de uitleg van procesovereenkomsten kan het burgerlijk recht analoog worden toegepast. Uitleg dient in principe te geschieden aan de hand van het Haviltex-criterium.

Dat het burgerlijk recht analoog kan worden toegepast op de uitleg van procesovereenkomsten, blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de Hoge Raad over een overeenkomst tot afstand van beroep. Partijen hadden bij overeenkomst hoger beroep uitgesloten, maar verschilden van mening over de vraag of dit meebracht dat ook geen cassatie openstond. De Hoge Raad overwoog in dit kader expliciet dat uitleg van de overeenkomst dient plaats te vinden aan de hand van de Haviltex-maatstaf.³²

In de praktijk blijkt niet altijd of rechters inderdaad het Haviltex-criterium toepassen. Rechters kijken in sommige gevallen bijvoorbeeld met name naar de bewoordingen van de overeenkomst.³³ Aangezien procesovereenkomsten vaak neergelegd zijn in algemene voorwaarden, heeft de rechter ook niet altijd veel andere mogelijkheden.³⁴ Soms passen rechters echter wel expliciet het Haviltex-criterium toe.³⁵

Aan de hand van welke regels de uitleg van een overeenkomst tot forumkeuze die wordt beheerst door de EEX-verordening moet geschieden, is onduidelijk. Aan de ene kant is uitleg van een bevoegdheidsbeding volgens het Hof van Justitie een aangelegenheid van het nationale gerecht waarvoor het wordt ingeroepen,³⁶ hetgeen erop duidt dat teruggegrepen moet worden op nationaal recht. Aan de andere kant heeft het Hof van Justitie in enkele arresten ook eigen uitlegregels gegeven. Het is overigens

29 Van der Wiel 2002a, p. 222, 227; Castermans 1986, p. 117; Swane 1942, p. 342.

30 Aldus ook Van der Wiel 2002a, p. 226.

31 Zie bijv. Kuypers 2008, p. 437-439; Gaudemet-Tallon 2010, p. 140-141, nr. 152; noot Vlas bij HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), nr. 3; noot Schultsz bij HvJ EG 14 december 1976, NJ 1977, 446, m.nt. JCS (Salotti/RuWa), nr. 1.

32 HR 4 juni 2010, NJ 2010, 312 (Euroland c.s./Gilde c.s.), r.o. 3.5; zie verder, m.b.t. de arbitrage Meijer 2011, p. 96 e.v.; Snijders 1995, p. 7, 26.

33 Zie m.b.t. de prorogatie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 1984, NJ 1984, 744, r.o. 7. Zie m.b.t. de forumkeuze bijv. Rb. Rotterdam 11 augustus 2010, NJF 2010, 437, r.o. 4.6; zie ook De Boer 1996, p. 84.

34 Vgl. HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493, m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox), r.o. 4.4; HR 23 december 2005, NJ 2010, 62, m.nt. M.H. Wissink (De Rooij c.s./Van Olphen), r.o. 3.6.

35 Zie m.b.t. de arbitrage bijv. Rb. Utrecht 13 oktober 2010, NJF 2010, 461, m.n. r.o. 3.5; Hof Amsterdam 5 maart 1998, TvA 1998, p. 172-174, m.nt. W.D.H. Asser, p. 172.

36 HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 31; zie ook HvJ EG 9 november 1978, NJ 1979, 538, m.nt. JCS (Meeth/Glacetel), r.o. 8.

de vraag hoe deze regels zich tot elkaar verhouden. Zo diende het Hof van Justitie zich in het arrest *Anterist/Crédit Lyonnais* uit te laten over de vroeger in artikel 17 EEX-Verdrag opgenomen regel, dat indien de forumkeuze in het voordeel van slechts één van de partijen was gemaakt, deze het recht behield zich te wenden tot een ander bevoegd gerecht. Het Hof van Justitie overwoog:

'Van de gemeenschappelijke wil om een der pp. te bevoordelen, moet dus duidelijk blijken hetzij uit de letter van het beding, hetzij uit het geheel van de aan de overeenkomst te ontlelen aanwijzingen dan wel uit de omstandigheden waaronder de overeenkomst is gesloten.'³⁷

Voor de uitleg van het beding moet blijken uit dit arrest dus niet enkel gekeken worden naar de bewoordingen hiervan, maar ook naar het geheel van de overeenkomst en de omstandigheden waaronder deze overeenkomst is gesloten.

Daarnaast heeft het Hof regelmatig geoordeeld dat de wilsovereenstemming tussen partijen duidelijk en nauwkeurig tot uiting moet komen.³⁸ In het arrest *Coreck/Handelsveem* was de vraag aan de orde, of dit betekende dat reeds op grond van de bewoordingen van een forumkeuzebeding moet kunnen worden bepaald welk gerecht bevoegd is. Deze vraag rees naar aanleiding van een forumkeuzebeding in een *cognossement* waarin de rechter van het land 'where the carrier has his principal place of business' bevoegd was verklaard. Volgens het Hof van Justitie is niet vereist dat een forumkeuzebeding zodanig is geformuleerd dat louter op grond van de bewoordingen ervan reeds kan worden bepaald welk gerecht bevoegd is. Het is voldoende, dat het beding de objectieve elementen bevat op basis waarvan partijen overeenstemming hebben bereikt over de keuze van het gerecht of de gerechten waaraan zij de ontstane of de toekomstige geschillen willen voorleggen. Die elementen, die voldoende nauwkeurig moeten zijn om de geadieerde rechter in staat te stellen te bepalen of hij bevoegd is, kunnen eventueel worden geconcretiseerd door de omstandigheden van het geval.³⁹

Hoewel dus niet enkel aan de hand van de bewoordingen behoeft te kunnen worden vastgesteld of een bepaalde rechter bevoegd is, dient het beding wel de objectieve elementen te bevatten op basis waarvan partijen overeenstemming hebben bereikt. Hierdoor zal bij de uitleg van een beding waarschijnlijk toch een belangrijke rol toekomen aan de bewoordingen ervan. Indien aan de hand van de bewoordingen de objectieve elementen op basis waarvan partijen overeenstemming hebben bereikt niet vastgesteld kunnen worden, is het beding immers ongeldig.

37 HvJ EG 24 juni 1986, NJ 1987, 656, m.nt. JCS (*Anterist/Crédit Lyonnais*), r.o. 14.

38 Zie bijv. HvJ EG 14 december 1976, NJ 1977, 446, m.nt. JCS (*Salotti/RuWa*); HvJ EG 14 december 1976, NJ 1977, 447, m.nt. JCS (*Segoura/Bonakdarian*); HvJ EG 11 november 1986, NJ 1987, 479 (*IVECO Fiat/Van Hool*), r.o. 5.

39 HvJ EG 9 november 2000, NJ 2001, 599, m.nt. PV (*Coreck/Handelsveem*), r.o. 15. Zie in dit verband ook HR 2 december 2011, NJ 2012, 128, m.nt. M.V. Polak (*Roucar/Guillouet q.q. c.s.*), r.o. 5.2.2, waarin de vraag aan de orde was welke partijen aan een forumkeuzebeding gebonden zijn.

10.5 Strijd met de redelijkheid en billijkheid/misbruik van recht⁴⁰

10.5.1 Procesovereenkomsten beheerst door Nederlands procesrecht

Artikel 6:248 lid 2 BW kan analoog worden toegepast op procesovereenkomsten. Een procesovereenkomst dient buiten toepassing gelaten te worden, indien toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Indien het gaat om afspraken die op grond van artikel 191 lid 2 Rv gemaakt zijn ter gelegenheid van een comparitie na voorlopig getuigenverhoor, kan hier wellicht twijfel over bestaan. Volgens artikel 191 lid 2 Rv kan namelijk geen beroep op dergelijke afspraken worden gedaan, voor zover zij in strijd komen met een dwingende wetbepaling, met fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging of voor zover een beroep daarop in verband met onvoorziene omstandigheden redelijkerwijs niet kan worden gedaan. Strijd met de redelijkheid en billijkheid wordt hier dus niet genoemd. Toch meen ik dat hieruit niet a contrario kan worden afgeleid dat deze procesovereenkomsten *niet* buiten toepassing gelaten kunnen worden indien toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Er is geen reden waarom op dit punt afgeweken zou moeten worden van het burgerlijk recht. Bovendien bepaalt artikel 191 lid 2 Rv wel dat de overeenkomst buiten toepassing kan blijven wegens onvoorziene omstandigheden, hetgeen een specifieke uitwerking is van het algemene leerstuk van strijd met de redelijkheid en billijkheid. Ook op deze overeenkomsten kan artikel 6:248 lid 2 BW dus analoog worden toegepast.

Bepaalde procesovereenkomsten beogen onzekerheid of geschil over procedurele kwesties te voorkomen. Zo kan doel van een bewijsovereenkomst zijn de rechtsverhouding van partijen meer voorspelbaar te maken, doordat zij zich van tevoren binden aan bepaalde bewijsregels.⁴¹ Geschillenbeslechting Clausules hebben vaak tot doel duidelijkheid te verschaffen over de bevoegde instantie, zodat snel tot een inhoudelijke behandeling van de zaak kan worden overgegaan.⁴² Het is de vraag of artikel 6:248 lid 2 BW ook met betrekking tot deze overeenkomsten een rol kan spelen. Indien er te veel mogelijkheden bestaan om dergelijke overeenkomsten aan de kant te zetten, wordt aan de zekerheid die partijen juist beogen te verkrijgen afbreuk gedaan.⁴³ Zo merkt Kuypers over de forumkeuze op dat een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid vaak wordt gedaan in procedures waarin de verweerder een slechte processuele positie had. Verweerders trachten in sommige gevallen door een dergelijk beroep volgens hem tijd te winnen.⁴⁴

40 Ik ga er hierbij van uit dat er geen inhoudelijk verschil bestaat tussen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en misbruik van recht. Zie, met verwijzing naar andere literatuur, Van der Wiel 2004, p. 189-192.

41 Van der Wiel 2002a, p. 222, 227; Castermans 1986, p. 117; Swane 1942, p. 342.

42 Zie bijv. Burgerlijke rechtsvordering, P. Vlas, art. 23 EEX-Vo, aant. 1; Born 2010, p. 3-4; Bell 2003, p. 276, 333.

43 Bell 2003, p. 281.

44 Kuypers 2008, p. 964.

Analoge toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW biedt een partij de mogelijkheid de procedure te trainen en leidt tot meer onzekerheid. Toch wordt over het algemeen een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ook met betrekking tot overeenkomsten die onzekerheid of geschil beogen te voorkomen mogelijk geacht. Voor de bewijsovereenkomst volgt de toepasselijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW uitdrukkelijk uit artikel 153 Rv, waarin is bepaald dat de overeenkomst buiten toepassing blijft op de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijft. Met deze bepaling heeft de wetgever zelfs met name het oog gehad op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Oorspronkelijk werd in het artikel enkel bepaald dat de bewijsovereenkomst buiten toepassing bleef (...) 'wanneer het in strijd zou zijn met de goede trouw zich op de overeenkomst te beroepen'.⁴⁵ Daarbij dacht de wetgever met name aan de bewijsovereenkomst met uitsluiting van tegenbewijs.⁴⁶ Ook de overige bewijsovereenkomsten kunnen echter buiten toepassing blijven op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Wel zal een beroep in dat geval minder snel slagen, aangezien blijkens de parlementaire geschiedenis de aard van de bewijsovereenkomst een rol speelt bij de vraag of het in strijd is met de redelijkheid en billijkheid om zich op de overeenkomst te beroepen.⁴⁷ De wetgever stond echter niet enkel een zeer terughoudend gebruik voor ogen. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt:

'Dit betekent niet dat alle bewijsovereenkomsten op losse schroeven worden gezet, maar betekent evenmin dat deze bepaling slechts in uitzonderingsgevallen zal worden toegepast.'⁴⁸

Dit lijkt mij wel erg ver gaan. Op grond van artikel 6:248 lid 2 BW is immers vereist dat toepassing 'onaanvaardbaar' is. Daarbij komt dat de bewijsovereenkomst mede tot doel heeft zekerheid te scheppen, zodat het gebruik van artikel 6:248 lid 2 BW naar mijn mening wel degelijk uitzondering dient te blijven.

In de literatuur en jurisprudentie wordt aangenomen dat ook de overeenkomst tot arbitrage onder omstandigheden buiten toepassing kan blijven op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Wel zal het daarbij moeten gaan om uitzonderingsgevallen.⁴⁹ Meijer onderscheidt als categorieën waarin een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW denkbaar zou zijn het geval dat een partij als gevolg

45 Bij invoering van het nieuwe BW heeft de bepaling haar huidige vorm gekregen. Zie Wet van 2 april 1991, *Stb.* 1991, 199 (Invoering Nieuw BW, Bezemwet); Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 58.

46 Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 110-111.

47 Zie Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 111.

48 Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 111.

49 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie, Meijer 2011, p. 844 e.v.; Sijnders 2011c, p. 124-125, art. 1022 Rv, aant. 1. Zie bijv. Rb. Rotterdam 22 september 2010, *NJF* 2010, 508, *TvA* 2011, 50, p. 119; Rb. Haarlem 11 mei 1993, *NJ* 1995, 71, r.o. 5.1; Ktr. Zierikzee 19 februari 1988, *PrG.* 1988, 2870; conclusie A-G Hartkamp voor HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 123, m.nt. HJS (Van der Kloof/CSU), nr. 8-9. Voorbeelden van uitspraken waarin het beroep werd afgewezen zijn HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 219, m.nt. HJS (Jacob Meijer/OTM), r.o. 3.5; Hof Amsterdam 15 februari 2011, *NJF* 2011, 157, *LJN* BP5405, r.o. 3.8-3.9; Hof 's-Gravenhage 23 februari 2010, *NJ* 2010, 380; Rb. Rotterdam 29 juli 2009, *TvA* 2010, p. 25-26; Hof Amsterdam 5 maart 1998, *TvA* 1998, p. 172-174, m.nt. W.D.H. Asser, p. 174. In HR 13 januari 2012, *LJN* BU3436 was door het hof een beroep op buitentoepassinglating van een arbitraal beding wegens onvoorziene omstandigheden afgewezen. Het hiertegen gerichte cassatieberoep werd met toepassing van art. 81 RO verworpen.

van het arbitraal beding feitelijk in het geheel geen toegang heeft tot een gerecht, bijvoorbeeld doordat zij het voorschot aan het arbitrage-instituut niet kan betalen, het geval dat als gevolg van de arbitrageclausule het gevaar op tegenstrijdige uitspraken zeer groot is, en het geval dat de houding van een partij ten aanzien van het arbitraal beding in conventie en reconventie niet met elkaar stroken.⁵⁰

Ook met betrekking tot de overeenkomst tot forumkeuze die wordt beheerst door het commune bevoegdheidsrecht wordt in de literatuur en lagere jurisprudentie aangenomen dat zij buiten toepassing kan blijven indien toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Ook hier zal dit enkel mogelijk zijn in uitzonderlijke omstandigheden.⁵¹ Zo is het feit dat als gevolg van de forumkeuze de verhaalsmogelijkheden van een partij worden gefrustreerd niet voldoende. Ook het feit dat de uitkomst bij het gekozen forum waarschijnlijk minder gunstig is dan bij het forum dat anders bevoegd zou zijn, levert geen strijd met de redelijkheid en billijkheid op.⁵² Hetzelfde geldt voor de verwevenheid van een zaak met een andere zaak die niet door de forumkeuze wordt beheerst.⁵³ Wel een geldige grond kan zijn dat voor het gekozen forum geen eerlijk proces te verwachten is.⁵⁴

Geconcludeerd kan worden dat artikel 6:248 lid 2 BW analoog kan worden toegepast op procesovereenkomsten. Dit geldt ook voor overeenkomsten die beogen onzekerheid of geschil over procesrechtelijke kwesties te voorkomen.

10.5.2 Forumkeuze beheerst door de EEX-verordening

Kan een overeenkomst tot forumkeuze die beheerst wordt door de EEX-verordening onder omstandigheden buiten toepassing blijven op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid? Volgens Kuypers is het een rechtsbeginsel gemeen aan de rechtsstelsels van alle lidstaten dat een forumkeuze niet mag leiden tot misbruik van bevoegdheid. Volgens hem is in zeer uitzonderlijke situaties dan ook ruimte voor een toets aan de redelijkheid en billijkheid.⁵⁵ Of dit leerstuk inderdaad in het kader van de EEX kan worden aanvaard, is echter de vraag. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn op dit punt tegenstrijdige aanwijzingen te vinden.

Er is een aantal arresten waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het Hof in het kader van de EEX geen ruimte ziet voor een beroep op misbruik van recht. Ten eerste is in dit verband het arrest Owusu/Jackson van belang, waarin het Hof de leer van het *forum non conveniens* heeft verworpen. In dit arrest overwoog het Hof dat de EEX zich ertegen verzet dat een rechterlijke instantie die op grond van artikel 2 EEX bevoegd is, deze bevoegdheid niet uitoefent op grond dat een gerecht van een niet-verdragsluitende staat een geschikter forum zou zijn.⁵⁶ Gerechten lijken de bevoegdheidsregels van de EEX dus zonder meer te moeten toepassen. Dit wijst er niet op dat zij aan een

50 Meijer 2011, p. 846 e.v.

51 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie Kuypers 2008, p. 964-965. Het beroep werd afgewezen in bijv. Rb. Rotterdam 11 augustus 2010, *NJF* 2010, 437, r.o. 4.11; Rb. Rotterdam 11 april 2007, LJN BA6185, r.o. 3.3.

52 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie Kuypers 2008, p. 964-965.

53 Rb. Rotterdam 11 april 2007, LJN BA6185, r.o. 3.3.

54 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie, Kuypers 2008, p. 965.

55 Kuypers 2008, p. 960.

56 HvJ EG 1 maart 2005, *NJ* 2007, 369, m.nt. P. Vlas (Owusu/Jackson), r.o. 37 e.v.

regel voorbij zouden mogen gaan op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Daarnaast is het arrest Gasser/MISAT van belang, waaruit volgt dat de rechter artikel 21 EEX-Verdrag (het huidige artikel 27 EEX-Vo) niet buiten toepassing mag laten op grond van misbruik van recht.⁵⁷ Verder blijkt uit het arrest Turner/Grovit c.s. dat het gebruik van een ‘anti-suit injunction’ niet kan worden gerechtvaardigd met het argument dat deze maatregel tot doel heeft misbruik van procesrecht te verhinderen.⁵⁸ Ten slotte kan erop worden gewezen dat het Hof in het kader van de EEX-regeling grote waarde hecht aan rechtszekerheid en een uniforme rechtstoepassing.⁵⁹ Het gebruik van open normen kan echter makkelijk leiden tot verschil in interpretatie tussen de verschillende lidstaten, waardoor een uniforme rechtstoepassing in gevaar komt.

Aan de andere kant blijkt uit de arresten Tilly Russ/Nova en Berghoefer/ASA dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wel degelijk een rol speelt in het kader van artikel 23 EEX-Vo. Het Hof construeerde in deze arresten een versoepeling van de vormvoorschriften, zoals die oorspronkelijk op grond van artikel 17 EEX-Verdrag golden, aan de hand van de goede trouw. Het zou volgens het Hof in bepaalde omstandigheden ‘in strijd zijn met de goede trouw, het bestaan van een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter te ontkennen’.⁶⁰ Het Hof komt hier op basis van de goede trouw tot de conclusie dat een forumkeuze tussen partijen juist *wel* geldt. Ik zie echter geen fundamenteel verschil met het *buiten toepassing laten* van een overeenkomst. In beide gevallen wordt een op grond van de EEX geldende regel op basis van de redelijkheid en billijkheid niet toegepast.⁶¹

Al met al is onduidelijk of op grond van de EEX-verordening een overeenkomst tot forumkeuze buiten toepassing kan blijven wegens misbruik van recht. Naar mijn mening zou een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in uitzonderlijke omstandigheden mogelijk moeten zijn. Ook de Hoge Raad gaat ervan uit dat er in het kader van de EEX ruimte is voor toepassing van het leerstuk van misbruik van procesrecht. In een alimentatiezaak, waarin de man zich kennelijk met geen ander doel op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter beriep dan om de vrouw te schaden, kon het hof volgens de Hoge Raad zonder schending van enige rechtsregel tot het oordeel komen dat wegens misbruik van procesrecht op de betwisting van de bevoegdheid geen acht kon worden geslagen. Hierdoor kon de Nederlandse rechter aan de eerste volzin van artikel 24 EEX-Vo internationale bevoegdheid ontleen.⁶²

57 HvJ EG 9 december 2003, NJ 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 59 e.v.; zie ook r.o. 53. Zo ook Polak 2010, p. 620; De Boer in zijn noot bij HR 7 mei 2010, NJ 2010, 556, m.nt. Th.M. de Boer (A./B.), nr. 3.

58 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.), r.o. 28. Zo ook Polak 2010, p. 620; De Boer in zijn noot bij HR 7 mei 2010, NJ 2010, 556, m.nt. Th.M. de Boer (A./B.), nr. 3.

59 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie Kuypers 2008, p. 925, 926; Pontier & Burg 2004, p. 69 e.v. Zie o.a. HvJ EG 1 maart 2005, NJ 2007, 369, m.nt. P. Vlas (Owusu/Jackson), r.o. 38-41, 43; HvJ EG 16 maart 1999, NJ 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 48; HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m. nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 27-29. Zie ook par. 2.4.

60 HvJ EG 19 juni 1984, NJ 1984, 735, m.nt. JCS (Tilly Russ/Nova), r.o. 18. Zie verder HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1986, 602 (Berghoefer/ASA), r.o. 15.

61 In het eerste geval is dit de regel dat aan bepaalde vormvoorschriften moet worden voldaan, in het tweede geval is dit de regel dat een overeenkomst tot forumkeuze leidt tot uitsluitende bevoegdheid van een bepaalde rechter.

62 HR 7 mei 2010, NJ 2010, 556, m.nt. Th.M. de Boer (A./B.), r.o. 3.6.

De vraag is nog, aan de hand van welke maatstaf een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid beoordeeld moet worden. Zolang het Hof van Justitie hiervoor geen gemeenschappelijke criteria heeft aangegeven, dient mijns inziens teruggegrepen te worden op nationaal recht. Gekeken zal dus moeten worden naar het recht van de lidstaat van het gerecht dat partijen in de overeenkomst hebben aangewezen.

10.6 Algemene voorwaarden

10.6.1 Inleiding

Indien procesovereenkomsten voorkomen in algemene voorwaarden, kan afdeling 6.5.3 BW hierop in principe worden toegepast.⁶³ Van belang is dat in deze afdeling de richtlijn oneerlijke bedingen is geïmplementeerd.⁶⁴ Bij de uitleg van afdeling 6.5.3 BW zal op grond van de plicht tot richtlijnconforme interpretatie dus ook naar de richtlijn gekeken moeten worden. De richtlijn is van toepassing op consumentenovereenkomsten met betrekking tot de koop van goederen en de levering van diensten.⁶⁵

In artikel 6:233 BW is bepaald dat een beding in algemene voorwaarden op twee gronden vernietigbaar is, namelijk indien dit beding onredelijk bezwarend is en indien de gebruiker aan de wederpartij geen redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Beide gronden worden hierna besproken. Op deze gronden kan blijkens artikel 6:235 lid 1 BW geen beroep worden gedaan door 'grote' ondernemingen. Zij zullen in plaats daarvan eventueel kunnen terugvallen op artikel 6:248 lid 2 BW.

10.6.2 Artikel 6:233 sub a BW: onredelijke bezwarendheid

10.6.2.1 Procesovereenkomsten beheerst door Nederlands procesrecht

Op grond van artikel 6:233 sub a BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien dit beding onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. Ook procesovereenkomsten in algemene voorwaarden kunnen op deze grond buiten toepassing blijven. Dit blijkt expliciet uit de zwarte lijst van artikel 6:236 BW, waarop een aantal procesovereenkomsten voorkomt. De bedingen op deze lijst moeten in geval van een consumentenovereenkomst als onredelijk bezwarend worden aangemerkt.

63 Zie wel de beperkingen in het toepassingsgebied van deze afdeling in art. 6:247 BW. Indien sprake is van internationale forumkeuze of arbitrage, zal de afdeling op grond van art. 6:247 lid 2 BW al snel niet van toepassing zijn. Zie over art. 6:247 BW ook Kuypers 1992, p. 592-597.

64 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb. EG* 1993, L 95/29.

65 Zie de considerans bij de richtlijn. Zie ook de noot van Snijders onder HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), nr. 3.

Op de zwarte lijst worden ten eerste bepaalde typen bewijsovereenkomsten genoemd (zie artikel 6:236 sub k BW). Ook op de indicatieve lijst die bij de richtlijn oneerlijke bedingen hoort, staan bepaalde bewijsbedingen.⁶⁶

Daarnaast vallen verschillende bevoegdheidsovereenkomsten onder artikel 6:236 sub n BW, dat als onredelijk bezwarend aanmerkt een beding dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, hetzij arbiters, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van ten minste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk op het beding heeft beroepen, om voor beslechting door de wettelijk bevoegde rechter te kiezen. De indicatieve lijst bij de richtlijn oneerlijke bedingen kent een vergelijkbare bepaling. Hierin staat genoemd het beding dat tot doel of tot gevolg heeft het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsrecht te wenden (zie punt 1 sub q).

Op grond van deze bepalingen geldt voor verschillende bevoegdheidsovereenkomsten dat zij in geval van een consumentenovereenkomst niet geldig als beding in algemene voorwaarden kunnen worden opgenomen. Dit is ten eerste het geval bij de overeenkomst tot prorogatie en de overeenkomst tot bindend advies, uiteraard tenzij bepaald is dat de consument nog de mogelijkheid heeft om toch voor de wettelijk bevoegde rechter te kiezen. Hetzelfde geldt voor de overeenkomst tot forumkeuze. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat een van tevoren door een verkoper opgesteld forumkeuzebeding, waarbij de rechter van de plaats van vestiging van de verkoper bij uitsluiting bevoegd wordt verklaard, steeds oneerlijk is in de zin van de richtlijn.⁶⁷

De overeenkomst tot arbitrage is in artikel 6:236 sub n BW uitdrukkelijk uitgezonderd, zodat deze overeenkomst niet zonder meer als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt. De rechter kan uiteraard wel op grond van de algemene norm van artikel 6:233 sub a BW tot de conclusie komen dat in een bepaald geval een arbitragebeding onredelijk bezwarend is.⁶⁸ Daarbij is van belang dat in het conceptwetsvoorstel tot herziening van het arbitragerecht deze overeenkomst alsnog op de zwarte lijst wordt geplaatst.⁶⁹ Ook op de indicatieve lijst bij de richtlijn oneerlijke bedingen wordt het arbitragebeding expliciet genoemd. Overigens hoeft dit laatste nog niet per definitie te betekenen dat een arbitraal beding in geval van een consumentenovereenkomst op grond van richtlijnconforme interpretatie steeds onredelijk bezwarend moet worden geacht. De lijst met oneerlijke bedingen bij de richtlijn is slechts indicatief (zie artikel 3 lid 3 richtlijn). Een erin voorkomend beding hoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden aangemerkt.⁷⁰ Volgens het Hof van Justitie is het aan de nationale rechter om te beoordelen of een contractueel

66 Een bewijsbeding werd dan ook onredelijk bezwarend geoordeeld in bijv. Rb. Breda 16 november 1999, *NJK* 1999, 93; Ktr. Zaandam 17 mei 2001, *Prg.* 2001, 5735, m.nt. JGK.

67 HvJ EG 27 juni 2000, *NJ* 2000, 730 (Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero), r.o. 24; HvJ EG 1 april 2004, *NJ* 2005, 75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), r.o. 23.

68 Zie ook Meijer 2011, p. 802; Snijders 2007a, p. 202.

69 Art. 1 conceptwetsvoorstel (te vinden op www.internetconsultatie.nl). Zie ook de conceptmemorie van toelichting, p. 5, 6-7.

70 HvJ EG 7 mei 2002, *NJ* 2003, 74 (Commissie/Zweden), r.o. 20; HvJ EG 1 april 2004, *NJ* 2005, 75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), r.o. 20.

beding in een concreet geval als oneerlijk kan worden aangemerkt. Dit moet worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval (zie ook artikel 4 lid 1 richtlijn).⁷¹ Toch zullen arbitrale bedingen door de rechter wel kritisch bekeken moeten worden. In de lagere rechtspraak zijn dergelijke bedingen in consumentenovereenkomsten dan ook een aantal maal onredelijk bezwarend geacht.⁷² Tegen deze achtergrond zou het inderdaad goed zijn als het arbitragebeding, indien dit de consument niet de mogelijkheid biedt om alsnog voor de wettelijk bevoegde rechter te kiezen, opgenomen werd op de zwarte lijst. Hierdoor ontstaat meer zekerheid over de vraag wanneer een arbitraal beding geldig is en wanneer niet. Procedures over de bevoegdheid van arbiters kunnen hiermee voorkomen worden.⁷³

De rechter zal op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie overigens ambtshalve moeten beoordelen of sprake is van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst.⁷⁴ Zie over deze plicht tot ambtshalve toetsing nader paragraaf 9.4.

10.6.2.2 *Forumkeuze beheerst door de EEX-verordening*

Kan een forumkeuzebeding dat beheerst wordt door de EEX-verordening vernietigd worden omdat het onredelijk bezwarend is? Laat de EEX-verordening hier ruimte voor toepassing van nationaal recht?⁷⁵

Tegen toepassing van artikel 6:233 sub a BW op een dergelijk forumkeuzebeding pleit dat ook de EEX-verordening bepalingen ter bescherming van zwakke contractspartijen kent. Zo kent artikel 23 EEX-Vo strenge vormvoorschriften, onder andere ter bescherming van de zwakke partij bij de onderhandelingen.⁷⁶ Verder is de mogelijkheid tot forumkeuze in verzekeringszaken en met betrekking tot bepaalde consumentenovereenkomsten sterk beperkt (zie artikel 13 resp. artikel 17 EEX-Vo). Uit het arrest Gerling/Tesoro wordt duidelijk dat deze bepalingen, net als artikel 6:233 sub a BW, beogen te beschermen tegen eenzijdig opgestelde forumkeuzebedingen. In dit

71 HvJ EG 1 april 2004, NJ 2005, 75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), r.o. 19 e.v.; HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro/Móvil), r.o. 22-23.

72 Zie bijv. Rb. Leeuwarden 13 april 2011, NJF 2011, 296; Rb. Arnhem 14 april 2010, NJF 2010, 209; Rb. Leeuwarden 15 juli 2009, LJN BJ2957; Rb. Amsterdam 17 december 2008, NJF 2009, 22; Rb. Arnhem 23 november 2005, LJN AV1969. Niet onredelijk bezwarend werd het beding geacht in Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2009, NJF 2009, 285; Rb. 's-Gravenhage 25 januari 2006, BR 2007, 96.

73 Zie ook Snijders 2007a, p. 214-215; Snijders 2009b, p. 2.

74 Zie HvJ EG 27 juni 2000, NJ 2000, 730 (Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero), r.o. 25-29; HvJ EG 21 november 2002, NJ 2003, 703, m.nt. MRM (Cofidis/Fredout), r.o. 32 e.v.; HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro/Móvil), r.o. 24 e.v.; HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395, m.nt. M.R. Mok (Pannon/Sustikné Györfi); HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2010, 11, m.nt. M.R. Mok (Asturcom/Rodríguez Noguiera); HvJ EU 9 november 2010, NJ 2011, 41, m.nt. M.R. Mok (Pénzügyi Lízing/Schneider), r.o. 45 e.v.

75 Zie wel de beperkingen in het toepassingsgebied van afdeling 6.5.3 BW in art. 6:247 BW. Indien sprake is van internationale forumkeuze, zal de afdeling op grond van art. 6:247 lid 2 BW al snel niet van toepassing zijn. Dit is anders in geval van een overeenkomst met een Nederlandse consument (zie art. 6:247 lid 4). Zie over art. 6:247 BW ook Kuypers 1992, p. 592-597.

76 HvJ EG 20 februari 1997, NJ 1998, 565, m.nt. PV (Mainschiffahrts/Les Gravières Rhénanes), r.o. 17; HvJ EG 16 maart 1999, NJ 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 19. Zie ook Kuypers 2008, p. 476-478.

arrest overwoog het Hof van Justitie met betrekking tot de bepalingen die zien op de verzekeringsovereenkomst:

‘(...) genoemde bepalingen zijn derhalve bedoeld ter bescherming van de verzekerde, die zich in de meeste gevallen geplaagd ziet voor een tevoren reeds vastgestelde overeenkomst waarover niet meer kan worden onderhandeld, en die economisch gezien in de zwakste positie verkeert.’⁷⁷

Doordat de EEX-verordening zelf de bescherming van de zwakke partij ter hand neemt, lijkt er geen ruimte voor toepassing van andere bepalingen op dit gebied. Van belang daarbij is dat het Hof in het kader van de EEX-regeling grote waarde hecht aan rechtszekerheid en een uniforme rechtstoepassing, zodat weinig ruimte is voor de toepassing van nationaal recht.⁷⁸

Aan de andere kant moet bedacht worden dat afdeling 6.5.3 de implementatie vormt van een Europese richtlijn. Alle staten op wie de EEX-verordening van toepassing is, zijn ook gebonden aan de richtlijn oneerlijke bedingen en kennen met artikel 6:233 sub a BW vergelijkbare bepalingen.⁷⁹ Een uniforme rechtstoepassing van de rechtsmachtregels in de lidstaten komt door toepassing van artikel 6:233 sub a BW dus niet in gevaar. Bovendien lijkt het onaannemelijk dat het Hof van Justitie een uitleg aan artikel 23 EEX-Vo zal willen geven die niet strookt met de richtlijn oneerlijke bedingen. Van belang is in dit verband dat het Hof van Justitie in het kader van de richtlijn expliciet aandacht heeft besteed aan het forumkeuzebeding. Het Hof heeft in een aantal arresten geoordeeld dat een forumkeuzebeding dat is opgenomen in een overeenkomst tussen een consument en een verkoper zonder dat daarover afzonderlijk is onderhandeld en waarbij de rechter van de plaats van vestiging van de verkoper bij uitsluiting bevoegd wordt verklaard, kan worden aangemerkt als oneerlijk.⁸⁰ Normaal gesproken spreekt het Hof van Justitie zich niet uit over de toelaatbaarheid van een specifiek beding.⁸¹ De hiervoor bedoelde arresten hadden overigens wel telkens betrekking op interne forumkeuzebedingen: de bedingen wezen slechts de bevoegde rechter binnen een bepaalde lidstaat aan. Een forumkeuzebeding dat ook gevolgen heeft voor de *internationale* rechtsmacht lijkt echter des te eerder bezwaarlijk te zijn voor de consument. Aangezien het Hof van Justitie zich al zo expliciet heeft uitgelaten over de oneerlijkheid van interne forumkeuzebedingen, valt

77 HvJ EG 14 juli 1983, *NJ* 1984, 716, m.nt. JCS (Gerling/Tesoro), r.o. 17. Zie ook HvJ 13 juli 2000, *NJ* 2003, 597, m.nt. PV (Group Josi), r.o. 64; HvJ EG 12 mei 2005, *NJ* 2006, 513, m.nt. P. Vlas onder *NJ* 2006, 514 (SFIP/Axa Belgium e.a.), r.o. 30.

78 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie Kuypers 2008, p. 925, 926; Pontier & Burg 2004, p. 69 e.v. Zie o.a. HvJ EG 1 maart 2005, *NJ* 2007, 369, m.nt. P. Vlas (Owusu/Jackson), r.o. 38-41, 43; zie specifiek m.b.t. forumkeuze HvJ EG 16 maart 1999, *NJ* 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 48; HvJ EG 3 juli 1997, *NJ* 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 27-29. Zie uitgebreid par. 2.4.

79 De partijen bij het Verdrag van Lugano (EVEX), dat sterk is geïnspireerd door het EEX-Verdrag, zijn echter niet alle gebonden aan de richtlijn oneerlijke bedingen.

80 HvJ EG 27 juni 2000, *NJ* 2000, 730 (Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero), r.o. 21-24; HvJ EG 1 april 2004, *NJ* 2005, 75 (Freiburger Kommunaulbauten/Hofstetter), r.o. 22-23; HvJ EG 4 juni 2009, *NJ* 2009, 395, m.nt. M.R. Mok (Pannon/Sustikné Györfi), r.o. 40 e.v.; HvJ EU 9 november 2010, *NJ* 2011, 41, m.nt. M.R. Mok (Pénzügyi Lízing/Schneider), r.o. 42-44.

81 Zie o.a. HvJ EG 1 april 2004, *NJ* 2005, 75 (Freiburger Kommunaulbauten/Hofstetter), r.o. 19 e.v.; HvJ EG 26 oktober 2006, *NJ* 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro/Móvil), r.o. 22-23; HvJ EU 9 november 2010, *NJ* 2011, 41, m.nt. M.R. Mok (Pénzügyi Lízing/Schneider), r.o. 42-44.

niet in te zien waarom het Hof vergelijkbare internationale forumkeuzebedingen wel toelaatbaar zou achten. Het zou ongeloofwaardig zijn indien de bescherming die aan de consument wordt toegekend in puur nationale gevallen hem ineens zou worden onthouden indien het een internationale forumkeuze beheerst door de EEX-verordening betreft.

Onduidelijk is kortom hoe de EEX-verordening en de richtlijn oneerlijke bedingen zich tot elkaar verhouden. Volgens Kuypers had de Europese wetgever beter artikel 3 richtlijn oneerlijke bedingen of de bijlage kunnen afstemmen op de EEX-verordening, door een forumkeuze in een overeenkomst met een consument niet oneerlijk te laten zijn indien voldaan is aan de voorwaarden die in de EEX worden gesteld. De Europese wetgever heeft volgens hem een mooie gelegenheid daartoe bij het aannemen van de EEX-verordening voorbij laten gaan.⁸² Opvallend is dat ook in het kader van het huidige voorstel tot aanpassing van de EEX-verordening in het geheel geen aandacht is besteed aan de verhouding met de richtlijn oneerlijke bedingen.⁸³ In een onlangs gewezen arrest heeft het Hof van Justitie een prejudiciële vraag over deze verhouding onbeantwoord gelaten.⁸⁴

Hoe moet nu over deze kwestie worden geoordeeld? Hoewel ook de EEX-verordening de zwakke partij beoogt te beschermen tegen eenzijdig opgestelde forumkeuzebedingen, kan mijns inziens niet worden aangenomen dat deze bescherming uitputtend door de verordening wordt beheerst. Er is wel degelijk ruimte voor toepassing van de nationale bepalingen ter implementatie van de richtlijn oneerlijke bedingen naast de beschermingsbepalingen van de EEX.⁸⁵ Daarbij geldt wel dat, op het moment dat een forumkeuze voldoet aan de voorwaarden van de EEX-verordening, in de praktijk niet vaak ruimte is voor het oordeel dat tóch sprake is van een oneerlijk beding. Zo is in geval van een consumentenovereenkomst in de zin van artikel 15 EEX-Vo de mogelijkheid tot forumkeuze al zodanig beperkt, dat haast niet voor te stellen is dat een beding dat aan deze vereisten voldoet nog oneerlijk zou zijn op grond van de richtlijn oneerlijke bedingen (zie artikel 17 EEX-Vo).

Toch heeft de aanvullende bescherming van (de nationale bepalingen ter implementatie van) de richtlijn oneerlijke bedingen in bepaalde gevallen wel degelijk meerwaarde. Ten eerste gaat in geval van een verzekeringsovereenkomst de bescherming die de EEX-verordening biedt minder ver dan bij consumentenovereenkomsten in de zin van artikel 15 EEX-Vo. Indien sprake is van een verzekeringnemer die zijn woonplaats niet in een lidstaat heeft, is op grond van artikel 13 sub 4 EEX-Vo over het algemeen iedere forumkeuze toegestaan. In een dergelijk geval is wel degelijk voorstelbaar dat een forumkeuzebeding dat geldig is op grond van de EEX-verordening, toch onredelijk bezwarend moet worden geacht. Een verzekeringnemer die ook

82 Kuypers 2008, p. 708.

83 Zie het Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM(2010)748, en de hierbij behorende documenten. Zie ook het in de aanloop naar het voorstel verschenen rapport van Hess, Pfeiffer en Schlosser; Hess, Pfeiffer & Schlosser 2007, m.n. p. 160.

84 HvJ EU 17 novemer 2011, RvdW 2012, 142 (Hypoteční banka c.s./Lindner), r.o. 27, 56.

85 Ook in het arrest Hof Arnhem 1 april 2008, NJF 2008, 448, JBPr 2008, 34, m.nt. M. Freudenthal, r.o. 3.13 wordt ervan uitgegaan dat de richtlijn oneerlijke bedingen in principe van toepassing is op een forumkeuzebeding beheerst door de EEX-verordening.

consument is kan dus baat hebben bij de bescherming die de richtlijn oneerlijke bedingen biedt.

Van belang is daarnaast dat op grond van de richtlijn oneerlijke bedingen een veel concretere toets plaatsvindt dan op grond van de EEX-verordening: de oneerlijkheid moet blijken uit artikel 4 lid 1 richtlijn oneerlijke bedingen beoordeeld worden aan de hand van de omstandigheden van het betrokken geval.⁸⁶ Denkbaar is dat een beding dat over het algemeen wel toelaatbaar is, in de bijzondere omstandigheden van het geval toch niet door de beugel kan. In een dergelijk geval kunnen de bepalingen ter implementatie van de richtlijn oneerlijke bedingen een nuttige (aanvullende) rol spelen.

Verder geldt dat de richtlijn oneerlijke bedingen een ruimer beschermingsbereik heeft dan de beschermingsbepalingen van de EEX-verordening. De richtlijn oneerlijke bedingen is in principe van toepassing op alle consumentenovereenkomsten met betrekking tot de koop van goederen en de levering van diensten.⁸⁷ De EEX-verordening daarentegen beschermt de consument alleen met betrekking tot in het geheel geen bescherming krijgt op het moment dat hij op eigen initiatief zaken doet met een buitenlands bedrijf, kan echter niet worden geaccepteerd. Ook in een dergelijk geval is de aanvullende bescherming van de nationale bepalingen ter implementatie van de richtlijn oneerlijke bedingen van belang.

Artikel 6:233 sub a BW kan kortom, in geval van een consumentenovereenkomst, ook worden toegepast op een forumkeuzebeding dat wordt beheerst door de EEX-verordening. De rechter zal overigens ambtshalve moeten beoordelen of een dergelijk forumkeuzebeding oneerlijk is. Hiervoor zal hij terug moeten grijpen op artikel 3:40 of artikel 6:248 lid 2 BW, omdat artikel 6:233 sub a BW uitgaat van vernietigbaarheid.⁸⁸ Zie over deze ambtshalve toetsing paragraaf 9.4.

10.6.3 Artikel 6:233 sub b BW: redelijke mogelijkheid tot kennisneming

10.6.3.1 Procesovereenkomsten beheerst door Nederlands procesrecht

Op grond van artikel 6:233 sub b BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de voorwaarden kennis te nemen. Aannemelijk is dat ook een procesovereenkomst in algemene voorwaarden op deze grond vernietigd kan worden.

Voor de procesovereenkomsten waarvoor een bewijsvoorschrift geldt, zoals de overeenkomst tot forumkeuze en de overeenkomst tot arbitrage, zou hierover wellicht nog enige twijfel kunnen bestaan. Deze bewijsvoorschriften hebben immers een vergelijkbare strekking, namelijk te voorkomen dat een partij gebonden raakt aan een overeenkomst zonder dat zij zich dit bewust is (zie hiervoor, paragraaf 10.2.3). Toch

⁸⁶ Zie ook HvJ EG 1 april 2004, NJ 2005, 75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), r.o. 21-22; HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro/Móvil), r.o. 22; Zie over het karakter van de oneerlijkheidstoets nader Pavillon 2011, p. 37 e.v.

⁸⁷ Zie de considerans bij de richtlijn. Zie ook de noot van Snijders onder HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), nr. 3.

⁸⁸ Zie Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), p. 154-155, nr. 188, p. 209, nr. 252; Hijma 2010, p. 74-75, nr. 44a.

kan artikel 6:233 sub b BW mijns inziens wel degelijk analoog worden toegepast in deze gevallen.⁸⁹ De bescherming die de bewijsvoorschriften bieden is namelijk beperkt. Aan de bewijsvoorschriften is snel voldaan: voldoende is reeds een stilzwijgend aanvaard geschrift dat verwijst naar algemene voorwaarden die een arbitrage- of forumkeuzebeding bevatten. De bewijsvoorschriften zien bovendien enkel op de vraag hoe het bestaan van de overeenkomst *bewezen* dient te worden. De vraag wanneer sprake is van een *geldige* overeenkomst, wordt door deze voorschriften niet beantwoord.⁹⁰ Naast het bewijsvoorschrift is dus wel degelijk ruimte voor analoge toepassing van artikel 6:233 sub b BW. Zelfs Meijer, die van mening is dat het bewijsvoorschrift bij de overeenkomst tot arbitrage in feite een totstandkomingseis is waarnaast het materiële recht geen rol meer speelt, meent dat een overeenkomst tot arbitrage in algemene voorwaarden vernietigbaar kan zijn op grond van artikel 6:233 sub b BW.⁹¹

Procesovereenkomsten in algemene voorwaarden zijn kortom vernietigbaar, indien een partij geen redelijke mogelijkheid heeft gehad om van de voorwaarden kennis te nemen.

10.6.3.2 Forumkeuze beheerst door de EEX-verordening

Kan in geval van een forumkeuzebeding dat beheerst wordt door de EEX-verordening een beroep worden gedaan op artikel 6:233 sub b BW? Is hier ruimte voor toepassing van nationaal recht?

Uit het voorstel tot aanpassing van artikel 23 EEX-Vo lijkt dit wel te volgen. Hierin wordt namelijk bepaald dat het door partijen aangewezen gerecht van een lidstaat bevoegd is, tenzij de overeenkomst krachtens het recht van die lidstaat substantieel nietig is.⁹² Naar Nederlands recht is hiervan sprake indien een partij het beding op grond van artikel 6:233 sub b BW vernietigt.

Opgemerkt moet echter worden dat artikel 6:233 sub b BW een bepaling is van puur nationaal recht en niet gebaseerd is op de richtlijn oneerlijke bedingen. Daarnaast is van belang dat de EEX-verordening een eigen methode kent om te voorkomen dat een partij ongemerkt gebonden raakt aan een forumkeuzebeding. In paragraaf 10.2.4 is gebleken dat de EEX hiertoe strenge vormvoorschriften bevat. Anders dan bij het bewijsvoorschrift dat geldt voor de forumkeuze onder het commune bevoegdheidsrecht, gaat het om zeer gedetailleerde voorschriften, op basis waarvan een uitgebreide en genuanceerde jurisprudentie bestaat over de vraag in

89 Bij deze overeenkomsten moet wel gekeken worden of afdeling 6.5.3 op grond van art. 6:247 BW van toepassing is, hetgeen in internationale verhoudingen regelmatig niet het geval zal zijn. Zie over art. 6:247 BW nader Kuypers 1992, p. 592-597.

90 Zie in dit verband ook *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 6-7; *Kamerstukken II* 1984/85, 18 464, nr. 5 (VV), p. 5, waaruit blijkt dat het vraagstuk van de materiële wilsbinding niet met het bewijsvoorschrift is geregeld.

91 Meijer 2011, p. 461. Zie verder ook Snijders 1995, p. 9-10; Snijders 2011c, p. 113, 118, art. 1021 Rv, aant. 3 met verwijzing naar jurisprudentie; Hof Amsterdam 14 juli 2009, *NJF* 2009, 381; Hof Amsterdam 15 februari 2011, *NJF* 2011, 157, LJN BP5405, r.o. 3.5-3.7.

92 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM(2010)748.

hoeverre een forumkeuze in algemene voorwaarden geldig is.⁹³ De vormvoorschriften lijken de vraag of een partij voldoende mogelijkheid heeft gehad om kennis te nemen van de algemene voorwaarden dan ook volledig te beheersen. Van belang daarbij is dat het Hof in het kader van de EEX-regeling grote waarde hecht aan rechtszekerheid en een uniforme rechtstoepassing, zodat weinig ruimte is voor de toepassing van nationaal recht.⁹⁴

Geconcludeerd kan daarom worden dat, ondanks de indruk die het voorgestelde nieuwe artikel 23 EEX-Vo wekt, onder de EEX-verordening geen ruimte bestaat voor toepassing van artikel 6:233 sub b BW of vergelijkbare bepalingen van nationaal recht. Indien aan de vormvoorschriften is voldaan, kan een forumkeuzebeding niet buiten toepassing gelaten worden omdat niet voldoende gelegenheid is geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

10.7 Overgang van procesovereenkomsten

Voor procesovereenkomsten geldt dat zij, net als andere overeenkomsten, in principe slechts van toepassing zijn tussen partijen.⁹⁵ Het is de vraag of zij ook over kunnen gaan op een derde. Gelden de bepalingen van titel 2 van boek 6 BW (Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen) voor procesovereenkomsten?

Een procesovereenkomst kan niet zelfstandig overgaan op een derde. Er is immers sprake van een hulpovereenkomst, zodat zij niet 'los' kan bestaan (zie paragraaf 3.3.2). Indien de procesovereenkomst ziet op (de rechtsoverdracht tot handhaving van) een bepaalde vordering, kan zij wel samen met deze vordering overgaan. Zij kan dan als nevenrecht bij deze vordering worden beschouwd, zodat in geval van bijvoorbeeld cessie van de vordering de nieuwe schuldeiser zich op grond van artikel 6:142 BW tegenover de schuldenaar op de procesovereenkomst kan beroepen.⁹⁶ Daarnaast geldt dat in geval van cessie de nieuwe schuldeiser het beding ook op grond van artikel 6:145 BW als verweermiddel tegengeworpen kan krijgen.

Titel 2 van boek 6 BW is in een dergelijk geval *rechtstreeks* van toepassing. Aan de orde is immers de overgang van een (vermogensrechtelijke) vordering. Dat de procesovereenkomst die op deze vordering betrekking heeft door het procesrecht wordt beheerst, doet hier niet aan af. Nevenrechten hoeven namelijk niet vermogensrechtelijk van aard te zijn.⁹⁷ Hetzelfde kan worden aangenomen voor de 'verweermiddelen' van artikel 6:145 BW. Procesovereenkomsten worden in dit verband dus op dezelfde wijze behandeld als andere rechten en verplichtingen.

Een en ander geldt ook voor de forumkeuze die beheerst wordt door de EEX-verordening, zo volgt uit een aantal uitspraken van het Hof van Justitie met

93 Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze jurisprudentie Kuypers 2008, p. 494 e.v.

94 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie Kuypers 2008, p. 925, 926; Pontier & Burg 2004, p. 69 e.v. Zie o.a. HvJ EG 1 maart 2005, NJ 2007, 369, m.nt. P. Vlas (Owusu/Jackson), r.o. 38-41, 43; zie specifiek m.b.t. forumkeuze HvJ EG 16 maart 1999, NJ 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 48; HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 27-29. Zie uitgebreid par. 2.4.

95 Zie m.b.t. de bewijsovereenkomst HR 31 maart 1933, NJ 1933, p. 1333, m.nt. PS, p. 1336. Zie m.b.t. de forumkeuze Kuypers 2008, p. 314, 315-317. Zie m.b.t. de arbitrage Meijer 2011, p. 551.

96 Wibier 2009, p. 20. Zie m.b.t. de arbitrage Meijer 2011, p. 620-621; Snijders 1995, p. 19.

97 Meijer 2011, p. 621; Snijders 1995, p. 19.

betrekking tot een forumkeuzebeding in een cognossement. Het Hof oordeelde dat, wanneer in de betrekkingen tussen de afzender en de vervoerder een bevoegdheidsbeding in een cognossement een geldig beding is in de zin van de EEX, daarop een beroep kan worden gedaan tegen de derdecognossementshouder die de afzender in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd. De vraag of de derde een van de oorspronkelijke partijen in haar rechten en verplichtingen is opgevolgd, moet beantwoord worden aan de hand van het toepasselijke nationale recht.⁹⁸ Ook een forumkeuzebeding onder de EEX wordt kortom op gelijke wijze behandeld als andere rechten en verplichtingen.

Geconcludeerd kan worden dat procesovereenkomsten inderdaad kunnen overgaan op een derde. Indien zij bijvoorbeeld gekoppeld zijn aan een (rechtsvordering tot handhaving van een) bepaalde vordering, gaan zij bij cessie van deze vordering op de nieuwe schuldeiser over. Titel 2 van boek 6 BW is in een dergelijk geval rechtstreeks van toepassing.⁹⁹

10.8 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de inhoud van het 'procesovereenkomstenrecht' centraal. Onderzocht is welke regels voor procesovereenkomsten gelden. Daarbij is gekeken in hoeverre de regels van burgerlijk recht kunnen worden toegepast op procesovereenkomsten, en in hoeverre afwijking hiervan op grond van de procesrechtelijke context gelegitimeerd is. Gebleken is daarbij dat slechts in een beperkt aantal gevallen is afgeweken van de regeling van de overeenkomst zoals gegeven in het burgerlijk recht.

Ten eerste geldt dat de regels van burgerlijk recht in principe analoog worden toegepast op de totstandkoming van procesovereenkomsten. In afwijking hiervan is met betrekking tot sommige procesovereenkomsten bepaald dat zij stilzwijgend gesloten kunnen worden. Ook gelden in sommige gevallen vorm- of bewijsvoorschriften. Wat betreft de forumkeuze onder de EEX-verordening geldt dat de vraag of wilsovereenstemming tussen partijen is bereikt beantwoord dient te worden aan de hand van het recht van de lidstaat van het gerecht dat partijen hebben aangewezen. Wel blijkt uit artikel 23 EEX-Vo dat deze overeenkomst niet vormvrij is, maar moet voldoen aan bepaalde vormvoorschriften. Op grond van artikel 24 EEX-Vo is bovendien stilzwijgende forumkeuze mogelijk (paragraaf 10.2).

Verder is gebleken dat procesovereenkomsten vernietigbaar kunnen zijn op grond van een wilsgebrek (paragraaf 10.3). Uitleg van procesovereenkomsten dient te geschieden aan de hand van het Haviltex-criterium (paragraaf 10.4). Procesovereenkomsten kunnen buiten toepassing gelaten worden op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (paragraaf 10.5).

Procesovereenkomsten die voorkomen in algemene voorwaarden kunnen worden vernietigd indien blijkt dat zij onredelijk bezwarend zijn. Dit blijkt expliciet uit de zwarte lijst van artikel 6:236 BW, waarop verschillende procesovereenkomsten

98 HvJ EG 19 juni 1984, *NJ* 1984, 735, m.nt. JCS (Tilly Russ/Nova), r.o. 24-26; HvJ EG 16 maart 1999, *NJ* 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o.41; HvJ EG 9 november 2000, *NJ* 2001, 599, m.nt. PV (Coreck/Handelsveem), r.o. 23-25.

99 Zie uitgebreid over de overgang van de overeenkomst tot arbitrage Meijer 2011, p. 615 e.v. Zie m.b.t. de overeenkomst tot forumkeuze Kuypers 2008, p. 313 e.v.

voorkomen. Ook een forumkeuzebeding dat beheerst wordt door de EEX-verordening dient buiten toepassing gelaten te worden indien het oneerlijk is in de zin van de richtlijn oneerlijke bedingen (paragraaf 10.6.2).

Een procesovereenkomst in algemene voorwaarden is verder vernietigbaar, indien de gebruiker van de algemene voorwaarden aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de voorwaarden kennis te nemen. Dit geldt echter niet voor de forumkeuze die beheerst wordt door de EEX-verordening, aangezien de vormvoorschriften van artikel 23 EEX-Vo deze materie uitputtend regelen (paragraaf 10.6.3).

Ten slotte is gebleken dat procesovereenkomsten kunnen overgaan op een derde. Indien zij gekoppeld zijn aan een (rechtsvordering tot handhaving van een) bepaalde vordering, gaan zij bij cessie van deze vordering op de nieuwe schuldeiser over. Titel 2 van boek 6 BW is in een dergelijk geval rechtstreeks van toepassing (paragraaf 10.7).

Het onderzoek dat in dit hoofdstuk is verricht is uiteraard verre van volledig. Het is niet mogelijk om op alle denkbare regels van overeenkomstenrecht in te gaan. Eén aspect zal in het volgende hoofdstuk nog aan de orde komen. In hoofdstuk 8 is gebleken dat partijen in het kader van een procesovereenkomst verbintenissen ten opzichte van elkaar in het leven kunnen roepen. Het is de vraag, in hoeverre het burgerlijkrechtelijke verbintenissenrecht analoog kan worden toegepast op dergelijke verbintenissen. Deze vraag wordt in hoofdstuk 11 onderzocht.

11 Regels die de verbintenis uit procesovereenkomst beheersen

11.1 Inleiding

In hoofdstuk 8 is gebleken dat partijen in het kader van een procesovereenkomst verbintenissen ten opzichte van elkaar in het leven kunnen roepen. In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke regels voor deze verbintenissen gelden. In hoeverre kan het verbintenissenrecht zoals dit is ontwikkeld in het burgerlijk recht analoog worden toegepast? Kan een partij bijvoorbeeld nakoming vorderen van haar rechten uit procesovereenkomst? Is het mogelijk om schadevergoeding te vorderen wegens wanprestatie, indien een partij haar verplichtingen schendt? Deze vragen zijn uiteraard enkel relevant indien partijen daadwerkelijk verbintenissen in het kader van hun procesovereenkomst in het leven hebben geroepen. In hoofdstuk 8 is gebleken dat dit lang niet altijd het geval hoeft te zijn.

Als uitgangspunt heeft te gelden dat de verbintenissen uit procesovereenkomst door het procesrecht worden beheerst. De regeling van de verbintenis zoals die is gegeven in het burgerlijk recht kan echter, gezien het beginsel van eenheid van recht, in principe analoog worden toegepast. Afwijking van het burgerlijk recht zal gelegitimeerd moeten worden, aangezien verschillen tussen het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht zo veel mogelijk vermeden moeten worden (zie hoofdstuk 2).

In dit hoofdstuk wordt ervan uitgegaan dat het of de Nederlandse rechter is, of arbiters in een arbitrage in Nederland zijn, die de vordering tot nakoming of tot schadevergoeding beoordelen. Zij zullen dit doen aan de hand van het Nederlandse procesrecht.

In dit hoofdstuk wordt er bovendien van uitgegaan dat *Nederlands* burgerlijk recht analoog dient te worden toegepast op de verbintenis. In paragraaf 2.2, 8.7.3 en 8.8 is gebleken dat dit in geval van procesovereenkomsten met een internationaal karakter niet vanzelfsprekend is, omdat in een dergelijk geval ook buitenlands recht voor toepassing in aanmerking komt. Het voert echter te ver om ook onderzoek te doen naar de gevolgen van toepassing van dergelijke stelsels van buitenlands recht.

11.2 Nakoming

In de volgende paragrafen staat de vraag centraal of een partij veroordeeld kan worden tot nakoming van een verbintenis uit procesovereenkomst. Kan aan een partij bijvoorbeeld, in geval van een overeenkomst tot arbitrage, een verbod opgelegd

worden om een procedure voor de overheidsrechter aanhangig te maken, op straffe van een dwangsom? Of zijn er, vanwege de procesrechtelijke context, bezwaren tegen een dergelijke veroordeling? Op grond van artikel 3:296 lid 1 BW geldt als uitgangspunt dat 'hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld [wordt]'. Een veroordeling is echter niet mogelijk indien 'uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt'. De procesrechtelijke context zou bezwaren mee kunnen brengen die aan een veroordeling tot nakoming van een verbintenis uit procesovereenkomst in de weg staan.

Onderscheid zal hierna gemaakt worden tussen bevoegdheidsovereenkomsten en overige procesovereenkomsten. Bij bevoegdheidsovereenkomsten, zoals de overeenkomst tot forumkeuze, arbitrage, prorogatie of sprongcassatie, zal een veroordeling tot nakoming neerkomen op het opleggen van een procedeeverbod. Dergelijke procedeeverboden zijn in de literatuur en jurisprudentie een aantal malen aan de orde gekomen, zowel binnen Nederland als ook in Engeland, Duitsland en in het kader van het EU-recht. Daarom zal hier apart op worden ingegaan.

11.3 Nakoming van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst: het procedeeverbod

11.3.1 Inleiding

In hoeverre kan een partij veroordeeld worden tot nakoming van haar verbintenis uit een bevoegdheidsovereenkomst? Kan aan haar een verbod worden opgelegd om te procederen voor een bepaalde rechter?

Hierna zal eerst de Nederlandse jurisprudentie en literatuur bestudeerd worden (paragraaf 11.3.2). Vervolgens wordt ingegaan op de situatie in Engeland (paragraaf 11.3.3) en Duitsland (paragraaf 11.3.4). Daarbij wordt onderzocht in hoeverre naar deze rechtsstelsels de mogelijkheid bestaat om een verbod op te leggen om te procederen voor de eigen gerechten of voor buitenlandse gerechten van een staat die niet behoort tot de EEX. De vraag in hoeverre een partij verboden kan worden om te procederen voor de gerechten van een andere EEX-staat, komt in paragraaf 11.3.5 aan de orde.

11.3.2 Nederlandse rechtspraak en literatuur¹

Onduidelijk is, in hoeverre het naar Nederlands recht mogelijk is om een partij te veroordelen tot nakoming van haar verplichtingen uit bevoegdheidsovereenkomst. In het kader van de overeenkomst tot arbitrage heeft Meijer betoogd dat een dergelijke veroordeling in de meeste gevallen niet mogelijk is. De wet en de aard van de verplichting staan volgens hem over het algemeen aan het opleggen van een verbod een procedure aanhangig te maken of voort te zetten in de weg. Het is namelijk aan de rechter aan wie de zaak in strijd met een overeenkomst tot arbitrage wordt

¹ In deze paragraaf blijft de vraag in hoeverre een verbod kan worden opgelegd om te procederen voor de gerechten van een andere EEX-staat buiten beschouwing. Zie hierover par. 11.3.5.

voorgelegd zelf om te beoordelen of hij bevoegd is. Dit geldt ook als dit een buitenlandse rechter is.² Van Leyenhorst is een andere mening toegedaan. Hij acht een procedeerverbod in het kader van de overeenkomst tot arbitrage wel mogelijk.³

De vraag of een rechter een procedeerverbod kan opleggen, is in Nederland vooral in het kader van misbruik van procesrecht aan de orde gekomen. De rechtspraak en literatuur lijken daarbij met name gericht te zijn op een verbod om binnen Nederland te procederen, al wordt dit niet altijd expliciet aangegeven.

De meningen in de literatuur over de vraag, of een partij kan worden verboden om te procederen wegens misbruik van procesrecht, zijn verdeeld. Bruning acht het opleggen van een dergelijk verbod niet mogelijk, en ook Zilinsky is kritisch.⁴ Van der Kwaak en Van der Wiel lijken een verbod daarentegen steeds mogelijk te achten als misbruik van procesrecht dreigt.⁵ Volgens Frielink kan in geval van (evidente) onrechtmatige uitoefening van een bevoegdheid door de kortgedingrechter een bevel worden gegeven om een vordering in bodemprocedure in te trekken.⁶ In de jurisprudentie is een enkele maal een verbod om te procederen wegens misbruik van bevoegdheid opgelegd. Deze verboden zijn over het algemeen gericht op procedures binnen Nederland.⁷ In enkele gevallen werd een partij veroordeeld om een procedure in het buitenland in te trekken.⁸ Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog daarentegen dat voor een zo ingrijpende maatregel als het geven van een bevel tot intrekking van een hoger beroep in kort geding geen plaats is.⁹ Ook in een kort geding bij de Rechtbank Middelburg werd geoordeeld dat de vordering om een partij te bevelen een Amerikaanse procedure in te trekken te ver gaat.¹⁰ In een kort geding in Haarlem werd de vordering tot het opleggen van een procedeerverbod afgewezen, waarbij de voorzieningenrechter overwoog dat een dergelijk verbod slechts kan worden toegevoegd onder uitzonderlijke omstandigheden.¹¹

Op grond van de literatuur en jurisprudentie met betrekking tot misbruik van procesrecht kan kortom niet worden geconcludeerd of en zo ja, in welke gevallen oplegging van een procedeerverbod mogelijk is. Wel zijn de argumenten die in deze literatuur en jurisprudentie naar voren komen interessant. Auteurs die menen dat oplegging van een procedeerverbod mogelijk is, wijzen erop dat in beginsel iedere

2 Meijer 2011, p. 969 e.v.

3 Van Leyenhorst 2009, p. 69-75.

4 Bruning 2003, p. 82; Zilinsky 2005, p. 84.

5 Van der Wiel 2005, p. 321-322; Van der Wiel 2004, p. 282 e.v.; Van der Kwaak 2002, p. 579-585, m.n. p. 583.

6 Frielink 1993, p. 18-19.

7 Althans, daar lijkt het wel op. Helemaal duidelijk is dit niet, aangezien veel rechters de reikwijdte van het verbod niet nauwkeurig aangeven. Zie Rb. Amsterdam (k.g.) 14 december 2004, *NJF* 2005, 27; Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 5 augustus 2004, *NJ* 2004, 597; Rb. Almelo 14 augustus 2002, *NJ* 2002, 491; Rb. Amsterdam 23 april 1992 (k.g.), te vinden bij Frielink 1993, p. 17.

8 Rb. Rotterdam 29 december 2010, *NJF* 2011, 151; Rb. Haarlem (k.g.) 21 december 2006, *NJF* 2007, 219. Zie ook Rb. Arnhem (k.g.) 24 augustus 1984, *NJ* 1986, 86, m.nt. JCS, waarin een bevel om beslag in het buitenland op te heffen in principe mogelijk werd geacht, maar in dit specifieke geval werd geweigerd.

9 Hof 's-Hertogenbosch (k.g.) 15 mei 1991, *NJ* 1992, 67, *KG* 1991, 307, r.o. 4.1.

10 Rb. Middelburg (k.g.) 25 januari 1985, *NJ* 1987, 114, r.o. 4.8.

11 Rb. Haarlem (k.g.) 13 januari 2011, *NJF* 2011, 200, r.o. 4.3.

dreigende onrechtmatige daad een verbodsbepaling kan dragen, dus ook dreigend misbruik van procesrecht. Doordat van misbruik niet snel sprake zal zijn, zal een verbod slechts in bijzondere omstandigheden kunnen worden opgelegd.¹² Ook in de rechtspraak wordt de oplegging van een procedeeerverbod vaak enkel gemotiveerd door te wijzen op het onrechtmatige gedrag van de partij tegen wie het bevel is gericht.¹³

Een ander argument dat wordt aangevoerd voor een procedeeerverbod is dat hierdoor het aantal procedures kan worden beperkt. Een partij kan immers verboden worden om (telkens) nieuwe procedures te beginnen. Zo werd in een zaak waarin Dexia een verbod werd opgelegd om nieuwe procedures te beginnen, als belangrijke reden gegeven dat hiermee voorkomen kon worden dat de rechtbanken 'verstopt' zouden raken.¹⁴

Door tegenstanders van het procedeeerverbod wordt erop gewezen dat het aan iedere rechter is om over de aan hem voorgelegde zaken te oordelen, en dat andere rechters zich hierin niet behoren te mengen.¹⁵ Zo legde de voorzieningenrechter aan Dexia wel een verbod op om nieuwe procedures te beginnen, maar weigerde hij haar te bevelen om reeds aanhangige procedures te staken. Daarbij overwoog hij:

'De voorzieningenrechter zal niet ingrijpen in reeds aanhangige procedures van Dexia tegen haar leasecontractanten en/of hun echtgenoten, gesteld al dat dit tot de bevoegdheden van een voorzieningenrechter zou kunnen behoren. De procesorde in die procedures dient bepaald te worden door de rechter die op die zaken zit.'¹⁶

Daarnaast wordt erop gewezen dat een verbod om nieuwe procedures te beginnen, in strijd zou zijn met het recht op toegang tot de rechter zoals neergelegd in artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM. De mogelijkheid een rechtsvordering in te stellen, zou niet op voorhand mogen worden afgesneden.¹⁷ Hier wordt tegen ingebracht dat het recht op toegang tot de rechter niet absoluut is. Artikel 3:13 lid 2 jo. artikel 6:162 lid 2 BW stellen grenzen aan dit recht.¹⁸

Een ander argument dat wordt aangevoerd tegen een procedeeerverbod is dat hierdoor juist het gevaar ontstaat van een toename van het aantal procedures, of in ieder geval het aantal 'trials about a trial'. Partijen krijgen immers de mogelijkheid om te procederen over de vraag of er geprocedeerd mag worden. Van der Wiel meent dat

12 Van der Wiel 2005, p. 321-322; Van der Wiel 2004, p. 282 e.v.; Frielink 1993, p. 18-19; Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 5 augustus 2004, *NJ* 2004, 597, r.o. 12.

13 Rb. Haarlem (k.g.) 21 december 2006, *NJF* 2007, 219; Rb. Almelo 14 augustus 2002, *NJ* 2002, 491; Rb. Rotterdam 29 december 2010, *NJF* 2011, 151, r.o. 5.9-5.10. In deze laatste zaak werd nog wel overwogen dat het Nederlandse interne (proces)recht zich niet tegen het opleggen van een dergelijk verbod verzet en dat gesteld noch gebleken is dat het recht van Algerije, waar de in te trekken procedure gaande was, daartoe enig beletsel vormt.

14 Rb. Amsterdam (k.g.) 14 december 2004, *NJF* 2005, 27, r.o. 11.

15 Zie bijv. Zilinsky 2005, p. 84; Meijer 2011, p. 970-971.

16 Rb. Amsterdam (k.g.) 14 december 2004, *NJF* 2005, 27, r.o. 15.

17 Bruning 2003, p. 82; Hof 's-Hertogenbosch (k.g.) 15 mei 1991, *NJ* 1992, 67, *KG* 1991, 307; Rb. Middelburg (k.g.) 25 januari 1985, *NJ* 1987, 114, r.o. 4.8. In Rb. Haarlem (k.g.) 13 januari 2011, *NJF* 2011, 200, r.o. 4.3 ziet de voorzieningenrechter een onbelemmerde toegang tot de rechter als een zodanig fundamenteel recht, dat een verbod tot procederen slechts kan worden toegewezen onder uitzonderlijke omstandigheden.

18 Van der Wiel 2005, p. 321; Frielink 1993, p. 19.

dit wel mee zal vallen indien er efficiënt geprocedeerd wordt, zoals door het instellen van een reconventionele vordering.¹⁹ Hoe sterk dit argument is, is bovendien afhankelijk van het aantal procedures dat naar verwachting met het verbod voorkomen kan worden. In geval van bijvoorbeeld de Dexia-problematiek zal het efficiënter zijn om wel te procederen over de vraag of geprocedeerd mag worden.

Ten slotte wordt wel betoogd dat er in kort geding geen ruimte zou zijn voor het opleggen van een procedeeverbod omdat een dergelijke maatregel niet het karakter heeft van een voorlopige voorziening. Met name indien intrekking van een vordering of intrekking van een hoger beroep wordt gevorderd, heeft een dergelijke maatregel vaak een onherstelbaar karakter.²⁰ Frielink wijst er daarentegen op dat het feit dat de gevolgen van een beslissing onherstelbaar kunnen zijn, nog niet betekent dat de voorziening haar 'voorlopig karakter' verliest.²¹

11.3.3 Engels recht: de 'anti-suit injunction'

Naar Engels recht is afdwinging van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage mogelijk door middel van een 'anti-suit injunction'. De 'anti-suit injunction' is een instrument dat enkel voorkomt in 'common law' landen,²² waarbij de rechter een partij verbiedt om een procedure in het buitenland te beginnen of voort te zetten.²³

De rechter heeft niet alleen de bevoegdheid om een 'anti-suit injunction' te geven in het kader van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage, maar ook in andere gevallen. Er moet voor het afgeven van een 'anti-suit injunction' wel aan een aantal vereisten zijn voldaan. Zo moet de Engelse rechter rechtsmacht hebben over diegene tot wie het bevel gericht is. Dit is het geval indien deze partij geldig gedagvaard kan worden, hetgeen zich in ieder geval voordoet indien een partij zich (ook al is dit maar tijdelijk) op Engels grondgebied bevindt. Daarnaast moet er een voldoende connectie zijn tussen het Engelse gerecht en het geschil waarvoor een procedure in het buitenland is begonnen. In principe betekent dit dat Engeland het 'natuurlijke forum' (ook wel: 'forum conveniens') moet zijn voor de berechting van het geschil. Ten slotte is vereist dat het voeren van de procedure in het buitenland 'vexatious' of 'oppressive' is. Deze begrippen zijn in de rechtspraak echter niet duidelijk omlijnd. 'Vexation' of 'oppression' kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien de procedure te kwader trouw is gestart, indien de procedure splitsing van

19 Van der Wiel 2005, p. 324.

20 Hof 's-Hertogenbosch (k.g.) 15 mei 1991, NJ 1992, 67, KG 1991, 307, r.o. 4.1; Rb. Middelburg (k.g.) 25 januari 1985, NJ 1987, 114, r.o. 4.8.

21 Frielink 1993, p. 18.

22 Zie de conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer voor HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.), nr. 33.

23 Ho 2003, p. 701; Wilson 2003, p. 213; Vlas in zijn noot onder HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.), nr. 1; Kramer 2005, p. 131. Van oorsprong was de 'anti-suit injunction' gericht op binnenlandse procedures, maar tegenwoordig gaat het vrijwel altijd om een procedure in het buitenland; zie Kramer 2005, p. 134; Wilson 2003, p. 213.

procedures in de hand werkt waardoor het gevaar van tegenstrijdige beslissingen ontstaat, en indien de procedure nauwelijks kans van slagen heeft.²⁴ Het is niet vereist dat een partij eerst voor het buitenlandse gerecht een beroep op onbevoegdheid doet. De rechter kan dus ook al een 'anti-suit injunction' geven voordat de buitenlandse rechter zich heeft uitgelaten over zijn bevoegdheid.²⁵

Indien de buitenlandse procedure is begonnen in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage, zijn de vereisten minder streng. Niet vereist is om aan te tonen dat Engeland het 'natuurlijke forum' voor de berechting van het geschil is.²⁶ Dit staat namelijk als gevolg van de overeenkomst vast.²⁷ Ook is niet vereist dat de procedure 'vexatious' of 'oppressive' is.²⁸ In principe zal de rechter in geval van een dergelijke overeenkomst een bevel uitvaardigen, tenzij er sterke redenen zijn om dit niet te doen.²⁹ De reden dat een 'anti-suit injunction' in geval van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage zo gemakkelijk afgegeven wordt, is dat partijen in dat geval een contractueel recht hebben om niet voor een andere dan de overeengekomen instantie te procederen. Dit contractuele recht mag hun niet ontnomen worden.³⁰ Met dit recht is niet verenigbaar dat over de vraag naar de bevoegdheid wel in het buitenland geprocedeerd zou mogen worden. Partijen gaan ervan uit dat de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst zal worden beoordeeld door de rechter die zij hebben aangewezen. Het kan ook wel degelijk uitmaken welke rechter de overeenkomst beoordeelt. Zo kan het zijn dat een buitenlandse rechter hierop andere rechtsregels toepast. Zelfs als deze regels vergelijkbaar zijn, geldt dat elk land zijn eigen procesrecht heeft, hetgeen tot verschillende uitkomsten kan leiden.³¹ Daarnaast wordt er vaak op gewezen dat andere methodes om een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage af te dwingen, zoals bijvoorbeeld schadevergoeding, niet adequaat zijn.³²

Naar Engels recht kan een partij dus verboden worden om een procedure in het buitenland te beginnen of voort te zetten. Feitelijk kan hierdoor de mogelijkheid van het buitenlandse gerecht om zijn eigen bevoegdheid te beoordelen worden doorkruist. Dat het de Engelse rechter toch vrijstaat een dergelijk bevel af te geven, wordt

24 Zie voor de vereisten voor afgifte van een 'anti-suit injunction' Dicey, Morris & Collins 2006, p. 500 e.v., nr. 12-067 e.v.; Bell 2003, p. 170 e.v., nr. 4.79 e.v. De uitspraak waarin de huidige beginselen zijn neergelegd is *Société Natinonale Industrielle Aérospatiale v Lee Kui Jak* [1987] A.C. 871, PC.

25 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 508-509, nr. 12-078, p. 544, nr. 12-140; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 94-96 (Leggatt), p. 96 (L.J. Millett).

26 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 543, nr. 12-139; *Airbus Industrie GIE v Patel* [1999] 1 AC 119, HL, p. 138 (L.J. Goff).

27 *Turner v Grovit and others* [2002] 1 WLR 107, HL, nr. 25, p. 118 (L.J. Hobhouse).

28 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 542-543, nr. 12-137 – 12-139.

29 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 544, nr. 12-140; Ho 2003, p. 706; Males 1998, p. 547; Merrett 2006, p. 318; Peel 1998, p. 204, 205; Yeo & Tan 2003, p. 404; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 96 (L.J. Millett); *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, nr. 24, p. 433 (L.J. Bingham); nr. 45, p. 439 (L.J. Hobhouse).

30 *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 96 (L.J. Millett); Dicey, Morris & Collins 2006, p. 543-544, nr. 12-139 – 12-140, p. 746-747, nr. 16-088.

31 Zie in deze zin bijv. Merrett 2006, p. 330-332.

32 Males 1998, p. 550; Bell 2003, p. 203, nr. 4.151; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 96 (L.J. Millett).

in Engeland verklaard doordat de rechter hiermee geen uitspraak doet over de rechtsmacht van de buitenlandse rechter. Het gaat namelijk om een bevel dat gericht is tegen de partij die de procedure in het buitenland is begonnen en de Engelse rechter beoordeelt dan ook enkel het gedrag van deze partij.³³ Toch wordt tegenwoordig over het algemeen erkend dat een dergelijk bevel wel degelijk een indirecte inmenging in de procedures van een buitenlands gerecht vormt.³⁴ In de rechtspraak is er dan ook aandacht voor het effect van een 'anti-suit injunction' op 'comity', het internationale wederzijdse respect. Vaak wordt overwogen dat 'comity' vereist dat de rechter voorzichtig is met het nemen van een dergelijke maatregel.³⁵ Om de indirecte inmenging in de buitenlandse procedure te rechtvaardigen, is nodig dat Engeland een voldoende band met het geschil heeft.³⁶ Uit het arrest *The Angelic Grace* van de Court of Appeal blijkt echter dat indien sprake is van schending van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage terughoudendheid niet vereist is. De reden is dat een partij in dat geval zelf de verplichting op zich heeft genomen om niet voor een andere dan de overeengekomen instantie te procederen.³⁷ 'Comity' speelt in deze zaken dus een zeer geringe rol.

Tegen deze rechtspraak wordt door sommigen wel bezwaar gemaakt. Zo meent Males dat enkel indien duidelijk is dat een procedure in het buitenland in strijd is met een overeenkomst, de Engelse rechter een 'anti-suit injunction' zou moeten afgeven. Indien er echter reden is voor twijfel, moet de Engelse rechter voorzichtiger zijn. In dat geval moet gekeken worden of de partij die de procedure in het buitenland is begonnen hiervoor goede redenen heeft. Van geval tot geval moet dan beoordeeld worden of een 'anti-suit injunction' op zijn plaats is.³⁸

Ook Peel heeft kritiek op de huidige praktijk van afgifte van 'anti-suit injunctions'. Hij betoogt dat de rechter eerst het oordeel van de buitenlandse rechter over zijn bevoegdheid zou moeten afwachten voordat hij een 'anti-suit injunction' afgeeft. Indien de buitenlandse rechter zich, ondanks de overeenkomst, toch bevoegd verklaart, betekent dit volgens hem nog niet dat alsnog een 'anti-suit injunction' moet worden afgegeven. Dit is afhankelijk van de vraag of de Engelse rechter tot dezelfde conclusie had kunnen komen.³⁹ Hier wordt tegen ingebracht dat indien het buitenlandse gerecht zich reeds bevoegd heeft verklaard, het helemaal in zou gaan tegen 'comity' om alsnog een 'anti-suit injunction' af te geven.⁴⁰ Hoe meer tijd een

33 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 500-501, nr. 12-067; Bell 2003, p. 171-173, nr. 4.83-4.86. *Turner v Grovit and others* [2002] 1 WLR 107, HL, nr. 22 e.v., p. 116 e.v. (L.J. Hobhouse).

34 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 501, nr. 12-067; Ho 2003, p. 701-703; Peel 1998, p. 204; Wilson 2003, p. 213; Merrett 2006, p. 318. Zo ook A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zijn conclusie bij HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), nr. 34; Kramer 2005, p. 133.

35 Bell 2003, p. 236, nr. 4.227; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 500, nr. 12-067. Zie bijv. *Société Natinonale Industrielle Aérospatiale v Lee Kui Jak* [1987] A.C. 871, PC, p. 892.

36 *Airbus Industrie GIE v Patel* [1999] 1 AC 119, HL, p. 138 (L.J. Goff).

37 *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 96 (L.J. Millett).

38 Males 1998, p. 548-551.

39 Peel 1998, p. 206-212. Ook anderen nemen een vergelijkbaar standpunt in. Zie hierover bijv. Bell 2003, p. 241 e.v., nr. 4.238 e.v. Zie, m.b.t. de overeenkomst tot arbitrage, ook Mustill & Boyd 1989, p. 460.

40 Males 1998, p. 549; Bell 2003, p. 237, nr. 4.228, p. 239, nr. 4.233; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 91-92, 94 (L.J. Leggatt), p. 96 (L.J. Millett).

buitenlands gerecht in de procedure heeft gestoken, hoe minder snel een dergelijk bevel gerechtvaardigd is.⁴¹ Peel suggereert, in navolging van Mustill en Boyd, dat een bevel dan ook alleen moet worden gegeven indien er 'iets goed mis' is gegaan bij de buitenlandse rechter. Indien de Engelse rechter tot dezelfde conclusie had kunnen komen zou de 'anti-suit injunction' niet gegeven moeten worden.⁴²

Op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie is het de Engelse rechter niet langer toegestaan om een 'anti-suit injunction' af te geven met betrekking tot een procedure in een andere EEX-staat. Zie hierover uitgebreid paragraaf 11.3.5. Geconcludeerd kan echter worden dat met betrekking tot procedures in andere landen afgifte van een 'anti-suit injunction' in geval van schending van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage naar Engels recht in principe steeds mogelijk is. Door middel van een dergelijke maatregel dwingt de Engelse rechter nakoming van deze overeenkomsten af.

11.3.4 Duits recht⁴³

Uit de rechtspraak en literatuur kan worden afgeleid dat naar Duits recht oplegging van een procedeeerverbod ter afdwining van een verplichting uit bevoegdheidsovereenkomst niet mogelijk is.⁴⁴ In de literatuur wordt als argument tegen een dergelijk verbod onder andere aangevoerd dat het aan ieder gerecht zelf is om zijn eigen bevoegdheid te onderzoeken.⁴⁵ Bovendien zou door het openen van de mogelijkheid om in een aparte procedure een procedeeerverbod te vorderen, een doolhof van procedures kunnen ontstaan.⁴⁶

Door sommige auteurs wordt over de mogelijkheid van een procedeeerverbod in geval van een bevoegdheidsovereenkomst echter anders gedacht.⁴⁷ Zo meent Wagner dat indien partijen in het kader van hun bevoegdheidsovereenkomst rechten en verplichtingen in het leven hebben geroepen, zij hiervan onder omstandigheden in een aparte procedure nakoming kunnen vorderen. Indien het procedeeerverbod gericht is op een ander Duits gerecht, zal een partij bij een dergelijke vordering geen belang hebben, omdat zij zich in dat geval ook direct tot dit Duitse gerecht zal kunnen wenden. In internationale verhoudingen ligt dit anders. Een partij kan dan wel degelijk belang hebben bij een verbod, bijvoorbeeld indien in het buitenland de bevoegdheidsovereenkomst niet erkend wordt. Het argument dat door een dergelijk verbod inmenging in de rechtsmacht van het buitenlandse gerecht plaatsvindt, verwerpt Wagner. Volgens hem is het procedeeerverbod namelijk niet gericht tot het buitenlandse gerecht, maar tot de partij die voor dit gerecht wil procederen.⁴⁸

41 Bell 2003, p. 237, nr. 4.228; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 508-509, nr. 12-078.

42 Peel 1998, p. 210-211; Mustill & Boyd 1989, p. 460.

43 In deze paragraaf blijft de vraag in hoeverre een verbod kan worden opgelegd om te procederen voor de gerechten van een andere EEX-staat buiten beschouwing. Zie hierover par. 11.3.5.

44 Zie voor een overzicht van rechtspraak en literatuur Naumann 2008, p. 93-97; Wagner 1998, p. 263 e.v.

45 Zie, met verwijzing naar literatuur, Naumann 2008, p. 96; Wagner 1998, p. 264-265, 270.

46 Zie, met verwijzing naar literatuur, Wagner 1998, p. 264.

47 Zie, met verwijzing naar deze literatuur, Naumann 2008, p. 96-97; Wagner 1998, p. 264.

48 Wagner 1998, p. 263 e.v.

11.3.5 Het Hof van Justitie en de 'anti-suit injunction'

In paragraaf 11.3.3 is gebleken dat naar Engels recht een partij verboden kan worden om een procedure in het buitenland te beginnen of voort te zetten. In de arresten *Turner/Grovit c.s.* en *Allianz c.s./West Tankers* was de vraag aan de orde in hoeverre een dergelijke 'anti-suit injunction' verenigbaar is met de EEX-regeling. Het Hof van Justitie oordeelde daarbij dat de EEX-regeling zich ertegen verzet dat een gerecht van een EEX-staat een gerechtelijk bevel uitvaardigt teneinde een persoon te verbieden een rechtsvordering in te stellen of voort te zetten bij een gerecht van een andere EEX-staat.⁴⁹ Dit geldt zelfs indien de partij die de procedure in de andere EEX-staat is begonnen, te kwader trouw handelt om een reeds aanhangige procedure te belemmeren.⁵⁰ Ook is dit het geval indien de buitenlandse procedure in strijd is met een arbitragebeding, al is de EEX-regeling in principe niet van toepassing op arbitrage (zie artikel 1 lid 2 sub d EEX-Vo).⁵¹

De Nederlandse rechter of een scheidsgerecht in een arbitrage in Nederland⁵² kan kortom niet, om de nakoming van een procesovereenkomst af te dwingen, een partij een verbod opleggen om in een andere lidstaat te procederen. De EEX-verordening staat, naar valt aan te nemen, echter niet aan een bevel om een procedure buiten het EEX-territoir te staken in de weg.⁵³ Ook staat het de Nederlandse rechter of een scheidsgerecht vrij een verbod op te leggen om voor een andere Nederlandse rechter een procedure te beginnen of voort te zetten.⁵⁴

Het is interessant om te zien welke argumenten het Hof van Justitie aan zijn beslissing tot afwijzing van de 'anti-suit injunction' ten grondslag legt. In dit verband moet ten eerste naar het arrest *Gasser/MISAT* gekeken worden. In dit arrest ging het om de vraag welke rechter de geldigheid van een overeenkomst tot forumkeuze dient te beoordelen. *MISAT* was in Italië een procedure tegen *Gasser* begonnen. Vervolgens stelde *Gasser* een vordering tegen *MISAT* bij een gerecht in Oostenrijk in, waarbij zij zich beriep op een forumkeuze voor dit gerecht. In hoger beroep rees de vraag of de Oostenrijkse rechter overeenkomstig artikel 21 EEX-Verdrag (artikel 27 EEX-Vo) de zaak moest aanhouden in afwachting van het oordeel van de Italiaanse rechter over zijn bevoegdheid, of dat artikel 21 EEX-Verdrag niet van toepassing is indien het laatst aangezochte gerecht exclusief bevoegd is op grond van een forumkeuze. De regering van het Verenigd Koninkrijk, die in de procedure voor het Hof opmerkingen had ingediend, betoogde dat het aan het aangewezen gerecht is om de geldigheid van de

49 HvJ EG 27 april 2004, *NJ* 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 31; HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (*Allianz c.s./West Tankers*), r.o. 34.

50 HvJ EG 27 april 2004, *NJ* 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 31.

51 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (*Allianz c.s./West Tankers*), r.o. 34.

52 De EEX brengt mee dat de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis waarbij een dergelijk procedeeerverbod is opgelegd door de overheidsrechter geweigerd dient te worden, zo is aan-nemelijk. Weigeringsgrond zal in dat geval strijd met de openbare orde of de goede zeden zijn (zie art. 1063 lid 1 Rv). Anders Van Leyenhorst 2009, p. 74-75.

53 Zo ook Van Leyenhorst 2009, p. 74; Vlas in zijn noot bij HvJ EG 27 april 2004, *NJ* 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), nr. 2.

54 Kramer 2005, p. 134; Vlas in zijn noot bij HvJ EG 27 april 2004, *NJ* 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), nr. 2.

forumkeuze te beoordelen, en niet aan de als eerst aangezochte rechter. Daarbij wees zij erop dat het door het forumkeuzebeding aangewezen gerecht in het algemeen beter in staat is om zich over de werking van het beding uit te spreken, voor zover dit beding wordt beheerst door het materiële recht van de lidstaat waar het aangewezen gerecht zich bevindt. Deze redenering werd door het Hof niet gevolgd. Volgens het Hof is het laatst aangezochte gerecht in geen geval beter dan het eerst aangezochte gerecht in staat om te beoordelen, of dit laatste al dan niet bevoegd is. Daarbij wees het Hof erop dat de bevoegdheid rechtstreeks bepaald wordt door de regels van het Executieverdrag, die voor de twee gerechten gelijkelijk gelden en door elk van hen met hetzelfde gezag kunnen worden uitgelegd en toegepast.⁵⁵ Bovendien hoeft het bestaan van een exclusief forumkeuzebeding niet per definitie te betekenen dat een niet aangewezen gerecht zich onbevoegd dient te verklaren. Het staat partijen immers vrij om zich uiteindelijk niet op het beding te beroepen, en in het bijzonder is stilzwijgende forumkeuze overeenkomstig artikel 18 EEX-Verdrag (24 EEX-Vo) mogelijk.⁵⁶

Het Hof benadrukte ook het belang van rechtszekerheid dat door artikel 21 EEX-Verdrag wordt gediend. De Commissie had er al op gewezen dat indien artikel 21 EEX-Verdrag buiten toepassing wordt gelaten, dit tot onverenigbare uitspraken kan leiden. Het is dan immers mogelijk dat zowel het eerst aangezochte gerecht, als het door forumkeuze aangewezen gerecht beide tot de conclusie komen dat zij bevoegd zijn en beide hetzelfde geschil beoordelen.⁵⁷ Het Hof van Justitie overwoog dat artikel 21 EEX-Verdrag tot doel heeft uit te sluiten dat onverenigbare beslissingen ontstaan.⁵⁸ Volgens het Hof strookt het met de door het Executieverdrag verlangde rechtszekerheid dat bij aanhangigheid duidelijk en nauwkeurig wordt bepaald wie van de twee nationale rechters moet uitmaken of hij bevoegd is.⁵⁹

De regering van het Verenigd Koninkrijk had nog aangevoerd dat toepassing van artikel 21 EEX-Verdrag in geval van forumkeuze vertragsmanoeuvres in de hand werkt. A-G Léger schaarde zich achter dit betoog. Volgens hem kan een partij die de bodembeslissing wil vertragen, snel een vordering instellen bij een onbevoegde rechter om op die manier elke vordering van de wederpartij lam te leggen totdat deze rechter zich onbevoegd verklaart.⁶⁰ Het Hof overwoog daarentegen dat de moeilijkheden die voortvloeien uit vertragsmanoeuvres van partijen niet afdoen aan de uitlegging van een van de bepalingen van het Executieverdrag, zoals zij voortvloeit uit de tekst en de doelstelling ervan.⁶¹ Dit wordt ook niet anders, indien de procedures bij het eerst aangezochte gerecht buitengewoon lang duren.⁶² Volgens

55 HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 48.

56 HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 49.

57 Zie conclusie A-G Léger voor HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), nr. 55.

58 HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 41.

59 HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 51. Zie ook het overeenkomstige standpunt van de Commissie, weergegeven in r.o. 38.

60 Conclusie A-G Léger voor HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), nr. 67.

61 HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 53.

62 Bekend is de zogenaamde 'Italiaanse torpedo'. Zie Vlas in zijn noot bij HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), nr. 4; Kramer 2005, p. 137.

het Hof van Justitie is de lange duur van de behandeling in een bepaalde lidstaat geen reden om artikel 21 EEX-Verdrag buiten toepassing te laten. Daarbij wijst het Hof op het feit dat de EEX-regeling gegrond is op het vertrouwen van de verdragsluitende staten in elkaars rechtssystemen en gerechtelijke instanties.⁶³

In het arrest Gasser/MISAT benadrukte het Hof kortom dat het aan de als eerst aangezochte rechter is om zijn eigen bevoegdheid te beoordelen. Dit mag een andere rechter niet voor hem doen. Hieruit kan reeds afgeleid worden dat er onder de EEX-regeling weinig ruimte bestaat voor een 'anti-suit injunction'. Een belangrijk argument voor het gebruik van een dergelijke maatregel is immers dat partijen er in geval van een overeenkomst tot forumkeuze van uit mogen gaan dat het de door hen aangewezen rechter is die de geldigheid van de overeenkomst zal beoordelen (zie paragraaf 11.3.3).

Door het arrest Turner/Grovit c.s. werd inderdaad bevestigd dat onder de EEX geen ruimte bestaat voor een 'anti-suit injunction'. Het ging in deze zaak om een arbeidsgeschil waarbij de Engelse rechter op verzoek van Turner, de werknemer, aan Grovit c.s., de werkgever, het bevel had gegeven om een procedure die Grovit c.s. in Spanje tegen Turner waren begonnen niet voort te zetten. De procedure in Spanje was volgens de Court of Appeal namelijk te kwader trouw ingesteld, aangezien Turner al eerder een procedure in Londen aanhangig had gemaakt. De procedure in Spanje zou alleen tot doel hebben Turner onder druk te zetten om hem ertoe te bewegen zijn vordering in Londen in te trekken. Nadat de Engelse rechter had bevolen de procedure in Spanje te beëindigen, hebben Grovit c.s. daadwerkelijk de procedure in Spanje gestaakt. Zij hebben echter wel bezwaar gemaakt bij de House of Lords tegen de afgifte van de 'anti-suit injunction'. Hierop heeft de House of Lords een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie.

Het Hof van Justitie oordeelde dat de 'anti-suit injunction' onverenigbaar is met de EEX-regeling. Iedere lidstaat is bevoegd te oordelen over zijn eigen bevoegdheid. Het Hof benadrukte dat het Executieverdrag gegrond is op wederzijds vertrouwen van de verdragsluitende staten in elkaars rechtssysteem en rechterlijke instanties. Dit beginsel brengt mee dat de bevoegdheid van een gerecht behoudens bijzondere omstandigheden niet door een gerecht van een andere verdragsluitende staat mag worden getoetst.⁶⁴

De House of Lords had in zijn verwijzingsbeschikking benadrukt dat door het uitvaardigen van een 'anti-suit injunction' geen oordeel wordt gegeven over de bevoegdheid van de buitenlandse rechter. De rechter laat zich enkel uit over het gedrag van de partij tot wie het bevel gericht is. De 'anti-suit injunction' is ook niet gericht tot een ander gerecht, maar tot de partij die de procedure in het buitenland is begonnen.⁶⁵ Het Hof van Justitie volgde dit betoog echter niet. Door het geven van een 'anti-suit injunction' wordt volgens het Hof wel degelijk afbreuk gedaan aan de bevoegdheid van het buitenlandse gerecht om het geschil te beslechten. Wanneer een partij wordt verboden een vordering in te stellen, vormt dit een inmenging in de

63 HvJ EG 9 december 2003, NJ 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 70 e.v.

64 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.), r.o. 24-26.

65 *Turner v Grovit and others* [2002] 1 WLR 107, HL, nr. 22 e.v., p. 116 e.v. (L.J. Hobhouse). De regering van het Verenigd Koninkrijk ondersteunde deze zienswijze; zie HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.), r.o. 21-22.

rechtsmacht van het buitenlandse gerecht. Volgens het Hof wordt bij het uitvaardigen van een 'anti-suit injunction' bovendien niet enkel een oordeel gegeven omtrent het gedrag van de verweerder. Wanneer immers aan de verweerder het verwijt wordt gemaakt dat hij een beroep doet op de rechtsmacht van een gerecht van een andere lidstaat, houdt de vaststelling dat deze gedraging een misbruik vormt, een beoordeling in van de relevantie van het instellen van een vordering voor dat gerecht. Door een dergelijke beoordeling wordt dan ook wel degelijk inbreuk gemaakt op het beginsel van wederzijds vertrouwen dat aan de EEX-regeling ten grondslag ligt.⁶⁶

Volgens het Hof kan de inmenging in de rechtsmacht van het buitenlandse gerecht niet worden gerechtvaardigd doordat zij tot doel heeft misbruik door de verweerder te verhinderen.⁶⁷ Volgens het Hof verzet de EEX-regeling zich zelfs tegen het opleggen van een 'anti-suit injunction', indien een partij te kwader trouw handelt om een reeds aanhangige procedure te belemmeren.⁶⁸

De Engelse regering had nog naar voren gebracht dat het rechterlijke bevel de doelstellingen van het Executieverdrag zou kunnen helpen verwezenlijken, doordat hierdoor tegenstrijdige vonnissen zouden kunnen worden voorkomen en een toename van het aantal procedures zou kunnen worden vermeden.⁶⁹ Ook dit argument gaat volgens het Hof niet op. Volgens het Hof doet de 'anti-suit injunction' afbreuk aan het nuttig effect van de specifieke regelingen van het Executieverdrag inzake aanhangigheid en samenhang. Bovendien zou het gebruik van een dergelijk instrument kunnen leiden tot gevallen van collisie die niet door het Executieverdrag zijn geregeld. Zo is denkbaar dat de gerechten van twee verdragsluitende staten tegenstrijdige 'anti-suit injunctions' geven.⁷⁰

Het arrest *Turner/Grovit c.s.* liet nog de vraag open of een 'anti-suit injunction' ook onverenigbaar is met de EEX indien deze maatregel gebaseerd is op een overeenkomst tot arbitrage. Hierover kon worden getwijfeld, aangezien arbitrage krachtens artikel 1 lid 2 sub d EEX-Vo uitgesloten is van de werkingssfeer van de EEX-verordening. In het arrest *Allianz c.s./West Tankers* heeft het Hof van Justitie hierover duidelijkheid verschaft. Het ging in deze zaak om een 'anti-suit injunction' die op vordering van West Tankers aan Allianz c.s. was afgegeven, op grond van het feit dat Allianz c.s. in Italië een procedure waren begonnen die in strijd was met een overeenkomst tot arbitrage in Londen. In beroep diende de House of Lords over deze 'anti-suit injunction' te oordelen, waarbij hij een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie heeft gesteld.

Het Hof van Justitie oordeelde dat een dergelijke maatregel onverenigbaar is met de EEX. Weliswaar valt de procedure waarbij de 'anti-suit injunction' wordt vastgesteld buiten de werkingssfeer van de EEX-verordening, maar het is toch mogelijk dat deze procedure onverenigbaar is met de verordening doordat zij de verwezenlijking van de doelstellingen van deze verordening verhindert. Dit is volgens het Hof met name het geval wanneer een dergelijke procedure een gerecht van een andere lidstaat verhindert de bevoegdheden uit te oefenen die hem zijn toegekend krachtens

66 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), m.n. r.o. 27-28.

67 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 28.

68 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 31.

69 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 23.

70 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 30.

de EEX-verordening.⁷¹ In dit geval was hiervan sprake, aangezien de procedure voor het Italiaanse gerecht volgens het Hof wel onder de werkingssfeer van de EEX-regeling viel. In die procedure was namelijk een vordering tot schadevergoeding aan de orde, waarbij de toepassing van het arbitragebeding slechts een prealabele vraag vormde. De door West Tankers in de Italiaanse procedure opgeworpen exceptie van onbevoegdheid viel dus binnen de werkingssfeer van de EEX-verordening en het Italiaanse gerecht was krachtens de verordening bij uitsluiting bevoegd zich hierover uit te spreken.⁷²

Een en ander brengt mee dat ook in geval van een overeenkomst tot arbitrage een 'anti-suit injunction' onverenigbaar is met de EEX. Het Hof overwoog dat een gerecht door een dergelijke maatregel de bevoegdheid wordt ontnomen om over zijn eigen rechtsmacht te beslissen. Een dergelijke 'anti-suit injunction' druist volgens het Hof dan ook in tegen het vertrouwen van de verdragsluitende staten in elkaars rechtssystemen en rechterlijke instanties, waarop het stelsel van bevoegdheden van de EEX-verordening berust.⁷³ Het Hof van Justitie wees er verder nog op dat het ook in overeenstemming is met het Verdrag van New York dat de rechter van de staat bij wie een geding aanhangig wordt gemaakt, kan beoordelen of de arbitrageovereenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast.⁷⁴

Door de House of Lords was nog aangevoerd dat partijen, door de keuze voor arbitrage, willen voorkomen dat zij in langlopende procedures voor nationale rechters verwickeld raken. De beslissing van partijen zou door nationale gerechten moeten worden gerespecteerd.⁷⁵ Het Hof van Justitie overwoog echter dat indien het gebruik van een 'anti-suit injunction' het buitenlandse gerecht zou belemmeren zelf de prealabele vraag naar de geldigheid of toepasselijkheid van een arbitragebeding te onderzoeken, een partij zich reeds met een beroep op dit beding zou kunnen onttrekken aan de procedure. De verzoeker die meent dat geen sprake is van een geldige arbitragebeding, zou zich aldus de toegang ontzegd zien tot het gerecht waarop hij overeenkomstig de EEX-regeling recht heeft.⁷⁶

Het Hof van Justitie hecht er in zijn jurisprudentie kortom sterk aan dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid mag beoordelen. Daarbij houdt het strikt vast aan de litispendingie-regel van artikel 27 EEX-Vo, op grond waarvan het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht zijn uitspraak dient aan te houden totdat het gerecht waarbij de zaak eerst is aangebracht zich heeft uitgesproken over zijn bevoegdheid. In het voorstel tot aanpassing van de EEX-verordening wordt deze litispendingie-regel echter aangepast. In dit voorstel wordt het aan het gerecht dat bij de forumkeuze is aangewezen gelaten om over de geldigheid van de overeenkomst te oordelen. Het is aan dit gerecht om te onderzoeken of het bevoegd is, ook als het niet als eerste is aangezocht (zie artikel 29 lid 1 jo. artikel 32 lid 2 EEX-Vo (nieuw)). Op grond van het voorstel is het bovendien aan de gerechten van de lidstaten van de plaats van

71 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers), r.o. 23-24.

72 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers), m.n. r.o. 26-27.

73 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers), r.o. 28-30.

74 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers), r.o. 33.

75 Zie de conclusie van A-G Kokott voor HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers), nr. 64.

76 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers), r.o. 31.

arbitrage om over de geldigheid van een overeenkomst tot arbitrage te oordelen (zie artikel 29 lid 4 EEX-Vo (nieuw)). De reden voor deze wijzigingen is het tegengaan van misbruik van procesrecht. Voorkomen wordt hierdoor dat een partij de werking van een bevoegdheidsovereenkomst kan frustreren door een procedure te beginnen voor een onbevoegd gerecht van een andere lidstaat.⁷⁷ Ook indien de EEX-verordening inderdaad op dit punt wordt aangepast, zal dit niet betekenen dat 'anti-suit injunctions' daarmee weer toelaatbaar worden. Als uitgangspunt blijft immers ook dan gelden dat de gerechten van de ene lidstaat zich niet mogen mengen in de beslissing over de bevoegdheid van een gerecht van een andere lidstaat. Alleen de regel, welk gerecht zijn eigen bevoegdheid heeft te onderzoeken en welk gerecht zijn beslissing daarover aanhoudt, wijzigt. Ook naar toekomstig recht is het voor de Nederlandse rechter of voor arbiters kortom niet mogelijk een partij op grond van een bevoegdheidsovereenkomst te verbieden voor de rechter van een andere EEX-staat te procederen.

11.3.6 Uitgangspunten bij de beoordeling

Bij de behandeling van de verschillende rechtsstelsels in de vorige paragrafen zijn meerdere argumenten naar voren gekomen die een rol kunnen spelen bij de vraag of de rechter een partij kan veroordelen tot nakoming van haar verbintenis uit een bevoegdheidsovereenkomst. Hier worden deze argumenten nog eens op een rij gezet. Argumenten om een procedeerverbod mogelijk te maken zijn:

- De rechter die in de procesovereenkomst als bevoegd wordt aangewezen is degene die de geldigheid van de overeenkomst behoort te beoordelen. Dit wordt door middel van een procedeerverbod mogelijk gemaakt.
- Vertragingstactieken kunnen door middel van een procedeerverbod op effectieve wijze worden aangepakt. Een dergelijke maatregel biedt een middel om snel een einde te maken aan een te kwader trouw begonnen procedure.
- Een procedeerverbod draagt bij aan de efficiëntie, doordat het aantal procedures wordt teruggebracht. Voorkomen wordt immers dat een partij (telkens) procedures start. Is reeds een procedure aanhangig, dan kan deze in de kiem worden gesmoord.

Argumenten die aangevoerd worden tegen het gebruik van een procedeerverbod zijn:

- Door een dergelijke maatregel wordt inbreuk gemaakt op het stelsel dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid beoordeelt. Dit is in strijd met het vertrouwen dat men een andere rechter verschuldigd is.
- Een procedeerverbod is in strijd met het recht op toegang tot de rechter, zoals neergelegd in artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM.
- Een dergelijke maatregel leidt juist tot extra procedures: partijen krijgen immers de mogelijkheid om te gaan procederen over de vraag of geprocedeerd mag worden (trials about a trial).

⁷⁷ Zie het Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM(2010)748, p. 9-10.

- Doordat meerdere rechters door het toestaan van dergelijke maatregelen de bevoegdheid krijgen om zich uit te laten over dezelfde vraag, neemt de kans op tegenstrijdige uitspraken toe.
- Een procedeerverbod heeft niet het karakter van ‘voorlopige voorziening’ en is in kort geding daarom niet mogelijk.

Opvallend is dat in de verschillende rechtsstelsels dezelfde argumenten een rol spelen. In de arresten van het Hof van Justitie komen voor een groot deel dezelfde argumenten naar voren die ook genoemd worden in de discussie in Nederland, Engeland en Duitsland. Wel verschilt het gewicht dat aan bepaalde argumenten wordt toegekend. Zo geldt in het kader van de EEX-regeling als uitgangspunt dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid beoordeelt. Het Hof van Justitie hanteert dit beginsel streng en laat geen uitzonderingen toe. Ook onder het Engelse recht geldt dat rechters in principe de rechtsmacht van andere gerechten dienen te respecteren (‘comity’), maar hier is dit uitgangspunt niet zonder uitzonderingen. Dit verschil kan deels hierdoor worden verklaard dat in het kader van de EEX-regeling niet de verhouding tussen willekeurige staten centraal staat. Het gaat om staten die aan elkaar gebonden zijn door middel van een verdrag en die zich hebben verplicht elkaars uitspraken te erkennen en ten uitvoer te leggen. Van deze staten moet, volgens het Hof van Justitie, dan ook vertrouwen worden verwacht in elkaars rechtssystemen en rechterlijke instanties. Het ligt dan ook voor de hand dat een inbreuk op de rechtsmacht van een EEX-staat minder snel gerechtvaardigd is dan de inbreuk op de rechtsmacht van een willekeurige andere staat.

Bovendien geldt dat het argument ter rechtvaardiging van de ‘anti-suit injunction’ dat het bij forumkeuze aangewezen gerecht beter in staat is de geldigheid van dit beding te beoordelen, in het kader van de EEX-regeling een veel geringere rol speelt. Alle EEX-gerechten passen immers de EEX-regeling toe, zodat de kans veel kleiner is dat de buitenlandse rechter tot een ander oordeel komt. Wel is dit in geval van een arbitragebeding anders, aangezien arbitrage is uitgesloten van de EEX-regeling. Dit is dan ook de reden dat aanvankelijk twijfel bestond over de toelaatbaarheid van een ‘anti-suit injunction’ in een dergelijk geval. In het voorstel tot aanpassing van de EEX-verordening wordt het overigens wel aan de aangewezen rechter en aan de rechter van de lidstaat van de plaats van arbitrage gelaten om over de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst te oordelen.⁷⁸

Het gewicht dat aan deze argumenten moet worden gehecht, is dus afhankelijk van de context. Hierna zal, door deze verschillende argumenten tegen elkaar af te wegen, de vraag beantwoord worden of een veroordeling tot nakoming van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst mogelijk is. Daarbij zal een onderscheid gemaakt worden tussen de oplegging van een verbod om te procederen binnen Nederland enerzijds en voor een buitenlands gerecht anderzijds. Bij deze afweging

⁷⁸ Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM(2010)748. Het gaat om art. 29 lid 1 jo. art. 32 lid 2 EEX-Vo (nieuw) en art. 29 lid 4 EEX-Vo (nieuw).

wordt telkens als uitgangspunt genomen dat op grond van artikel 3:296 lid 1 BW een veroordeling tot nakoming in principe mogelijk is, tenzij uit de wet, de aard van de verplichting of een rechtshandeling anders volgt. Bovendien dient een partij op grond van artikel 3:303 BW een voldoende belang te hebben bij haar rechtsvordering.

11.3.7 Verbod om in Nederland te procederen

11.3.7.1 Belang

Is het mogelijk dat de Nederlandse rechter of een scheidsgerecht nakoming van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst, zoals een overeenkomst tot forumkeuze, prorogatie of sprongcassatie, afdwingt door een partij te verbieden om een procedure voor een Nederlands gerecht te beginnen of voort te zetten? Een vordering tot afgifte van een dergelijk verbod is zowel denkbaar in een bodemprocedure als in kort geding. In beide gevallen is vereist dat een partij voldoende belang heeft bij een dergelijke vordering. In geval van een kort geding zal dit zelfs een spoedeisend belang moeten zijn.

Het belang van een partij om bij de bodemrechter een vordering in te stellen om haar wederpartij onder oplegging van een dwangsom te verbieden voor een andere Nederlandse rechter te procederen, lijkt op het eerste gezicht zeer klein. Deze partij kan zich immers ook tot de door haar wederpartij aangezochte rechter wenden, en daar een beroep op onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid doen. Dit zal over het algemeen veel sneller en goedkoper zijn dan het entameren van een extra bodemprocedure.

Het kan echter zijn dat een partij stelt belang te hebben bij de vordering tot oplegging van een verbod, omdat zij wil dat het de als bevoegd aangewezen instantie is die de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst toetst. Dit kan zij bereiken door een procedeeerverbod te vorderen bij de *wel* als bevoegd aangewezen instantie. Er doet zich in dat geval echter wel een probleem met betrekking tot de bevoegdheid voor. Immers, het is zeer de vraag of de als bevoegd aangewezen instantie ook bevoegd is om over een vordering tot nakoming van de bevoegdheidsovereenkomst te oordelen. Brengt een overeenkomst tot prorogatie met betrekking tot een geschil over de conformiteit van een gekochte zaak ook de bevoegdheid van het hof mee om een partij te verbieden voor de rechtbank te procederen? Wellicht zou kunnen worden aangenomen dat een dergelijke bevoegdheidsovereenkomst naar haar aard ook ziet op geschillen betreffende haar eigen uitvoering. Dit biedt voor de meeste bevoegdheidsovereenkomsten een oplossing, maar lost het probleem in geval van sprongcassatie niet op. Onaannemelijk is dat bij de Hoge Raad een nieuwe vordering tot oplegging van een procedeeerverbod zou kunnen worden ingesteld, waarbij de Hoge Raad ook over de feiten zou dienen te oordelen.

Deze bevoegdheidssperikelen daargelaten, lijkt het belang dat een partij heeft om de bevoegdheid enkel door de aangewezen Nederlandse rechter te laten beoordelen niet zeer groot te zijn. Immers, alle gerechten in Nederland passen hetzelfde recht toe. Het is niet aannemelijk dat zich hierbij grote verschillen voordoen. Ook zijn de afstanden binnen Nederland niet zeer groot. Voor arbitrage geldt dat het laatste

woord over de geldigheid van de overeenkomst uiteindelijk toch aan de overheidsrechter is.

Een partij heeft kortom een zeer gering belang bij een vordering in een bodemprocedure tot oplegging van een procedeeverbod op grond van een bevoegdheids-overeenkomst. Meer belang lijkt op het eerste gezicht te bestaan bij een dergelijke vordering in kort geding. In kort geding kan immers veel sneller een uitspraak worden verkregen, zodat voorkomen kan worden dat een partij een lange procedure over de bevoegdheid moet voeren bij de bodemrechter. Bereikt kan op deze manier worden dat het de in de overeenkomst aangewezen instantie is die de geldigheid van de overeenkomst toetst. Dit kan met name van belang zijn voor een buitenlandse partij, die in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst een procedure in Nederland moet voeren. Indien de kortgedingrechter een procedeeverbod oplegt, kan op snelle wijze een einde aan een procedure in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst worden gemaakt.

Toch is het de vraag of dit doel voor een buitenlandse partij daadwerkelijk bereikt wordt door middel van een bevel in kort geding. In kort geding wordt immers enkel een voorlopig oordeel gegeven over de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst. Een partij moet steeds de mogelijkheid hebben dit oordeel door de bodemrechter te laten toetsen. Dit betekent dat een verbod in kort geding om voor een Nederlandse bodemrechter te procederen niet aan een vordering bij een bodemrechter tot een verklaring voor recht in de weg staat dat de bevoegdheidsovereenkomst niet geldig is. Indien de kortgedingrechter een partij bijvoorbeeld op grond van een overeenkomst tot arbitrage in het buitenland verbiedt om in Nederland te procederen, zou deze partij anders geen enkele mogelijkheid hebben dit oordeel door de Nederlandse bodemrechter te laten toetsen. Aangenomen kan dus worden dat het verbod enkel ziet op het voeren van een procedure met betrekking tot het materiële geschil van partijen en niet op een procedure met betrekking tot de vraag of het verbod terecht is gegeven of met betrekking tot de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst. Het verbod van de kortgedingrechter kan niet verhinderen dat de buitenlandse partij een procedure voor de Nederlandse bodemrechter dient te voeren over de bevoegdheid.

Indien het verbod van de kortgedingrechter slechts ziet op een *bepaalde* Nederlandse bodemrechter, staat dit verbod er echter wel aan in de weg dat voor deze rechter een verklaring voor recht wordt gevorderd. Het voorlopige karakter van het kort geding vereist dat het oordeel van de kortgedingrechter door een bodemrechter getoetst kan worden, maar dit betekent niet dat geen beperkingen opgelegd kunnen worden met betrekking tot *welke* bodemrechter dit is. Indien de kortgedingrechter een partij op grond van een overeenkomst tot forumkeuze verbiedt voor een andere rechter dan de Rechtbank Rotterdam te procederen, lijkt mij dat ook de verklaring voor recht dat geen sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze enkel in Rotterdam gevraagd kan worden. Het heeft dus wel zin om door middel van een bevel in kort geding snel een einde te maken aan een in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst begonnen procedure, indien bij deze overeenkomst een andere Nederlandse rechter als bevoegd is aangewezen. Op deze manier kan bewerkstelligd worden dat het de in de overeenkomst aangewezen rechter is, die over de

geldigheid hiervan oordeelt. Zoals reeds gezegd, is het belang dat een partij hierbij binnen Nederland heeft slechts zeer beperkt.

Door middel van dit bevel wordt bovendien weliswaar snel een einde gemaakt aan de bodemprocedure, snel duidelijkheid over de bevoegdheid krijgt een partij hiermee niet. Immers, de vraag naar de bevoegdheid kan nog uitgebreid aan de orde komen voor de rechter die *wel* in de overeenkomst als bevoegd wordt aangewezen, en indien deze tot een ander oordeel komt, kan alsnog de oorspronkelijke rechter worden aangezocht. Indien echter overduidelijk is dat de aangezochte rechter onbevoegd is, kan wel worden bereikt dat snel een einde aan de procedure voor de onbevoegde rechter wordt gemaakt. De kans dat de aangewezen rechter tot een ander oordeel komt, is in dat geval zeer klein.

Het doel dat snel duidelijkheid wordt verkregen kan bovendien bereikt worden, indien de uitspraak in kort geding feitelijk onherroepelijke gevolgen heeft. Dit zal zich bijvoorbeeld voordoen indien een partij wordt verboden een procedure in hoger beroep voort te zetten op grond van bijvoorbeeld een overeenkomst tot sprongcassatie. Vaak zal immers de termijn om nog cassatie in te stellen op dat moment reeds verstreken zijn.

Een partij heeft al met al slechts een gering belang bij een procedeeverbod. Door een vordering tot nakoming van een bevoegdheidsovereenkomst in te stellen bij de in deze overeenkomst aangewezen bodemrechter, kan een partij bewerkstelligen dat door deze rechter over de bevoegdheid wordt geoordeeld. Ook door middel van een verbodsvordering in kort geding kan worden bereikt dat slechts de in de overeenkomst aangewezen instantie over de bevoegdheid oordeelt. Een partij kan bij een dergelijke vordering in kort geding met name belang hebben om snel een einde te maken aan een procedure voor een overduidelijk onbevoegde Nederlandse bodemrechter. Een dergelijke vordering heeft echter geen zin indien in de overeenkomst een buitenlandse instantie als bevoegd is aangewezen, aangezien een verbod in kort geding niet kan voorkomen dat voor de Nederlandse bodemrechter over de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst wordt geprocedeerd. Soms kan door een verbod in kort geding worden bereikt dat definitief duidelijkheid over de afhandeling van het geschil ontstaat, namelijk indien dit verbod feitelijk definitieve gevolgen heeft.

11.3.7.2 *Wet, aard der verplichting en rechtshandeling*

Een vordering tot nakoming van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst zal over het algemeen reeds afstuiten op een gebrek aan belang, zo is hiervoor gebleken. Mocht toch worden aangenomen dat een partij belang heeft bij een dergelijke vordering, dan rijst de vraag of niet uit de wet of de aard der verplichting voortvloeit dat een veroordeling achterwege dient te blijven (zie artikel 3:296 lid 1 BW).

Met betrekking tot de wet geldt het volgende. Artikel 6 EVRM en artikel 17 Grondwet lijken mij over het algemeen niet aan een veroordeling tot nakoming in de weg te staan. Een procesovereenkomst brengt immers enkel mee dat een partij voor bepaalde gerechten niet kan procederen, maar houdt nooit in dat een partij in het

geheel geen vordering aanhangig kan maken.⁷⁹ Indien een overeenkomst in een concreet geval wel tot gevolg zou hebben dat een partij in het geheel geen mogelijkheid heeft een vordering aanhangig te maken, dient zij op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing gelaten te worden (zie paragraaf 10.5).

Toch staan (het stelsel van) de wet en de aard van de verplichting naar mijn mening wel degelijk aan een veroordeling tot nakoming in de weg. Aan de wettelijke bevoegdheidsregeling ligt de gedachte ten grondslag dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid beoordeelt. Artikel 71 lid 5, artikel 74 lid 3, artikel 110 lid 2 en 3 en artikel 270 lid 3 Rv vormen een expliciete uitzondering op deze hoofdregel. In deze artikelen is bepaald dat de rechter in de daar genoemde gevallen gebonden is aan het oordeel van een andere rechter over zijn bevoegdheid. Reden voor opname van deze bepalingen is de wens procedures zo min mogelijk te belasten met discussies over de vraag welke rechter een zaak dient te behandelen, zodat vertraging van de procedure kan worden voorkomen.⁸⁰ Hieruit kan worden afgeleid dat de hoofdregel juist is dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid toetst. Steun voor het uitgangspunt dat iedere instantie zijn eigen bevoegdheid beoordeelt, kan wellicht ook gevonden worden in de regeling van de arbitrage.⁸¹ Zo is in artikel 1052 lid 4 Rv bepaald dat de beslissing, waarbij het scheidsgerecht zich bevoegd verklaart, enkel tegelijk met een daaropvolgend eindvonnis bij de overheidsrechter kan worden bestreden. Hieruit blijkt dat het in beginsel aan arbiters zelf is om de bevoegdheid te beoordelen, en niet aan de overheidsrechter, al heeft hij wel het laatste woord.

De regel dat elke rechter zijn eigen bevoegdheid toetst, wordt gerechtvaardigd door het uitgangspunt van vertrouwen van gerechten in elkaars rechtspraak. Binnen Nederland heeft te gelden dat gerechten vertrouwen dienen te hebben in elkaars procedures en toepassing van het recht. Indien een partij in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst een procedure begint voor een bepaald gerecht, zullen andere rechters ervan uit moeten gaan dat dit gerecht zich inderdaad, op korte termijn, onbevoegd verklaart. Daarnaast is het wenselijk dat er een duidelijke regel bestaat over welke rechter de bevoegdheid toetst. Indien meerdere rechters zich gaan bezighouden met dezelfde vraag, neemt de kans op tegenstrijdige uitspraken toe.

Door een verbod om voor een Nederlandse rechter te procederen, wordt inbreuk gemaakt op het uitgangspunt dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid toetst. Weliswaar is een dergelijk verbod niet gericht tot het gerecht zelf, maar tot een partij, feitelijk maakt dit verbod het vaak wel onmogelijk voor het gerecht zijn bevoegdheid te beoordelen. Bovendien berust dit verbod wel degelijk op het oordeel dat het andere gerecht op grond van de bevoegdheidsovereenkomst niet bevoegd zal zijn.

Nu is het niet zo dat op het uitgangspunt dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid beoordeelt, nooit uitzonderingen toelaatbaar zouden kunnen zijn. Denkbaar is een

79 Een overeenkomst waarbij de bevoegdheid om te procederen geheel wordt uitgesloten, is ongeldig (zie par. 5.3).

80 Zie m.b.t. art. 71 lid 5 Rv Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 228, 230.

81 Zie ook Van Haersolte-Van Hof 2004, p. 230; Meijer 2011, p. 970-971.

dergelijke uitzondering bijvoorbeeld in sommige gevallen van misbruik van procesrecht. Een uitzondering zal echter niet al te snel mogen worden aangenomen. Dit is een gevolg van het uitgangspunt dat rechters vertrouwen dienen te hebben in elkaars procesafhandeling en rechtspraak, zodat als reden voor een procedeeverbod nooit de kwaliteit van behandeling bij de aangezochte rechter (snelheid van de procedure, kwaliteit van de inhoudelijke behandeling) aangevoerd kan worden.

Hiervoor is gebleken dat een partij een gering belang kan hebben om slechts voor het in de bevoegdheidsovereenkomst aangewezen gerecht over de bevoegdheid te procederen. Denkbaar is dat de afstand van de woonplaats van deze partij tot dit gerecht kleiner is, zodat zij minder kosten hoeft te maken. Aangezien de afstanden binnen Nederland niet zeer groot zijn, gaat het slechts om een beperkt belang. Het is de vraag of dit belang om zelfs niet over de bevoegdheid bij een niet in de bevoegdheidsovereenkomst aangewezen gerecht te procederen, opweegt tegen de nadelige gevolgen die de inmenging in een andere procedure heeft. Indien rechters zich te makkelijk mengen in andere procedures, kan dit leiden tot een toename van het aantal procedures over procedurele kwesties die de bodemrechter ook makkelijk zelf kan oplossen. Een procedeeverbod op grond van dit belang is dan ook niet gerechtvaardigd. Dat geldt al helemaal indien een verbod in kort geding als gevolg van het verstrijken van beroepstermijnen onherroepelijke gevolgen heeft, zoals zich voor kan doen bij een bevel tot nakoming van een overeenkomst tot sprongcassatie. Niet aan te nemen valt dat het belang om slechts voor de aangewezen instantie over de bevoegdheid te procederen, opweegt tegen het feit dat het materiële geschil van partijen helemaal niet meer door een rechter behandeld kan worden.

11.3.7.3 Tussenconclusie

Een veroordeling tot nakoming van een verbintenis uit procesovereenkomst door oplegging van een verbod om te procederen voor een Nederlandse rechter is niet mogelijk. Een vordering tot oplegging van een procedeeverbod stuit vaak al af op een gebrek aan belang. Mocht een partij toch een belang hebben, dan staan het stelsel van de wet en de aard van de verplichting aan een veroordeling in de weg.

11.3.8 Verbod op procedure in het buitenland

11.3.8.1 Belang

Het is denkbaar dat een partij op grond van een bevoegdheidsovereenkomst bij de Nederlandse rechter of bij een scheidsgerecht (in bodemprocedure of in kort geding) vordert dat haar wederpartij wordt verboden om voor een buitenlandse rechter te procederen. Het zal dan gaan om een vordering tot nakoming van een overeenkomst tot bindend advies of tot arbitrage in Nederland of om een overeenkomst tot forumkeuze. De Nederlandse rechter kan een grensoverschrijdend verbod opleggen.⁸² Het is echter de vraag of ook oplegging van een grensoverschrijdend procedeeverbod mogelijk is. Vaststaat dat dit niet het geval is voor zover dit procedeeverbod de

82 Zie HR 24 november 1989, NJ 1992, 404, m.nt. DWFV (Interlas/Lincoln-Amerika c.s.), r.o. 4.2.4.

gerechten van een andere EEX-staat betreft (zie paragraaf 11.3.5). Voor het overige is echter onduidelijk of een dergelijk verbod gegeven kan worden.

Wil een vordering tot oplegging van een procedeerverbod slagen, dan zal een partij daar in ieder geval voldoende belang bij dienen te hebben. Een partij kan er ten eerste belang bij hebben dat in Nederland, als aangewezen forum of als land waar de arbitrage plaatsvindt, over de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst wordt geprocedeerd. Hoe groot dit belang is, zal afhangen van het land waar de wederpartij een procedure aanhangig heeft gemaakt of dreigt te maken. Indien in dit land procedures zeer lang duren en de kosten zeer hoog zijn, zal het belang groot zijn. Dit is ook het geval indien de kans zeer groot is dat het buitenlandse gerecht de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst anders zal beoordelen dan de Nederlandse rechter, doordat dit gerecht bijvoorbeeld een ander recht toepast, andere procesregels kent, of (in het ergste geval) doordat voor dit gerecht geen eerlijk proces te verwachten is.

Ook indien de procedure in het buitenland wel snel en eerlijk verloopt, kan het zijn dat een partij belang heeft bij een procedeerverbod. Dit is met name het geval indien haar wederpartij een procedure voor een overduidelijk onbevoegd buitenlands gerecht begint. Door middel van een bevel in kort geding kan wellicht snel een einde aan deze procedure worden gemaakt, zodat deze partij de kosten van het zich verweren in een buitenlands bevoegdheidsgeding worden bespaard.

11.3.8.2 *Wet, aard der verplichting en rechtshandeling*

Hiervoor bleek dat binnen Nederland (het stelsel van) de wet en de aard van de verplichting in principe aan de oplegging van een procedeerverbod in de weg staan. Hetzelfde geldt in beginsel ook voor internationale verhoudingen. Nederland dient in beginsel de rechtsmacht van andere staten te respecteren. Het gaat om een uitgangspunt dat te vergelijken is met het Engelse 'comity'. Door een verbod aan een partij op te leggen om voor de gerechten van een bepaald land te procederen, mengt de Nederlandse rechter zich wel in een buitenlandse procedure. Weliswaar is een dergelijk verbod gericht tot een partij en niet tot het gerecht zelf, dit verbod berust wel degelijk op de gedachte dat niet voor dit gerecht geprocedeerd behoort te worden. Feitelijk maakt een dergelijk verbod het dit gerecht bovendien veelal onmogelijk om zelf te beoordelen of het de zaak in behandeling neemt.

Er zijn verschillende redenen voor de regel dat Nederlandse rechters en arbiters de rechtsmacht van andere staten dienen te respecteren en het aan de gerechten van deze staten moeten laten om te bepalen of zij een zaak in behandeling nemen. Dit is ten eerste gewenst ter voorkoming van tegenstrijdige uitspraken. De kans hierop is in internationale verhoudingen groter dan binnen Nederland, omdat bijvoorbeeld de geldigheid van bevoegdheidsovereenkomsten in beide landen aan de hand van verschillende regels zal worden beoordeeld.

Daarnaast ligt ook hier vertrouwen ten grondslag aan het beginsel dat de Nederlandse rechter en arbiters zich niet uitlaten over de bevoegdheid van het buitenlandse gerecht. Als uitgangspunt heeft naar mijn mening te gelden dat de Nederlandse rechter en arbiters vertrouwen dienen te hebben in buitenlandse rechtssystemen en

rechterlijke instanties. Zij dienen het daarom aan de buitenlandse rechter over te laten om over zijn eigen bevoegdheid te oordelen.

Anders dan binnen Nederland is dit vertrouwen echter niet zonder grenzen. Vertrouwen in de gerechten van een bepaald land is bijvoorbeeld niet gerechtvaardigd indien de procedures buitengewoon lang duren of een onpartijdige behandeling in dat land niet mogelijk is. Indien een partij in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst een procedure begint voor een dergelijk gerecht, zou oplegging van een procedeeerverbod naar mijn mening mogelijk moeten zijn. Steun voor dit standpunt valt te vinden op het gebied van de erkenning van buitenlandse uitspraken: het feit dat geen behoorlijke rechtspleging heeft plaatsgevonden, is een grond waarop erkenning van de buitenlandse uitspraak geweigerd wordt.⁸³ Aangezien uitgangspunt vertrouwen is, is het wel aan de partij die nakoming van de procesovereenkomst vordert om aan te tonen dat vertrouwen in een bepaald geval niet gerechtvaardigd is. Deze mogelijkheid heeft een partij echter naar mijn mening alleen, indien Nederland met een bepaald land geen verdrag tot erkenning van elkaars uitspraken heeft gesloten. In het geval van een dergelijk verdrag is het vertrouwen van Nederland in de gerechtelijke instanties van het betreffende land daarmee een dwingend gegeven.

Het is overigens niet nodig dat het buitenlandse gerecht in *de aan de orde zijnde zaak* onbetrouwbaar is gebleken: anders dan Peel suggereert (zie paragraaf 11.3.3) hoeft de uitkomst van de buitenlandse procedure niet te worden afgewacht. Dit zou immers als nadeel hebben dat alsnog in het buitenland over de bevoegdheid geprocedeerd moet worden. Het zou bovendien al helemaal van weinig respect voor het buitenlandse gerecht getuigen om een procedeeerverbod af te geven nadat dit zich uitgebreid met de zaak heeft beziggehouden.

Trage procedures of een oneerlijke behandeling kunnen dus reden zijn voor een Nederlandse rechter om een buitenlandse rechterlijke instantie niet te vertrouwen. Het is de vraag of ook het feit dat een bepaald land bevoegdheidsbedingen niet erkent, of minder ruimhartig erkent dan Nederland, hiervoor al voldoende is. Naar mijn mening zijn bevoegdheidsbedingen internationaal inmiddels zo geaccepteerd,⁸⁴ dat erkenning hiervan door Nederland inderdaad vereist kan worden. Indien een partij een procedure begint in een land dat overeenkomsten tot forumkeuze of tot arbitrage in het geheel niet erkent, is dit reden om een bevel te geven de procedure te staken. Het is echter aan elke staat om de voorwaarden waaronder erkenning van dergelijke overeenkomsten plaatsvindt, te bepalen. De enkele reden dat deze vereisten afwijken van de Nederlandse, waardoor een in Nederland als geldig beschouwde overeenkomst mogelijkwel in dit land geen gevolgen heeft, is nog niet voldoende voor een procedeeerverbod.

Gebrek aan vertrouwen in het buitenlandse rechtssysteem kan reden zijn een vordering tot nakoming van een bevoegdheidsovereenkomst toe te wijzen. Zijn er echter nog meer uitzonderingen mogelijk op het beginsel dat de Nederlandse rechter

83 Zie over de erkenning van buitenlandse uitspraken par. 11.6.3.2.

84 Zie Strikwerda 2008, p. 215, nr. 212; HR 1 februari 1985, NJ 1985, 698, m.nt. JCS (Piscator), r.o. 3.1. Zie in het kader van de vraag of een buitenlandse uitspraak in Nederland erkend kan worden ook Verheul 1989, p. 31-32; Rosner 2004, p. 36.

en arbiters zich niet mengen in buitenlandse procedures? Is een procedeerverbod ook denkbaar met betrekking tot een staat waarvan de rechterlijke instanties wél vertrouwen verdienen? Te denken valt bijvoorbeeld aan een geval waarin een partij een procedure begint voor een buitenlands gerecht dat als gevolg van een bevoegdheidsovereenkomst overduidelijk onbevoegd is. De verweerder in de buitenlandse procedure heeft er waarschijnlijk een groot belang bij dat dit misbruik van procesrecht effectief wordt aangepakt, aangezien het voeren van een buitenlandse procedure hoge kosten mee kan brengen. Aan de andere kant dienen de Nederlandse rechter en arbiters nog voorzichtiger te zijn met het zich mengen in buitenlandse procedures dan in Nederlandse. Indien het procedeerverbod namelijk beperkt blijft tot Nederland, maakt de Nederlandse rechter hierdoor weliswaar inbreuk op de bevoegdheid van een andere rechter, maar deze inbreuk wordt wel gelegitimeerd door de regels van Nederlands recht waar beide rechters aan gebonden zijn. Indien de Nederlandse rechter of een scheidsgerecht een verbod om in het buitenland te procederen oplegt, wordt daarmee inbreuk gemaakt op de rechtsmacht van deze buitenlandse rechter op basis van beginselen die wellicht niet door deze rechter worden gedeeld. Daarnaast geeft de beoordeling van de vraag of een buitenlandse rechter 'overduidelijk' onbevoegd is de nodige complicaties. Het is mogelijk dat de buitenlandse rechter die in Nederlandse ogen 'overduidelijk' onbevoegd is, daar heel anders over denkt. Het gevaar op tegenstrijdige uitspraken is dan ook aanwezig. Al met al is het beter dat de Nederlandse rechter en arbiters de aanpak van dergelijk misbruik van procesrecht aan de buitenlandse rechter overlaten. De aanname hier is immers dat sprake is van een rechter die vertrouwen verschuldigd is, zodat verwacht mag worden dat deze rechter zelf tegen het misbruik op zal treden.

11.3.8.3 *Tussenconclusie*

Als uitgangspunt geldt dat de Nederlandse rechter en arbiters in een arbitrage in Nederland zich niet mogen mengen in buitenlandse procedures, zodat een procedeerverbod over het algemeen niet mogelijk is. Anders dan indien het een puur Nederlandse situatie betreft, is dit vertrouwen in het buitenlandse rechtssysteem echter geen onder alle omstandigheden vaststaand gegeven. Een partij heeft de mogelijkheid om aan te tonen dat dit vertrouwen in een specifiek geval niet gerechtvaardigd is. Indien het buitenlandse gerecht wel vertrouwen verdient, is een procedeerverbod gebaseerd op een bevoegdheidsovereenkomst niet mogelijk. Het moet aan het buitenlandse gerecht worden overgelaten om het gedrag van een partij, die een procedure voor dit overduidelijk onbevoegde gerecht begint, aan te pakken.

11.4 **Nakoming van een verbintenis uit de overige procesovereenkomsten**

Hiervoor is gebleken dat een veroordeling tot nakoming van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst slechts onder omstandigheden mogelijk is. In hoeverre kan een partij veroordeeld worden tot nakoming van een verbintenis uit een van de andere procesovereenkomsten?

Ook hier geldt ten eerste dat sprake moet zijn van een voldoende belang. Over het algemeen zal een belang bij een vordering tot nakoming van een verbintenis uit

procesovereenkomst afwezig zijn. Naleving van de procesovereenkomst wordt over het algemeen immers reeds afgedwongen tijdens de procedure waarop de overeenkomst betrekking heeft. Indien partijen bijvoorbeeld zijn overeengekomen om geen pleidooi te houden, is het nogal omslachtig om in een aparte procedure te vorderen dat een partij wordt verboden om in de primaire procedure een verzoek in te dienen tot het houden van pleidooi. Indien deze partij daadwerkelijk, in de primaire procedure, om pleidooi verzoekt, kan haar wederpartij simpelweg wijzen op de overeenkomst van partijen, op basis waarvan de rechter het verzoek zal afwijzen.

Daarentegen kan een partij onder omstandigheden wel enig belang hebben bij een veroordeling tot nakoming van een verbintenis uit bewijsovereenkomst. Indien zij reden heeft te vrezen dat haar wederpartij bepaalde stukken, die op grond van een bewijsovereenkomst als bewijsmiddel zijn uitgesloten, als productie in het geding zal brengen, kan zij er belang bij hebben dit door middel van een verbod in kort geding te voorkomen. Ook al zal de bodemrechter de stukken immers niet als bewijs kunnen gebruiken, hij heeft, indien ze in het geding zijn gebracht, wel van de inhoud ervan kennis kunnen nemen. Deze kennis zou (onbewust) een rol kunnen spelen bij zijn beoordeling van het geschil.

Hoewel een partij dus belang kan hebben bij een vordering in kort geding tot nakoming van een bewijsovereenkomst, is denkbaar dat hier bezwaar tegen bestaat op grond van de wet, de aard van de verplichting of een rechtshandeling. In dit geval zijn (het stelsel van) de wet en de aard van de verplichting van belang. Als uitgangspunt heeft mijns inziens te gelden dat de procesorde in een procedure bepaald dient te worden door de rechter die de zaak behandelt.⁸⁵ Het is aan die rechter om te bepalen of een proceshandeling toelaatbaar is en het is dus ook aan hem om te beoordelen of bepaalde stukken in het geding kunnen worden gebracht. Ook uit de jurisprudentie blijkt dat het in principe aan de rechter die de zaak behandelt is, om de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal te beoordelen. Een voorbeeld is een procedure voor de Kantonrechter Heerlen waarbij gedaagden om een voorlopige voorziening verzochten. Zij vorderden dat de eiseressen werden veroordeeld om bepaalde stukken aan gedaagden te retourneren en om deze stukken als bewijsmiddel aan de procedure te onttrekken. Deze vordering werd afgewezen:

'De door gedaagden ingestelde vorderingen hebben kennelijk echter ten doel om te voorkomen dat bij het nemen van een beslissing in de hoofdzaak rekening wordt of kan worden gehouden met de inhoud van de betreffende stukken; dat doel op zich is weliswaar niet ontoelaatbaar althans hoeft dat niet te zijn, maar zal moeten worden bereikt door *in die hoofdzaak zelf* met kracht van argumenten de rechter ervan te overtuigen dat en waarom een eventueel in en door die stukken te leveren bewijs ontoelaatbaar moet worden geoordeeld.'⁸⁶ (cursivering MWK)

In een andere zaak had een partij in kort geding gevorderd dat Aegon werd veroordeeld om originelen of kopieën van het door Aegon verzamelde materiaal aan haar af te geven en de overige kopieën van dat materiaal te vernietigen. Het

⁸⁵ Zie in deze zin ook Rb. Amsterdam (k.g.) 14 december 2004, *NJF* 2005, 27, r.o. 15.

⁸⁶ Rb. Maastricht (sector kanton Heerlen) 30 januari 2008, *NJF* 2008, 151, r.o. 2.

verzamelde materiaal zou namelijk onrechtmatig zijn verkregen. In hoger beroep oordeelde het hof dat de vorderingen er onmiskenbaar toe strekten het onmogelijk te maken dat de gegevens in de bodemprocedure werden gebruikt. De weging of en in hoeverre dit materiaal voor het bewijs kon worden gebezigd diende volgens het hof echter bij uitstek door de bodemrechter te worden verricht, zodat voor de gevorderde voorzieningen geen plaats was.⁸⁷ Dit oordeel van het hof bleef in cassatie in stand.⁸⁸

Het is dus in principe aan de rechter die de zaak behandelt, om te beoordelen of bepaalde stukken als bewijsmiddel gebruikt kunnen worden. Dit beginsel is echter mijns inziens niet zonder uitzonderingen. Probleem is dat een partij stukken in het geding kan brengen zonder hiervoor vooraf toestemming aan de rechter te *vragen*. De rechter in de bodemzaak heeft dan dus niet de mogelijkheid om te beoordelen in hoeverre deze handeling toelaatbaar is, aangezien hij voor een voldongen feit wordt geplaatst. Weliswaar kan hij de stukken als bewijs aan de kant schuiven, vaak zal hij reeds (per ongeluk) van de stukken kennis hebben genomen. Met behulp van een verbod in kort geding onder dwangsom kan dit worden voorkomen. Feitelijk wordt in een dergelijk geval niet of slechts in geringe mate afbreuk gedaan aan de vrijheid van de bodemrechter om zelf de procesorde te bepalen. De bodemrechter is immers niet gebonden aan het oordeel van de kortgedingrechter en kan alsnog tot de conclusie komen dat de stukken in het geding mogen worden gebracht. Voorkomen wordt met het verbod slechts dat de stukken direct ter kennis komen van de rechter, zonder dat hij zelf heeft kunnen oordelen of dit wenselijk is. Onder omstandigheden is een veroordeling tot nakoming van een bewijsovereenkomst in kort geding kortom mogelijk.

In geen van de uitspraken die hiervoor werden besproken, was sprake van een bewijsovereenkomst. Bovendien werd in deze zaken telkens afgifte van het bewijsmateriaal gevorderd. Een vordering waarbij de wederpartij slechts (tijdelijk) wordt verboden het materiaal in de bodemprocedure in te brengen, is uiteraard veel minder vergaand, omdat deze partij de beschikking houdt over het materiaal en dit alsnog in het geding kan brengen. Een dergelijke vordering zal naar verwachting dus eerder slagen.⁸⁹

Over het algemeen zal een partij kortom geen belang hebben bij een vordering tot nakoming van een verbintenis uit procesovereenkomst, aangezien naleving reeds afgedwongen kan worden tijdens de procedure waarop de overeenkomst betrekking heeft. Wel kan in sommige gevallen belang bestaan bij een vordering tot nakoming van een verbintenis uit bewijsovereenkomst. Denkbaar is dat een partij in kort geding verboden wordt om bepaalde stukken ter kennis van de bodemrechter te brengen.

87 Hof Amsterdam (k.g.) 18 mei 2000, opgenomen bij HR (k.g.) 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, m.nt. JBMV (K./Aegon), r.o. 4.11.

88 HR (k.g.) 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, m.nt. JBMV (K./Aegon). Zie verder bijv. Rb. Rotterdam (k.g.) 22 april 2010, *NJF* 2010, 234, m.n. r.o. 4.2-4.3. Ook in HR 1 juli 1982, *NJ* 1983, 682, m.nt. JCS was een vordering om bewijsmateriaal af te geven en niet in een procedure te gebruiken aan de orde.

89 Zie ook Vranken in zijn noot bij HR (k.g.) 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, m.nt. JBMV (K./Aegon), nr. 8.

11.5 Schadevergoeding

Kan een partij die een verbintenis uit procesovereenkomst schendt, veroordeeld worden de schade die hierdoor ontstaat te vergoeden? Kan artikel 6:74 BW in een dergelijk geval analoog worden toegepast?

Van belang is in dit verband dat in paragraaf 2.2 is gebleken dat procesovereenkomsten wel degelijk vermogensrechtelijke kenmerken hebben. Zo zijn zij er over het algemeen op gericht (een van de) partijen stoffelijk voordeel te verschaffen, bijvoorbeeld door het verminderen van de kosten van de procedure of het vergroten van de kansen op winst in de procedure. Volgens Bell zal een partij voor een gunstig forumkeuze- of arbitragebeding over het algemeen een prijs moeten betalen.⁹⁰ In geval van schending van een verbintenis uit procesovereenkomst zal de wederpartij over het algemeen dan ook schade lijden. Er lijkt kortom wel degelijk aanleiding voor analoge toepassing van artikel 6:74 BW. Onderzocht moet echter worden of uit de procesrechtelijke context bezwaren voortvloeien die hieraan in de weg staan.

Bij analoge toepassing geeft artikel 6:74 BW in geval van niet-nakoming van een verbintenis uit procesovereenkomst in principe recht op schadevergoeding. Artikel 6:74 BW vereist dat de niet-nakoming toerekenbaar is. In geval van een verbintenis uit procesovereenkomst zal een niet-nakoming de procespartij over het algemeen op grond van schuld of op grond van de in het verkeer geldende opvattingen kunnen worden toegerekend.⁹¹ Meijer is kennelijk een andere mening toegedaan, aangezien hij opmerkt dat een eiser die een geschil, ondanks een geldige overeenkomst tot arbitrage, aan de gewone rechter voorlegt oprecht kan menen dat de gedaagde zich niet op de overeenkomst zal beroepen.⁹² Een partij mag hier mijns inziens echter niet van uitgaan indien partijen in het kader van hun bevoegdheidsovereenkomst ervoor hebben gekozen ook de verbintenis aan te gaan om niet voor een andere dan de aangewezen instantie te procederen.

Voor aansprakelijkheid is niet vereist dat de schuldenaar eerst in gebreke wordt gesteld. Bij verbintenissen uit procesovereenkomst gaat het immers steeds om verbintenissen om niet te doen: een verbintenis om *niet* voor de overheidsrechter te procederen, een verbintenis om bepaalde stukken *niet* in het geding te brengen. Bij schending van een dergelijke verbintenis is nakoming steeds blijvend onmogelijk, zodat op grond van artikel 6:74 lid 2 BW de verzuimregeling niet van toepassing is.⁹³

Artikel 6:74 BW geeft, indien dit artikel analoog kan worden toegepast, in principe dus recht op schadevergoeding. Denkbaar is echter dat er, gezien de procesrechtelijke context, bezwaren zijn die aan het toekennen van schadevergoeding in de weg staan. Dit zal hierna worden onderzocht. Daarbij zal, evenals in het kader van de vordering tot nakoming, onderscheid gemaakt worden tussen bevoegdheidsovereenkomsten en overige procesovereenkomsten.

90 Bell 2003, p. 276. Zie ook Born 2010, p. 13; Wagner 1998, p. 307-308.

91 Zie in het kader van de onrechtmatige daad Van der Wiel 2004, p. 289 e.v.

92 Meijer 2011, p. 216.

93 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 289-290, nr. 383; HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255, m.nt. JH (Schwartz/Gnjatovic), r.o. 3.4. Zie m.b.t. de overeenkomst tot arbitrage ook Meijer 2011, p. 216.

11.6 Schadevergoeding bij schending van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst

11.6.1 Inleiding

Een partij schendt een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst door een procedure voor de verkeerde rechter te beginnen. Dit kan op verschillende manieren schade meebrengen. Indien de rechter op grond van de bevoegdheidsovereenkomst weigert de zaak in behandeling te nemen (hij verklaart zich onbevoegd of de vordering niet-ontvankelijk), dan heeft de wederpartij enkel kosten moeten maken om zich in het bevoegdheidsincident te verweren. Indien de rechter daarentegen, ondanks de bevoegdheidsovereenkomst, de zaak *wel* in behandeling neemt, is de schade veel groter. Ten eerste zal de wederpartij in dat geval ook kosten moeten maken om zich inhoudelijk te verweren. Daarnaast is denkbaar dat deze partij schade lijdt doordat deze rechter het geschil inhoudelijk anders beoordeelt. Hoewel de schade in een dergelijk geval dus groter is, lijkt het toekennen van schadevergoeding ook problematischer. Het is in principe immers aan de aangezochte rechter om de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst te beoordelen.

Hierna zal op de mogelijkheid tot schadevergoeding in deze verschillende situaties worden ingegaan. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen het geval dat een partij in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst een procedure voor een Nederlandse rechter aanhangig maakt, het geval dat zij in strijd met een dergelijke overeenkomst een procedure buiten het EEX-territoir begint en het geval dat zij in een EEX-staat procedeert.

Hierna zal ook gekeken worden naar het Engelse recht. In Engeland heeft een verweerder in principe recht op schadevergoeding in geval van schending van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage. Met betrekking tot de overeenkomst tot arbitrage blijkt dit uit het Mantovani-arrest van de Court of Appeal.⁹⁴ Over het algemeen wordt aangenomen dat het scheidsgerecht de bevoegde instantie is om over een dergelijke vordering te oordelen.⁹⁵ Met betrekking tot de overeenkomst tot forumkeuze is pas in een aantal vrij recente arresten erkend dat schending recht geeft op schadevergoeding.⁹⁶ Daarvóór werd in theorie schadevergoeding wel mogelijk geacht, maar was een dergelijke vordering in de rechtspraak nooit toegewezen.⁹⁷

94 *Mantovani v Carapelli SpA* [1980] 1 Lloyd's Rep. 375, CA. Zie verder bijv. *CMA CGM SA v Hyundai Mipo Dockyard Co Ltd* [2008] 2 CLC 687, QBD.

95 Mustill & Boyd 1989, p. 461; North Cohen & Wessel 2001, p. 68; *Mantovani v Carapelli SpA* [1978] 2 Lloyd's Rep. 63, QBD, p. 73.

96 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA; *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425; *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797, QBD; *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, QBD nr. 16, p. 211. Zie ook Tan & Yeo 2003, p. 437; Yeo & Tan 2003, p. 403; Merrett 2006, p. 326. Een andere mening toegedaan is Tham. Volgens hem geeft enkel schending van een primaire contractuele verplichting (primary contractual obligation) recht op schadevergoeding. Uit een overeenkomst tot forumkeuze zouden slechts 'ancillary obligations' voortvloeien; Tham 2004, p. 46-71.

97 Yeo & Tan 2003, p. 405 met verwijzing naar rechtspraak; Ho 2003, p. 707; Males 1998, p. 550. Zie bijv. *Mike Trading and Transport Ltd v R. Pagnan & Fratelli (The 'Lisboa')* [1980] 2 Lloyd's Rep. 546, CA (L.J. Denning, L.J. Dunn).

Hoewel duidelijk is dat naar Engels recht schending van een overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze recht geeft op schadevergoeding, is de reikwijdte van dit recht onduidelijk. Over de vraag welke schadeposten precies voor vergoeding in aanmerking komen, bestaat discussie.⁹⁸ Hierop zal hierna nader worden ingegaan.

In Duitsland wordt schadevergoeding in de literatuur door sommige auteurs mogelijk geacht. Zo ziet Wagner mogelijkheden voor een vordering tot schadevergoeding indien een partij een bevoegdheidsovereenkomst schendt door een procedure in het buitenland te beginnen. In een interne Duitse zaak zal een dergelijke vordering naar zijn mening over het algemeen afstuiten op een gebrek aan belang.⁹⁹ Ook Schlosser acht een vordering tot schadevergoeding in internationale gevallen mogelijk. Daarbij ziet hij onder omstandigheden zowel ruimte voor vergoeding van proceskosten die een partij in het buitenland heeft moeten maken, als voor vergoeding van de schade die deze partij lijdt als gevolg van het feit dat de buitenlandse rechter tot een voor haar ongunstiger oordeel is gekomen.¹⁰⁰ In het navolgende blijft het Duitse recht verder buiten beschouwing.

11.6.2 Procedure in Nederland in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst

11.6.2.1 De rechter neemt de zaak niet in behandeling

Inleiding

Een partij kan in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst een procedure voor een Nederlandse rechter beginnen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien een partij, ondanks een overeenkomst tot prorogatie, een procedure aanhangig maakt bij de rechtbank. Ook is denkbaar dat een partij door voor een Nederlandse rechtbank te procederen in strijd handelt met een overeenkomst tot forumkeuze waarbij een buitenlandse rechter als bevoegd is aangewezen.

Indien de Nederlandse rechter in een dergelijk geval, wegens het bestaan van de bevoegdheidsovereenkomst, weigert de zaak in behandeling te nemen, staat daarmee vast dat sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst. Het oordeel van deze rechter heeft gezag van gewijsde nadat de uitspraak onherroepelijk is geworden. Om recht op schadevergoeding te krijgen, zal de wederpartij van diegene die de procedure is begonnen echter ook dienen aan te tonen dat partijen in het kader van hun bevoegdheidsovereenkomst de verbintenis in het leven hebben geroepen om enkel voor de aangewezen rechter te procederen. De schade als gevolg van schending van een dergelijke verbintenis zal bestaan uit de kosten die deze partij in het kader van de vraag naar de bevoegdheid of de ontvankelijkheid heeft moeten maken. Dit kunnen zowel proceskosten als buitengerechtelijke kosten zijn. Op dit punt rijst de vraag of het wettelijke stelsel van proceskostenvergoeding niet aan vergoeding van deze kosten in de weg staat.

98 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 546, nr. 12-143; Tan & Yeo 2003, p. 440.

99 Wagner 1998, p. 254 e.v.

100 Schlosser 2007, m.n. p. 115, p. 118 e.v.

Het wettelijke stelsel van proceskostenvergoeding houdt het volgende in. Op grond van artikel 237 e.v. Rv wordt de partij die in de procedure in het ongelijk wordt gesteld in de kosten van haar wederpartij veroordeeld. Onder deze kosten vallen onder meer griffierechten, deurwaarderskosten, getuigentaxen, salarissen en verschotten van deskundigen en het salaris en de verschotten van de advocaat.¹⁰¹ De veroordeling houdt echter geen volledige vergoeding in. De advocaatkosten worden berekend met behulp van het forfaitaire 'liquidatietarief', waarbij aan verschillende processuele verrichtingen een bepaalde puntenwaarde wordt toegekend.¹⁰² Hoewel het liquidatietarief niet bindend is, wordt dit tarief door de rechter over het algemeen wel toegepast.¹⁰³ De winnende partij krijgt dus slechts een deel van haar kosten vergoed. De proceskostenveroordeling berust dan ook niet op de grondslag dat de verliezende partij door te procederen onrechtmatig zou hebben gehandeld, maar op de wens tot een billijke verdeling van het procesrisico te komen.¹⁰⁴

Probleem is met name dat het stelsel van proceskostenvergoeding in principe exclusief is. Indien een partij als gevolg van een bepaalde gebeurtenis aansprakelijk is jegens haar wederpartij, staan ook de proceskosten die deze wederpartij heeft moeten maken om haar schade vergoed te krijgen in causaal verband met de gebeurtenis waarop aansprakelijkheid berust. Zonder de onrechtmatige daad of de wanprestatie zou de gelaedeerde deze kosten immers niet hebben hoeven maken. Toch kan deze partij deze kosten niet op grond van artikel 6:162 of 6:74 BW als schade vorderen. Artikel 241 Rv houdt namelijk in dat voor zover sprake is van proceskosten in de zin van artikel 237-240 Rv, deze kosten niet op grond van artikel 6:96 lid 2 BW voor vergoeding in aanmerking komen (zie ook artikel 6:96 lid 2 BW zelf). Enkel de regels betreffende proceskosten zijn in dat geval van toepassing. De winnende partij is dus in principe steeds gebonden aan het liquidatietarief en heeft niet de mogelijkheid om op andere grond alsnog een volledige vergoeding van haar kosten te verkrijgen.¹⁰⁵

Het is de vraag, of op dit exclusieve stelsel geen uitzondering gemaakt moet worden indien de procedure in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst is gevoerd. In dit verband is het interessant om te kijken naar de situatie in Engeland.

101 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 140, nr. 121; Burgerlijke rechtsvordering, E.J. Numann, art. 237 Rv, aant. 5.

102 Dit tarief is te vinden op www.rechtspraak.nl, onder 'Procedures', 'Landelijke regelingen', 'Sector civiel recht'.

103 Zie HR 3 april 1998, NJ 1998, 571 (Lindeboom/Beusmans), r.o. 3.3. Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 139, nr. 121; Burgerlijke rechtsvordering, E.J. Numann, art. 239 Rv, aant. 3; Van der Wiel 2004, p. 302.

104 HR 18 februari 2005, NJ 2005, 216 (A. c.s./Aegon), r.o. 5.3.2; Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 36; Van der Wiel 2004, p. 302.

105 Met het wetsvoorstel tot normering van incassokosten komt in dit stelsel gedeeltelijk wijziging. Zie wetsvoorstel 32 418 tot wijziging van Boek 6 Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Zie over dit wetsvoorstel o.a. Verheij 2011; Venhuizen 2011.

Engels recht

Naar Engels recht heeft de winnende partij normaal gesproken geen recht op vergoeding van haar volledige proceskosten.¹⁰⁶ Er bestaan op grond van de Civil Procedure Rules twee grondslagen waarop de proceskostenvergoeding kan worden berekend, namelijk de 'standard basis' en de 'indemnity basis'. Indien berekening plaatsvindt aan de hand van de 'standard basis' komen voor vergoeding in aanmerking de proceskosten die proportioneel zijn in verhouding tot de kwestie die aan de orde is, die op redelijke wijze zijn gemaakt en redelijk in hoogte zijn. De bewijslast dat de kosten op redelijke wijze zijn gemaakt en redelijk in hoogte zijn rust op de partij die de kosten ontvangt. Indien de kosten worden begroot op de 'indemnity basis', komen voor vergoeding in aanmerking de kosten die op redelijke wijze zijn gemaakt en redelijk in hoogte zijn. Het is aan de betalende partij om te bewijzen dat de kosten niet redelijk zijn.¹⁰⁷ Het verschil tussen de 'standard basis' en de 'indemnity basis' zit hem dus ten eerste in de bewijslast. Daarnaast vindt bij de begroting op de 'standard basis', anders dan bij de 'indemnity basis', ook nog een proportionaliteitstoets plaats. Begroting op de 'indemnity basis' heeft als doel een volledige of bijna volledige compensatie te bieden voor de gemaakte kosten, terwijl bij de 'standard basis' een partij niet volledig gecompenseerd wordt.¹⁰⁸ Colman wijst erop dat begroting op grond van de 'standard basis' het gevolg kan hebben dat niet alle kosten die op redelijke wijze zijn gemaakt en redelijk in hoogte zijn, vergoed worden.¹⁰⁹

Uitgangspunt voor begroting van de kosten is de 'standard basis'. Tot begroting op grond van de 'indemnity basis' wordt overgegaan indien dit gerechtvaardigd is op grond van het gedrag van de partij die proceskosten verschuldigd is. Over het algemeen is vereist dat deze partij zich onbetamelijk heeft gedragen bij het voeren van de procedure.¹¹⁰ De winnende partij krijgt dus niet per definitie een volledige vergoeding van haar proceskosten. Dit is anders indien haar wederpartij zich onbetamelijk heeft gedragen.

Schending van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage kan reden zijn om de kosten te begroten op grond van de 'indemnity basis', zo blijkt uit een uitspraak van de Commercial Court, *A v B & Ors*. In deze zaak was eiser in strijd met een overeenkomst tot arbitrage in Zwitserland een procedure in Engeland begonnen tegen verweerders. Verweerders beriepen zich in de Engelse procedure met succes op het arbitragebeding, zodat de procedure niet werd voortgezet.¹¹¹ Vervolgens was de

¹⁰⁶ Onder kosten kunnen mede preprocesuele kosten vallen; zie Huydecoper 2007, p. 11, met verwijzing naar 'Chère justice: Le risque du procès. La prise en charge des honoraires des conseils', Brussel: Bruylant 2005, p. 23 e.v.

¹⁰⁷ Zie art. 44.4 Civil Procedure Rules. Zie voor een beschrijving van het systeem van proceskostenvergoeding Zuckerman 2006, p. 1022-1025, nr. 26.63-26.67; *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2008] 1 Lloyd's Rep. 16, QBD, nr. 19, p. 22-23.

¹⁰⁸ Zuckerman 2006, p. 1024-1025, nr. 26.66-26.67. Verwezen wordt daar naar *Petrotrade Inc v Texaco Ltd* [2001] 4 All ER 853, CA en *Lownds v Home Office* [2002] EWCA Civ 365.

¹⁰⁹ *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2008] 1 Lloyd's Rep. 16, QBD, nr. 19, p. 23.

¹¹⁰ Zuckerman 2006, p. 1037-1038, nr. 26.98-26.99.

¹¹¹ B, die binnen Engeland was gedagvaard, had met succes om schorsing van het geding verzocht. De overige verweerders waren buiten de jurisdictie gedagvaard en hadden met succes verzocht dat een eerder gegeven toestemming van de rechtbank tot deze dagvaarding aan de kant werd gezet. Zie *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, QBD, nr. 1, p. 206.

vraag of de proceskosten op basis van de 'standard basis' of de 'indemnity basis' moesten worden begroot. De rechter, Colman, merkte in dit verband op dat het enige gevolg van schending van een overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze kan zijn dat de wederpartij alle redelijke proceskosten vergoed krijgt. Er zijn volgens hem geen beleidsoverwegingen die tot een andere conclusie dwingen.¹¹² De proceskosten zullen volgens Colman normaal gesproken dan ook op grond van de 'indemnity basis' begroot moeten worden, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen. Colman geeft als voorbeeld van een dergelijke uitzondering het geval waarin het gedrag van de succesvolle partij de wederpartij aanleiding gaf te geloven dat de jurisdictie-overeenkomst kon worden genegeerd.¹¹³

Het lijkt er kortom op dat, hoewel een winnende partij naar Engels recht normaal gesproken geen recht heeft op vergoeding van volledige proceskosten, dit anders is indien sprake is van schending van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage.¹¹⁴ Een partij kan naar Engels recht deze proceskosten echter niet vorderen in een aparte procedure. Dit is een gevolg van de uitspraak *Quartz Hill Consolidated Gold Mining Co v Eyre* (hierna: Quartz Hill). Op grond van deze uitspraak geldt dat indien een partij haar kosten niet vergoed heeft gekregen in de oorspronkelijke civiele procedure, zij deze ook niet als schadevergoeding kan vorderen in een volgende procedure. De reden is dat niet tweemaal een beslissing gevraagd kan worden met betrekking tot hetzelfde punt.¹¹⁵

In het arrest *Union Discount Co Ltd v Zoller* van de Court of Appeal is aangenomen dat deze regel niet geldt indien een partij een procedure in het buitenland is begonnen in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze. Reden is dat er in dat geval een aparte grondslag bestaat waarop schadevergoeding kan worden gebaseerd: de kostenveroordeling door de buitenlandse rechter berust op het feit dat de verweerder in deze procedure in het gelijk gesteld is, terwijl de schadevergoeding door de Engelse rechter berust op schending van de overeenkomst tot forumkeuze. Er wordt in een dergelijk geval dus niet twee keer een beslissing gegeven met betrekking tot hetzelfde punt.¹¹⁶

Dezelfde redenering wordt echter niet gehanteerd indien de eerste procedure in Engeland wordt gevoerd. Indien een partij in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage in Engeland een procedure aanhangig maakt, geldt dat de wederpartij de proceskosten niet in een aparte procedure op basis van schending

112 *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, QBD, nr. 10, p. 208.

113 *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, QBD, nr. 11, p. 208, nr. 15, p. 210-211.

114 Of dit inderdaad als regel van Engels recht heeft te gelden staat met deze uitspraak nog niet vast. In de uitspraak *C v D* laat de rechter bijv. expliciet in het midden of in een dergelijk geval de proceskostenvergoeding steeds begroot moet worden op grond van de 'indemnity basis'. Zie *C v D* [2007] 2 C.L.C. 930, QBD, nr. 31-33, p. 944-945.

115 Zie over deze uitspraak Merrett 2006, p. 324-325. Het gaat om *The Quartz Hill Consolidated Gold Mining Company v Eyre* (1883) 11 QBD 674, CA.

116 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, m.n. nr. 17, p. 1523-1524, nr. 26, p. 1525. Zie over deze uitspraak uitgebreid par. 11.6.3.3. Zie ook *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, nr. 439; Yeo & Tan 2003, p. 411-412. Zie verder North Cohen & Wessel 2001, p. 68, die benadrukken dat de regels over kosten heel anders van aard zijn dan de regels omtrent schadevergoeding.

van de overeenkomst kan vorderen. De Quartz Hill-regel geldt in dat geval onverkort.¹¹⁷ Het feit dat er sprake is van een aparte grondslag voor de vergoeding van deze kosten (namelijk de contractbreuk) wordt dan dus niet doorslaggevend geacht. De reden is dat de rechter in de oorspronkelijke procedure een proceskostenveroordeling kan toekennen.¹¹⁸ In deze procedure kan reeds rekening worden gehouden met de contractbreuk.¹¹⁹ De proceskostenveroordeling in de oorspronkelijke procedure berust dan ook niet enkel op het feit dat de verweerder in het gelijk gesteld is, maar mede op de contractbreuk, zodat wellicht ook niet langer gezegd kan worden dat zich een aparte grondslag voordoet.

Indien een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage wordt geschonden door een procedure in Engeland te beginnen, kan de Engelse rechter er kortom voor kiezen de proceskosten te begroten op grond van de 'indemnity basis'. De verweerder krijgt dan een volledige vergoeding van haar redelijke proceskosten. Een partij kan deze kosten echter niet in een aparte procedure vorderen, aangezien reeds bij de begroting van de proceskosten in de oorspronkelijke procedure met de contractbreuk rekening kan worden gehouden.

Beoordeling

Naar Engels recht kan de rechter een partij in geval van schending van een bevoegdheidsovereenkomst een volledige vergoeding van haar redelijke proceskosten toekennen. Het is de vraag of ook in Nederland in een dergelijk geval een uitzondering gemaakt moet worden op het beginsel dat een winnende partij niet haar volledige kosten vergoed krijgt.

Voor het aannemen van een dergelijke uitzondering pleit het feit dat dit ook gebeurt in geval van onrechtmatig procederen. De redenering die in dat geval wordt gebruikt is als volgt. Het stelsel van proceskostenvergoeding berust niet op de gedachte dat de verliezende partij, door te procederen, onrechtmatig heeft gehandeld. Procederen is in principe toegestaan en wegens het verbod op eigenrichting vaak zelfs aangewezen.¹²⁰ Doordat dergelijke kosten in principe dus rechtmatig worden toegebracht, kunnen deze kosten niet volledig verhaald worden, ook niet op grond van artikel 6:96 lid 2 BW. Deze argumentatie gaat niet op, indien in een bepaald geval het procederen *wel* onrechtmatig is te achten. Over het algemeen wordt dan ook aangenomen dat in een dergelijk geval op grond van artikel 6:162 BW wel een volledige vergoeding van de proceskosten kan worden gevorderd.¹²¹

Dezelfde redenering kan worden gevolgd indien het voeren van de procedure in strijd is met een verplichting uit bevoegdheidsovereenkomst. Ook dan is het voeren van een procedure immers *zelf* ongeoorloofd. Een uitzondering op het exclusieve stelsel van proceskostenveroordeling, dat berust op de gedachte dat procederen op

117 Zie *Carroll v Kynaston* [2010] EWCA Civ 1404, CA, nr. 23 e.v. (L.J. Ward). Zie ook Yeo & Tan 2003, p. 412-415, 427; *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, QBD, nr. 9, p. 208; *Mantovani v Carapelli SpA* [1980] 1 Lloyd's Rep. 375, CA, p. 384 (L.J. Megaw).

118 Zie *Carroll v Kynaston* [2010] EWCA Civ 1404, CA, m.n. nr. 30 (L.J. Ward).

119 Yeo & Tan 2003, p. 414.

120 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 36.

121 Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 36; Van der Wiel 2004, p. 303-304. Zie ook bijv. Rb. Utrecht 12 september 2007, *NJF* 2007, 502, r.o. 4.6.

zichzelf toegestaan is, is dan op haar plaats.¹²² Ook in Engeland is, zoals gezegd, het feit dat een partij zich onbehoorlijk heeft gedragen bij het voeren van de procedure reden om de volledige proceskosten te vergoeden.

Bezwaar tegen de mogelijkheid vergoeding van de volledige proceskosten te vorderen is wellicht dat het onwenselijk is dat er procedures enkel over proceskosten ontstaan. Het zou beter zijn indien de rechterlijke macht zich zou kunnen concentreren op de behandeling van inhoudelijke geschillen en zich niet zou hoeven bezig te houden met 'bijkomende' kwesties.¹²³ Hiertegen kan worden ingebracht dat in dit geval wel degelijk sprake is van een 'inhoudelijk' geschil: het gaat immers om schadevergoeding wegens schending van een verbintenis. Er is geen reden om schade als gevolg van een contractschending onvergoed te laten, enkel omdat het proceskosten betreft. Het kan bij proceskosten ook om grote bedragen gaan. Daarbij komt dat door toewijzing van schadevergoeding de nakoming van bevoegdheidsovereenkomsten kan worden bevorderd. Doordat een partij het risico loopt dat zij alle proceskosten van haar wederpartij zal moeten vergoeden, zal zij minder snel een gokje wagen en voor een onbevoegde rechter een procedure beginnen, wellicht in de hoop dat de rechter voorbij zal gaan aan de bevoegdheidsovereenkomst.¹²⁴

Uitgangspunt dient dan ook te zijn dat de schade die een partij lijdt als gevolg van schending van een verbintenis uit een bevoegdheidsovereenkomst volledig vergoed moet worden. Het gaat dan om alle proceskosten, voor zover het redelijk was deze kosten te maken en ook de omvang van deze kosten redelijk is. De kosten die niet redelijk zijn, dienen op grond van eigen schuld (artikel 6:101 BW) voor eigen rekening te blijven.¹²⁵

Wel is het inderdaad wenselijk dat het aantal procedures zo veel mogelijk wordt beperkt. Het zou daarom goed zijn indien de rechter reeds in de oorspronkelijke procedure bij de begroting van de proceskosten met de schending van de bevoegdheidsovereenkomst rekening zou houden.¹²⁶ Het liquidatietarief is niet bindend, zodat het de rechter vrijstaat hiervan af te wijken.¹²⁷ Op deze manier kan ook het probleem worden opgelost dat de Nederlandse rechter in geval van schending van een overeenkomst tot arbitrage in het buitenland of tot internationale forumkeuze vaak onbevoegd zal zijn de vordering tot schadevergoeding te beoordelen. Aangenomen kan immers worden dat het aan de aangewezen instantie is om zich hierover te buigen.¹²⁸

122 Anders Meijer 2011, p. 215-216; Kuypers 2008, p. 262 e.v.

123 Zie ook Van der Wiel 2005, p. 324.

124 Zo ook Kuypers 2008, p. 264.

125 Zie over de toepassing van art. 6:101 BW in geval van onrechtmatig procesgedrag Van der Wiel 2004, p. 311-312.

126 Zie in deze zin ook, m.b.t. onrechtmatig procesgedrag, Van der Wiel 2004, p. 332. Van der Wiel bespreekt ook andere mogelijkheden om de vordering tot schadevergoeding efficiënt af te wikkelen; Van der Wiel 2004, p. 312 e.v.

127 HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571 (Lindeboom/Beusmans), r.o. 3.3. In de literatuur wordt er echter op gewezen dat de bereidheid van de rechter om af te wijken van het liquidatietarief gering is te noemen; zie Van der Wiel 2005, p. 324; Van Schaick 2000, p. 315. Zie in dit verband bijv. Rb. Rotterdam 18 juli 2007, *NJF* 2007, 553. Zie echter ook Rb. Utrecht 12 september 2007, *NJF* 2007, 502, r.o. 4.6.

128 Zo m.b.t. het Engelse recht North Cohen & Wessel 2001, p. 68; *Mantovani v Carapelli SpA* [1978] 2 Lloyd's Rep. 63, QBD, p. 73.

Dit staat er echter naar mijn mening niet aan in de weg dat de rechter in het kader van de proceskostenveroordeling met de contractschending rekening houdt.¹²⁹

Indien een partij een verbintenis uit een bevoegdheidsovereenkomst schendt door een procedure te beginnen bij een rechter in Nederland, en deze rechter neemt de zaak op grond van de overeenkomst niet in behandeling, dan is deze partij kortom verplicht de schade van haar wederpartij te vergoeden. Het gaat daarbij om alle proceskosten, voor zover het redelijk was deze kosten te maken en de omvang van deze kosten redelijk is. De rechter in de oorspronkelijke procedure kan in het kader van de proceskostenveroordeling reeds met deze contractsschending rekening houden.

11.6.2.2 De rechter neemt de zaak wel in behandeling

Inleiding

Indien de Nederlandse rechter oordeelt dat geen sprake is van een geldige overeenkomst die hem onbevoegd maakt of die leidt tot niet-ontvankelijkheid en de zaak dan ook in behandeling neemt, is de situatie duidelijk: er bestaat geen recht op schadevergoeding. Dit is een gevolg van het gezag van gewijsde. Aan het oordeel dat geen sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst, zijn andere Nederlandse rechters gebonden. Daarmee staat vast dat de partij die de procedure is begonnen niet in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende verbintenis.

In uitzonderingsgevallen is het mogelijk dat een rechter de zaak in behandeling neemt, ondanks het feit dat naar zijn oordeel sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst. Dit doet zich voor indien een beroep op de overeenkomst volgens hem naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hiervan zal niet snel sprake zijn, zo is in paragraaf 10.5 gebleken. Indien de rechter de overeenkomst wel op deze grond buiten toepassing laat, doet zich de vraag voor of dan wél recht bestaat op schadevergoeding. Heeft de partij die de procedure ahangig heeft gemaakt in dat geval gehandeld in strijd met een verbintenis? Voor de beantwoording van deze vraag is het interessant om te kijken naar de Engelse rechtspraak en literatuur.

Engels recht

In Engeland is het mogelijk dat de rechter oordeelt dat weliswaar sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage, maar besluit nakoming van deze overeenkomst niet af te dwingen. Hij kan bijvoorbeeld afgifte van een 'anti-suit injunction' weigeren indien 'sterke redenen' dit rechtvaardigen.¹³⁰ Ook kan de rechter, indien hier sterke redenen voor bestaan, besluiten een Engelse procedure die de

¹²⁹ Zie over de vraag welke rechter bevoegd is ook Kuypers 2008, p. 263-264.

¹³⁰ Dicey, Morris & Collins 2006, p. 544, nr. 12-140; Ho 2003, p. 706; Males 1998, p. 547; Merrett 2006, p. 318; Peel 1998, p. 204, 205; Yeo & Tan 2003, p. 404; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 96 (L.J. Millett); *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, nr. 24, p. 433 (L.J. Bingham); nr. 45, p. 439 (L.J. Hobhouse).

eisende partij in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage is begonnen, niet te schorsen, maar zelf af te handelen.¹³¹

Over het algemeen wordt in de literatuur aangenomen dat een weigering om de procedure te schorsen of om een 'anti-suit injunction' af te geven, niet aan schadevergoeding in de weg staat. Een dergelijke weigering hoeft namelijk niet te betekenen dat de rechter het gedrag van de partij die de procedure in strijd met de overeenkomst is begonnen goedkeurt, maar kan gebaseerd zijn op overwegingen van algemeen belang. Een voorbeeld is het geval dat een bevoegdheidsovereenkomst eraan in de weg staat dat samenhangende vorderingen tegelijk worden berecht. De rechter kan dan besluiten het publieke belang van een efficiënte afhandeling van geschillen te laten prevaleren. Dit betekent niet dat aan de private belangen van de verwerende partij in het geheel geen aandacht behoeft te worden besteed. Indien het nadelig voor deze partij is om voor een ander dan het contractuele forum te procederen, kan aan haar belangen worden tegemoetgekomen door aan haar schadevergoeding toe te kennen. Het feit dat op grond van het algemeen belang de overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage niet wordt afdwongen, hoeft dus niet onverenigbaar te zijn met het toekennen van schadevergoeding wegens contractbreuk.¹³²

Overigens wordt in de literatuur aangenomen dat schadevergoeding niet in alle gevallen waarin de rechter weigert de overeenkomst af te dwingen, mogelijk is. Soms zal het toekennen van schadevergoeding wel degelijk onverenigbaar zijn met de redenen voor de weigering van de rechter. De Engelse rechter kan bijvoorbeeld van oordeel zijn dat de eiser in het overeengekomen forum geen eerlijk proces zou krijgen. Door vervolgens schadevergoeding toe te kennen aan de verweerder op grond van het feit dat dit forum tot een voor hem voordeliger oordeel zou zijn gekomen, zou de rechter zijn eigen ingrijpen weer tenietdoen.¹³³

Indien wel recht op schadevergoeding bestaat, komen volgens Yeo en Tan zowel de proceskosten, voor zover die hoger zijn dan in het contractuele forum, voor vergoeding in aanmerking, als de schade als gevolg van het feit dat de Engelse rechter tot een ander inhoudelijk oordeel is gekomen dan het overeengekomen forum zou zijn. Van vergoeding van deze laatste schade zijn zij niet werkelijk gecharmeerd, maar zij menen dat hier geen principiële bezwaren tegen bestaan.¹³⁴

Steun voor de opvatting dat schadevergoeding mogelijk is indien de Engelse rechter op grond van 'sterke redenen' de bevoegdheidsovereenkomst niet afdwingt, valt te ontleen aan het arrest *Donohue v Armco Inc.* In deze zaak weigerde de House of Lords een 'anti-suit injunction' af te geven, ondanks het feit dat Armco in strijd met

131 Bell 2003, p. 318, nr. 5.79; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 538, nr. 12-128; Yeo & Tan 2003, p. 404; Zie voor de richtinggevende uitspraak op dit gebied *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Ship or Vessel Eleftheria v The Eleftheria (Owners) (The Eleftheria)* [1970] P. 94; [1969] 2. W.L.R. 1073. In deze uitspraak worden ook factoren genoemd die de rechter kan betrekken bij zijn overweging of hij zijn 'discretion' moet uitoefenen.

132 Merrett 2006, p. 321-322; Peel 1998, p. 224-225; Yeo & Tan 2003, p. 429-430; Tan & Yeo 2003, p. 438; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 545-546, nr. 12-142.

133 Tan & Yeo 2003, p. 439-440; Yeo & Tan 2003, p. 429; Ho 2003, p. 709-710.

134 Yeo & Tan 2003, p. 428-430. Zij wijzen er nog op dat de vordering tot schadevergoeding vaak wel op basis van buitenlands recht beoordeeld zal moeten worden, omdat op de overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage meestal geen Engels recht van toepassing zal zijn.

een forumkeuze voor de Engelse rechter een procedure in New York begonnen was. De reden was dat het om een zaak ging waarbij meerdere partijen betrokken waren, en dat de House of Lords een splitsing van procedures wilde voorkomen. In New York waren echter tegen Donohue zogenaamde 'RICO claims' ingesteld, die in Engeland geen kans van slagen zouden hebben. Donohue was in New York dus slechter af dan in Engeland. Armco had daarom aangevoerd dat Donohue in principe recht had op schadevergoeding wegens schending van de overeenkomst tot forumkeuze en dat Donohue vergoeding zou kunnen vorderen van de schade die hij zou lijden indien hij in New York verdergaand aansprakelijk zou worden gehouden of indien de procedure meer kosten voor hem zou meebrengen dan het geval zou zijn als de procedure in Engeland was gevoerd. De House of Lords accepteerde dit argument.¹³⁵

Beoordeling

Naar mijn mening ook naar Nederlands recht worden aangenomen dat schadevergoeding wegens schending van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst onder omstandigheden mogelijk is, ondanks het feit dat de niet-aangewezen rechter de zaak in behandeling heeft genomen. Het oordeel dat een beroep op de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is immers sterk toegespitst op de omstandigheden van het geval: het is denkbaar dat een beroep op de overeenkomst in het kader van de bevoegdheid of ontvankelijkheid in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, maar dat een beroep hierop wel geoorloofd is in de context van een vordering tot schadevergoeding. Door op deze manier te differentiëren kan zo veel mogelijk met alle bij het geval betrokken belangen rekening worden gehouden. Uiteraard zal een vordering enkel mogelijk zijn, indien dit verenigbaar is met de beslissing van de rechter om de bevoegdheidsovereenkomst buiten toepassing te laten. Indien de bevoegdheidsovereenkomst buiten toepassing is gelaten omdat in het overeengekomen forum geen eerlijk proces te verwachten is, lijkt mij een beroep op schadevergoeding uitgesloten. Dit is anders indien de reden bijvoorbeeld het voorkomen van tegenstrijdige beslissingen is. Overigens is er, zoals gezegd, niet snel reden om een bevoegdheidsovereenkomst buiten toepassing te laten op grond van de redelijkheid en billijkheid (zie hierover paragraaf 10.5). De situatie dat de rechter ondanks een dergelijke overeenkomst de zaak in behandeling neemt, maar de eisende partij wel schadevergoeding verschuldigd is, zal zich dan ook slechts zelden voordoen.

Indien een dergelijke situatie zich wel voordoet, lijken mij voor vergoeding enkel de proceskosten, voor zover zij bij de aangewezen instantie lager zouden zijn geweest, in aanmerking te komen. Het feit dat de andere instantie wellicht tot een ander inhoudelijk oordeel was gekomen, kan geen grond voor schadevergoeding zijn. Dit zou er immers in sommige gevallen toe leiden dat de rechter zijn eigen uitspraak ongedaan zou moeten maken. Hij oordeelt bijvoorbeeld in conventie dat A aan B een som geld verschuldigd is, maar in reconventie dat A eenzelfde som geld wegens

¹³⁵ *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, HL, nr. 29, p. 435, nr. 36, p. 437 (L.J. Bingham); nr. 47-48, p. 439 (L.J. Hobhouse); nr. 74-75, p. 443 (L.J. Scott).

schending van de verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst terug kan vorderen.¹³⁶ Het ligt dan veel meer voor de hand dat de rechter reeds in *conventie* rekening houdt met de schending van de bevoegdheidsovereenkomst. Hij zou de vordering bijvoorbeeld kunnen beoordelen aan de hand van het recht dat door de aangewezen instantie zou zijn toegepast, ook al is op grond van het Nederlandse internationaal privaatrecht eigenlijk een ander recht van toepassing.

11.6.2.3 Tussenconclusie

Indien een partij in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst handelt door voor een bepaalde Nederlandse rechter te procederen, is zij in sommige gevallen verplicht de schade van haar wederpartij te vergoeden. Dit is ten eerste het geval indien de rechter de zaak wegens het bestaan van de overeenkomst weigert in behandeling te nemen. In dat geval dient deze partij alle redelijke proceskosten van haar wederpartij te vergoeden. Indien de rechter de zaak echter wel in behandeling neemt, staat daarmee in principe vast dat *geen* verbintenis is geschonden door het aanhangig maken van de procedure. Dit is slechts anders indien de rechter oordeelt dat weliswaar sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst, maar dat hierop in dit geval geen beroep kan worden gedaan omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Afhankelijk van de reden waarom strijd met de redelijkheid en billijkheid aan wordt genomen, zal de wederpartij dan vergoeding kunnen vragen van de extra proceskosten die zij heeft moeten maken doordat zij niet voor de aangewezen instantie heeft kunnen procederen.

11.6.3 Procedure in het buitenland (niet-EEX-land) in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst

11.6.3.1 Inleiding

Een partij kan door een procedure in het buitenland te beginnen een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst schenden. Het zal in dat geval over het algemeen gaan om schending van een verplichting uit een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage. In hoeverre is in dat geval schadevergoeding wegens wanprestatie mogelijk?

Bij beantwoording van deze vraag zal onderscheid gemaakt worden tussen de situatie dat de buitenlandse rechter zich onbevoegd verklaart en de situatie dat hij de zaak, ondanks de bevoegdheidsovereenkomst, toch in behandeling neemt. Voordat deze beide situaties worden besproken, zal eerst kort ingegaan worden op het systeem van erkenning van buitenlandse uitspraken. Het feit dat een buitenlandse uitspraak in Nederland moet worden erkend, kan in bepaalde gevallen namelijk in de weg staan aan een vordering tot schadevergoeding.

¹³⁶ Ook Yeo & Tan zien dit bezwaar, maar komen uiteindelijk tot de conclusie dat er geen principiële bezwaren tegen een dergelijke vordering bestaan. Zie Yeo & Tan 2003, p. 428-430.

11.6.3.2 *Erkenning van buitenlandse uitspraken*

In hoeverre dient een uitspraak van een buitenlandse rechter in Nederland te worden erkend? Indien het gaat om een uitspraak afkomstig van een rechter van een niet-EEX-staat, is over het algemeen sprake van erkenning buiten verdrag.¹³⁷ Op grond van jurisprudentie geldt in dat geval dat beslissingen erkend kunnen worden indien de buitenlandse rechter op een internationaal aanvaarde grond rechtsmacht toekwam, er een behoorlijke rechtspleging is geweest, het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan en de openbare orde in Nederland zich niet tegen erkenning verzet. Indien hieraan is voldaan, zal erkenning over het algemeen volgen.¹³⁸

Aan de voorwaarde dat de rechter op een internationaal aanvaarde grond rechtsmacht toekomt, is niet voldaan indien deze rechter rechtsmacht heeft aangenomen in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage.¹³⁹ Dit betekent dat de inhoudelijke beoordeling van het geschil die de rechter in een procedure in strijd met een dergelijke overeenkomst heeft gegeven, er niet aan in de weg zal staan dat de Nederlandse rechter schadevergoeding toekent.

Wel doet zich in dit verband een complicatie voor. Hoe dient de Nederlandse rechter namelijk vast te stellen of de buitenlandse rechter rechtsmacht heeft aangenomen in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage? Is hij daarbij gebonden aan de feitelijke oordelen die de buitenlandse rechter aan zijn bevoegdheidsoordeel ten grondslag heeft gelegd, of doet hij zelf onderzoek naar de feiten? Denkbaar is bijvoorbeeld dat de buitenlandse rechter heeft vastgesteld dat er geen wilsovereenstemming is bereikt. Onduidelijk is dan, of de Nederlandse rechter dit oordeel dient over te nemen.

In een uitspraak van de Hoge Raad uit 1959 kwam deze vraag aan de orde in het kader van een erkenningsverdrag tussen België en Nederland. Uit deze uitspraak blijkt dat de Nederlandse rechter bij de toetsing van de bevoegdheid van de Belgische rechter op grond van dit verdrag niet mocht treden in de feitelijke beslissingen die de Belgische rechter aan de beslissing omtrent zijn bevoegdheid ten grondslag had gelegd.¹⁴⁰ A-G Loeff geeft in zijn conclusie als argument hiervoor dat de vraag of tussen partijen wilsovereenstemming is bereikt, ook de *materiële* rechtsverhouding tussen partijen raakt. De strekking van het verdrag is nu juist aan de materiële inhoud van de buitenlandse uitspraak een groot vertrouwen toe te kennen.¹⁴¹ Volgens Verheul is hier echter sprake van een gedachtecronkel. Aangezien *voorwaarde* voor erkenning van de uitspraak is dat de rechter bevoegd is, zou voor de vaststelling van

137 Zie voor een overzicht van de verdragen waarbij Nederland partij is Verschuur 2000, p. 413 e.v.; Verheul 1989, p. 103 e.v.

138 Zie over het Nederlandse systeem van erkenning Rosner 2004, p. 5 e.v. Zie m.n. HR 14 november 1924, *NJ* 1925, 91 (bontmantel), p. 95. Zie ook de conclusie van A-G Vranken voor HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 350, m.nt. JCS (Esmil/PGSP), nr. 35 e.v.

139 Verschuur 2000, p. 407; Verheul 1989, p. 37. Onduidelijk is echter, op grond van welk criterium beoordeeld moet worden of de buitenlandse rechter in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst rechtsmacht heeft aangenomen. Dit kan Nederlands internationaal privaatrecht zijn, maar ook denkbaar is dat getoetst moet worden aan internationaal geaccepteerde algemene beginselen. Rosner bepleit het volgen van de laatste methode, volgens Verschuur geldt de eerste methode. Zie Rosner 2004, p. 425; Verschuur 2000, p. 407.

140 HR 26 juni 1959, *NJ* 1959, 595, p. 1316.

141 Conclusie A-G Loeff voor HR 26 juni 1959, *NJ* 1959, 595, p. 1317-1318.

die bevoegdheid niet reeds uitgegaan kunnen worden van het gezag van die buitenlandse uitspraak.¹⁴² Daarnaast lijkt het argument van A-G Loeff minder op te gaan in geval van erkenning buiten verdrag. Er is dan immers minder reden om aan de inhoud van een buitenlandse uitspraak zo maar een groot vertrouwen toe te kennen.

Al met al is zeer onduidelijk in hoeverre de Nederlandse rechter gebonden is aan het feitelijke oordeel van de buitenlandse rechter of sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst. Indien dit wel het geval is, dan zou de rechter slechts in weinig gevallen tot de conclusie kunnen komen dat sprake is van schending van een verbintenis uit een procesovereenkomst. Dit is dan slechts het geval indien de buitenlandse rechter of geen oordeel over de overeenkomst heeft gegeven maar zich zonder meer bevoegd heeft verklaard, of heeft geoordeeld dat weliswaar een geldige overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen maar deze overeenkomst hem naar zijn internationale privaatrecht niet onbevoegd maakt. Indien de Nederlandse rechter echter *niet* gebonden is aan het feitelijke oordeel, staat het hem vrij om in veel meer gevallen te oordelen dat de partij die de procedure in het buitenland is begonnen, een verbintenis heeft geschonden.

In het navolgende wordt ervan uitgegaan dat de Nederlandse rechter niet gebonden is aan de feitenvaststelling die de buitenlandse rechter aan zijn oordeel omtrent de bevoegdheid ten grondslag heeft gelegd. Op het eerste gezicht bestaat in dat geval de meeste ruimte voor een vordering tot schadevergoeding. Er zal echter blijken dat in veel gevallen wel andere bezwaren aan toewijzing van een dergelijke vordering in de weg staan.

11.6.3.3 De rechter neemt de zaak niet in behandeling

Inleiding

Indien de buitenlandse rechter de zaak niet in behandeling neemt op grond van een bevoegdheidsovereenkomst, zal de schade met name bestaan uit de proceskosten die de verweerder in de buitenlandse procedure heeft moeten maken. Wil deze schade voor vergoeding in aanmerking komen, dan zal in ieder geval vast moeten komen te staan dat ook naar Nederlands internationaal privaatrecht sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst. Bovendien zal moeten worden bewezen dat partijen ook verbintenissen in het leven hebben geroepen.

Als vast komt te staan dat tussen partijen inderdaad sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit om niet in het buitenland te procederen, is het de vraag of de proceskosten die de verweerder in het buitenland heeft gemaakt voor vergoeding in aanmerking komen. Vloeien uit de procesrechtelijke context bezwaren voort die aan toekenning van schadevergoeding in de weg staan? Het is bovendien de vraag of daarbij nog van belang is, dat in het buitenland reeds een gedeeltelijke proceskostenveroordeling is toegekend. In de Engelse rechtspraak en literatuur is uitgebreid op deze problematiek ingegaan.

¹⁴² Verheul 1989, p. 41.

Engels recht

Voor de vraag of een partij naar Engels recht vergoeding kan vorderen van de proceskosten die zij in een buitenlandse procedure heeft moeten maken wegens schending van een bevoegdheidsovereenkomst, is met name het arrest *Union Discount Co Ltd v Zoller* van de Court of Appeal van belang. In deze zaak had Union Cal bij de rechter in New York een succesvol beroep gedaan op onbevoegdheid wegens het bestaan van een exclusieve forumkeuze voor de Engelse rechter. Daarbij had Union Cal niet om een kostenveroordeling gevraagd, omdat naar het recht van de staat New York in deze omstandigheden een dergelijke veroordeling niet mogelijk was. In plaats daarvan was Union Cal naar de Engelse rechter gestapt om deze kosten vergoed te krijgen.

In de Engelse procedure namen beide partijen als uitgangspunt dat schending van een overeenkomst tot forumkeuze in principe recht geeft op schadevergoeding. Zoller c.s. voerden echter wel verschillende (beleids)argumenten aan, die eraan in de weg zouden staan dat proceskosten als schadevergoeding gevorderd zouden kunnen worden.

Van belang daarbij was met name het in Engeland geldende gesloten stelsel van proceskostenveroordeling. Op grond van de uitspraak *Quartz Hill Consolidated Gold Mining Co v Eyre* (hierna: Quartz Hill) geldt dat indien een partij haar kosten niet vergoed heeft gekregen in de oorspronkelijke civiele procedure, zij deze niet als schadevergoeding kan vorderen in een aparte procedure.¹⁴³ Het was de vraag of deze regel ook toegepast diende te worden indien de oorspronkelijke procedure in het buitenland is gevoerd. Lord Schiemann overweegt in *Union Discount Co Ltd v Zoller* dat dit ongetwijfeld het geval is indien de vordering van de eisende partij enkel berust op het feit dat zij in de oorspronkelijke procedure heeft gewonnen en haar wederpartij dus ten onrechte tegen haar heeft geprocedeerd. In dat geval lijdt zij namelijk 'damnum sine injuria', schade die niet het gevolg is van onrecht dat haar is aangedaan. Indien een partij echter een procedure in het buitenland is begonnen in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze, bestaat er een aparte grondslag waarop schadevergoeding kan worden gebaseerd. In dat geval is er immers sprake van contractbreuk.¹⁴⁴ Er is geen jurisprudentie die ertoe dwingt aan te nemen dat ook in een dergelijk geval een aparte vordering tot schadevergoeding uitgesloten is. Lord Schiemann acht het arrest Quartz Hill dus niet rechtstreeks van toepassing op dit geval. Het is volgens hem wel nodig om te kijken of er wellicht beleidsoverwegingen zijn die tot de conclusie dwingen dat schadevergoeding in dit geval moet worden geweigerd.¹⁴⁵

In dit verband is ten eerste het uitgangspunt van belang dat gerechten moeten voorkomen dat zij tweemaal uitspraak doen met betrekking tot dezelfde kwestie. Dit is ook de reden die ten grondslag ligt aan de regel uit Quartz Hill.¹⁴⁶ Door Lord

143 Zie over deze uitspraak Merrett 2006, p. 324-325. Het gaat om *The Quartz Hill Consolidated Gold Mining Company v Eyre* (1883) 11 QBD 674, CA.

144 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, m.n. nr. 17, p. 1523-1524.

145 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 19, p. 1524.

146 Zie *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 10, p. 1520-1522, waar Lord Schiemann de uitspraak *Berry v British Transport Commission* [1962] 1 QB 306, CA bespreekt.

Schiemann wordt er echter op gewezen dat in dit geval geen sprake is van twee keer een beslissing op hetzelfde punt. De vordering tot schadevergoeding in de tweede procedure is immers gebaseerd op een eigen, van de vordering in de eerste procedure losstaande grondslag.¹⁴⁷

Namens Zoller c.s. was verder een beroep gedaan op 'comity', het internationale wederzijdse respect dat landen elkaar verschuldigd zijn. Iedere staat kiest zijn eigen kostenregime op grond van bepaalde beleidsoverwegingen. Het zou in strijd zijn met 'comity' om het Engelse kostenregime op te dringen aan een ander land. Lord Schiemann verwierpt dit argument. Hij ziet geen reden waarom een buitenlands gerecht beledigd zou kunnen zijn vanwege het feit dat een andere staat schadevergoeding toekent wegens schending van een forumkeuze, nadat dit gerecht zelf zich op deze grond onbevoegd heeft verklaard.¹⁴⁸ Lord Schiemann wijst er daarnaast op dat partijen een forumkeuze voor de Engelse rechter zijn overeengekomen. Deze keuze kan mede zijn ingegeven door het kostenregime dat Engeland kent. Een partij moet niet kunnen ontsnappen aan dit kostenregime door in het buitenland te gaan procederen.¹⁴⁹

Een argument tegen het toekennen van schadevergoeding is nog dat voorkomen moet worden dat te vaak enkel over kosten geprocedeerd wordt. De faciliteiten van een staat zouden moeten worden ingezet om centrale vragen te behandelen, in plaats van bijkomende punten. Zogenaamde 'parasitic litigation' zou vermeden moeten worden. Lord Schiemann wijst erop dat hoewel dit standpunt aantrekkelijk lijkt, bedacht moet worden dat procedures over kosten soms kunnen gaan om grotere belangen dan in andere procedures aan de orde zijn.¹⁵⁰

Aangenomen wordt in deze zaak kortom dat er geen beleidsoverwegingen zijn die aan schadevergoeding in de weg staan. Wel van belang is dat deze uitspraak sterk beperkt is tot de feiten van het geval. Lord Schiemann overweegt dat aangezien schadevergoeding wegens niet-nakoming van een overeenkomst tot forumkeuze een geheel nieuw terrein is, voorzichtigheid gewenst is.¹⁵¹ Hij benadrukt dat de regels van het gerecht van New York slechts in uitzonderlijke omstandigheden proceskostenverhaal mogelijk maken en dat in dit geval ook geen proceskostenveroordeling is uitgesproken.¹⁵² Of schadevergoeding ook kan worden toegekend indien het buitenlandse forum wel een met Engeland vergelijkbaar kostenregime kent of indien een gedeelte van de kosten daadwerkelijk is toegewezen, wordt in *Union Discount Co Ltd v Zoller* uitdrukkelijk in het midden gelaten.¹⁵³

In latere jurisprudentie en in de literatuur wordt echter aangenomen dat ook in deze gevallen schadevergoeding kan worden toegekend.¹⁵⁴ Het zou er niet toe doen welk kostensysteem het buitenlandse forum kent. Partijen kunnen immers een forum

147 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 25, p. 1525.

148 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 21-24, p. 1524-1525.

149 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 31, p. 1526.

150 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 32, p. 1526.

151 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 35, p. 1526.

152 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 18, p. 1524.

153 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 36, p. 1527.

154 *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, nr. 437 e.v.; *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797, QBD; Yeo & Tan 2003, p. 410-412; Tan & Yeo 2003, p. 440; Merrett 2006, p. 324-326.

hebben gekozen juist met het doel om de kostensystemen van andere fora te vermijden.¹⁵⁵ Bovendien wordt het beginsel van volledige schadeloosstelling niet aan de kant gezet door het feit dat een partij een alternatief rechtsmiddel ter beschikking staat.¹⁵⁶ Ook het feit dat in het buitenland reeds een kostenveroordeling is uitgesproken, staat niet aan schadevergoeding in de weg. Er is geen sprake van 'issue estoppel', aangezien deze kostenveroordeling is gebaseerd op een geheel andere grondslag; terwijl de kostenveroordeling door de buitenlandse rechter berust op het feit dat de procedure door de betreffende partij gewonnen is, berust de schadevergoeding door de Engelse rechter op schending van de bevoegdheidsovereenkomst.¹⁵⁷ Het feit dat de buitenlandse rechter al kosten heeft toegewezen, is enkel van invloed op de hoogte van de schade.¹⁵⁸

Indien een partij met succes de bevoegdheid van een buitenlandse rechter heeft betwist, komen haar proceskosten naar Engels recht dus voor vergoeding in aanmerking. In de zaak *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* werd door de Commercial Court bovendien geoordeeld dat de begroting van deze kosten in die zaak diende te geschieden op de 'indemnity basis'. Dit betekende dat alle kosten, voor zover zij op redelijke wijze zijn toegebracht en redelijk in hoogte zijn, voor vergoeding in aanmerking kwamen.¹⁵⁹ Volgens de rechter in deze zaak, Colman, zijn de proceskosten die een partij maakt om te voorkomen dat een procedure in strijd met een overeenkomst doorgezet wordt, redelijkerwijs voorzienbaar, zodat zij op het eerste gezicht voor vergoeding in aanmerking komen.¹⁶⁰ Omdat de partij een afzonderlijke grondslag voor haar vordering kan aanvoeren, is er geen reden waarom zij gebonden zou zijn aan de normale regels voor de begroting van proceskosten en niet haar volledige schade vergoed zou kunnen krijgen.¹⁶¹

Naar Engels recht kan een partij haar proceskosten kortom als schadevergoeding vorderen op grond van schending van een bevoegdheidsovereenkomst indien zij met succes de bevoegdheid van de buitenlandse rechter heeft betwist. Het feit dat het buitenlandse gerecht een proceskostenveroordeling heeft uitgesproken, is enkel relevant voor de vaststelling van de hoogte van de schade. Beide vorderingen berusten namelijk op een verschillende grondslag.

155 Yeo & Tan 2003, p. 410-411; zie ook *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 31, p. 1526.

156 *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, nr. 439.

157 *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, nr. 439, nr. 441; Yeo & Tan 2003, p. 411-412; Briggs 2008, nr. 8.18, p. 309, nr. 8.22, p. 311. Zie ook North Cohen & Wessel 2001, p. 68, die benadrukken dat de regels omtrent kosten heel anders van aard zijn dan de regels omtrent schadevergoeding.

158 Tan & Yeo 2003, p. 440; Merrett 2006, p. 326; zie ook *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797, QBD, nr. 37.

159 Zie over het Engelse systeem van begroting van proceskosten nader par. 11.6.2.1.

160 *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2008] 1 Lloyd's Rep. 16, QBD, nr. 20, p. 23.

161 *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2008] 1 Lloyd's Rep. 16, QBD, nr. 25, p. 25. Of inderdaad als regel van Engelse recht heeft te gelden dat de begroting van de kosten in een dergelijk geval plaats dient te vinden op grond van de 'indemnity basis' staat met deze uitspraak nog niet vast. Zie in dit verband *C v D* [2007] 2 C.L.C. 930, QBD, nr. 31-32, p. 944-945; Briggs 2008, p. 306, nr. 8.11, voetnoot 21.

Beoordeling

Ook naar Nederlands recht kan worden aangenomen dat, indien een buitenlandse rechter zich onbevoegd heeft verklaard op grond van een bevoegdheidsovereenkomst, de proceskosten die de wederpartij in deze procedure heeft gemaakt voor vergoeding in aanmerking komen. Het feit dat in het buitenland reeds een proceskostenveroordeling is uitgesproken, is geen bezwaar. Zoals bij de bespreking van het Engelse recht is gebleken, berusten beide vorderingen op een verschillende grondslag. De buitenlandse proceskostenveroordeling zal over het algemeen gebaseerd zijn op het feit dat de verweerder de procedure heeft gewonnen en dus niet op het feit dat het voeren van de procedure ongeoorloofd was. Aan de vordering tot schadevergoeding ligt daarentegen de niet-nakoming van de verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst ten grondslag.¹⁶² Uiteraard is het wel zo dat dezelfde kosten niet tweemaal vergoed kunnen worden, zodat de buitenlandse proceskostenveroordeling wel relevant is voor de hoogte van de schadevergoeding.¹⁶³ In uitzonderingsgevallen zal een buitenlandse proceskostenveroordeling *wel* aan een vordering tot schadevergoeding in de weg staan. Dit is het geval indien in het buitenland bij de proceskostenveroordeling reeds rekening is gehouden met de contractschending, zodat niet langer gezegd kan worden dat de vordering in Nederland op een andere grondslag berust.¹⁶⁴

Als bezwaar tegen het vergoeden van proceskosten die in de buitenlandse procedure zijn gemaakt, kan niet worden aangevoerd dat dit van gebrek aan respect voor de buitenlandse rechter zou getuigen of dat hierdoor inbreuk wordt gemaakt op zijn rechtsmacht. De toekenning van schadevergoeding is immers geheel in overeenstemming met het oordeel van deze rechter dat hij onbevoegd is.¹⁶⁵

Als bezwaar tegen het toekennen van een vergoeding voor proceskosten wordt in Engeland nog aangevoerd dat zogenaamde 'parasitic litigation' vermeden moet worden. Inderdaad is het niet erg wenselijk dat er te veel procedures enkel over proceskosten gevoerd worden.¹⁶⁶ Zoals in paragraaf 11.6.2.1 is aangegeven, is dit onvoldoende om vergoeding van proceskosten te weigeren indien sprake is van schending van een verbintenis uit overeenkomst. Juist indien een partij in het buitenland heeft moeten procederen, kunnen de proceskosten hoog zijn. Daarnaast bevordert het toekennen van schadevergoeding de nakoming van bevoegdheidsovereenkomsten. Een partij zal minder snel een procedure voor een onbevoegde rechter aanhangig maken, bijvoorbeeld in de hoop dat haar wederpartij geen beroep op onbevoegdheid zal doen, indien het gevaar bestaat dat zij alle proceskosten van haar wederpartij zal moeten vergoeden.¹⁶⁷

De procesrechtelijke context brengt kortom geen bezwaren mee die aan vergoeding van buitenlandse proceskosten in de weg staan. Deze kosten komen in principe

162 Zo ook, m.b.t. het Duitse recht, Schlosser 2007, p. 121-123.

163 Zie hierover Van der Wiel 2004, p. 310-311.

164 Zo ook, m.b.t. het Duitse recht, Schlosser 2007, p. 122-123.

165 Zie ook Tan & Yeo 2003, p. 441; *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 21-24, p. 1524-1525.

166 Zie ook Van der Wiel 2005, p. 324.

167 Zie ook Kuypers 2008, p. 264.

dan ook volledig voor vergoeding in aanmerking. Het gaat daarbij om alle proceskosten die in de buitenlandse procedure zijn gemaakt, voor zover deze kosten niet reeds in het buitenland vergoed zijn, het redelijk was deze kosten te maken en ook de omvang van de kosten redelijk is.

11.6.3.4 De rechter neemt de zaak wel in behandeling

Inleiding

Indien de buitenlandse rechter de zaak ondanks een bevoegdheidsovereenkomst *wel* in behandeling neemt, zal de schade die een partij lijdt kunnen bestaan uit hogere proceskosten die deze partij in de buitenlandse procedure heeft moet maken en schade als gevolg van het feit dat de buitenlandse rechter tot een voor haar minder gunstig oordeel is gekomen dan de aangewezen rechter zou zijn.

Door de Rechtbank Rotterdam is onlangs een vordering tot schadevergoeding wegens het feit dat een partij (naar Algerijns recht) onrechtmatig handelde door te procederen in Algerije, toegewezen geacht.¹⁶⁸ In de Algerijnse procedure had deze partij in eerste aanleg gelijk gekregen, terwijl het hoger beroep nog gaande was.¹⁶⁹ Toch stonden er naar het oordeel van de rechtbank kennelijk geen bezwaren aan toewijzing van de vordering in de weg. De vraag welke schadeposten precies vergoed dienden te worden, kwam in deze uitspraak niet aan de orde. Verwezen werd naar de schadestaatprocedure.¹⁷⁰

Of in een dergelijk geval inderdaad schadevergoeding mogelijk is, is echter de vraag. Hierna zal eerst worden gekeken naar het Engelse recht, voordat nader wordt ingegaan op deze problematiek.

Engels recht

Het is niet duidelijk in hoeverre naar Engels recht schadevergoeding kan worden toegewezen indien een buitenlands gerecht de zaak, ondanks een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage, inhoudelijk heeft behandeld. In de jurisprudentie is het recht op schadevergoeding in een dergelijke situatie een aantal malen in theorie erkend, maar er zijn slechts weinig zaken waarin ook daadwerkelijk schadevergoeding is toegewezen. In de literatuur wordt bovendien een aantal bezwaren tegen het toekennen van schadevergoeding aangevoerd.

Een voorbeeld van een zaak waarin wel schadevergoeding is toegewezen is de Mantovani-uitspraak. Partijen in deze zaak waren arbitrage in Engeland overeengekomen. Een van de partijen had, ter zekerheid van haar vordering, in Italië een vonnis verkregen om beslag te leggen op bepaalde goederen. Haar wederpartij vorderde vervolgens in een Engelse arbitrageprocedure schadevergoeding wegens schending van de overeenkomst tot arbitrage. De arbiters wezen deze vordering toe. Ook de Court of Appeal achtte een vordering tot schadevergoeding in een dergelijk

¹⁶⁸ Rb. Rotterdam 29 december 2010, *NJF* 2011, 151.

¹⁶⁹ Rb. Rotterdam 29 december 2010, *NJF* 2011, 151, r.o. 2.5.

¹⁷⁰ Rb. Rotterdam 29 december 2010, *NJF* 2011, 151, r.o. 5.11.

geval toewijsbaar.¹⁷¹ Het feit dat de Italiaanse rechter kennelijk geoordeeld had dat de overeenkomst tot arbitrage niet aan toewijzing van de voorlopige voorziening in de weg stond, werd dus niet relevant geacht. Op de berekening van de schadevergoeding werd in deze uitspraak niet ingegaan, zodat onduidelijk is welke schadeposten precies voor vergoeding in aanmerking kwamen.

Ook in de zaak *A/S D/S Svendborg, D/S Af 1912 A/S, Bodies Corporate Trading in Partnership as Maersk Sealand v Akar* (hierna: Akar) werd schadevergoeding toegevoegd. De verweerders, Akar c.s., waren in strijd met exclusieve overeenkomsten tot forumkeuze voor de Engelse rechter procedures begonnen in Hong Kong en Guinea. Sommige van deze procedures waren nog niet afgerond en het (definitieve) oordeel van deze rechters over hun bevoegdheid stond nog niet vast. Toch wees de Commercial Court de vordering tot vergoeding van de kosten die eisers in deze procedures hadden gemaakt en nog zouden maken toe.¹⁷² Kennelijk werd niet van belang geacht hoe de buitenlandse rechter zou oordelen over zijn bevoegdheid.¹⁷³ Van belang is overigens dat in de Engelse procedure de verweerders niet waren verschenen, zodat de vordering tot schadevergoeding niet was betwist.¹⁷⁴ Bovendien draaide deze zaak alleen om vergoeding van proceskosten, en was schadevergoeding wegens een inhoudelijk andere uitkomst van het geschil niet aan de orde.

Verder werd in een procedure tussen CMA CGM SA en Hyundai Mipo Dockyard Co Ltd door arbiters schadevergoeding toegekend wegens schending van een overeenkomst tot arbitrage. Voor vergoeding in aanmerking kwamen zowel het bedrag waartoe de verweerder in de buitenlandse procedure was veroordeeld, als de proceskosten die deze partij in die procedure had moeten maken.¹⁷⁵

Er zijn dus slechts weinig zaken waarin schadevergoeding daadwerkelijk is toegekend. Daarnaast is er nog wel een aantal uitspraken waarin schadevergoeding in theorie mogelijk werd geacht in gevallen waarin de buitenlandse rechter de zaak inhoudelijk had behandeld. Een voorbeeld is de zaak *Tracomina S.A. v Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (No. 1)*. In deze zaak hadden partijen in een koopovereenkomst een beding tot arbitrage in Engeland opgenomen. De kopers waren, in strijd met dit beding, een procedure in Zwitserland begonnen. Hierop verzochten de verkopers de Engelse rechter een 'anti-suit injunction' af te geven, zodat de Zwitserse procedure gestaakt zou worden. In het kader van de beoordeling of een dergelijk bevel op zijn plaats zou zijn, ging een van de rechters van de Court of Appeal, Donaldson, in op een mogelijk alternatief voor een 'anti-suit injunction', namelijk toekenning van schadevergoeding.

171 *Mantovani v Carapelli SpA* [1980] 1 Lloyd's Rep. 375, CA. De uitspraak van arbiters was in de vorm van een 'special case'. Dit betekent dat arbiters in hun uitspraak een rechtsvraag hadden geformuleerd, die werd voorgelegd aan de overheidsrechter. Zie over deze procedure, die inmiddels is afgeschaft, Mustill & Boyd 1989, p. 584-585.

172 *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797, QBD.

173 Zie in deze zin ook Tan & Yeo 2003, p. 441.

174 Ook Tham benadrukt dit; Tham 2004, p. 60.

175 Zie de uitspraak van de Commercial Court, waaraan in deze zaak op grond van art. 69 Arbitration Act 1996 bepaalde rechtsvragen waren voorgelegd die zich naar aanleiding van de uitspraak van arbiters hadden voorgedaan; *CMA CGM SA v Hyundai Mipo Dockyard Co Ltd* [2008] 2 CLC 687, QBD, nr. 10, p. 693-694.

In dit alternatieve scenario zou de Zwitserse procedure niet gestaakt worden, maar zouden de verkopers achteraf een vordering tot schadevergoeding in kunnen stellen bij arbiters. Arbiters zouden dan moeten vaststellen of zij, indien het beding was nageleefd, tot dezelfde conclusie zouden zijn gekomen als de Zwitserse gerechten. Volgens Donaldson betekende dit dus dat arbiters zouden moeten bepalen of de uitspraak van het Zwitserse gerecht juist of onjuist is, 'right or wrong', hetgeen hij een 'rather unseemly spectacle' noemde, een nogal ongepaste vertoning. Door een 'anti-suit injunction' af te geven zou dit kunnen worden voorkomen.¹⁷⁶ Hoewel Donaldson dus niet gecharmeerd is van schadevergoeding om een partij te compenseren voor een inhoudelijk 'verkeerde' buitenlandse uitspraak, lijkt hij het recht hierop in principe wel te erkennen.¹⁷⁷ Er wordt bij dit soort schade dan ook zelfs wel gesproken van 'Tracomin type damages'.¹⁷⁸

In 'The Angelic Grace' van de Court of Appeal wordt de uitspraak in Tracomin bevestigd. In het kader van de vraag of een 'anti-suit injunction' moet worden afgegeven noemt Lord Leggatt, onder verwijzing naar Tracomin, de procedure tot vaststelling van de schade onwenselijk.¹⁷⁹ Ook hij lijkt echter vergoeding van schade wegens een inhoudelijk andere beslissing in principe mogelijk te achten.

Ten slotte wordt ook in het arrest *Donohue v Armco* van de House of Lords schadevergoeding mogelijk geacht indien het buitenlandse gerecht de zaak inhoudelijk heeft behandeld (zie over dit arrest reeds paragraaf 11.6.2.2). In deze zaak betoogde Armco dat de vordering tot afgifte van een 'anti-suit injunction' moest worden afgewezen, ondanks het feit dat Armco in strijd met een forumkeuze voor de Engelse rechter een procedure in New York begonnen was. Armco voerde daartoe onder meer aan dat Donohue in principe vergoeding wegens schending van de overeenkomst tot forumkeuze zou kunnen vorderen van de schade die hij zou lijden indien hij in New York verdergaand aansprakelijk zou worden gehouden of indien de procedure meer kosten voor hem mee zou brengen dan het geval zou zijn als de procedure in Engeland was gevoerd. De House of Lords accepteerde dit argument.¹⁸⁰ Lord Scott ging daarbij alleen in op de proceskosten die Donohue in New York zou maken en daar niet vergoed zou kunnen krijgen.¹⁸¹ Lord Hobhouse gaf een dergelijke beperking niet, maar gaf wel aan niet te diep in te zullen gaan op het punt van schadevergoeding, omdat het een complex vraagstuk betreft. Hij wees er daarbij onder andere op dat het toewijzen van schadevergoeding kan leiden tot omslachtige procedures.¹⁸² Hoewel de House of Lords in dit arrest schadevergoeding mogelijk acht ook indien de buitenlandse rechter de zaak inhoudelijk heeft behandeld, moet goed de beperkte betekenis van dit oordeel in ogenschouw worden genomen. Van belang is ten eerste dat het recht op schadevergoeding niet door de wederpartij werd betwist,

176 *Tracomin S.A. v Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (No.1)* [1983] 1 W.L.R. 1026, CA, m.n. p. 1036-1037.

177 Zie in deze zin ook Merrett 2006, p. 320; Males 1998, p. 550.

178 Yeo & Tan 2003, p. 423; *Industrial Maritime Carriers (Bahamas) Inc. v Sinoca International Inc., (The 'Eastern Trader')* [1996] 2 Lloyd's Rep. 585, QBD, p. 602.

179 *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 94 (L.J. Leggatt).

180 *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, HL, nr. 29, p. 435, nr. 36, p. 437 (L.J. Bingham); nr. 47-48, p. 439 (L.J. Hobhouse); nr. 74-75, p. 443 (L.J. Scott).

181 *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, HL, nr. 75, p. 443 (L.J. Scott).

182 *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, HL, nr. 48, p. 439 (L.J. Hobhouse).

maar juist werd verdedigd. Bovendien ging de procedure zelf niet over schadevergoeding, maar kwam dit punt slechts zijdelings aan de orde.¹⁸³

De Engelse jurisprudentie wijst er kortom op dat schadevergoeding ook toegekend kan worden indien de buitenlandse rechter de zaak in behandeling neemt, maar de precieze reikwijdte van dit recht op schadevergoeding is nog niet uitgekristalliseerd. In de literatuur bestaat dan ook discussie over deze reikwijdte. Met name de vergoeding van schade als gevolg van het feit dat de buitenlandse rechter tot een ander inhoudelijk oordeel is gekomen, wordt als problematisch ervaren.¹⁸⁴

Van belang daarbij is dat het feit dat de buitenlandse rechter een oordeel heeft gegeven over het inhoudelijke geschil, in principe niet aan het toewijzen van schadevergoeding in de weg staat. Een uitspraak van een buitenlandse rechter in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage wordt op grond van artikel 32 Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 namelijk niet erkend. Of sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage wordt door de Engelse rechter zelf beoordeeld. Hij is daarbij dus niet gebonden aan bijvoorbeeld de feitelijke overweging van de buitenlandse rechter dat tussen partijen geen wilsovereenstemming is bereikt. Artikel 32 Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 gaat echter niet op in geval van 'submission': vereist is dat de partij zich niet aan het oordeel van de buitenlandse rechter heeft onderworpen.¹⁸⁵ Op grond van artikel 33 Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 geldt het betwisten van de rechtsmacht van een gerecht niet als 'submission'. Een partij kan zich voor de buitenlandse rechter dus zonder gevaar beroepen op de aanwezigheid van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage. Het zich verdedigen in de daaropvolgende procedure levert daarentegen in principe wel 'submission' op.¹⁸⁶ In de literatuur bestaat discussie over de vraag of dit ook betekent dat indien een partij heeft deelgenomen aan de behandeling van het inhoudelijke geschil, geen recht op schadevergoeding bestaat.¹⁸⁷ Wellicht moet het zich verdedigen voor het buitenlandse forum juist als schadebeperking worden gezien.¹⁸⁸

Een belangrijk bezwaar dat wordt genoemd tegen toewijzing van schadevergoeding indien de buitenlandse rechter de zaak inhoudelijk heeft behandeld is de inbreuk die hierdoor gemaakt wordt op 'comity', het internationale wederzijdse respect. Van een dergelijke inbreuk zou sprake zijn doordat de toewijzing van schadevergoeding

183 Ook Tham benadrukt dit; Tham 2004, p. 59-60.

184 Zie bijv. Mustill & Boyd 1989, p. 461, voetnoot 14; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 546, nr. 12-143; Bell 2003, p. 203, nr. 4.151; Yeo & Tan 2003, p. 415-426.

185 Zie over deze bepaling Merrett 2006, p. 319; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 608-609, nr. 14-091 – 14-092.

186 Zie hierover Dicey, Morris & Collins 2006, p. 595 e.v., nr. 14-062 e.v.; p. 608-609, nr. 14-091.

187 Zie over deze vraag Yeo & Tan 2003, p. 422-426; Tan & Yeo 2003, p. 443; Briggs 2008, p. 316, nr. 8.32-8.34, p. 317 e.v., nr. 8.35 e.v.; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 546, nr. 12-143. In de zaak *Akar* wordt er kennelijk van uitgegaan dat het feit dat een partij ook verweer voert m.b.t. het inhoudelijke geschil niet aan schadevergoeding in de weg staat. Er wordt namelijk een vergoeding van proceskosten toegekend, zonder onderscheid tussen de proceskosten die betrekking hebben op het bevoegdheidsincident en de proceskosten die zien op het inhoudelijke geschil. Zo ook Tan & Yeo 2003, p. 443.

188 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 546, nr. 12-143; Briggs 2008, p. 313, nr. 8.26; Yeo & Tan 2003, p. 425-426; zelf menen Yeo en Tan echter dat van een partij niet kan worden gevergd dat zij op deze manier haar schade beperkt.

de uitspraak van de buitenlandse rechter niet aanvult, maar hiermee juist in tegenspraak lijkt. De Engelse rechter komt immers tot een geheel andere conclusie met betrekking tot de geldigheid en gevolgen van de bevoegdheidsovereenkomst dan de buitenlandse rechter.¹⁸⁹ Daarnaast wordt inbreuk gemaakt op 'comity' doordat de rechter bij de begroting van de schade dient te bepalen of de buitenlandse rechter tot de juiste beslissing is gekomen. In de zaak *Tracomin S.A. v Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (No. 1)* noemt Donaldson zoals gezegd de beoordeling of de uitspraak van de buitenlandse rechter 'right or wrong' is een nogal ongepaste vertoning.¹⁹⁰ Hiertegen is ingebracht dat het bij de begroting van deze schade niet gaat om de vraag of de buitenlandse rechter de *verkeerde* beslissing heeft genomen, maar of hij een *andere* beslissing heeft genomen dan de Engelse rechter of een scheidsgerecht zou hebben gedaan. Het is immers mogelijk dat het buitenlandse gerecht andere regels op het geschil dient toe te passen, bijvoorbeeld doordat het internationale privaatrecht van deze staat een ander toepasselijk recht aanwijst. Het oordeel dat de Engelse rechter of het scheidsgerecht een *andere* beslissing zou hebben genomen, betekent dus niet per se dat de uitspraak van de buitenlandse rechter 'onjuist' was.¹⁹¹ Ten slotte is sprake van strijd met 'comity' doordat de uitspraak van de buitenlandse rechter door het toekennen van schadevergoeding feitelijk ongedaan gemaakt wordt. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de buitenlandse rechter A veroordeelt om € 100.000 aan B te betalen en de Engelse rechter vervolgens B veroordeelt om € 100.000 aan A te betalen wegens schending van de bevoegdheidsovereenkomst. Weliswaar blijft de buitenlandse uitspraak dan in stand, feitelijk heeft hij geen effect.¹⁹² Tegen dit argument wordt wel ingebracht dat schadevergoeding een minder vergaande inbreuk maakt op 'comity' dan een 'anti-suit injunction'. Anders dan een 'anti-suit injunction' laat schadevergoeding de procedure in het buitenland ongemoeid. De eiser kan ongestoord zijn vordering voor de buitenlandse rechter voortzetten zonder dat hij hierdoor in strijd handelt met een rechterlijk bevel.¹⁹³ Om deze reden wordt schadevergoeding ook wel bepleit als alternatief voor een 'anti-suit injunction'.¹⁹⁴

Naast het bezwaar dat schadevergoeding inbreuk zou maken op 'comity' wordt wel aangevoerd dat het toekennen hiervan leidt tot eindeloze procedures en eraan in de weg staat dat een einde komt aan het geschil. Om te kunnen bepalen of de Engelse rechter of het scheidsgerecht tot een andere conclusie was gekomen, moet de procedure die partijen in het buitenland hebben gevoerd immers over worden gedaan. Het is niet efficiënt dat voor verschillende gerechten over dezelfde kwestie wordt geprocedeerd.¹⁹⁵ Volgens Yeo en Tan wordt door een procedure tot vaststelling

189 Tan en Yeo lijken dit als bezwaar tegen toekenning van schadevergoeding te zien; Tan & Yeo 2003, p. 441.

190 *Tracomin S.A. v Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (No.1)* [1983] 1 W.L.R. 1026, CA, m.n. p. 1037. Zie ook *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 94 (L.J. Leggatt); Bell 2003, p. 203, nr. 4.151.

191 Yeo & Tan 2003, p. 417; Merrett 2006, p. 321.

192 Yeo & Tan 2003, p. 419-420; Tan & Yeo 2003, p. 439; Briggs 2008, p. 320, nr. 8.41.

193 Tan & Yeo 2003, p. 439; Peel 1998, p. 209.

194 Peel 1998, p. 207-210.

195 Yeo & Tan 2003, p. 405-406, 418-419, 430; Bell 2003, p. 203, nr. 4.151; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 546, nr. 12-143; Briggs 2008, p. 320-321, nr. 8.42; *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, HL, nr. 48, p. 439 (L.J. Hobhouse).

van schadevergoeding echter geen vicieuze cirkel gecreëerd. Het is namelijk niet zo dat de procedure in het buitenland in zijn geheel overgedaan behoeft te worden. Over het algemeen zal de Engelse rechter ervan uit kunnen gaan dat hij tot dezelfde feitenvaststelling zou zijn gekomen als de buitenlandse rechter, en hoeft hij enkel te kijken waartoe de toepassing van de relevante rechtsregels leidt. Van partijen wordt dan ook niet verlangd dat zij hetzelfde bewijs als in de procedure voor het buitenlandse gerecht naar voren brengen, maar dat zij zich concentreren op het bewijs waarom het Engelse gerecht tot een andere conclusie zou zijn gekomen. Enkel indien de bewijsregels van het Engelse en het buitenlandse forum verschillen, zou opnieuw feitelijk onderzoek kunnen worden gedaan.¹⁹⁶

In de literatuur wordt bovendien opgemerkt dat het feit dat schade lastig te begroten is naar Engels recht over het algemeen niet gezien wordt als voldoende grond om schadevergoeding af te wijzen. Moeilijkheid bij het vaststellen van de hoogte van de schade is niet voldoende om de schuldenaar van zijn verplichting te ontheffen. Het feit dat de rechter dient vast te stellen wat de uitkomst van een geschil zou zijn geweest als voor een ander gerecht was geprocedeerd, is niet uniek. Ook in andere gevallen, zoals bij beroepsaansprakelijkheid van een advocaat, dient de rechter dit te doen.¹⁹⁷

Hoewel Yeo en Tan in hun algemeenheid de bezwaren tegen schadevergoeding weerleggen, menen zij wel dat het een beleidsvraag is in hoeverre men wil toestaan dat een partij, nadat een uitspraak is gekregen van een buitenlandse rechter, de mogelijkheid moet hebben om het geschil te heropenen voor de Engelse rechter. Zij erkennen dat de begroting van schade zoals hier aan de orde, ingewikkeld is. Het is de vraag in hoeverre de middelen van een gerecht dienen te worden ingezet om een buitenlandse procedure terug te draaien.¹⁹⁸ Zij bespreken daarom verschillende methoden die gebruikt zouden kunnen worden om het recht op schadevergoeding te reguleren en nader in te perken. Een van deze methoden is het enkel mogelijk maken van schadevergoeding indien dit niet in tegenspraak is met de buitenlandse uitspraak, maar deze uitspraak hierdoor wordt aangevuld. Op grond van deze methode zou schadevergoeding over het algemeen in het geheel niet mogelijk zijn indien de buitenlandse rechter de zaak inhoudelijk heeft behandeld. De buitenlandse rechter heeft dan immers kennelijk geoordeeld dat er geen sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage die van toepassing is op dit geschil. Volgens Tan en Yeo zou in uitzonderlijke gevallen echter van deze regel afgeweken kunnen worden, bijvoorbeeld indien het gedrag van de partij die de procedure in het buitenland is begonnen zeer laakbaar is. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn indien deze partij een procedure in het buitenland begonnen is zonder de verweerder hiervan voldoende op de hoogte te stellen.¹⁹⁹

Geconcludeerd kan worden dat naar Engels recht schadevergoeding in principe ook toegekend kan worden indien de buitenlandse rechter de zaak inhoudelijk heeft behandeld. Het recht hierop wordt in de jurisprudentie erkend, maar de precieze

196 Yeo & Tan 2003, p. 417-418.

197 Yeo & Tan 2003, p. 408-409, 417; Tan & Yeo 2003, p. 438-439; Merrett 2006, p. 320-321.

198 Yeo & Tan 2003, p. 418-419

199 Tan & Yeo 2003, p. 441.

reikwijdte van dit recht is niet duidelijk. In de literatuur wordt een aantal bezwaren tegen het toekennen van schadevergoeding in dergelijke gevallen naar voren gebracht. Met name het vergoeden van schade wegens het feit dat de buitenlandse rechter tot een andere inhoudelijke beslissing is gekomen, wordt als problematisch gezien.

Beoordeling

In hoeverre is naar Nederlands recht schadevergoeding mogelijk indien een buitenlandse rechter de zaak in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage in behandeling heeft genomen?

In paragraaf 11.6.3.2 is gebleken dat de buitenlandse uitspraak die tot stand is gekomen in strijd met een dergelijke overeenkomst over het algemeen in Nederland niet wordt erkend. Het buitenlandse oordeel over het inhoudelijke geschil staat dus niet aan het toekennen van schadevergoeding in de weg. Bovendien is in die paragraaf tot uitgangspunt genomen dat de Nederlandse rechter niet gebonden is aan de feitenvaststelling die de buitenlandse rechter aan zijn bevoegdheidsoordeel ten grondslag heeft gelegd. Aangenomen wordt dus dat de Nederlandse rechter zelfstandig kan beoordelen of partijen bijvoorbeeld wilsovereenstemming over een forumkeuze hebben bereikt. In deze opvatting bestaat op het eerste gezicht de meeste ruimte voor een vordering tot schadevergoeding. Ook indien de buitenlandse rechter heeft geconcludeerd dat geen overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen, staat het de Nederlandse rechter vrij om te oordelen dat wel van een geldige overeenkomst sprake is waaruit verbintenissen voor partijen voortvloeien.

Erkenning van de buitenlandse uitspraak levert dus geen probleem op. Onderzocht moet echter worden, of er geen andere bezwaren bestaan die aan het toekennen van schadevergoeding in de weg staan. Een eerste bezwaar dat tegen het toekennen van schadevergoeding kan worden aangevoerd hangt samen met het in paragraaf 11.3.8.2 behandelde beginsel dat de Nederlandse rechter en arbiters zich niet behoren te mengen in de rechtsmacht van de buitenlandse rechter. Het is aan het buitenlandse gerecht om te bepalen welke zaken het in behandeling neemt en hoe het deze zaken behandelt.

Door schadevergoeding toe te kennen wordt echter inbreuk gemaakt op dit beginsel. Aan dit oordeel ligt immers de opvatting ten grondslag dat de buitenlandse rechter 'onterecht' de zaak in behandeling heeft genomen. In principe behoren de Nederlandse rechter en arbiters het echter aan de buitenlandse rechter zelf te laten om te oordelen welke zaken hij behandelt.

Daarnaast wordt inbreuk gemaakt op dit beginsel doordat bij de begroting van de schade vastgesteld dient te worden of de buitenlandse rechter tot de 'juiste' beslissing is gekomen. Weliswaar gaat het er in theorie niet om of de beslissing van de buitenlandse rechter juist is, maar om de vraag of deze beslissing anders is dan de beslissing waartoe de aangewezen instantie zou zijn gekomen. Er kunnen objectieve verklaringen zijn voor een verschil in uitkomst, zoals het feit dat het internationaal privaatrecht een ander toepasselijk recht aanwijst of dat de buitenlandse rechter nationale regels van dwingend recht dient toe te passen. Toch zal bij de buitenlandse rechter wellicht het gevoel bestaan dat hij iets 'verkeerd' heeft gedaan

indien geoordeeld wordt dat een partij recht heeft op schadevergoeding als gevolg van een uitspraak die hij heeft gewezen.

Ten slotte wordt inbreuk gemaakt op dit beginsel, doordat de uitspraak van de buitenlandse rechter door het toekennen van schadevergoeding feitelijk ongedaan gemaakt wordt. Het is natuurlijk zo dat de buitenlandse uitspraak in principe niet erkend zal worden, aangezien de buitenlandse rechter in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst rechtsmacht heeft aangenomen. Het feitelijk ongedaan maken van de uitspraak van de buitenlandse rechter gaat echter nog een stap verder dan het niet erkennen van de uitspraak. Indien een buitenlandse uitspraak niet erkend wordt, betekent dit dat deze uitspraak in Nederland niet ten uitvoer kan worden gelegd. In het buitenland zelf kan de uitspraak wel geëxecuteerd worden, voor zover daar voldoende verhaalsmogelijkheden zijn. Door echter schadevergoeding toe te kennen, kan deze werking feitelijk ongedaan gemaakt worden, natuurlijk ook hier weer voor zover deze uitspraak ten uitvoer gelegd kan worden.

Naast het bezwaar dat door het toekennen van schadevergoeding inbreuk wordt gemaakt op de rechtsmacht van de buitenlandse rechter geldt ook het bezwaar dat partijen door het toekennen van schadevergoeding de mogelijkheid krijgen om het in het buitenland gevoerde geding nog eens over te doen. Het is wenselijk dat op een gegeven moment een einde komt aan het procederen. Bovendien vindt geen efficiënte inzet van overheidsmiddelen plaats, indien twee instanties hetzelfde geschil behandelen. In theorie is het natuurlijk zo dat het niet gaat om 'hetzelfde' geschil. In de tweede procedure is de vraag aan de orde wat er gebeurd zou zijn indien de procedure voor de aangewezen instantie was gevoerd, hetgeen een andere rechtsvraag is dan in de eerste procedure aan de orde was. Bovendien zal in sommige gevallen in de tweede procedure kunnen worden volstaan met een beperkt onderzoek, doordat van de feitenvaststelling van de buitenlandse rechter uitgegaan kan worden. Dit is echter niet het geval indien in het buitenland heel andere bewijsregels gelden of er sprake is van andere grote verschillen in het procesrecht. In beide procedures zullen feitelijk bovendien vaak wel degelijk dezelfde kwesties aan de orde zijn.

Tegenover deze bezwaren staat het belang dat door het toekennen van schadevergoeding de nakoming van bevoegdheidsovereenkomsten wordt bevorderd. Een partij zal minder snel een procedure voor een onbevoegde rechter beginnen, omdat zij hiermee een groot risico neemt: zij loopt het gevaar een hoog bedrag aan schadevergoeding verschuldigd te raken en bovendien niets te hebben aan de uitkomst van de procedure voor de onbevoegde rechter, omdat deze door de in de overeenkomst aangewezen instantie volledig ongedaan gemaakt wordt. Partijen zullen dus naar verwachting vaker hun bevoegdheidsovereenkomsten nakomen, zodat er minder over de bevoegdheid geprocedeerd hoeft te worden. Op den duur is het toekennen van schadevergoeding dus wellicht efficiënter.

Toch kan dit belang naar mijn mening niet opwegen tegen de bezwaren die aan het toekennen van schadevergoeding zijn verbonden. In principe moet het aan de aangezochte rechter overgelaten worden om de bevoegdheidsovereenkomst af te dwingen. Het is aan hem om te beoordelen of sprake is van een geldige overeenkomst die hem onbevoegd maakt. Het feit dat een partij, indien deze rechter zich onbevoegd verklaart, het risico loopt dat zij de volledige proceskosten als schadevergoeding dient

te betalen, moet voldoende afschrikwekkend zijn. Dat een nog grotere afschrikwekkende werking wordt bereikt door de mogelijkheid van toekenning van schadevergoeding indien de buitenlandse rechter zich *wel* bevoegd verklaart, kan de inbreuk die hierdoor gemaakt wordt op de rechtsmacht van deze rechter niet rechtvaardigen. De Nederlandse rechter of een scheidsgerecht behoort kortom enkel schadevergoeding toe te wijzen indien dit in overeenstemming is met het oordeel van de buitenlandse rechter.

Wel is in bepaalde gevallen een uitzondering op het voornoemde mogelijk. Zoals in paragraaf 11.3.8.2 is gebleken, berust het beginsel dat men de rechtsmacht van de buitenlandse rechter dient te respecteren op vertrouwen in het buitenlandse rechtssysteem en de buitenlandse rechterlijke instanties. Indien dit vertrouwen niet gerechtvaardigd blijkt, moet van het uitgangspunt dat men zich niet behoort te mengen in de buitenlandse procedure kunnen worden afgeweken. Een voorbeeld is het geval dat in het buitenland geen eerlijk proces heeft plaatsgevonden of het proces zeer lang heeft geduurd. In dergelijke gevallen zal naar mijn mening dan ook wel schadevergoeding toegewezen kunnen worden, ook al heeft de buitenlandse rechter zich bevoegd verklaard.

Het is aan de partij die schadevergoeding vordert om aan te tonen dat het vertrouwen in een bepaald buitenlands gerecht niet gerechtvaardigd is gebleken. Zij zal dit moeten aantonen met betrekking tot het specifieke geval: niet voldoende is dat de procedures in dit land in hun algemeenheid zeer lang duren of niet eerlijk verlopen, maar aannemelijk moet worden gemaakt dat deze partij hiervan ook in het concrete geval slachtoffer is geworden.

Indien een bepaald land bevoegdheidsovereenkomsten in het geheel niet erkent, is dit reden om het vertrouwen te onthouden (zie paragraaf 11.3.8.2).²⁰⁰ Hetzelfde geldt indien de buitenlandse rechter zonder motivering geheel voorbijgaat aan een bevoegdheidsovereenkomst. Aangenomen kan in dat geval immers worden dat de behandeling met betrekking tot de bevoegdheidsovereenkomst niet eerlijk is geweest. In dergelijke gevallen is er reden voor het toekennen van schadevergoeding. Het enkele feit dat op grond van het buitenlandse recht bevoegdheidsovereenkomsten onder andere voorwaarden worden erkend dan naar Nederlands recht is nog niet voldoende om vertrouwen in het gerecht te onthouden.

In principe komen voor vergoeding zowel de hogere proceskosten die een partij in de buitenlandse procedure heeft moeten maken, als de schade die zij lijdt doordat de buitenlandse rechter het geschil anders heeft beoordeeld, voor vergoeding in aanmerking. Daarbij is niet van belang of deze partij in de buitenlandse procedure is verschenen of niet. Het zich verdedigen in de buitenlandse procedure heeft niet te gelden als afstand van recht, maar moet als een legitieme methode worden gezien om de schade te beperken.

Wel geldt dat de inbreuk die door het toekennen van schadevergoeding gemaakt wordt op de rechtsmacht van de buitenlandse rechter zo beperkt mogelijk dient te

²⁰⁰ Naar mijn mening zijn bevoegdheidsbedingen internationaal inmiddels zo geaccepteerd, dat erkenning hiervan door Nederland inderdaad vereist kan worden. Zie par. 11.3.8.2; Strikwerda 2008, p. 215, nr. 212; HR 1 februari 1985, *NJ* 1985, 698, m.nt. JCS (Piscator), r.o. 3.1. Zie in het kader van de vraag of een buitenlandse uitspraak in Nederland erkend kan worden ook Verheul 1989, p. 31-32; Rosner 2004, p. 36.

blijven. Dit kan meebrengen dat in een concreet geval geoordeeld wordt dat bepaalde schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Indien de reden voor het oordeel dat het vertrouwen in het buitenlandse gerecht niet gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld is dat de procedure in dit gerecht buitengewoon lang heeft geduurd, kan dit aanleiding zijn om enkel schadevergoeding toe te kennen wegens de extra proceskosten die de gedaagde in het buitenland heeft moeten maken. Omdat de procedure voor het overige wel eerlijk is geweest, kan geoordeeld worden dat er geen reden is om ook schadevergoeding wegens een eventuele andere inhoudelijke uitkomst van het geding toe te wijzen. Er dient geen onnodige inbreuk te worden gemaakt op de bevoegdheid van de buitenlandse rechter om zelf te oordelen over geschillen die aan hem worden voorgelegd.

Geconcludeerd kan worden dat indien de buitenlandse rechter de zaak ondanks een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage toch inhoudelijk behandelt, over het algemeen geen schadevergoeding toegewezen kan worden. Nederland dient geen inbreuk te maken op de bevoegdheid van de buitenlandse rechter om zelf te bepalen welke zaken hij in behandeling neemt en hoe hij deze zaken behandelt. Dit beginsel berust op het vertrouwen in buitenlandse rechtssystemen en buitenlandse rechterlijke instanties. Indien het vertrouwen in een buitenlands gerecht in een concreet geval niet gerechtvaardigd is gebleken, bijvoorbeeld doordat geen eerlijk proces heeft plaatsgevonden, is schadevergoeding wel mogelijk.

11.6.3.5 Tussenconclusie

Indien een partij een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst heeft geschonden door in het buitenland te procederen, is het toekennen van schadevergoeding enkel mogelijk indien dit in overeenstemming is met het oordeel van de buitenlandse rechter omtrent zijn bevoegdheid. Verklaart de buitenlandse rechter zich wegens het bestaan van de overeenkomst onbevoegd, dan is vergoeding van de in het buitenland gemaakte proceskosten mogelijk. Neemt de buitenlandse rechter de zaak *wel* in behandeling, dan is schadevergoeding daarentegen in principe uitgesloten. Dit is alleen anders, indien het vertrouwen in dit gerecht niet gerechtvaardigd is gebleken, doordat bijvoorbeeld geen eerlijke procedure heeft plaatsgevonden.

11.6.4 Procedure in een EEX-staat in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst

11.6.4.1 Inleiding

Een partij kan, door een procedure te beginnen voor een rechter van een andere EEX-staat, een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst schenden. Voordat de vraag behandeld wordt in hoeverre in een dergelijk geval schadevergoeding mogelijk is, wordt eerst kort ingegaan op het systeem van erkenning van uitspraken onder de EEX-verordening.

11.6.4.2 Erkenning

Uit artikel 33 lid 1 EEX-Vo blijkt dat de in een lidstaat gegeven beslissingen in de overige lidstaten worden erkend zonder vorm van proces. In artikel 34 en 35 EEX-Vo is een beperkt aantal gronden genoemd waarop erkenning geweigerd kan worden. De bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat van herkomst mag niet worden getoetst (zie artikel 35 lid 3 EEX-Vo), al geldt er een aantal uitzonderingen. Het feit dat het buitenlandse gerecht bevoegdheid heeft aangenomen in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst is dus geen reden om erkenning te onthouden.

Het is de vraag of onder een 'beslissing' die op grond van artikel 33 EEX-Vo erkend dient te worden, ook een beslissing valt over de vraag of tussen partijen een geldige overeenkomst tot forumkeuze tot stand is gekomen. Aangenomen kan worden dat de feitenvaststelling die de buitenlandse rechter aan de beslissing omtrent zijn bevoegdheid ten grondslag heeft gelegd inderdaad ook voor erkenning in aanmerking komt.²⁰¹ De beslissing bijvoorbeeld dat tussen partijen sprake is van wilsovereenstemming, is immers een beslissing omtrent de rechtsverhouding van partijen. In dit verband is ook artikel 35 EEX-Vo van belang. Uit lid 1 van dit artikel volgt dat erkenning van een buitenlandse uitspraak kan worden geweigerd indien bepaalde bevoegdheidsregels zijn geschonden. Lid 2 bepaalt echter dat bij de toetsing of dit het geval is, het aangezochte gerecht of de aangezochte autoriteit gebonden is aan de feitelijke overwegingen op grond waarvan het gerecht van de lidstaat van herkomst zijn bevoegdheid heeft aangenomen. Ook dit biedt steun aan het standpunt dat de beslissing van een andere EEX-rechter dat sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze in Nederland dient te worden erkend.

Met betrekking tot de beslissing of een overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen, ligt dit anders. Arbitrage valt immers buiten het toepassingsgebied van de EEX-verordening (zie artikel 1 lid 1 sub d EEX-Vo), zodat aannemelijk is dat een dergelijk oordeel niet erkend behoeft te worden.²⁰²

11.6.4.3 De rechter neemt de zaak niet in behandeling

Een partij kan in strijd handelen met een bevoegdheidsovereenkomst door een procedure voor een gerecht van een andere EEX-staat te beginnen. Indien de buitenlandse rechter de zaak in dat geval niet in behandeling neemt op grond van de bevoegdheidsovereenkomst, zal de schade bestaan uit de proceskosten die de partij heeft moeten maken in dit bevoegdheidsincident.

Het oordeel van de buitenlandse rechter dat sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze dient in Nederland te worden erkend, zo is hiervoor aangenomen. De vraag of sprake is van een geldige overeenkomst tot arbitrage zal daarentegen door de Nederlandse rechter of door arbiters zelfstandig beoordeeld kunnen worden. Om schadevergoeding toe te kunnen wijzen, zal daarnaast moeten worden vastgesteld of partijen in het kader van deze overeenkomsten verbintenissen in het leven hebben geroepen.

²⁰¹ Zie in deze zin ook Merrett 2006, p. 334; Briggs 2008, p. 332, nr. 8.66, p. 334, nr. 8.70.

²⁰² Zie ook Briggs 2008, p. 503, nr. 12.59.

Wordt dit vastgesteld, dan komen de proceskosten voor vergoeding in aanmerking. Uit de procesrechtelijke context vloeien geen bezwaren voort die hieraan in de weg staan. Geen inbreuk wordt hierdoor gemaakt op de rechtsmacht van de buitenlandse rechter om over zijn eigen bevoegdheid te oordelen. De toekenning van schadevergoeding is immers juist in overeenstemming met de eerdere beslissing van de buitenlandse rechter.

Ook het feit dat door de buitenlandse rechter reeds een gedeeltelijke proceskostenveroordeling is uitgesproken, vormt geen bezwaar. Deze proceskostenveroordeling dient op grond van artikel 33 EEX-Vo door Nederland te worden erkend.²⁰³ Dit staat er echter niet aan in de weg dat indien een deel van de kosten onvergoed is gebleven, dit deel op grond van wanprestatie voor vergoeding in aanmerking komt. De vordering tot schadevergoeding berust immers op een eigen grondslag, die losstaat van de veroordeling in de proceskosten (zie in dit verband ook paragraaf 11.6.2.1 en 11.6.3.3). Enkel indien de andere EEX-rechter in het kader van de proceskostenveroordeling reeds rekening heeft gehouden met de schending van de overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage, is dit anders.

Uit de procesrechtelijke context vloeien kortom geen bezwaren voort die aan toekenning van schadevergoeding in de weg staan.

11.6.4.4 De rechter neemt de zaak wel in behandeling

Verklaart de rechter van de andere EEX-staat zich bevoegd en gaat hij over tot een inhoudelijke behandeling van de zaak, dan is een vordering tot schadevergoeding wegens schending van een verbintenis uit een bevoegdheidsovereenkomst uitgesloten.

Wat de overeenkomst tot forumkeuze betreft, geldt dat als de buitenlandse rechter heeft geoordeeld dat tussen partijen geen overeenkomst tot stand is gekomen, de Nederlandse rechter aan dit oordeel gebonden is. Hij kan in dat geval dus niet meer tot de conclusie komen dat de partij die de procedure in het buitenland aanhangig heeft gemaakt hierdoor in strijd heeft gehandeld met een bevoegdheidsovereenkomst. Denkbaar is wel dat de buitenlandse rechter weliswaar heeft geoordeeld dat sprake is van een geldige overeenkomst tussen partijen, maar dat deze overeenkomst hem niet onbevoegd maakt. Briggs acht in een dergelijk geval een vordering tot schadevergoeding wellicht mogelijk. Dat een overeenkomst tot forumkeuze niet leidt tot prorogatie of derogatie op grond van artikel 23 EEX-Vo betekent volgens hem namelijk niet dat een dergelijke overeenkomst geen enkele gevolgen heeft. Denkbaar is dat een dergelijke overeenkomst wel een verplichting voor partijen in het leven roept om niet voor een bepaalde buitenlandse rechter te procederen.²⁰⁴ Dit standpunt kan echter niet worden aanvaard. De EEX-verordening werpt hier belemmeringen op, waarop zo dadelijk wordt ingegaan.

Wat de overeenkomst tot arbitrage betreft, geldt dat het oordeel van een buitenlandse rechter dat tussen partijen geen overeenkomst tot stand is gekomen, in

²⁰³ Zie art. 32 EEX-Vo. Zie ook Zilinsky 2005, p. 84.

²⁰⁴ Briggs 2008, p. 334-335, nr. 8.70-8.71.

Nederland niet erkend behoeft te worden. De Nederlandse rechter of een scheidsrecht kan in een dergelijk geval dus wel degelijk tot de conclusie komen dat de buitenlandse procedure in strijd was met een overeenkomst tot arbitrage. Toch is ook in dit geval de toekenning van schadevergoeding niet mogelijk. Het systeem van de EEX staat hieraan in de weg.

Van belang daarbij is ten eerste dat op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie geldt dat het aan de eerst aangezochte rechter is om zich over zijn bevoegdheid uit te laten en dat rechters van andere lidstaten zich daar niet in mogen mengen (zie paragraaf 11.3.5). Door echter schadevergoeding toe te kennen wegens het feit dat een partij voor de buitenlandse rechter procedeert, mengt de rechter zich wel in deze vraag. Daarbij is niet van belang dat in theorie geen oordeel over de bevoegdheid wordt gegeven, maar enkel een beoordeling plaatsvindt van het gedrag van de partij die de procedure is begonnen. In het arrest *Turner/Grovit c.s.* verwerpt het Hof van Justitie dit argument door te overwegen dat wanneer aan een partij het verwijt wordt gemaakt dat zij een beroep doet op de rechtsmacht van een gerecht van een andere lidstaat, dit een beoordeling inhoudt van de relevantie van het instellen van een vordering voor dat gerecht.²⁰⁵ Er bestaat naar mijn mening in dit verband geen verschil tussen een 'anti-suit injunction' en het toekennen van schadevergoeding. In beide gevallen ligt hieraan immers het oordeel ten grondslag dat een partij ten onrechte voor de buitenlandse rechter heeft geprocedeerd.

Ook de verplichting tot erkenning van de inhoudelijke uitspraak van de buitenlandse rechter op grond van artikel 33 EEX-Vo staat aan het toekennen van schadevergoeding in de weg. Peel denkt hier anders over, aangezien naar zijn mening in de procedure tot schadevergoeding een andere vraag beantwoord wordt dan de vraag die in de oorspronkelijke procedure aan de orde was. Het gaat in de procedure tot schadevergoeding om de vraag wat de uitkomst van de procedure zou zijn geweest als eiser de bevoegdheidsovereenkomst was nagekomen. Deze vraag kan niet door de buitenlandse rechter beantwoord zijn.²⁰⁶ Het toekennen van schadevergoeding lijkt mij echter wel degelijk strijdig met de doelstellingen van de EEX-regeling. Indien Nederland de buitenlandse uitspraak erkent waarbij A aan B € 300.000 dient te betalen, maar vervolgens B veroordeelt om € 300.000 schadevergoeding te betalen aan A wegens schending van de bevoegdheidsovereenkomst, wordt wellicht naar de letter aan de vereisten van artikel 33 EEX-Vo voldaan, maar feitelijk wordt de uitspraak van de buitenlandse rechter ongedaan gemaakt. Dit valt niet te rijmen met de doelstelling van de EEX-regeling om eenvoudige erkenning van elkaars gerechtelijke uitspraken mogelijk te maken.²⁰⁷

Indien de rechter van een andere EEX-staat de zaak in behandeling heeft genomen, staat de EEX-verordening kortom aan toewijzing van een vordering tot

205 HvJ EG 27 april 2004, *NJ* 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), m.n. r.o. 28.

206 Peel 1998, p. 207-209; zie ook *CMA CGM SA v Hyundai Mipo Dockyard Co Ltd* [2008] 2 CLC 687, QBD, nr. 37 e.v., p. 703 e.v.

207 Zie nr. 2, 10, 16 van de preambule bij de verordening. Zie ook Merrett 2006, p. 334; Briggs 2008, p. 336-337, nr. 8.74.

schadevergoeding wegens schending van een bevoegdheidsovereenkomst door de Nederlandse rechter of door arbiters in de weg.²⁰⁸

11.7 Schadevergoeding bij schending van overige procesovereenkomsten

Indien een partij een verbintenis uit een andere procesovereenkomst dan een bevoegdheidsovereenkomst schendt, zal de schade vaak enkel bestaan uit proceskosten. De rechter in de primaire procedure zal de procesovereenkomst immers in principe afdwingen en hierdoor voorkomen dat meer schade ontstaat. Een voorbeeld is het royement. Partijen kunnen zelf de gevolgen van het royement bepalen en kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat de procedure hierdoor definitief is geëindigd. Indien een van de partijen de zaak vervolgens toch weer op de rol wil plaatsen, zal de rechter, indien de wederpartij een beroep doet op de overeenkomst, dit weigeren. De schade bestaat in dat geval dus enkel uit de proceskosten die deze wederpartij in het incident heeft moeten maken. In dergelijke gevallen komen de proceskosten in principe volledig voor vergoeding in aanmerking. Zij kunnen in een aparte procedure gevorderd worden. Het is echter verreweg het meest wenselijk indien de rechter bij de proceskostenveroordeling in de hoofdprocedure al met deze contractschending rekening houdt. Van een partij mag verwacht worden dat zij reeds in dit verband op deze schending een beroep doet.

In sommige gevallen zullen zich naast proceskosten nog andere schadeposten voordoen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien een partij de verbintenis schendt om vrijwillig, zonder dagvaarding, in kort geding te verschijnen. De schade zal ten eerste bestaan uit de kosten die worden gemaakt doordat alsnog gedagvaard moet worden. Daarnaast lijdt de wederpartij schade als gevolg van het feit dat de voorlopige voorziening pas op een later tijdstip kan worden verkregen. Beide posten komen voor vergoeding in aanmerking.

In geval van schending van een verbintenis uit bewijsovereenkomst zal de schade vaak enkel bestaan uit proceskosten. Soms is zelfs onduidelijk of er wel schade is geleden. Dit doet zich voor indien partijen zijn overeengekomen om bepaalde stukken niet in het geding te brengen, en een van de partijen doet dit toch. De rechter zal de stukken in dat geval niet als bewijs gebruiken. Of de rechter de stukken wel onbewust in zijn beoordeling betreft, zal over het algemeen niet vast te stellen zijn. Er is in dat geval dus geen (aantoonbare) schade. Schade is nog wel denkbaar indien de wederpartij andere belangen bij geheimhouding heeft dan enkel winst in de procedure. Deze partij wil bijvoorbeeld voorkomen dat derden van bepaalde gegevens op de hoogte raken. Dergelijke schade komt in principe voor vergoeding in aanmerking.

208 Aannemelijk is dat op grond van de EEX de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis waarbij in een dergelijk geval schadevergoeding is toegekend geweigerd dient te worden. Weigeringsgrond is in dat geval strijd met de openbare orde of de goede zeden (zie art. 1063 lid 1 Rv).

11.8 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre nakoming gevorderd kan worden van verbintenissen uit procesovereenkomst en in hoeverre schadevergoeding wegens schending van deze verbintenissen toewijsbaar is. Gebleken is dat een veroordeling tot nakoming van een verbintenis uit procesovereenkomst slechts zelden mogelijk is. Het zal daarbij immers steeds gaan om het opleggen van een verbod met betrekking tot bepaald procesgedrag. In principe is het aan de rechter bij wie het materiële geschil aanhangig is om te beoordelen welke procesgedrag toelaatbaar is. Een andere rechter behoort zich daar niet in te mengen. Op dit uitgangspunt geldt echter een beperkt aantal uitzonderingen. Ten eerste kan aan een partij soms wel, ter afdwining van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst, een verbod worden opgelegd om voor een buitenlandse rechter te procederen. Dit is het geval indien de wederpartij aantoont dat vertrouwen in dit gerecht niet gerechtvaardigd is. Daarnaast is denkbaar dat een partij op grond van een verbintenis uit bewijs-overeenkomst in kort geding wordt verboden om bepaalde stukken ter kennis van de bodemrechter te brengen (paragraaf 11.2-11.4).

Toewijzing van een vordering tot schadevergoeding wegens schending van een verbintenis uit procesovereenkomst is in een aantal gevallen mogelijk. In geval van een bevoegdheidsovereenkomst is het toekennen van schadevergoeding over het algemeen enkel mogelijk indien dit in overeenstemming is met het oordeel van de rechter bij wie de zaak in strijd met de overeenkomst aanhangig is gemaakt. Verklaart deze rechter zich wegens het bestaan van de overeenkomst onbevoegd, dan komen de in deze procedure gemaakte proceskosten voor vergoeding in aanmerking. Neemt deze rechter de zaak echter *wel* in behandeling, dan is schadevergoeding in principe uitgesloten (paragraaf 11.5-11.6).

Op dit uitgangspunt geldt een aantal uitzonderingen. De belangrijkste uitzondering doet zich voor indien het een buitenlandse rechter van een niet EEX-staat betreft. Schadevergoeding is dan namelijk mogelijk indien wordt aangetoond dat vertrouwen in dit gerecht niet gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld doordat geen eerlijke procedure heeft plaatsgevonden (paragraaf 11.6.3.4).

Daarnaast is schadevergoeding toch mogelijk indien de reden dat de rechter de zaak in behandeling neemt niet is dat geen sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst, maar dat een beroep op deze overeenkomst in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Afhankelijk van de reden waarom strijd met de redelijkheid en billijkheid aan wordt genomen, zal de wederpartij dan vergoeding kunnen vragen van de extra proceskosten die zij heeft moeten maken doordat zij niet voor de aangewezen instantie heeft kunnen procederen (paragraaf 11.6.2.2).

Indien een partij een verbintenis uit een andere procesovereenkomst dan een bevoegdheidsovereenkomst schendt, zal de schade over het algemeen bestaan uit proceskosten. Deze kosten komen in principe voor vergoeding in aanmerking (paragraaf 11.7).

De procesovereenkomst. Over de vrijheid van partijen het civiele proces vorm te geven

Samenvatting

1 Inleiding

In dit proefschrift staat de procesovereenkomst centraal. Door middel van een procesovereenkomst wijken partijen af van het procesrecht. Het is relevant om onderzoek te doen naar procesovereenkomsten, aangezien zij wellicht kunnen bijdragen aan een snel en efficiënt verloop van de civiele procedure. Daarnaast kan door onderzoek naar deze overeenkomsten een beter inzicht worden verkregen in de vraag naar de zeggenschap over het proces. Wie heeft uiteindelijk het recht om de gang van zaken tijdens de procedure te bepalen? Zijn dit partijen, om wier materiële rechten het gaat, of is dit de overheid, die de civiele procedure ter beschikking stelt?

Dit onderzoek kent drie hoofdvragen. Gekeken is ten eerste naar de toelaatbaarheid van procesovereenkomsten. In hoeverre kunnen partijen geldig een procesovereenkomst sluiten of door middel van onderling afgestemde verklaringen of gedragingen afwijken van het procesrecht? Daarnaast is de werking van procesovereenkomsten onderzocht. Welke gevolgen heeft een door partijen gesloten procesovereenkomst? Ten slotte is gekeken welke regels op procesovereenkomsten van toepassing zijn.

2 Toelaatbaarheid

2.1 Algemene uitgangspunten

Soms is expliciet in de wet bepaald dat partijen, door middel van een overeenkomst of door middel van bepaalde gedragingen of verklaringen, af kunnen wijken van het procesrecht. Ook indien de wet dit niet expliciet bepaalt kunnen partijen onder omstandigheden geldig een procesovereenkomst sluiten. Voor de vraag wanneer dit het geval is, dient vastgesteld te worden welke procesregels regelend van aard zijn.

In de Duitse literatuur wordt hier anders over gedacht. Naast overeenkomsten waarbij partijen afwijken van een procesregel, worden hier ook overeenkomsten waarbij partijen zich ten opzichte van elkaar verbinden een processuele bevoegdheid al dan niet uit te oefenen, erkend. Op deze manier wordt tot een ruime toelaatbaarheid van procesovereenkomsten gekomen. Dit onderscheid dient in het Nederlandse recht niet over te worden genomen. Ten eerste geldt dat de verbintenissen van

partijen nooit los kunnen worden gezien van de regels die in de procedure gelden. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk om aan te nemen dat een overeenkomst om geen verweer te voeren geen gevolgen heeft in de procedure waarop zij betrekking heeft, maar enkel ertoe leidt dat de partij die tóch verweer voert, schadeplichtig wordt wegens schending van een verbintenis. Zelfs als wordt aanvaard dat een dergelijke overeenkomst wel degelijk gevolgen heeft voor de primaire procedure, dan kan zij niet als apart type procesovereenkomst worden erkend. Ook indien partijen zich binden omtrent de uitoefening van een bepaalde processuele bevoegdheid, wijken zij namelijk feitelijk af van een regel van procesrecht. Afgeweken wordt immers van de regel dat uitoefening van de bevoegdheid de partij geheel vrijstaat. De toelaatbaarheid van dergelijke overeenkomsten moet dan ook aan de hand van dezelfde normen worden beoordeeld als voor andere overeenkomsten waarbij wordt afgeweken van het procesrecht gelden.

Om te bepalen in welke gevallen partijen geldig een procesovereenkomst kunnen sluiten, dient kortom vastgesteld te worden welke procesregels regelend van aard zijn. Dit zal door uitleg van deze regels dienen te geschieden. Daarbij geldt als uitgangspunt dat afwijking partijen vrijstaat, tenzij er specifieke redenen vallen aan te wijzen die aan afwijking in de weg staan. In een rechtsstaat zijn het de inperkingen op de vrijheid die gelegitimeerd dienen te worden.

Hoe talrijk deze inperkingen zijn, is afhankelijk van de vraag hoe men aankijkt tegen het karakter van het burgerlijk procesrecht. Het procesrecht is niet alleen een instrument voor het afdwingen van de subjectieve rechten van partijen, maar dient ook ter handhaving van de rechtsorde en ter waarborging van de rechtsvrede. Door Wagner is betoogd dat dit laatste doel slechts een neveneffect is van het afdwingen van de subjectieve rechten van partijen. Indien een partij er zelf voor kiest haar rechten niet te handhaven, komt de rechtsvrede volgens hem niet in gevaar. De rechtsvrede komt echter wel in gevaar indien een partij niet de *mogelijkheid* heeft haar rechten af te dwingen. Dit is zelfs het geval indien zij *zelf* deze mogelijkheid heeft beperkt. Het kan door een partij als zeer onrechtvaardig worden ervaren dat zij niet krijgt waarop zij recht heeft, *ook al is dit een gevolg van haar eigen handelen*. Bovendien geldt dat een procedure niet alleen van belang is voor partijen zelf, maar ook gevolgen heeft voor het vertrouwen dat de samenleving heeft in de rechtspleging. Indien de samenleving ziet dat de rechter een partij niet voldoende mogelijkheid biedt om haar zaak naar voren te brengen, wordt zijn gezag hierdoor aangetast, ook al handelt de rechter ter uitvoering van een overeenkomst van partijen. De rechtsvrede kan dus niet in alle gevallen gehandhaafd worden door simpelweg de wensen van partijen te volgen. Anders dan Wagner meent brengt het doel van handhaving van de rechtsorde en waarborging van de rechtsvrede wel degelijk eigen vereisten mee. Het is wel degelijk mogelijk te betogen dat een bepaalde procesovereenkomst ongeldig is op grond van algemene belangen als dat de rechtsvrede moet worden gehandhaafd of dat de waarheid in het geding aan het licht moet komen.

Verschillende belangen kunnen al met al aan de geldigheid van een procesovereenkomst in de weg staan. Het gaat om het belang van bescherming van partijen, het belang van bescherming van derden, het belang van een zo beperkt mogelijke inzet van overheidsmiddelen, het belang dat een voldoende toegang tot rechtspraak gewaarborgd blijft, het belang van vertrouwen van de samenleving in de rechtspraak

en het belang van vertrouwen van de samenleving in de overheid. Indien geen van deze belangen aan afwijking van een procesregel in de weg staat, kunnen partijen geldig een procesovereenkomst sluiten.

Het voorgaande wordt niet anders indien op de rechtsverhouding waarover partijen procederen dwingend privaatrecht van toepassing is. Slechts indien een bepaald terrein in sterke mate verweven is met recht van openbare orde, zijn procesovereenkomsten op dit terrein uitgesloten. Dit geldt dan bovendien slechts voor die procesovereenkomsten die in nauw verband staan met de materiële zaak waarover geprocedeerd wordt. Hoewel de aanwezigheid van 'gewoon' dwingend privaatrecht in beginsel dus geen bezwaar is, geldt daarnaast een uitzondering indien sprake is van een norm van dwingend privaatrecht die expliciet de strekking heeft om ook de geldigheid van procesovereenkomsten aan te tasten. Een voorbeeld hiervan is artikel 7:6 BW inzake de consumentenkoop.

Ook in het kader van arbitrage- en bindendadviesprocedures kunnen partijen procesovereenkomsten sluiten. Procesovereenkomsten zijn hier zelfs in ruimere mate toelaatbaar dan bij de overheidsrechter. Dit komt doordat het belang van een zo laag mogelijke inzet van overheidsmiddelen geen rol speelt, en het belang van vertrouwen in de rechtspraak een veel minder grote rol.

2.2 Toepassing

Aan de hand van de hiervoor besproken uitgangspunten is in dit proefschrift getoetst in hoeverre bepaalde overeenkomsten toelaatbaar zijn. Telkens is gekeken of een van de hiervoor genoemde belangen aan de procesovereenkomst in de weg staan. Geconcludeerd is in hoofdstuk 5 dat procesovereenkomsten omtrent de bevoegdheid om te procederen meestal ongeldig zijn. Zo kunnen partijen niet geldig overeenkomen dat in het geheel geen toegang zal bestaan tot een rechter. Het feit dat partijen bij overeenkomst wel natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen, is verklaarbaar doordat het hier gaat om een materieelrechtelijke afspraak waarbij zich, anders dan bij de uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen, geen discrepantie voordoet tussen hetgeen binnen en buiten de rechtszaal geldt. Verder zijn ongeldig de overeenkomst om over een gedeelte van een vordering niet te procederen, de overeenkomst om niet in kort geding te procederen, de overeenkomst waarbij de bevoegdheid om feiten aan te voeren of stellingen te betrekken wordt beperkt en de overeenkomst om juist wel een procedure te voeren. Wel toelaatbaar is de overeenkomst tot bindend advies. Het zou bovendien goed zijn indien ook de mogelijkheid van partijen werd aanvaard om door middel van een overeenkomst tot mediation tijdelijk de bevoegdheid om te procederen uit te sluiten. Ten slotte zou de rechtspraak dat partijen niet de bevoegdheid van de rechter kunnen uitbreiden door aan hem een ander type taken op te dragen dan waartoe hij op grond van de wet bevoegd is, moeten worden herzien. In gevallen waarin de beslissing van de rechter bij kan dragen aan een efficiënte afwikkeling van (eventuele) geschillen van partijen en aangesloten kan worden bij een wel in de wet toegekende bevoegdheid, zouden partijen deze mogelijkheid wel moeten hebben.

Gebleken is in hoofdstuk 6 dat partijen in het kader van de overheidsprocedure slechts in zeer beperkte mate af kunnen wijken van de fundamentele beginselen van procesrecht. Zo kunnen zij geen behandeling met gesloten deuren overeenkomen, kunnen zij niet afwijken van het recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht en kunnen zij niet bepalen dat motivering van de uitspraak achterwege zal blijven. Partijen kunnen weliswaar overeenkomen om geen pleidooi in hun zaak te houden, maar zij kunnen niet bepalen dat de procedure geheel schriftelijk zal verlopen. Het recht op een gelijke behandeling kan niet bij procesovereenkomst aan de kant worden geschoven. Ook kunnen partijen niet het recht uitsluiten om zich over bijvoorbeeld een bepaalde bewijsverrichting uit te laten en kunnen zij niet geldig overeenkomen dat enkel de rechter van bepaalde vertrouwelijke stukken of inlichtingen kennis kan nemen, zonder dat de wederpartij deze mogelijkheid heeft. Wel kunnen partijen tot op zekere hoogte de processuele middelen die in een procedure ter beschikking staan beperken. Daarbij geldt dat partijen voldoende mogelijkheden moeten overhouden om hun zaak naar voren te brengen. Ook kunnen partijen binnen bepaalde grenzen de termijnen die in de procedure gelden verlengen.

In het kader van arbitrage en bindend advies hebben partijen duidelijk meer vrijheid om bij overeenkomst fundamentele rechten buiten toepassing te verklaren. Met de enkele overeenkomst tot arbitrage of bindend advies kunnen zij nog niet worden geacht volledig afstand te hebben gedaan van deze beginselen, al zal de bescherming die deze beginselen bieden in sommige gevallen minder vergaand zijn dan in het kader van de overheidsrechtspraak. Bij expliciete overeenkomst kunnen partijen in vergaande mate de fundamentele rechten aan de kant schuiven. Zo is het voor hen mogelijk om een vertrouwelijke behandeling van hun zaak overeen te komen, om af te spreken dat de procedure volledig schriftelijk zal verlopen en om lange termijnen voor de behandeling vast te stellen. Partijen hebben een ruime bevoegdheid om de procedure vorm te geven, maar dienen wel steeds de reële mogelijkheid te behouden om hun zaak naar voren te brengen. In het kader van het bindend advies kunnen partijen zelfs behandeling overeenkomen door een bindend adviseur die daadwerkelijk partijdig is, ook voordat er sprake is van een geschil. In het kader van de arbitrage kunnen partijen enkel, op het moment dat het geschil reeds gerezen is, een arbiter benoemen die de *schijn* van partijdigheid tegen zich heeft. Ook kunnen zij op dat moment bepalen dat arbiters eigen onderzoek zullen verrichten in het kader van de beoordeling van bewijsmateriaal. In het kader van arbitrage en bindend advies zijn niet alle procesovereenkomsten toelaatbaar. Een overeenkomst waarbij partijen afspreken dat motivering van de uitspraak geheel achterwege zal blijven, kan niet worden geaccepteerd. Partijen kunnen verder het recht op een gelijke behandeling niet bij overeenkomst uitsluiten en kunnen het recht op hoor en wederhoor niet bij overeenkomst buiten toepassing verklaren.

In hoofdstuk 7 staan de bepalingen centraal die een bepaalde verklaring of gedraging van partijen lijken te vereisen voor afwijking van het procesrecht. In deze gevallen hangt het van de strekking van de wetsebepaling af, in hoeverre partijen reeds aan een aan de verklaring of gedraging voorafgaande overeenkomst gebonden zijn. Zo kunnen partijen niet bij voorbaat overeenkomen om op grond van artikel 133 Rv eenstemmig te verzoeken om uitstel, maar zal sprake moeten zijn van een daadwerkelijk door partijen gedaan eenstemmig verzoek. Hetzelfde geldt over

het algemeen voor afwijking van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken op grond van artikel 1.4 van dit reglement. Wel kunnen partijen op het moment dat het geschil of de kwestie waarover geprocedeerd wordt reeds gerezen is, overeenkomen om op grond van artikel 255 lid 2 Rv zonder dagvaarding in kort geding te verschijnen, kunnen zij op grond van artikel 270 lid 1 Rv afwijken van de relatieve bevoegdheid in verzoekschriftprocedures en kunnen zij afspreken zich op voet van artikel 96 Rv samen tot een bepaalde kantonrechter te wenden. In de laatste twee gevallen dient het bewijsvoorschrift van artikel 108 lid 3 Rv (analoog) te worden toegepast.

3 Werking

3.1 *Obligatoire werking?*

Door middel van een procesovereenkomst wijken partijen af van een regel van procesrecht. Onderzocht is in hoofdstuk 8 of een dergelijke overeenkomst daarnaast ook obligatoire werking heeft. Zijn partijen ten opzichte van elkaar verplicht zich overeenkomstig de overeengekomen regel te gedragen? Geconcludeerd is dat uit procesovereenkomsten geen verbintenissen voortvloeien indien hierover door partijen niets is bepaald. Wel kunnen partijen expliciet een obligatoire werking overeenkomen. Daarbij geldt dat de verbintenissen van partijen niet los kunnen worden gezien van de procesregels die zij zijn overeengekomen. Indien bijvoorbeeld de overeenkomst waarbij partijen een bepaald gerecht bevoegd hebben verklaard nietig blijkt, kan het niet zo zijn dat zij wel geldige verbintenissen om voor dit gerecht te procederen in het leven hebben geroepen. De EEX-verordening staat niet aan een obligatoire werking van bevoegdheidsovereenkomsten in de weg. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt wel dat afgifte van een zogenaamde ‘anti-suit injunction’, waarbij een partij wordt verboden om voor het gerecht van een ander land te procederen, onverenigbaar is met de EEX. Deze rechtspraak staat echter niet aan het *aannemen* van een verbintenis om enkel bij een bepaald forum te procederen in de weg, maar slechts, in bepaalde gevallen, aan de *afdwinging* hiervan. In het arrest *Turner/Grovit c.s.* overweegt het Hof immers uitdrukkelijk dat de *toepassing* van regels van nationaal procesrecht geen afbreuk mag doen aan het nuttig effect van het EEX-Verdrag.¹

De vraag of partijen in het kader van hun overeenkomst inderdaad verbintenissen zijn overeengekomen wordt beheerst door het procesrecht. De figuur van de verbintenis is in de Nederlandse proceswetgeving weliswaar niet geregeld, maar het burgerlijk recht kan, gezien het beginsel van eenheid van recht, in beginsel analoog worden toegepast. In het kader van overeenkomsten met een internationaal karakter, zoals de overeenkomst tot internationale forumkeuze of tot arbitrage, kan hiervoor ook buitenlands burgerlijk recht in aanmerking komen.

Wat de overeenkomst tot forumkeuze die beheerst wordt door de EEX-verordening betreft, geldt dat deze verordening zich in het geheel niet uitlaat over de vraag of partijen in dit kader ook verbintenissen in het leven kunnen roepen. Dit is een vraag

¹ HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 29.

die wordt overgelaten aan het nationale recht van de lidstaten. Gekeken zal hiervoor moeten worden naar het recht van de lidstaat van het door partijen bij de forumkeuze aangewezen gerecht. Wel geldt ook hier dat toepassing van dit recht geen afbreuk mag doen aan het nuttig effect van de EEX-verordening.

3.2 *Ambtshalve toepassing?*

In hoofdstuk 9 is onderzocht welke werking procesovereenkomsten in de procedure hebben. Dienen partijen zich op een dergelijke overeenkomst te beroepen, of past de rechter haar ambtshalve toe? Voor beantwoording van deze vraag dient onderscheid gemaakt te worden tussen procesovereenkomsten waarbij partijen afwijken van regelend recht, en overeenkomsten waarbij zij afwijken van recht van openbare orde. De rechter past procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regelend recht niet ambtshalve toe. Partijen zullen dus zelf een beroep op dergelijke overeenkomsten moeten doen. Ook toetst de rechter in principe niet ambtshalve of een procesovereenkomst waarop een van de partijen zich beroept, ook geldig tot stand gekomen is.

De wet erkent ook een aantal procesovereenkomsten waarbij partijen niet afwijken van regelend recht, maar van recht van openbare orde. Een voorbeeld is de overeenkomst tot forumkeuze, waarbij wordt afgeweken van de regels van internationale rechtsmacht. In geval van een dergelijke overeenkomst vindt soms ambtshalve toetsing plaats, terwijl in andere gevallen een beroep van partijen vereist is. Om te kunnen bepalen wanneer van welke situatie sprake is, is in paragraaf 9.3 een aantal uitgangspunten geformuleerd dat hierbij houvast kan bieden.

Zowel voor procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regelend recht, als die waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde, geldt een bijzondere regeling indien zij zijn opgenomen als beding in een consumentenovereenkomst. De rechter toetst dan, als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, ambtshalve of een dergelijk beding oneerlijk is. De rechter dient artikel 9 sub a, artikel 110 lid 1 en artikel 1052 lid 2 Rv en artikel 24 EEX-Vo daartoe buiten toepassing te laten.

4 **Regels die procesovereenkomsten beheersen**

4.1 *Toepasselijk recht*

Welk recht is van toepassing op procesovereenkomsten? Is dit het burgerlijk recht, het burgerlijk procesrecht, of wellicht beide? Voor beantwoording van deze vraag is het uitgangspunt dat burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht deel uitmaken van één rechtssysteem van principieel belang. Dit uitgangspunt brengt mee dat onnodige verschillen tussen beide gebieden vermeden dienen te worden. Indien dit uitgangspunt voldoende voor ogen wordt gehouden, is de precieze uitwerking ervan van minder betekenis. In dit proefschrift is gekozen voor de benadering dat figuren op het grensgebied tussen burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht eerst worden toegevoegd aan een van beide gebieden, waarbij de regels van het andere gebied, waar dat gewenst is, analoog worden toegepast.

In de gekozen benadering dienen procesovereenkomsten procesrechtelijk te worden gekwalificeerd, aangezien zij met name gericht zijn op het in het leven roepen van gevolgen die liggen op het gebied van het procesrecht. Dat in de proceswetgeving geen uitgebreide regeling van de figuur van de overeenkomst is opgenomen, staat hieraan niet in de weg. Het overeenkomstenrecht zoals dit is ontwikkeld in het burgerlijk recht kan, gezien het beginsel van eenheid van recht, ook voor het burgerlijk procesrecht tot uitgangspunt worden genomen. Analoge toepassing ligt, gezien het feit dat procesovereenkomsten wel degelijk vermogensrechtelijke kenmerken hebben, des te meer voor de hand. Afwijking van de regeling zoals die is gegeven in het burgerlijk recht dient te worden gelegitimeerd.

Procesovereenkomsten met een internationaal karakter dienen door de Nederlandse rechter aan de hand van het Nederlandse procesrecht beoordeeld te worden. Wel kan het burgerlijk recht ook hier analoog worden toegepast. Het Nederlandse procesrecht brengt mee dat ook buitenlands recht hiervoor in aanmerking komt.

De EEX-verordening laat een beperkte ruimte voor de toepassing van nationaal burgerlijk recht op de overeenkomst tot forumkeuze. Het gaat daarbij om het recht van de lidstaat van het gerecht dat bij de forumkeuze is aangewezen.

4.2 *Inhoud van het procesovereenkomstenrecht*

In hoofdstuk 10 en 11 is onderzocht waar toepassing van de hiervoor besproken algemene uitgangspunten in concrete gevallen toe leidt. Gekeken is in welke gevallen het burgerlijk recht inderdaad analoog wordt toegepast op procesovereenkomsten, en in welke gevallen afwijking hiervan op grond van de procesrechtelijke context is gelegitimeerd. Gebleken is dat slechts in een beperkt aantal gevallen is afgeweken van het burgerlijk recht. Ten eerste geldt dat de regels van het burgerlijk recht in principe analoog worden toegepast op de totstandkoming van procesovereenkomsten. In afwijking hiervan is met betrekking tot sommige procesovereenkomsten bepaald dat zij stilzwijgend gesloten kunnen worden en gelden in sommige gevallen vorm- of bewijsvoorschriften. Ook is gebleken dat op de uitleg van procesovereenkomsten het burgerlijk recht analoog wordt toegepast. Verder geldt dat procesovereenkomsten vernietigbaar kunnen zijn wegens een wilsgebrek en buiten toepassing gelaten kunnen worden op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Procesovereenkomsten die voorkomen in algemene voorwaarden kunnen vernietigd worden indien blijkt dat zij onredelijk bezwarend zijn. Ook een forumkeuzebeding dat beheerst wordt door de EEX-verordening dient buiten toepassing gelaten te worden indien dit beding voorkomt in een consumentenovereenkomst en oneerlijk is in de zin van de richtlijn oneerlijke bedingen. Een procesovereenkomst in algemene voorwaarden is daarnaast vernietigbaar, indien de gebruiker van de algemene voorwaarden aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de voorwaarden kennis te nemen. Dit geldt echter niet voor een forumkeuzebeding dat beheerst wordt door de EEX-verordening, aangezien de vormvoorschriften van artikel 23 EEX-Vo deze materie uitputtend regelen. Ten slotte gaan procesovereenkomsten, indien zij gekoppeld zijn aan een (rechtsvordering tot handhaving van een) bepaalde vordering, bij cessie van deze vordering op de nieuwe

schuldeiser over. Titel 2 van boek 6 BW is in een dergelijk geval rechtstreeks van toepassing.

Indien partijen verbintenissen in het kader van een procesovereenkomst in het leven hebben geroepen, geldt ook als uitgangspunt dat het burgerlijk recht hierop analoog kan worden toegepast. Wel brengt de procesrechtelijke context regelmatig mee dat van dit recht afgeweken dient te worden. Ten eerste is het zo dat, in geval van niet-nakoming van de verbintenis, een veroordeling tot nakoming slechts zelden mogelijk is. Reden is dat het hierbij steeds zal gaan om het opleggen van een verbod met betrekking tot bepaald procesgedrag. In principe is het aan de rechter bij wie het materiële geschil aanhangig is, om te beoordelen welk procesgedrag toelaatbaar is. Een andere rechter behoort zich daar niet in te mengen. Op dit uitgangspunt geldt een beperkt aantal uitzonderingen. Ten eerste kan aan een partij soms wel, ter afdwinging van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst, een verbod worden opgelegd om voor een buitenlandse rechter te procederen. Dit is het geval indien de wederpartij aantoonst dat vertrouwen in dit gerecht niet gerechtvaardigd is. Daarnaast is denkbaar dat een partij op grond van een verbintenis uit bewijsovereenkomst in kort geding wordt verboden om bepaalde stukken ter kennis van de bodemrechter te brengen.

Ook toewijzing van een vordering tot schadevergoeding is slechts in een aantal gevallen mogelijk. In geval van schending van een verbintenis uit een bevoegdheidsovereenkomst is het toekennen van schadevergoeding over het algemeen enkel mogelijk indien dit in overeenstemming is met het oordeel van de rechter bij wie de zaak in strijd met de overeenkomst aanhangig is gemaakt. Verklaart deze rechter zich wegens het bestaan van de overeenkomst onbevoegd, dan komen de in deze procedure gemaakte proceskosten voor vergoeding in aanmerking. Neemt deze rechter de zaak echter *wel* in behandeling, dan is schadevergoeding in principe uitgesloten. Een belangrijke uitzondering geldt indien het een buitenlandse rechter van een niet-EEX-staat betreft. Schadevergoeding is dan mogelijk indien wordt aangetoond dat vertrouwen in dit gerecht niet gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld doordat geen eerlijk proces heeft plaatsgevonden.

Indien een partij een verbintenis uit een andere procesovereenkomst dan een bevoegdheidsovereenkomst schendt, zal de schade over het algemeen bestaan uit proceskosten. Deze kosten komen in principe voor vergoeding in aanmerking.

The agreement as to proceedings. About the parties' freedom to shape civil proceedings. Summary

1 Introduction

In this dissertation the agreement as to proceedings is the central point. By means of an agreement as to proceedings, parties diverge from procedural law. It is relevant to conduct research into agreements as to proceedings, as they may contribute to a swift and efficient course of the civil proceedings. In addition, research into these agreements can result in a better insight into the question about the control over the proceedings. Who ultimately has the right to determine the course of affairs during the proceedings? Is it the parties, whose substantive rights are at issue, or is it the government, which makes the civil proceedings available?

Three main questions are to be distinguished in this research. Firstly, the admissibility of agreements as to proceedings has been examined. To what extent can parties validly conclude an agreement as to proceedings or derogate from procedural law by means of mutually attuned statements or behaviours? Secondly, the effect of agreements as to proceedings has been examined. What are the consequences of an agreement as to proceedings concluded by parties? Finally, it has been investigated what rules are applicable to such agreements.

2 Admissibility

2.1 *General guiding principles*

Sometimes it has been explicitly provided by law that parties may derogate from procedural law by means of an agreement or by means of certain behaviours or statements. Even if not explicitly provided by law, parties can in certain circumstances validly enter into an agreement as to proceedings. In order to see when this is so, it must be determined what procedural rules are of a directory nature.

In the German literature ideas about this subject are different. There, apart from agreements whereby parties derogate from a procedural rule, agreements are also recognised whereby the parties mutually undertake to exercise a procedural authority yes or no. In this way a broad admissibility of agreements as to proceedings is obtained. This distinction should not be taken over in Dutch law. Firstly, because the rule is that obligations of parties can never be detached from the rules that apply in the proceedings. Thus, it is not possible to assume that an agreement not to put up a

defence has no consequences in the proceedings to which it relates, but only results in a situation in which the party that does put up a defence becomes liable for compensation due to infringement of an obligation. Even if it should be accepted that such an agreement actually does have consequences for the primary proceedings, it cannot be recognised as a separate type of agreement as to proceedings. After all, if the parties commit themselves to exercise a certain procedural authority, they actually derogate from a rule of procedural law, notably the rule that a party is entirely free to exercise that authority. Therefore the admissibility of such agreements should be assessed according to the same criteria as are applicable to other agreements that diverge from procedural law.

To determine in what cases parties can validly conclude an agreement as to proceedings, then, it must be established which procedural rules are of a directory nature. This will need to be done by explaining these rules. The basic assumption here is that parties may derogate, unless specific reasons can be indicated that preclude derogation. In a state under the rule of law, any curtailments of freedom need to be properly legitimised.

The number of such curtailments depends on the question how the nature of civil procedural law is regarded. Procedural law is not only an instrument for enforcing parties' subjective rights, but also serves to maintain law and order and to safeguard legal peace. Wagner has argued that this latter goal is merely a side effect of the enforcement of the subjective rights of parties. In his view, legal peace is not jeopardised if a party itself decides not to enforce its rights. However, legal peace is jeopardised if a party does not have the *possibility* to enforce its rights. This even goes if the party *itself* has limited this possibility. A party may deem it highly iniquitous if it does not get what it is entitled to, *even if this is a direct result of its own acts*. Moreover, proceedings are not only important for the parties themselves, but also have an effect on the trust that society has in the administration of justice. If society sees that the court does not sufficiently enable a party to put forth its case, this will affect the court's authority, also if it acts in implementation of an agreement of the parties. Hence, legal peace cannot be maintained in all cases by simply following the wishes of the parties. Contrary to Wagner's view, the goal of maintaining law and order and safeguarding legal peace does bring its own requirements. It is perfectly possible to argue that a certain agreement as to proceedings is invalid due to general interests such as the maintenance of legal peace or the need to bring the truth in the case to light.

All in all, there are a number of interests that may prejudice the validity of an agreement as to proceedings. There is the interest of protection of the parties, the interest of protection of third parties, the interest of as limited a use of public funds as possible, the interest in sufficient access to the dispensation of justice being warranted, the interest of trust of society in the administration of justice and the interest of trust of society in the authorities. If none of these interests obstructs derogation from a procedural rule, parties can validly conclude an agreement as to proceedings.

The above is not changed if the legal relationship about which the parties are litigating is governed by mandatory private law. Only if a certain area has a strong link with the right of public order, are agreements as to proceedings excluded in this area. In addition, in such a case this only applies to those agreements as to proceedings that

are closely connected with the substantive case being litigated. Although the presence of 'ordinary' mandatory private law is no objection in principle, an exception applies furthermore if there is a standard of mandatory private law with the explicit purport to affect also the validity of agreements as to proceedings. An example in kind is article 7:6 BW (Dutch Civil Code) regarding consumer sale.

Within the context of arbitration and binding advice proceedings, parties can also enter into agreements as to proceedings. Indeed, in these contexts agreements as to proceedings are even more amply admissible than before regular courts. This is because the interest in the most limited use of public funds is not an issue, while there is a far more limited role for the trust in the administration of justice.

2.2 Application

On the basis of the guiding principles set out above it has been checked in this dissertation to what extent certain agreements are admissible. Each time it has been verified whether any of the aforementioned interests impedes the agreement as to proceedings. It is concluded in chapter 5 that agreements as to proceedings concerning the authority to conduct legal proceedings are usually invalid. Thus, parties cannot validly agree that there will be no access to a court whatsoever. The fact that parties can create natural obligations by an agreement can be explained because this concerns a substantive arrangement whereby, other than in the exclusion of the authority to conduct legal proceedings, there is no discrepancy between what applies inside and outside the courtroom. Invalid, too, are the agreement not to conduct legal proceedings about a portion of a claim, the agreement not to conduct interlocutory proceedings, the agreement limiting the authority to put forward facts or to take positions and the agreement to actually conduct legal proceedings. Admissible, on the other hand, is the agreement for binding advice. It would furthermore be a good thing if the possibility for the parties were accepted by means of an agreement for mediation temporarily to exclude the authority to conduct legal proceedings. And finally the legal system should be reviewed that parties cannot extend the competence of the court by assigning it another type of tasks than for which it is competent under the law. In cases in which the court's decision can contribute to an efficient settlement of (possible) disputes of parties which is in keeping with a competence that has indeed been granted by law, parties should have this option.

In chapter 6 it turns out that parties can, within the framework of the regular procedure, derogate from the fundamental principles of procedural law to a very limited extent only. Thus, they cannot agree a hearing in chambers, cannot derogate from the right to an independent and impartial court and cannot determine that the grounds of the judgment will be dispensed with. Admittedly, parties may agree not to plead in their case, but they cannot determine that the proceedings will be fully in writing. The right to an equal treatment cannot be put aside by an agreement as to proceedings. Nor can parties exclude the right to express an opinion on a certain performance of taking of evidence, nor can they validly agree that only the court can take cognisance of certain confidential documents or information, without this being possible for the other party. It is possible to a certain extent, though, for parties to restrict the procedural remedies that are available in proceedings. Even then, parties

must be left with sufficient opportunities to present their case. Within certain limits, parties can also extend the time limits applicable in the proceedings.

In the context of arbitration and binding advice parties clearly have more liberty by agreement to declare fundamental rights to be inapplicable. Through the mere conclusion of an agreement for arbitration or binding advice they cannot be deemed to have fully relinquished these principles, although the protection afforded by these principles will in some cases be less far-reaching than within the context of the dispensation of justice by a regular court. By explicit agreement parties can push aside the fundamental rights to a great extent. They can, for instance, agree on a confidential hearing of their case, agree that the proceedings will take place fully in writing and establish long time limits for its treatment. Although parties have ample powers to shape the procedure, they must always retain the practical possibility of presenting their case. In the context of binding advice parties can even agree to treatment by a third party charged with giving a binding opinion who is actually partial, even before a dispute arises. In the context of arbitration parties can only, when the dispute has already arisen, appoint an arbitrator who has the *appearance* of being biased against him. They can also at that moment determine that arbitrators will conduct their own examination within the framework of the assessment of evidence. In the context of arbitration and binding advice not all agreements as to proceedings are admissible. An agreement whereby parties agree that the grounds for the judgment will be dispensed with altogether, cannot be accepted. Nor can parties exclude the right to an equal treatment by agreement or can they declare the right to hear and be heard to be inapplicable by agreement.

In chapter 7 centre stage is occupied by the provisions that appear to require a certain statement or behaviour of the parties for derogation from procedural law. In these cases it depends on the tenor of the statutory provision to what extent the parties are already bound to an agreement preceding the statement or behaviour. Thus, parties cannot agree in advance by virtue of article 133 Rv (Code of Civil Procedure) unanimously to request a postponement – there will need to be an actual unanimous request made by the parties. The same applies in general to derogation from the National Rules of Procedure for civil summons before the courts pursuant to article 1.4 of these rules. It is possible, however, for the parties, at the moment when the dispute or the matter that is the subject of litigation has already arisen, to agree by virtue of article 255 paragraph 2 Rv to appear in interlocutory proceedings without any writ of summons; pursuant to article 270 paragraph 1 Rv to derogate from the relative jurisdiction in procedures commenced by petition; and by virtue of article 96 Rv to agree to turn to a specific subdistrict court. In the two last-mentioned cases the requirement of proof of article 108 paragraph 3 Rv should be applied (by analogy).

3 Effect

3.1 Obligatory effect?

By means of an agreement as to proceedings parties derogate from a rule of procedural law. In chapter 8 it is examined whether such an agreement also has an obligatory effect apart from that. Are the parties obligated vis-à-vis each other to

behave in accordance with the rule agreed? It is concluded that no obligations arise from agreements as to proceedings if the parties have not provided anything about this. Parties can explicitly agree to an obligatory effect, though. In addition, the parties' obligations cannot be isolated from the procedural rules that they have agreed upon. If, for example, the agreement whereby the parties have declared a specific court to have jurisdiction proves to be null and void, it is impossible that they have created valid obligations to conduct proceedings before this court. The Brussels I Regulation is not in conflict with the obligatory effect of jurisdiction agreements. The case law of the European Court of Justice does show that the delivery of a so-called 'anti-suit injunction', whereby a party is forbidden to conduct proceedings before the court of another country, is incompatible with the Brussels Convention. However, this case law does not preclude the *acceptance* of an obligation to litigate merely before a designated court, but only, in specific cases, the *enforcement* thereof. After all, in the ruling *Turner/Grovit* c.s. the Court explicitly considers that the *application* of national procedural rules may not impair the effectiveness of the Convention.¹

The question whether parties have in the framework of their agreement indeed agreed upon obligations is governed by procedural law. Whereas the concept of the obligation has not been provided for in Dutch procedural legislation, civil law can, in view of the principle of uniformity in law, in principle be applied *mutatis mutandis*. Within the context of agreements of an international nature, such as the agreement of an international forum selection or an arbitration agreement, foreign civil law may qualify for this as well.

As regards the agreement of a forum selection that is governed by the Brussels I Regulation, it can be said that this Regulation does not say anything about the question whether parties can also create obligations within this context. This is a question that is left to the national laws of the Member States. For this it will be necessary to examine the law of the Member State of the court designated by the parties in their forum selection. Here, too, the application of this law may not impair the effectiveness of the Brussels I Regulation.

3.2 *Ex-officio application?*

In chapter 9 it is examined what effect agreements as to proceedings have in the proceedings. Should parties invoke such an agreement, or does the court apply it of its own motion? In the answer to this question one should distinguish between agreements as to proceedings whereby parties derogate from directory law, and agreements whereby they derogate from the right of public order. Courts do not of their own motion apply agreements as to proceedings whereby directory law is derogated from. This implies that parties will have to invoke such agreements themselves. Nor do courts, in principle, review *ex officio* whether an agreement as to proceedings invoked by one of the parties has been concluded in a valid manner.

The law also recognises a number of agreements as to proceedings whereby parties do not derogate from directory law, but from the right of public order. An example is the agreement of a forum selection, whereby they derogate from the rules

¹ ECJ 27 April 2004, *NJ* 2007, 152, with commentary from P. Vlas (*Turner/Grovit* c.s.), legal ground 29.

of international jurisdiction. In case of such an agreement sometimes testing *ex officio* takes place, whereas in other cases an application from the parties is required. In order to be able to determine when which situation applies, paragraph 9.3 formulates a number of guiding principles that may be helpful.

Both for agreements as to proceedings whereby directory law is derogated from, and for those derogating from the right of public order, a special arrangement applies if they have been included as a clause in a consumer contract. As a result of the case law of the European Court of Justice the court then tests *ex officio* whether such a clause is unfair. For this purpose the court must exclude the application of articles 9 sub a, 110 paragraph 1 and 1052 paragraph 2 Rv (Code of Civil Procedure) and of 24 Brussels I Regulation.

4 Rules governing agreements as to proceedings

4.1 Applicable law

What law applies to agreements as to proceedings? Is it civil law, the civil procedural law, or perhaps both? To answer this question the criterion that civil law and civil procedural law form part of one legal system is of essential importance. This criterion entails that unnecessary differences between the two areas should be avoided. If this criterion is heeded sufficiently, its exact elaboration is less significant. In this dissertation the approach has been adopted that concepts in the grey area between civil law and civil procedural law will first be allocated to one of the two areas, with application *mutatis mutandis* of the rules of the other area where this is desirable.

In the approach adopted, agreements as to proceedings must be qualified procedurally, as they focus in particular on the establishment of consequences in the field of procedural law. This is not precluded by the fact that procedural legislation does not include an extensive arrangement of the concept of the agreement. The law of contracts as it has been developed in civil law can, in view of the principle of the uniformity of law, also be taken to be the starting point for civil procedural law. Analogous application is all the more obvious, considering the fact that agreements as to proceedings actually do have property-law characteristics. Derogations from the arrangement provided in civil law must be substantiated properly.

Agreements as to proceedings of an international nature must be assessed on the basis of Dutch procedural law by the Dutch court. Civil law can be applied *mutatis mutandis* here too, though. Dutch procedural law implies that foreign law qualifies for this as well.

The Brussels I Regulation allows limited scope for the application of national civil law to the agreement of forum selection. This concerns the law of the Member State of the court designated in the forum selection.

4.2 Content of the law on agreements as to proceedings

In chapters 10 and 11 it is examined what the application of the aforementioned general guiding principles leads to in concrete cases. It is studied in which cases civil law is indeed applied *mutatis mutandis* to agreements as to proceedings, and in what

cases derogations therefrom are legitimised pursuant to the procedural legal context. It turns out that civil law has been derogated from in a limited number of cases only. Firstly, the rules of civil law are in principle applied *mutatis mutandis* to the establishment of agreements as to proceedings. Contrary to this it has been determined with respect to certain agreements as to proceedings that they can be concluded tacitly and in some cases formal rules or requirements of proof apply. It also turns out that civil law is applied *mutatis mutandis* to the interpretation of agreements as to proceedings. Furthermore, agreements as to proceedings may be voidable on account of vitiated consent and their application may be excluded pursuant to the restrictive effect of reasonableness and fairness. Agreements as to proceedings featuring in general conditions may be annulled if it appears that they are unreasonably onerous. Application of a forum selection clause which is governed by the Brussels I Regulation must also be excluded if this clause features in a consumer contract and is unfair within the meaning of the Council Directive on unfair terms. In addition, an agreement as to proceedings in general conditions is voidable, if the user of the general conditions has not given the other party a reasonable opportunity to familiarise himself with those conditions. However, this does not apply to a forum selection clause that is governed by the Brussels I Regulation, since the formal rules of article 23 Brussels I Regulation provide for this matter exhaustively. Finally, agreements as to proceedings, if linked to an (action for enforcement of a) certain claim, pass to the new creditor if such a claim is assigned. Title 2 of Book 6 of the BW (Dutch Civil Code) is directly applicable in such a case.

If parties have established obligations within the context of an agreement as to proceedings, the guiding principle is also that civil law can be applied thereto *mutatis mutandis*. The procedural context regularly does imply that civil law must be derogated from. Firstly, in case of noncompliance with the obligation, an order to comply is possible only seldom, the reason being that this will always involve an imposition of a prohibition relating to a specific procedural behaviour. In principle it is up to the court seized of the substantive dispute to assess what procedural behaviour is admissible. Another court ought not to interfere with this. There is a limited number of exceptions to this guiding principle. Firstly, a prohibition may sometimes be imposed upon a party, in the enforcement of an obligation from a jurisdiction agreement, to litigate before a foreign court. This is the case if the other party shows that trust in this court is not justified. Also, it is conceivable that a party is forbidden in interlocutory proceedings, pursuant to an obligation from an agreement as to the exclusion of certain articles of evidence, to bring certain documents to the notice of the court hearing the main action.

Allowing a claim for damages is also possible only in a limited number of cases. In case of infringement of an obligation from a jurisdiction agreement it is in general only possible to award damages if this is in accordance with the judgment of the court seized of the case in contravention of the agreement. If this court declares that it lacks jurisdiction in view of the existence of the agreement, then the costs of the proceedings incurred in this case qualify for compensation. If, however, this court *does* deal with this case, damages are in principle excluded. An important exception exists if it concerns a foreign court of a non-Brussels I Regulation state. Then damages are

possible if it is shown that trust in this court is not justified, for example because there has been no fair hearing.

If a party violates an obligation from another kind of agreement as to proceedings than a jurisdiction agreement, the damages will usually consist of legal costs. In principle these costs qualify for compensation.

Literatuur

Alkema 1999

E.A. Alkema, 'Contractvrijheid als grondrecht; de vrijheid om over grond- en mensenrechten te contracteren of er afstand van te doen', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 33-46.

Ancery & Krans 2009

A.G.F. Ancery & H.B. Krans, 'Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht', *RM Themis* 2009, p. 191-200.

Asser 1992

W.D.H. Asser, *Salomo's wijsheid. Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen* (oratie Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Asser 1999

W.D.H. Asser, 'Naar een volwassener en minder conflictueuze civiele procesvoering', in: *Verantwoordelijk procederen* (preadvies NVvP), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 7-32.

Asser 2004

W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004.

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 2011 (3-I*)

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Kleijn 1988 (5-IV)

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 alijdurende renten, kansovereenkomst en lijfrente, spel en weddenschap, vaststellingsovereenkomst en dading*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Asser/Van Schaick 2004 (5-IV)

A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Verbruikleen, alijdurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, kansovereenkomst, spel en weddenschap*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2011 (2)

A.C. van Schaick, *Asser Procesrecht. 2. Eerste Aanleg*, Deventer: Kluwer 2011.

Asser/Wiarda 1957

J. Wiarda, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 1. Personenrecht. Eerste stuk. Natuurlijke personen en familierecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957.

Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2009

H.L. Bakels/I.P. Asscher-Vonk & W.H.A.C.M. Bouwens (bew.), *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Balk 1975

G. Balk, *Internationale forumkeuze voor en na de inwerkingtreding van het EEG-Executieverdrag*, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1975.

Bannier 2002

F.A.W. Bannier, 'Het nieuwe procesrecht en gedragsregels 12 en 13', *Adv.bl.* 2002, p. 296-299.

Barendrecht 2000

J.M. Barendrecht, 'Sneller procederen = rechtvaardiger schikken: het nieuwe rol-reglement en wat daarop moet volgen', *NJB* 2000, p. 1875-1876.

Literatuur

Barendrecht 1995

J.M. Barendrecht, 'Stroomlijning van het procesrecht', *TCR* 1995, p. 73-76.

Baumgärtel 1957

G. Baumgärtel, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin und Frankfurt a.M.: Franz Vahlen 1957.

Van der Beek 1985

H.L. van der Beek, 'Gentlemen's agreements', *BR* 1985, p. 738-741.

Bell 2003

A.S. Bell, *Forum shopping and venue in transnational litigation*, New York: Oxford University Press 2003.

Van den Berg 1990

A.J. van den Berg, *Hoe gastvrij is Nederland voor de internationale arbitrage?* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1990.

Bloembergen 1977

A.R. Bloembergen, 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 1977 (5372-5375), p. 1-5, 17-23, 33-36, 49-54.

De Boer 1996

Th.M. de Boer, 'Uitdrukkelijke en stilzwijgende forumkeuze in het commune Nederlandse IPR: een vergelijking met de bevoegdheidsverdragen van San Sebastian en Lugano', in: P. Vlas (red.), *Studiedag. De internationale bevoegdheid van de Nederlandse Rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (NIPR Special), Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1996, p. 67-88.

Van Boneval Faure 1893

R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht. 1^e Deel*, Leiden: Brill 1893.

Boom 2005

S.H. Boom, 'Het afdwingen van een pro forma', *ArbeidsRecht* 2005-2, p. 19-25.

Boon 1945

I. Boon, *De vaststellingsovereenkomst* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1945.

Boot 1998

G.C. Boot, 'Beëindigingsovereenkomst ongeldig?', *ArbeidsRecht* 1998-4, p. 11-15.

Born 2010

G.B. Born, *International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2010.

Bosnak 2006

J.M. Bosnak, 'De Hoge Raad en de mediationafpraak – beperkte houdbaarheid?', *Conflicthantering* 2006, p. 41-44.

Breedveld-De Voogd 2007

C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Briggs 2008

A. Briggs, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Van den Brink 2002

V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Bruning 2003

M. Bruning, 'Misbruik van procesrecht in burgerlijke zaken; alleen een rechtvaardig doel heiligt de middelen', in: *WB der Nederlanden. 25 jaar wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad* (WB-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.

Brunner e.a. 2011

C.J.H. Brunner e.a., *Verbindenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2011.

Castermans 1986

A.G. Castermans, 'De bewijsovereenkomst in het komend recht', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *NBW: Vliegen zonder vleugels*, Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1986, p. 117-132.

Clavareau 1947

P.J.A. Clavareau, *Eenige hulpovereenkomsten: rechtsvergelijkende en dogmatische studie in het bijzonder naar tegenwoordig positief Nederlandsch recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1947.

Cremer 2007

K. Cremer, *Die Vertraulichkeit der Mediation*, Baltmannsweiler: Schneider Verlag Hohengehren 2007.

Cremers/Zonderland

P. Zonderland, *Cremers' Bouwrecht*, Arnhem: Gouda Quint/Brouwer en Zoon (losbl).

Van Creveld 1932

I. van Creveld, 'Het bindend advies', in: N. de Beneditty e.a., *Rechtsgeleerde opstellen aan de hand van oud-leerlingen* (Scholten-bundel), Haarlem: De Erven F. Bohn 1932, p. 70-93.

Literatuur

Crijns 2010

J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Crommelin 2007

R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden. De betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

Damsteegt 2003

A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

De Schutter 2000

O. De Schutter, 'Waiver of Rights and State Paternalism under the European Convention on Human Rights', *Northern Ireland Legal Quarterly* 2000, p. 481-508.

Dicey, Morris & Collins 2006

L. Collins e.a. (red.), *Dicey, Morris and Collins on the conflict of laws*, Londen: Sweet & Maxwell 2006.

L. Collins e.a. (red.), *Fourth cumulative supplement to the fourteenth edition*, Londen: Sweet & Maxwell 2011.

Dolk 1989

H.M.D. Dolk, 'Artikel 43 Wet op de Rechterlijke Organisatie; een vergeten artikel', *TvA* 1989, p. 33-39.

Dommering 1983

E.J. Dommering, 'Tot welke wijzigingen in het Nederlandse recht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding te geven?', in: *Handelingen NJV 1983, deel I, tweede stuk* (preadvies NJV), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 151-239.

Duk 2003

R.A.A. Duk, 'Hoe autoritair wordt de nieuwe civiele rechter?', *TCR* 2003, p. 63-69.

Eckardt & Dendorfer 2001

B. Eckardt & R. Dendorfer, 'Der Mediator zwischen Vertraulichkeit und Zeugnispflicht – Schutz durch Prozessvertrag', *MDR* 2001, p. 786-792.

Van Eeghen 1993

L.J. van Eeghen, 'Gedragsregels confraternele correspondentie geldig?', *Adv.bl.* 1993, p. 546-548.

Van Eeghen 1995

L.J. van Eeghen, 'Confraternale correspondentie. Handhaving onrechtmatige gedragsregel?', *Adv.bl.* 1995, p. 372-373.

Van Eeghen 1998

L.J. van Eeghen, 'Confraternale correspondentie III', *Adv.bl.* 1998, p. 77-79.

Eggen 1936

J. Eggen, 'De natuurlijke verbintenis en het belastingrecht', in: J. Eggen, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1958, p. 348-390.

Eshuis 2007

R.J.J. Eshuis, *Het recht in betere tijden. Over de werking van interventies ter versnelling van civiele procedures*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Flach 1995

R.J.C. Flach, 'Burgerlijk procesrecht. Uit het 1e kwartaal 1995', *AA Katern* 1995, p. 2643.

Franx 1996

J.K. Franx, 'Forumkeuze. Reactie op het rapport van Professor De Boer', in: P. Vlas (red.), *Studiedag. De internationale bevoegdheid van de Nederlandse Rechter volgens de nieuwe bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (NIPR Special), Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1996, p. 89-94.

Frielink 1993

K. Frielink, 'Misbruik van procesrecht en kort geding', *Trema* 1993, p. 15-19.

Frumer 2001

P. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Brussel: Bruylant 2001.

Garschagen & Van Nierop 2009

M. Garschagen & L. van Nierop, 'Een avontuur, maar met wildwestregels. Antikraak is goedkoop wonen, dat wel', *NRC Next* 6 november 2009, p. 4-5.

Gaudemet-Tallon 2010

H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001. Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, Paris: L.G.D.J. 2010.

Van Genderen e.a. 2008

D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

Goedèl 1999

C.S. Goedèl, 'Welwillendheidsbeslissing: geen daad van rechtspraak', *WPNR* 1999 (6379), p. 859-861.

Literatuur

Grapperhaus 2004

F.B.J. Grapperhaus, 'Individuele beëindigingsovereenkomst en afvloeiingsregeling', in: F.B.J. Grapperhaus, C.J. Loonstra & C.G. Scholtens (red.), *Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 159-218.

Gras 2009

E. Gras, 'Berusting in een rechterlijke uitspraak: exceptief verweer of grond voor ambtshalve uitgesproken niet ontvankelijkheid?', *WPNR* 2009 (6805), p. 577-583.

De Groot 2010

T.D. de Groot, 'Bindend advies vernietigd omdat bindend adviseur niet onpartijdig en onafhankelijk was', *Bb* 2010, p. 24-26.

Grosheide 2010

F.W. Grosheide, 'Het burgerlijk procesrecht de baas (?)', *WPNR* 2010 (6847), p. 491-492.

Van Haersolte-Van Hof 2004

J.J. van Haersolte-van Hof, 'Arrest Turner/Changepoint. Weg met de anti-suit injunction!', *NTER* 2004, p. 228-230.

Van Haersolte-Van Hof 2011

J.J. van Haersolte-van Hof, 'Het ILA 2010 report on confidentiality: de mythe van vertrouwelijkheid in arbitrage', *Adv.bl.* 2011, nr. 35, p. 100-105.

Hammerstein 1996

A. Hammerstein, 'De rechter als procesbewaker', *TCR* 1996, p. 65-67.

Hardenberg 1985

L. Hardenberg, 'De overeenkomst tot arbitrage', *NJB* 1985, p. 517-521.

Hardenberg 1996

L. Hardenberg, 'Rechter, arbiter en rechtsmacht. De verschillende grondslag van rechtspraak en arbitrage', *RM Themis* 1996, p. 327-332.

Harris e.a. 2009

D. Harris e.a., *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2005.

Hartkamp 2007

A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Hartkamp 2008

A.S. Hartkamp, 'Reactie. Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden', *WPNR* 2008 (6779), p. 977-981.

Hartkamp 2009

A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden', *WPNR* 2009 (6813), p. 773-774.

Hartkamp 2010

A.S. Hartkamp, 'De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter', *Trema* 2010, p. 136-143.

Heemskerk 1974

W.H. Heemskerk, *Vorderingsrecht en rechtsvordering* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1974.

Heemskerk 1983

W.H. Heemskerk, 'Bindend advies en arbitrage', in: W.H. Heemskerk, Th.B. ten Kate & B.C. Punt (red.), *Een goede procesorde* (Haardt-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 225-238.

Heijkamp, Paping & Priemus 2010

A. Heijkamp, R. Paping & H. Priemus, 'Ook na kraakverbod zijn antikrakers nog rechteloos', *Volkskrant* 30 september 2010.

Hess, Pfeiffer & Schlosser 2007

B. Hess, T. Pfeiffer & P. Schlosser, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, 2007, te vinden op http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf

Van Heusden 2001

R.L. van Heusden, 'De juridische waarde van aangeboden of overeengekomen beëindigingsvergoedingen in (en na) artikel 7:681/7:685 BW-procedures', *SMA* 2001, p. 210-221.

Van Heusden 2004

R.L. van Heusden, 'Zijn meer/minder-clausules rechtsgeldig?', *SR* 2004, p. 222-233.

Hijma e.a. 2010

Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Kluwer: Deventer 2010.

Hijma 2010

Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B55), Deventer: Kluwer 2010.

Literatuur

Hijma & Olthof 2011

Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Ho 2003

L.C. Ho, 'Anti-suit injunctions in cross-border insolvency: a restatement', *International and Comparative Law Quarterly* 2003, p. 697-735.

Van der Hoeven 1970

J. van der Hoeven, 'De magische lijn. Verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 201-219.

Hofmann/Abas 1977

L.C. Hofmann/P. Abas (bew.), *Het Nederlands verbintenissenrecht. De algemene leer van de verbintenissen. Deel 1 (artt. 1269-1387 BW). Tweede gedeelte (artt. 1302-1303 en 1349-1387 BW)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977.

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.

Hülsmann 1938

H.J. Hülsmann, 'Bewijsafspraken', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1938, p. 123-163.

Huydecoper 2007

J.L.R.A. Huydecoper, 'Wat mag recht kosten?', in: J.L.R.A. Huydecoper, G.A. van der Veen & F.B. Falkena, *De prijs van het gelijk. Een (kritische) bespreking van het systeem van vergoeding van gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 11-19.

Ingelse (red.) 2004

P. Ingelse (red.), *Commentaren op fundamentele herbezinning*, Nijmegen: Ars Aequi Libri.

Van Ittersum 1927

L.A. van Ittersum, *Het bindend advies* (diss. Utrecht), Utrecht: Den Boer 1927.

Jacot-Guillarmod 1988

O. Jacot-Guillarmod, 'L'arbitrage privé face à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme', in: F. Matscher & H. Petzold (red.), *Protecting Human Rights: The European Dimension/Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Keulen/Berlijn/Bonn/München: Carl Heymanns 1988, p. 281-294.

Jongbloed 2007

A.W. Jongbloed, *De privaatrechtelijke dwangsom*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

Jongbloed 2005

A.W. Jongbloed, 'Sanctionering van bemiddeling en verzoening naar Nederlands recht', *TCR* 2005, p. 46-51.

Jongbloed & Montrée 2009

A.W. Jongbloed & H.F.E. Montrée, 'Vertrouwelijkheid bij mediation in het burgerlijk recht', in: H.F.E. Montrée & A.W. Oosterman (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 57-123.

Jongeneel 2011

R.H.C. Jongeneel, 'Het *Pénzügyi*-arrest: een beperkte onderzoeksplicht in het kader van de ambtshalve toetsing', *NTER* 2011, p. 33-37.

Klaassen 2005

C.J.M. Klaassen, 'Mediation in plaats van of naast rechtspraak: a way of no return?', *WPNR* 2005 (6637), p. 753-754.

Klaassen 2009

C.J.M. Klaassen, 'Feitengaring en bewijslevering in de civiele procedure', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Kluwer: Deventer 2009, p. 57-85.

Klijnsma 2008

J. Klijnsma, 'De verzakelijking van het menselijk lichaam. Over de spanning tussen mens en mensheid inzake de praktijk van het commercieel draagmoederschap', *AA* 2008, p. 11-19.

Knigge 2004

G. Knigge, 'Rechtsbescherming en partijautonomie in het civiele proces', *RM Themis* 2004, p. 165-167.

Knigge 2006

M.W. Knigge, 'Art. 6 EVRM: een belemmering voor aangifte door de rechter?', in: *WPNR* 2006 (6678), p. 615-621.

Knigge 2009

M.W. Knigge, 'De afspraak tot mediation. Meer dan een promise?', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 353-359.

Koens & Van Raak-Kuiper 2003

M.J.C. Koens & J.A.E. van Raak-Kuiper, 'Een leugen(tje) om bestwil. HR 22 juni 1883, W 4924', in: M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *EB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2003.

Kokkini-Iatridou & Boele-Woelki 1993

D. Kokkini-Iatridou & K. Boele-Woelki, 'De regeling van de "internationale rechtsmacht" in het voorontwerp van wet van 1993', *NIPR* 1993, p. 323-364.

Literatuur

Kramer 2001

X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001.

Kramer 2005

X.E. Kramer, 'De harmoniserende werking van het Europees procesrecht: de diskwalificatie van de *anti-suit injunction*', *NIPR* 2005, p. 130-137.

Kuijter 2004

M. Kuijter, *The blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Kuypers 1992

P.H.L.M. Kuypers, 'Enige aspecten van internationaal privaatrecht bij het opstellen en gebruiken van algemene voorwaarden', *WPNR* 1992 (6059), p. 592-597.

Kuypers 2008

P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008.

Van der Kwaak 2002

D.J. van der Kwaak, 'Kan procederen onrechtmatig zijn?', *WPNR* 2002 (6500), p. 579-585.

De Lange-Tegelaar 1995

R.G. de Lange-Tegelaar, 'Het belang van een snelle rechtsgang', *NJB* 1995, p. 1502-1503.

Lawson 1996

R.A. Lawson, 'Arbitrage en artikel 6 EVRM: vrijheid in gebondenheid', *TvA* 1996, p. 157-166.

Leijten 2000

J.P. Leijten, 'Een landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken', *TCR* 2000, p. 31-37.

Van Leyenhorst 2009

M.C. van Leyenhorst, 'Anti-suit injunctions in nationaal en Europees perspectief', *TvA* 2009, p. 69-75.

Van der Linden 2010

J. van der Linden, *De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schicken* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2010.

Lindijer 2006

V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Loeff 1933

L.P.M. Loeff, 'Uitbreiding der Rechtsmacht van den Kantonrechter en beperking der Proceskosten in Burgerlijke Zaken', *W.* 12686 (1933), p. 1-2.

Loorbach 2010

J. Loorbach, 'Substantiëring: formeel recht en andere betamelijkheid', *Adv.bl.* 2010, p. 561.

Loos & Wiersma 2002

M.B.M. Loos & H.W. Wiersma, 'Ambtshalve toetsing van forumkeuzebedingen in algemene voorwaarden: het nieuwe procesrecht getoetst aan recente rechtspraak van het Hof van Justitie', *WPNR* 2002 (6486), p. 329-332.

Loth 2009

M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Mon. BW A19), Deventer: Kluwer 2009.

Lubach 1982

D.A. Lubach, *Beleidsovereenkomsten. Een onderzoek naar juridische aspecten van het gebruik van de overeenkomst als beleidsinstrument door de overheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1982.

Luttik 1994

A.G. Luttik, 'Bindende partijbeslissing en bindend advies in titel 7.15', in: T. Hartlief e.a. (red.), *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 259-270.

Males 1998

S. Males, 'Comity and anti-suit injunctions', *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1998, p. 543-553.

Mansel 1996

H.-P. Mansel, 'Gerichtsstandsvereinbarung und Ausschluss der Streitverkündung durch Prozessvertrag', *ZZP* 1996, p. 61-77.

Meijer 1992

G.J. Meijer, 'Bindend advies en de vaststellingsovereenkomst', in: R. Zwitter e.a. (red.), *Tot persistit!* (Snijders-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 51-69.

Meijer 2011

G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage. Bezien in het licht van het bewijsvoorschrift van artikel 1021 Rv*, Deventer: Kluwer 2011.

Literatuur

Meijers 1958

E.M. Meijers, *Algemene leer van het Burgerlijk Recht. Deel I. De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1958.

Merrett 2006

L. Merrett, 'The enforcement of jurisdiction agreements within the Brussels regime', *International and Comparative Law Quarterly* 2006, p. 315-336.

Mollema 1995

K.E. Mollema, 'Een te kleine versnelling', *NJB* 1995, p. 1203.

Du Mosch 1918

A.H. du Mosch, 'Evocatie? Onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid', *W.* 10334 (1918), p. 3-4.

Mustill & Boyd 1989

M.J. Mustill & S.C. Boyd, *Commercial Arbitration*, Londen en Edinburgh: Butterworths 1989.

Naumann 2008

I. Naumann, *Englische anti-suit injunctions zur Durchsetzung von Schiedsvereinbarungen*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 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.

North Cohen & Wessel 2001

S. North Cohen & J. Wessel, 'In tune with Mantovani: the "novel" case of damages for breach of an arbitration agreement', *International Arbitration Law Review* 2001, p. 65-69.

Oertmann 1915

P. Oertmann, 'Der vorgängige Rechtsmittelverzicht', *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess* 1915, p. 389-427.

Van Oven 1935a

J.C. van Oven, 'Huwelijksvoorwaarden, houdende uitsluiting van elke huwelijks-goederengemeenschap', *WPNR* 1935 (3416), p. 277-281.

Van Oven 1935b

J.C. van Oven, 'Zakelijke overeenkomst en huwelijksvoorwaarden (slot)', *WPNR* 1935 (3441), p. 539-543.

Parl. Gesch. Boek 3

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten. Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart

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*, Deventer: Kluwer 2002.

Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht

G.R. Rutgers & R.J.C. Flach (red.), door G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988.

Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6)

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, m.m.v. J.B. Rijpkema, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Wijziging van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, de wet op de rechterlijke organisatie en de faillissementswet. Aanpassing van de overige wetten*, Deventer: Kluwer 1992.

Pavillon 2011

C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheids-norm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, p. 37 e.v.

Peel 1998

E. Peel, 'Exclusive jurisdiction agreements: purity and pragmatism in the conflict of laws', *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1998, p. 182-227.

Pels Rijcken 1986

L.D. Pels Rijcken, 'Bindend advies als middel tot beslechting van rechtsgeschillen', *NJB* 1986, p. 1053-1056.

De Pinto 1880

A.A. de Pinto, *Handleiding tot de Wet op de Rechterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1880.

Literatuur

Pitlo/Hidma & Rutgers 2004

T.R. Hidma & G.R. Rutgers, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2004.

Pitlo/Hidma 1981

T.R. Hidma, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 4. Bewijs en verjaring*, Arnhem: Gouda Quint 1981.

Polak 2010

M.V. Polak, 'Procederen... und kein Ende? Misbruik van procesrecht en het EEX', *AA* 2010, p. 615-620.

Pontier & Burg 2004

J.A. Pontier & E. Burg, *EU Principles on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and commercial Matters according to the case law of the European Court of Justice*, Den Haag: T.M.C. Asser press 2004.

Van Praag 1918

L. van Praag, 'Het beding strekkende tot uitsluitende bevoegdheid van een buitenlandschen rechter', *W.* 10334 (1918), p. 3.

Van Praag 1919

L. van Praag, 'Rechtspraak door anderen dan de van staatswege aangestelde rechters of scheidsmannen (1), in verband met arbitrage, en verwante beslissingen van partikulieren (2)', *Themis* 1919, p. 430-480.

Van Praag 1920

L. van Praag, 'Inkrimping en uitbreiding van jurisdictie en competentie der rechterlijke macht door partijen', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1920, p. 209-263.

Prein, Brenninkmeijer & Pel 2009

H.C.M. Prein, A.F.M. Brenninkmeijer & M. Pel, 'Inleiding', in: H.F.E. Montrée & A.W. Oosterman (red.), *Mediation en vertrouwelijkheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 13-31.

Rapport-Almeida Cruz, Desantes en Jenard

M. Almeida Cruz, M. Desantes Real en P. Jenard, 'Rapport over Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie, zoals deze zijn gewijzigd bij het Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en bij het Verdrag inzake de toetreding van de Helleense Republiek', in: R. Barents, *EG-Executieverdrag*, Deventer: Kluwer 2000, p. 148-154.

Rapport Gemengde Commissie

Rapport van de Gemengde Commissie uit de advocatuur en de rechterlijke macht inhoudende voorstellen om te komen tot meer efficiency in civiele procedures (bijlage bij *Advocatenblad* 1995, nr. 16).

Rapport-Jenard

P. Jenard, 'Rapport over het Verdrag betreffende rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken', in: R. Barents, *EG-Executieverdrag*, Deventer: Kluwer 2000, p. 41-114.

Rapport-Schlosser

P. Schlosser, 'Rapport over het verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie (ondertekend te Luxemburg op 9 oktober 1978), PbEG 1979, C59, p. 71-151', in: R. Barents, *EG-Executieverdrag*, Deventer: Kluwer 2000, p. 115-147.

Ras/Hammerstein 2004

H.E. Ras/A. Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 2004.

Rosenberg/Schwab/Gottwald 2010

L. Rosenberg/K.H. Schwab/P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München: C.H. Beck 2010.

Rosner 2004

N. Rosner, *Cross-Border Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in Civil and Commercial Matters* (diss. Groningen), Ulrik Huber Institute for Private International Law 2004.

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.

Sanders 1940

P. Sanders, *Aantasting van arbitrale vonnissen* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940.

Sanders 1995

P. Sanders, 'Arbitrage en Artikel 17 Grondwet', *RM Themis* 1995, p. 241-243.

Sanders 1996

P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 1996.

Literatuur

Sanders 2006

P. Sanders, 'Het terugkomen op een afspraak tot mediation', *NJB* 2006, p. 894-895.

Van Schaick 2000

A.C. van Schaick, 'Proceskosten en buitengerechtelijke kosten', *NTBR* 2000, p. 313-315.

Van Schaick 2006

A.C. van Schaick, 'Bewijsovereenkomsten en geheimhoudingsafspraken', *NTBR* 2006, p. 131-136.

Van Schaick 2009

A.C. van Schaick, *Het burgerlijk recht de baas? Over de verwevenheid van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (oratie Tilburg), Deventer: Kluwer 2009.

Scheltema 1935

F.G. Scheltema, 'Contractuele regelingen omtrent de toelaatbaarheid en de waardering van bewijsmiddelen, en omtrent de uitsluiting van tegenbewijs', *WPNR* 1935 (3427-3431), p. 419-420, 427-429, 439-440, 447-449, 455-456.

Scheltema & Scheltema 2008

M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Schelven 2004

P. van Schelven, 'Mediationsafspraken: wél of niet juridisch afdwingbaar?', *TMD* 2004, p. 99-101.

Schiedermaier 1935

G. Schiedermaier, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn: Röhrscheid 1935.

Schilken 2004

E. Schilken, 'Zur Zulässigkeit von Zuständigkeitsvereinbarungen bei Beteiligung von Nichtkaufleuten (§§ 38 Abs. 3, 40 ZPO)', in: C. Heinrich (red.), *Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck 2004, p. 435-455.

Schlosser 1968

P. Schlosser, 'Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess', Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1968.

Schlosser 2007

P. Schlosser, 'Materiell-rechtliche Wirkungen von (nationalen und internationalen) Gerichtsstandsvereinbarungen?', in: W. Hau & H. Schmidt (red.), *Facetten des Verfahrensrechts. Liber amicorum zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2007*, Keulen: C. Heymanns 2007, p. 111-123.

Scholten 1983

G.J. Scholten, *Grondslag en bronnen van verbintenissen* (Mon. Nieuw BW A2), Deventer: Kluwer 1983.

Schonewille 2010

F. Schonewille, 'De Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap. De handhaafbare mediationclausule ten behoeve van een echtscheidingsconvenant (I en II)', *WPNR* 2010 (6826-6827), p. 42-47, 64-68.

Schoordijk 1979

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schutte & Spierdijk 2007

E. Schutte & J. Spierdijk, m.m.v. A.F.M. Brenninkmeijer, *Juridische aspecten van mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Schutte & Spierdijk 2009

E. Schutte & J. Spierdijk, 'Juridische aspecten', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a. (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 255-267.

Smith 2004

C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Smits 2003

J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen* (Mon. BW A2), Deventer: Kluwer 2003.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

Snijders 1987

H.J. Snijders, 'Civiel-processueel maatwerk ter bevordering van kwaliteit en efficiëntie. Differentiatie van behandeling naar gelang de complexiteit', *NJB* 1987, p. 1488-1496.

Snijders 1988

H.J. Snijders, 'Procesrechtelijke hoofdbeginselen voor oplossing van privaatrechtelijke conflicten buiten de overheidsrechter om', in: H.J. Snijders e.a. (red.), *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 401-412.

Snijders 1992a

H.J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (afscheidsrede Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint; Deventer: Kluwer; Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Literatuur

Snijders 1992b

H.J. Snijders, 'Vorderingsrechten en toekomstige subjectieve rechten mede in verband met faillissement en surséance van betaling', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het Nieuw BW in functie. De invloed van het nieuwe vermogensrecht op tien bijzondere rechtsgebieden*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 17-30.

Snijders 1995

H.J. Snijders, 'Rond de arbitrage met name in bouwzaken', in: *Bouwarbitrage en civiele rechter* (preadvies Vereniging voor Bouwrecht), Deventer: Kluwer 1995, p. 2-75.

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 2002

H.J. Snijders, 'Geschilbeslechting buiten de overheidsrechter als centraal thema revisited en updated', *AA* 2002, p. 483-498.

Snijders 2007a

H.J. Snijders, 'Kwaliteit van arbitrage na 100 jaar. Enige bespiegelingen naar aanleiding van recente EU-rechtspraak en het Nader Voorontwerp tot herziening van de Nederlandse arbitragewetgeving', in: M.A.B. Chao-Duvis (red.), *Honderd jaar Raad van Arbitrage voor de Bouw 1907-2007*, Den Haag: IBR 2007, p. 195-225.

Snijders 2007b

H.J. Snijders, 'Aanvulling van gronden van EU-recht door de Nederlandse burgerlijke rechter', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 79-95.

Snijders 2008a

H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europese recht in burgerlijke zaken herijkt', *WPNR* 2008 (6761), p. 541-552.

Snijders 2008b

H.J. Snijders, 'Naschrift', *WPNR* 2008 (6779), p. 981-982.

Snijders 2009a

H.J. Snijders, 'Andermaal de vraag naar ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (van Europees recht), een reactie op A.S. Hartkamp, *WPNR* (2009) 6813 en een korte bespreking van het nog recentere Asturcom-arrest', *WPNR* 2009 (6823), p. 998-1002.

Snijders 2009b

H.J. Snijders, 'Arbitrage, bindend advies, mediatie en de Ontwerprichtlijn betreffende consumentenrechten', *TvA* 2009, nr. 1, p. 1-3.

Snijders 2010

H.J. Snijders, 'Arbitraal beding en EU-recht, ambtshalve rechterlijk optreden in dat verband', *TvA* 2010, nr. 1, p. 1-4.

Snijders 2011a

H.J. Snijders, 'Arbitrage en/of bindend advies bij de SGC', *TvC* 2011, p. 3-7.

Snijders 2011b

H.J. Snijders, 'UNCITRAL Arbitration Rules stevig gereviseerd', *TvA* 2011, nr. 1, p. 1-9.

Snijders 2011c

H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht. Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2011.

Snijders e.a. 1995

H.J. Snijders e.a., *Toegang tot buitenlands burgerlijk procesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Snijders, Klaassen & Meijer 2011

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Snijders & Rank-Berenschot 2007

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Star Busmann/Rutten 1972

C.W. Star Busmann/L.E.H. Rutten, m.m.v. W.H. Ariëns (bew.), *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1972.

Stein/Rueb 2011

P.A. Stein/A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Stern 1994

K. Stern, m.m.v. M. Sachs, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1994.

Strikwerda 2008

L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Suijling 1928

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Haarlem: F. Bohn 1928.

Literatuur

Swane 1942

F.W. Swane, *Vaststellings- en bewijsovereenkomsten* (preadvies Broederschap der Notarissen in Nederland), Amsterdam: Van Mantgem 1942.

Tackaberry & Marriott 2003

J. Tackaberry & A. Marriott, *Bernstein's handbook of arbitration and dispute resolution practice. Volume I*, Londen: Sweet & Maxwell 2003.

Tan & Yeo 2003

D. Tan & N. Yeo, 'Breaking promises to litigate in a particular forum: are damages an appropriate remedy?', *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2003, p. 435-444.

Taverne 1918

B.M. Taverne, 'Onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid? Een beroep op de medewerking der procureurs', *W.* 10328 (1918), p. 3-4.

T&C Rv

A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen & M.V. Polak (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke rechtsvordering*, Kluwer: Deventer 2010.

Teuben 2006

K. Teuben, 'Gebondenheid aan mediationafpraak', *MvV* 2006, p. 93-95.

Tham 2004

C.H. Tham, 'Damages for breach of English jurisdiction clauses: more than meets the eye', *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2004, p. 46-71.

Tjittes 1992

R.P.J.L. Tittes, *Afstand van recht* (Mon. Nieuw BW A6a), Deventer: Kluwer 1992.

Toelichting Meijers, Vierde gedeelte, Boek 7

E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek. Toelichting, Vierde gedeelte (Boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeversbedrijf 1972.

Veegens 1973

D.J. Veegens, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken. 1. Algemene Grondslagen en Verdeling van de Bewijslast*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973.

Venhuizen 2011

S.M.A.M. Venhuizen, 'De verhaalbaarheid van buitengerechtelijke kosten', *WPNR* 2011 (6881), p. 283-290.

Verheij 2011

A.J. Verheij, 'Wetsvoorstel tot normering van incassokosten (art. 6:96 lid 2 sub c BW)', *VR* 2011, p. 33-38.

Verheul 1989

J.P. Verheul, m.m.v. E. van Schouten & M.C.A. Vis-Plantenga, *Erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen*, Maklu: Apeldoorn – Antwerpen 1989.

Verschuur 2000

R.Ch. Verschuur, 'Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the Netherlands', in: G. Walter & S.P. Baumgartner (red.), *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, Den Haag: Kluwer Law International 2000, p. 403-424.

Versterking van de cassatierechtspraak 2008

Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag 2008.

Verstijlen 2008

F.M.J. Verstijlen, 'De bewijsovereenkomst in het goederenrecht. Een remedie tegen oneigenlijke vermenging?', *WPNR* 2008 (6742), p. 129-137.

Viellevoye 1989

R.H.F. Viellevoye, 'De procedure van artikel 43 wet op de rechterlijke organisatie', *VR* 1989, p. 171-173.

Vlas & Ibili 2003

P. Vlas & F. Ibili, 'De nieuwe commune regels inzake de rechtsmacht van de Nederlandse rechter', *WPNR* 2003 (6527), p. 310-319.

Voorstel voor een Verordening

'Voorstel voor een Verordening (EG) van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken', in: R. Barents, *EG-Executieverdrag*, Deventer: Kluwer 2000, p. 155-201.

Vriesendorp 1970

J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1970.

De Waard 1987

B.W.N. de Waard, *Beginnels van behoorlijke rechtspleging* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E. J. Tjeenk Willink 1987.

De Waard 1995

T. de Waard, 'Confraternele correspondentie', *Adv.bl.* 1995, p. 139.

Wackie Eysten 2003

P.A. Wackie Eysten, 'Mediation en de rechter', *TvA* 2003, p. 112-114.

Literatuur

Wackie Eysten 2006

P.A. Wackie Eysten, 'Is een mediationafspraken niet verbindend?', *TvA* 2006, p. 119-122.

Wackie Eysten 2009

P.A. Wackie Eysten, 'Reactie op het Redactioneel van prof. mr. H.J. Snijders, 'Arbitrage, bindend advies, mediatie en de Ontwerprichtlijn betreffende consumentenrechten'', *TvA* 2009, nr. 14, p. 44.

Wagner 1998

G. Wagner, *Prozessverträge*, Tübingen: Mohr Siebeck 1998.

Van Wassenaeer 1995

A.G.J. van Wassenaeer, 'In the "win-winning mood". Over bemiddelen in het algemeen, en over bemiddelen in vertrouwen in het bijzonder', *BR* 1995, p. 721-728.

Wesseling-Van Gent e.a. 2001

E.M. Wesseling-van Gent e.a., 'Het uniform rolreglement voor de rechtbanken', *Trema* 2001, p. 135-150.

Wessels 1982

B. Wessels, 'Gentlemen's agreement', *RM Themis* 1982, p. 332-377.

Wessels 1984

B. Wessels, *Gentlemen's agreements*, Arnhem: Gouda Quint 1984.

Wessels 1988

B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Wetzels 2005

W.J.J. Wetzels, 'Omgekeerde prorogatie', *PP* 2005, p. 143-144.

Wiarda 1988

G.J. Wiarda, 'De waarborgen van artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden tegenover het onderwerp van deze feestbundel', in: H.J. Snijders e.a. (red.), *Overheidsrechter gepasseerd. Conflictbeslechting buiten de overheidsrechter om*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 413-429.

Wibier 2009

R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen* (Mon. Nieuw BW B44), Deventer: Kluwer 2009.

Van der Wiel 2002a

B.T.M. van der Wiel, 'De bewijsovereenkomst', *WPNR* 2002 (6480), p. 221-229.

Van der Wiel 2002b

B.T.M. van der Wiel, 'Geheimhoudingsbedingen in geschillenbeslechtsreglementen: een wankel basis', *TvA* 2002, p. 129-135.

Van der Wiel 2004

B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Van der Wiel 2005

B.T.M. van der Wiel, 'Onrechtmatig procederen', *WPNR* 2005 (6618), p. 317-325.

Wilson 2003

M.E. Wilson, 'Let go of that case! British anti-suit injunctions against Brussels convention members', *Cornell International Law Journal* 2003, p. 207-226.

Yeo & Tan 2003

N. Yeo & D. Tan, 'Damages for breach of exclusive jurisdiction clauses', in: S. Worthington (red.), *Commercial law and commercial practice*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2003.

Zilinsky 2005

M. Zilinsky, *De Europese Executoriale Titel* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005.

Zöller/... 2010

R. Geimer e.a., *Zöller Zivilprozessordnung, mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen, Kommentar*, Keulen: Otto Schmidt 2010.

Zonderland 1976

P. Zonderland, *Indeling, uitlegging en regeling van overeenkomsten* (Serie Bijzondere Contracten 1), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976.

Zonderland 1977

P. Zonderland, *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977.

Zuckerman 2006

A.A.S. Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure. Principles of practice*, Londen: Thomson/Sweet & Maxwell 2006.

Jurisprudentieregister

Verwezen wordt naar de paragraafnummers.

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 21 februari 1975, appl.no. 4451/70, *NJ* 1975, 462, m.nt. EAA (Golder/Verenigd Koninkrijk) | 5.2.1
- EHRM 28 juni 1978, appl.no. 6232/73, *NJ* 1980, 54 (König/Duitsland) | 6.2.6
- EHRM 27 februari 1980, appl.no. 6903/75, *NJ* 1980, 561 (Deweert/België) | 5.2.1, 6.1, 6.3.2.1
- EHRM 6 mei 1981, appl.no. 7759/77 (Buchholz/Duitsland) | 6.2.6
- EHRM 23 juni 1981, appl.no. 6878/75 en 7238/75, *NJ* 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven en De Meyere/België) | 6.1
- EHRM 10 februari 1983, appl.no. 7299/75 en 7496/76, *NJ* 1987, 315 (Albert en Le Compte/België) | 4.4.3.3, 6.1, 6.2.2
- EHRM 8 december 1983, appl.no. 8273/78 (Axen/Duitsland) | 6.2.2
- EHRM 8 december 1983, appl.no. 7984/77 (Pretto c.s./Italië) | 6.2.2
- EHRM 25 juni 1987, appl.no. 9381/81, *NJ* 1990, 231, m.nt. EAA (Capuano/Italië) | 6.2.6
- EHRM 30 november 1987, appl.no. 8950/80, (H./België) | 4.4.3.3
- EHRM 7 juli 1989, appl.no. 11681/85 (Unión Alimentaria Sanders SA/Spanje) | 6.2.6
- EHRM 24 oktober 1989, appl.no. 10073/82 (H./Frankrijk) | 6.2.6
- EHRM 21 februari 1990, appl.no. 11855/85 (Håkansson en Stureson/Zweden) | 4.4.3.3, 6.1, 6.2.2, 6.2.5
- EHRM 25 februari 1992, appl.no. 10802/84, *NJ* 1994, 117, m.nt. EJD (Pfeifer en Plankl/Oostenrijk) | 4.4.3.3, 6.2.3
- EHRM 24 februari 1993, appl.no. 14396/88, *NJ* 1993, 649, m.nt. EAA (Fey/Oostenrijk) | 6.2.3
- EHRM 19 april 1993, appl.no. 13942/88 (Kraska/Zwitserland) | 6.2.4
- EHRM 24 juni 1993, appl.no. 14518/89 (Schuler-Zraggen/Zwitserland) | 6.2.5
- EHRM 27 oktober 1993, appl.no. 13675/88 (Monnet/Frankrijk) | 6.2.6
- EHRM 27 oktober 1993, appl.no. 14448/88, *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS en EJD (Dombo Beheer/Nederland) | 4.4.3.3, 6.1, 6.2.4
- EHRM 23 februari 1994, appl.no. 16757/90, *NJ* 1994, 483, m.nt. Kn (Stanford/Verenigd Koninkrijk) | 6.2.4
- EHRM 9 december 1994, appl.no. 18064/91, *NJ* 1997, 20, m.nt. EAA onder *NJ* 1997, 21 (Hiro Balani/Spanje) | 6.2.7
- EHRM 9 december 1994, appl.no. 18390/91 (Ruiz Torija/Spanje) | 6.2.7
- EHRM 20 februari 1996, appl.no. 19075/91 (Vermeulen/België) | 6.2.4
- EHRM 22 februari 1996, appl.no. 17359/90, *NJ* 1996, 483, m.nt. Kn (Bulut/Oostenrijk) | 4.4.3.3, 6.2.3

EHRM 15 november 1996, appl.no. 22461/93 en 22465/93 (Ceteroni/Italië) | 6.2.6
 EHRM 24 november 1997, appl.no. 21835/93, (Werner/Oostenrijk) | 4.4.3.3
 EHRM 16 december 1997, appl.no. 25086/94 (Proszak/Polen) | 6.2.6
 EHRM 28 oktober 1998, appl.no. 28194/95 (Castillo Algar/Spanje) | 4.4.3.3, 6.2.3
 EHRM 23 februari 1999, appl.no. 31737/96 (Suovaniemi c.s./Finland) | 6.3.2.1, 6.3.3, 6.3.4.2
 EHRM 8 februari 2000, appl.no. 28488/95, NJ 2001, 611, m.nt. EAA (McGonnell/Verenigd Koninkrijk) | 4.4.3.3, 6.2.3
 EHRM 27 september 2001, appl.no. 49684/99 (Hirvisaari/Finland) | 6.2.7
 EHRM 6 mei 2003, appl.no. 39343/98, 39651/98, 43147/98 en 46664/99, NJ 2004, 15, m.nt. PJB, (Kleyn e.a./Nederland) | 6.2.3
 EHRM 15 juli 2004, appl.no. 19449/02 (Patrianakos/Griekenland) | 6.2.6
 EHRM 15 februari 2005, appl.no. 68416/01, NJ 2006, 39, m.nt. E.J. Dommering (Steel en Morris/Verenigd Koninkrijk) | 6.2.4
 EHRM 12 oktober 2005, appl.no. 64935/01 (Chmelir/Tsjechië) | 6.2.3
 EHRM 18 oktober 2006, appl.no. 18114/02 (Hermi/Italië; Grote Kamer) | 6.2.4
 EHRM 22 februari 2007, appl.no. 1509/02 (Tatishvili/Rusland) | 6.2.7
 EHRM 24 juli 2008, appl.no. 14659/04 en 16855/04 (Dorozhko en Pozharskiy/Estland) | 4.4.3.3, 6.1, 6.2.3
 EHRM 18 december 2008, appl.no. 69917/01, NJ 2010, 79, m.nt. M.J. Borgers (Saccoccia/Oostenrijk) | 6.2.2
 EHRM 17 september 2009, appl.no. 10249/03 (Scoppola/Italië; Grote Kamer) | 6.2.4
 ECRM 4 maart 1987, appl.no. 10881/84 (R./Zwitserland) | 6.3.7.2
 ECRM 27 november 1996, appl.no. 28101/95, NJ 1997, 505 m.nt. PJB (Nordström c.s./Nederland) | 6.3.2.1, 6.3.4.2

Hof van Justitie

HvJ EG 14 december 1976, NJ 1977, 446, m.nt. JCS (Salotti/RuWa) | 10.2.4, 10.3, 10.4
 HvJ EG 14 december 1976, NJ 1977, 447, m.nt. JCS (Segoura/Bonakdarian) | 10.4
 HvJ EG 9 november 1978, NJ 1979, 538, m.nt. JCS (Meeth/Glacetel) | 10.4
 HvJ EG 24 juni 1981, NJ 1981, 546, m.nt. JCS (Elefanten Schuh/Jacqmain) | 2.4, 10.2.4
 HvJ EG 14 juli 1983, NJ 1984, 716, m.nt. JCS (Gerling/Tesoro) | 3.3.7, 8.8, 10.2.4, 10.6.2.2
 HvJ EG 19 juni 1984, NJ 1984, 735, m.nt. JCS (Tilly Russ/Nova) | 8.8, 10.2.4, 10.5.2, 10.7
 HvJ EG 7 maart 1985, NJ 1986, 336 (Spitzley/Sommer) | 1.2.2, 3.4, 10.2.4
 HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1986, 602 (Berghoefer/ASA) | 10.5.2
 HvJ EG 24 juni 1986, NJ 1987, 656, m.nt. JCS (Anterist/Crédit Lyonnais) | 10.4
 HvJ EG 11 november 1986, NJ 1987, 479 (IVECO Fiat/Van Hool) | 8.8, 10.2.4, 10.4
 HvJ EG 10 maart 1992, NJ 1996, 279 (Duffryn/Petereit) | 2.4, 3.3.4, 10.2.4
 HvJ EG 14 december 1995, NJ 1997, 116, m.nt. P.J. Slot en HJS onder NJ 1997, 117 (Van Schijndel en Van Veen/Pensioenfonds) | 4.4.3.3
 HvJ EG 20 februari 1997, NJ 1998, 565, m.nt. PV (Mainschiffahrts/Les Gravières Rhénanes) | 10.2.4, 10.6.2.2
 HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit) | 2.4, 3.3.2, 3.3.3, 10.2.4, 10.3, 10.4, 10.5.2, 10.6.2.2, 10.6.3.2

HvJ EG 16 maart 1999, *NJ* 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy) | 2.4, 3.3.3, 8.8, 10.2.4, 10.5.2, 10.6.2.2, 10.6.3.2, 10.7

HvJ EG 1 juni 1999, *NJ* 2000, 339, m.nt. HJS onder *NJ* 2000, 340 (Eco Swiss/Benetton) | 4.4.3.3

HvJ EG 27 juni 2000, *NJ* 2000, 730 (Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero) | 9.4, 10.6.2.1, 10.6.2.2

HvJ 13 juli 2000, *NJ* 2003, 597, m.nt. PV (Group Josi) | 10.6.2.2

HvJ EG 9 november 2000, *NJ* 2001, 599, m.nt. PV (Coreck/Handelsveem) | 8.8, 10.2.4, 10.4, 10.7

HvJ EG 7 mei 2002, *NJ* 2003, 74 (Commissie/Zweden) | 10.6.2.1

HvJ EG 21 november 2002, *NJ* 2003, 703, m.nt. MRM (Cofidis/Fredout) | 9.4, 10.6.2.1

HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT) | 2.4, 10.5.2, 11.3.5

HvJ EG 1 april 2004, *NJ* 2005, 75 (Freiburger Kommunaulbauten/Hofstetter) | 10.6.2.1, 10.6.2.2

HvJ EG 27 april 2004, *NJ* 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.) | 8.2, 8.7.2, 8.8, 10.5.2, 11.3.3, 11.3.5, 11.6.4.4

HvJ EG 1 maart 2005, *NJ* 2007, 369, m.nt. P.Vlas (Owusu/Jackson) | 2.4, 10.5.2, 10.6.2.2, 10.6.3.2

HvJ EG 12 mei 2005, *NJ* 2006, 513 m.nt. P. Vlas onder *NJ* 2006, 514 (SFIP/Axa Belgium e.a.) | 3.3.7, 10.6.2.2

HvJ EG 26 oktober 2006, *NJ* 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro/Móvil) | 9.4, 10.6.2.1, 10.6.2.2

HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers) | 8.7.2, 8.8, 11.3.5

HvJ EG 4 juni 2009, *NJ* 2009, 395, m.nt. M.R. Mok (Pannon/Sustikné Györfi) | 9.4, 10.6.2.1, 10.6.2.2

HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2010, 11, m.nt. M.R. Mok (Asturcom/Rodríguez Noguiera) | 9.2, 9.4, 10.6.2.1

HvJ EU 20 mei 2010, *RvdW* 2010, 802 (ČPP/Bilas) | 3.4, 9.4, 10.2.4

HvJ EU 9 november 2010, *NJ* 2011, 41, m.nt. M.R. Mok (Pénzügyi Lízing/ Schneider) | 9.4, 10.6.2.1, 10.6.2.2

HvJ EU 16 november 2010, nr. C-76/10 (Pohotovost'/Korčkovská) | 9.2, 9.4

HvJ EU 17 novemer 2011, *RvdW* 2012, 142 (Hypoteční banka c.s./Lindner) | 10.6.2.2

Hoge Raad

HR 22 juni 1883, *W* 4924 | 5.6.6

HR 23 juni 1893, *W*. 6365 (Middendorf/De Goederen) | 7.5

HR 26 april 1918, *NJ* 1918, 587 (Jenatzky Leleux/Van Vliet) | 4.2.4, 8.4.5

HR 20 juni 1919, *NJ* 1919, 808 (Rietjens/Pollaert) | 7.5

HR 14 november 1924, *NJ* 1925, 91 (bontmantel) | 3.3.3, 11.6.3.2

HR 14 mei 1925, *NJ* 1925, 1032 (Deventer IJzergieterij en Machinefabriek/Hettner) | 3.3.7

HR 6 november 1925, *NJ* 1925, 1293, m.nt. T. (Vink/Coöperatieve Vereeniging) | 4.2.4, 4.3.1.1, 8.4.5

HR 19 april 1928, *NJ* 1928, 1483, m.nt. P.S. (Breedijk/Labor) | 4.3.1.1, 7.5

- HR 11 mei 1931, *NJ* 1931, p. 1617-1620 (Reinderland/Nederlandsche Vereeniging van Fabrieksarbeiders) | 5.8.3
- HR 31 maart 1933, *NJ* 1933, p. 1333, m.nt. PS | 8.4.3, 10.7
- HR 20 mei 1938, *NJ* 1939, 94, m.nt. PS | 5.6.6
- HR 23 april 1942, *NJ* 1942, 396 (Hirschberg c.s./Jehawi) | 5.8.3, 5.8.5
- HR 12 december 1947, *NJ* 1948, 109, m.nt. DJV | 5.6.6
- HR 8 juni 1951, *NJ* 1952, 144, m.nt. DJV (Nietvelt/Teuling) | 5.4.2
- HR 26 november 1954, *AA* 1954-55, p. 116, m.nt. Petit | 4.2.4, 8.4.3
- HR 3 december 1954, *NJ* 1955, 56 (Ooms/Douma) | 3.3.7, 4.1
- HR 26 juni 1959, *NJ* 1959, 595 | 11.6.3.2
- HR 24 september 1964, *NJ* 1965, 359, m.nt. JHB (De Rooy c.s./Hillen c.s.) | 4.1, 5.2.2, 5.4.2
- HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137, m.nt. GJS (X./Staat) | 6.3.4.2
- HR 30 maart 1973, *NJ* 1973, 226, m.nt. PZ (De Kaaphoeve/Swinkels) | 6.3.8.1, 6.3.8.2
- HR 19 december 1975, *NJ* 1976, 552 (Van der Vegt/Van Leeuwen) | 9.3
- HR 9 april 1976, *NJ* 1977, 194, m.nt. WHH (Gefra/Van Hensbergen) | 4.5.1
- HR 30 december 1977, *NJ* 1978, 449, m.nt. PZ (De Ploeg/Kruse) | 6.3.8.1
- HR 1 juli 1982, *NJ* 1983, 682, m.nt. JCS | 11.4
- HR 1 februari 1985, *NJ* 1985, 698, m.nt. JCS (Piscator) | 3.3.8, 4.1, 4.4.3.4, 11.3.8.2, 11.6.3.4
- HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 228, m.nt. G. (Ebele Dillema II) | 10.3
- HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 275, m.nt. PAS (Van Delft/Van Boxtel) | 5.4.2
- HR 6 maart 1987, *NJ* 1987, 904, m.nt. WHH (APP/Valks-van Leenden c.s.) | 9.3
- HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676, m.nt. Ma en EAA (Koster/Van Nie q.q.) | 6.2.2
- HR 1 juli 1988, *NJ* 1988, 1034 (Delta Lloyd/N.) | 6.3.2.3
- HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989, 765, m.nt. JCS (Harvest Trader) | 4.1, 4.2.4, 5.2.2, 8.4.4, 8.4.5
- HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 647 (Allart/Overweel c.s.) | 4.4.3.3, 6.2.4
- HR 2 juni 1989, *NJ* 1989, 654 (Mandigers/Van Lit) | 4.3.1.2, 5.6.7
- HR 24 november 1989, *NJ* 1992, 404, m.nt. DWFV (Interlas/Lincoln-Amerika c.s.) | 11.3.8.1
- HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 123, m.nt. HJS (Van der Kloof/CSU) | 10.5.1
- HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 400 (Van Kleef/Brugge) | 4.4.3.3
- HR 27 maart 1992, *NJ* 1993, 97, m.nt. HJS (Nusselder/Nederlandse Liquidatiekas) | 8.4.4
- HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672, m.nt. PAS (Woesthoff/Intershow) | 6.3.4.2
- HR 5 februari 1993, *NJ* 1995, 716, m.nt. MS (Gem. Rotterdam/Staat) | 5.3.1
- HR 7 mei 1993, *NJ* 1993, 655, m.nt. HER (Meulen/Keijzers) | 4.4.3.1
- HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659, m.nt. DWFV (Vredo/Veenhuis) | 6.2.7
- HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 449, m.nt. HJS (Van der Lely/VDH) | 4.4.3.3, 6.2.4, 6.3.5.4
- HR 1 juli 1993, *NJ* 1994, 461, m.nt. HJS (De Drie HLO's/Gem. Den Haag) | 8.4.4
- HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 374, m.nt. HER (Staat/G.) | 5.4.2
- HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 348, m.nt. JCS onder HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 350 (Esmil/Enka) | 8.4.4
- HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 350, m.nt. JCS (Esmil/PGSP) | 3.3.3, 11.6.3.2
- HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 765, m.nt. HJS (Nordström c.s./Nigoco) | 4.9.6, 6.3.4.2
- HR 31 maart 1995, *NJ* 1995, 597, m.nt. HER (Erven Meiberg/Vendex) | 9.3

HR 7 april 1995, *NJ* 1997, 21, m.nt. EAA (N./Möbius) | 6.2.7
HR 21 april 1995, *NJ* 1997, 570, m.nt. CJHB (Schmitz/Caspers) | 5.6.5
HR 29 september 1995, *NJ* 1997, 419, m.nt. CJHB onder *NJ* 1997, 420 (W./Staat) | 5.3.3.3
HR 24 oktober 1995, *NJ* 1996, 484, m.nt. Kn | 6.2.3
HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 640, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Verhees/
Octrooibureau) | 4.3.1.2, 5.6.7
HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 117 (Van Schijndel/Pensioenfonds) | 4.5.1
HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 275, m.nt. F.C.B. van Wijmen (B./S. c.s.) | 6.2.2
HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 219, m.nt. HJS (Jacob Meijer/OTM) | 10.5.1
HR 5 september 1997, *NJ* 1997, 732 (Doc World/Olivetti) | 4.2.4
HR 12 september 1997, *NJ* 1998, 382, m.nt. MMM (Confood/Zürich) | 6.3.8.1
HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 706, m.nt. JH (Steinweg/Delta Lloyd c.s.) | 6.3.4.3
HR 16 januari 1998, *NJ* 1999, 284, m.nt. M.H. Claringbould (Handelsveem/
Annico) | 8.4.4
HR 30 maart 1998, *NJ* 1998, 554, m.nt. DA | 5.6.1
HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571 (Lindeboom/Beusmans) | 11.6.2.1
HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 711, m.nt. JdB | 9.3
HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV (Brown q.q./Ultrafin c.s.) | 8.4.4
HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 508, m.nt. HJS (Benetton/Eco Swiss c.s. III) | 6.3.8
HR 12 januari 2001, *NJ* 2002, 371 (Koren q.q./Moulijn Bosse & Huddleston Slater
Notarissen c.s.) | 9.3
HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255, m.nt. JH (Schwartz/Gnjatovic) | 11.5
HR (k.g.) 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, m.nt. JBMV (K./Aegon) | 11.4
HR 8 november 2002 (Olislagers/OTIB), *NJ* 2003, 15 | 9.3
HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4, m.nt. J.B.M. Vranken (Lightning Casino c.s./
De Nederlandse Antillen c.s.) | 6.2.4, 6.3.5.4
HR 17 januari 2003, *NJ* 2004, 280, m.nt. HJS (ABN AMRO/Teisman) | 8.4.4
HR 17 januari 2003, *NJ* 2004, 384, m.nt. HJS (IMS/Modsaf c.s. I) | 6.3.2.2
HR 14 februari 2003, *NJ* 2008, 412, m.nt. P.Vlas (Aegon c.s./Rendite c.s.) | 8.4.4
HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 645 (Sterpolis/Amicon) | 9.3
HR 9 januari 2004, *NJ* 2005, 190 m.nt. HJS (Nannini/SFT) | 6.3.8.1, 6.3.8.2
HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493, m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox) | 10.4
HR 26 november 2004, *NJ* 2005, 257, m.nt. PCEvW (Polderman c.s./
Landinrichtingscommissie) | 4.4.3.3, 6.3.4.2
HR 18 februari 2005, *NJ* 2005, 216 (A. c.s./Aegon) | 11.6.2.1
HR 20 mei 2005, *NJ* 2007, 114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007, 115 (Gem. Amsterdam/
Honnebier) | 4.4.3.3, 4.9.1, 6.3.2.3, 6.3.5.1, 6.3.5.2, 6.3.5.3, 6.3.8.3
HR 9 september 2005, *NJ* 2007, 140, m.nt. H.J. Snijders (Wenckebach/NOB) | 4.4.3.3, 6.2.4
HR 23 december 2005, *NJ* 2010, 62, m.nt. M.H. Wissink (De Rooij c.s./Van Olphen) | 10.4
HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75 | 5.4.3
HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 77 (Grünland c.s./Sagro) | 8.4.4
HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij) | 4.4.3.3, 6.3.2.3,
6.3.5.1, 6.3.5.2, 6.3.8.3, 10.6.1, 10.6.2.2
HR 22 december 2006, *NJ* 2008, 4, m.nt. H.J. Snijders (Kers/Rijpma) | 6.3.8.2
HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262 (Intrahof/Bart Smit) | 5.8.4

HR 25 mei 2007, *NJ* 2007, 294 (Spaanderman/Anova) | 4.4.3.3, 4.9.1, 6.3.2.2, 6.3.5.1, 6.3.5.3
 HR 8 juni 2007, *NJ* 2008, 142, m.nt. H.J. Snijders (W./Officier van Justitie) | 9.3
 HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate | 6.1, 6.3.2.2, 6.3.4.2, 6.3.5.4
 HR 26 oktober 2007, *NJ* 2008, 259, m.nt. P.C.E. van Wijmen (Barendregt/Hoogheemraadschap c.s.) | 4.4.3.3
 HR 9 november 2007, *RvdW* 2007, 968 (Gem. 's-Gravenhage/Civilised Traveller c.s.) | 9.3
 HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 9 (Gubbels/Aichi) | 9.3
 HR 16 mei 2008, *RvdW* 2008, 525 (Pentamedia/New Skies) | 2.4
 HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451, m.nt. E.J. Dommering (De Telegraaf c.s./Staat) | 6.2.4, 6.3.5.4, 8.6
 HR 26 september 2008, *NJ* 2008, 521 (Vanbuul q.q. c.s./Hoes c.s.) | 5.3.1
 HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 54 (Gem. Heerlen/Whizz) | 4.5.1
 HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 562, m.nt. H.J. Snijders (V./NIAC) | 6.3.4.2
 HR 10 april 2009, *NJ* 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen | 4.3.1.3, 4.5.2.3, 5.6.7, 9.2
 HR 24 april 2009, *NJ* 2010, 171, m.nt. H.J. Snijders (IMS/Modsaf c.s. II) | 4.4.3.3, 4.9.1, 6.3.2.2, 6.3.5.1, 6.3.5.2
 HR 30 oktober 2009, *RvdW* 2009, 1278 | 4.9.6, 6.3.4.3
 HR 4 december 2009, *NJ* 2011, 131, m.nt. J.B.M. Vranken (Greenworld/A. c.s.) | 5.8.3
 HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 18 (Bosman/Sagittarius) | 6.3.5.2
 HR 29 januari 2010, *NJ* 2011, 270, m.nt. H.J. Snijders (Van Wassenae van Catwijck/Knowsley) | 6.3.2.2
 HR 7 mei 2010, *NJ* 2010, 556, m.nt. Th.M. de Boer (A./B.) | 10.5.2
 HR 4 juni 2010, *NJ* 2010, 312 (Euroland c.s./Gilde c.s.) | 3.3.7, 4.1, 10.4
 HR 25 juni 2010, *NJ* 2010, 372 (Baijings c.s./Huijgers c.s.) | 8.4.2
 HR 24 december 2010, *RvdW* 2011, 43 | 9.3
 HR 18 maart 2011, *RvdW* 2011, 388 (Josef Antebi/NIHS c.s.) | 6.2.6
 HR 18 maart 2011, *NJ* 2011, 218, m.nt. M.V. Polak onder *NJ* 2011, 219 (Bialek/Szajak c.s.) | 6.2.7
 HR 8 juli 2011, *NJ* 2011, 463, m.nt. M.R. Mok (Etam c.s./Gem. Zoetermeer) | 2.2
 HR 8 juli 2011, *NJ* 2011, 310 (Blom/'t Sleyk c.s.) | 6.3.5.1
 HR 2 december 2011, *NJ* 2011, 574 (Linthorst/Echoput c.s.) | 10.2.1
 HR 2 december 2011, *NJ* 2012, 128, m.nt. M.V. Polak (Roucar/Guillouet q.q. c.s.) | 10.4
 HR 13 januari 2012, *LJN* BU3436 | 10.5.1

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 2 februari 1927, *NJ* 1927, p. 617-619 | 5.6.6
 Hof Amsterdam 27 mei 1930, *NJ* 1930, p. 1247 | 5.6.6
 Hof Arnhem 30 december 1970, *NJ* 1971, 249 | 9.3
 Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 1984, *NJ* 1984, 744 | 10.4
 Hof 's-Gravenhage 13 december 1985, *NJ* 1987, 137 | 9.3
 Hof Amsterdam 1 mei 1986, opgenomen bij HR 13 mei 1988, *NJ* 1988, 775 (Van Weelden/Amsterdamse Crediet- en Handelsbank) | 10.2.1
 Hof 's-Hertogenbosch (k.g.) 15 mei 1991, *NJ* 1992, 67, *KG* 1991, 307 | 11.3.2

Hof 's-Gravenhage 30 september 1994, *NJ* 1996, 114 | 9.3
Hof Amsterdam 30 maart 1995, *NJ* 1997, 707 | 10.2.1
Hof Amsterdam 5 maart 1998, *TvA* 1998, p. 172-174, m.nt. W.D.H. Asser | 10.4, 10.5.1
Hof Amsterdam 1 oktober 1998, *NJ* 2000, 591 | 9.3
Hof Amsterdam (k.g.) 18 mei 2000, opgenomen bij HR (k.g.) 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, m.nt. JBMV (K./Aegon) | 11.4
Hof 's-Gravenhage 13 december 2001, *NJ* 2002, 290 | 5.8.1
Hof Arnhem 16 april 2002, *NJ* 2002, 344 | 9.3
Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBPr* 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann | 5.8.1, 5.8.3, 5.8.5
Hof 's-Gravenhage 13 december 2006, *LJN* AZ4433 | 9.3
Hof Amsterdam 11 oktober 2007, *NJF* 2008, 48 | 5.6.3
Hof Amsterdam 1 november 2007, *NJF* 2008, 99 | 9.3
Hof Arnhem 18 maart 2008, *LJN* BC9227 | 9.3
Hof Arnhem 1 april 2008, *NJF* 2008, 448, *JBPr* 2008, 34, m.nt. M. Freudenthal | 10.6.2.2
Hof Amsterdam 11 november 2008, *LJN* BH4138 | 4.3.3
Hof Amsterdam 13 januari 2009, *NJF* 2009, 118 | 2.4
Hof Arnhem 24 februari 2009, *LJN* BH4730 | 9.3
Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2009, *NJF* 2009, 285 | 10.6.2.1
Hof Amsterdam 14 juli 2009, *NJF* 2009, 381 | 10.6.3.1
Hof 's-Gravenhage 23 februari 2010, *NJ* 2010, 380 | 10.5.1
Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, *NJF* 2010, 430 | 10.2.1
Hof Amsterdam 12 oktober 2010, *NJF* 2011, 34 | 9.3
Hof 's-Gravenhage 28 december 2010, *NJF* 2011, 160 | 6.3.5.1
Hof Amsterdam 15 februari 2011, *NJF* 2011, 157, *LJN* BP5405 | 10.2.1, 10.5.1, 10.6.3.1
Hof 's-Gravenhage 19 april 2011, *NJF* 2011, 222 | 10.2.4

Rechtbanken

Rb. 's-Hertogenbosch 1 oktober 1948, *NJ* 1950, 88 | 7.5
Rb. Maastricht 14 oktober 1948, *NJ* 1950, 25 | 5.6.6
Rb. Arnhem (k.g.) 4 augustus 1969, *NJ* 1971, 137, m.nt. PZ | 5.5.2
Ktr. Boxmeer 1 mei 1984, *NJ* 1985, 589 | 3.4
Rb. Arnhem (k.g.) 24 augustus 1984, *NJ* 1986, 86, m.nt. JCS | 11.3.2
Rb. Middelburg (k.g.) 25 januari 1985, *NJ* 1987, 114 | 11.3.2
Ktr. Zierikzee 19 februari 1988, *Prg.* 1988, 2870 | 10.5.1
Rb. Zwolle 15 oktober 1990, *NJ* 1991, 775 | 5.8.1, 5.8.3, 5.8.5
Rb. Amsterdam 23 april 1992 (k.g.), te vinden bij Frielink 1993, p. 17 | 11.3.2
Ktr. Gouda 21 maart 1993, *Prg.* 1993, 3873 | 9.3
Rb. Haarlem 11 mei 1993, *NJ* 1995, 71 | 10.5.1
Ktr. Amsterdam 18 oktober 1995, *NJK* 1996, 4 | 9.3
Ktr. Amsterdam 11 september 1997, *JAR* 1997, 253, *NJK* 1997, 99 | 5.6.5
Rb. Utrecht 24 juni 1998, *NJK* 1998, 61 | 4.3.1.2, 5.6.7
Rb. Breda 16 november 1999, *NJK* 1999, 93 | 10.6.2.1
Rb. Zutphen 6 januari 2000, *Prg.* 2000, 5417 | 6.3.4.2
Ktr. Zaandam 17 mei 2001, *Prg.* 2001, 5735, m.nt. JGK | 10.6.2.1

- Rb. Zutphen 21 december 2001, *NJ* 2002, 250 | 5.8.1, 5.8.3, 5.8.5
Rb. Amsterdam 13 maart 2002, *TvA* 2003, p. 72-74, m.nt. W.D.H. Asser | 5.4.2
Rb. Rotterdam 21 maart 2002, *NJK* 2002, 27, *S & S* 2003, 35 | 10.2.1
Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 18 juni 2002, *JAR* 2002, 244 | 5.6.5
Rb. Almelo 14 augustus 2002, *NJ* 2002, 491 | 11.3.2
Rb. Utrecht (k.g.) 18 februari 2003, *JAR* 2003, 69 | 5.6.5
Rb. Rotterdam (k.g.) 22 mei 2003, *JAR* 2003, 163 | 5.6.5
Rb. Amsterdam (sector kanton, k.g.) 26 mei 2003, *JAR* 2003, 201 | 5.6.5
Rb. Amsterdam (sector kanton, k.g.) 8 juli 2003, *NJF* 2003, 69 | 5.6.5
Rb. Amsterdam (k.g.) 20 februari 2004, *NJF* 2004, 319 | 5.5.2
Rb. Utrecht (sector kanton, k.g.) 7 april 2004, *NJF* 2004, 334 | 5.6.5
Rb. Breda (k.g.) 26 juli 2004, *LJN* AQ9893 | 5.5.1, 5.5.2
Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 5 augustus 2004, *NJ* 2004, 597 | 11.3.2
Rb. Amsterdam (k.g.) 14 december 2004, *NJF* 2005, 27 | 11.3.2, 11.4
Rb. Utrecht 2 februari 2005, *JBPR* 2005, 46 m.nt. C.J.M. Klaassen, *NJF* 2005, 152 | 5.6.7
Rb. Arnhem 23 november 2005, *LJN* AV1969 | 10.6.2.1
Rb. 's-Gravenhage 25 januari 2006, *BR* 2007, 96 | 10.6.2.1
Rb. Rotterdam 29 maart 2006, *LJN* AV8762 | 5.8.1
Rb. Arnhem 17 mei 2006, *LJN* AY3889 | 4.3.1.2, 5.6.7
Rb. Utrecht (sector kanton) 30 juni 2006, *WR* 2007, 7, m.nt. J.H. van Dam-Lely | 3.3.3, 3.4, 9.3
Rb. Zwolle-Lelystad (k.g.) 22 augustus 2006, *LJN* AZ6517 | 5.3.1
Rb. Zwolle-Lelystad (sector kanton) 26 september 2006, *LJN* AZ1869 | 3.4, 7.5, 9.3
Rb. Haarlem (k.g.) 21 december 2006, *NJF* 2007, 219 | 11.3.2
Rb. Rotterdam 11 april 2007, *LJN* BA6185 | 10.5.1
Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 9 mei 2007, *NJF* 2007, 292 | 4.9.6, 5.8.1
Rb. 's-Gravenhage (sector kanton) 18 juni 2007, *Prg* 2007, 106 | 5.6.5
Rb. Rotterdam 18 juli 2007, *NJF* 2007, 553 | 11.6.2.1
Rb. Utrecht 12 september 2007, *NJF* 2007, 502 | 11.6.2.1
Rb. Maastricht (sector kanton Heerlen) 30 januari 2008, *NJF* 2008, 151 | 11.4
Rb. Haarlem 19 maart 2008, *S & S* 2010, 17 | 10.2.1
Rb. Maastricht (k.g.) 20 juni 2008, *LJN* BD5614 | 5.5.2
Rb. Roermand 23 juli 2008, *LJN* BE9353 | 5.6.3
Rb. Roermond 23 juli 2008, *LJN* BE9354 | 5.6.3
Rb. Alkmaar (sector kanton) 31 oktober 2008, *LJN* BG5090 | 5.8.1, 5.8.3
Rb. Amsterdam 17 december 2008, *NJF* 2009, 22 | 10.6.2.1
Rb. Arnhem 24 december 2008, *NJF* 2009, 114, *JBPr* 2009, 19, m.nt. W. Heemskerk | 7.5, 9.3
Rb. Middelburg 21 januari 2009, *NJF* 2009, 341 | 10.2.4
Rb. 's-Gravenhage 11 februari 2009, *NJF* 2009, 327, *Prg.* 2009, 155 | 7.5, 9.3
Rb. Leeuwarden 15 juli 2009, *LJN* BJ2957 | 10.6.2.1
Rb. Arnhem 22 juli 2009, *NJF* 2009, 411 | 4.3.1.3
Rb. Rotterdam 29 juli 2009, *TvA* 2010, p. 25-26 | 10.5.1
Rb. 's-Hertogenbosch (k.g.) 3 augustus 2009, *Prg.* 2009, 157 | 5.6.5
Rb. Middelburg 12 augustus 2009, *NJF* 2010, 89 | 10.2.4
Rb. Arnhem 14 april 2010, *NJF* 2010, 209 | 10.6.2.1

Jurisprudentieregister

Rb. Rotterdam (k.g.) 22 april 2010, *NJF* 2010, 234 | 4.3.1.2, 11.4
Rb. Arnhem 28 juli 2010, *NJF* 2010, 357 | 10.2.4
Rb. Rotterdam 11 augustus 2010, *NJF* 2010, 437 | 10.2.1, 10.4, 10.5.1
Rb. Almelo 1 september 2010, *NJF* 2010, 402 | 3.2.4
Rb. Rotterdam 22 september 2010, *NJF* 2010, 508, *TvA* 2011, 50, p. 119 | 10.5.1
Rb. 's-Gravenhage 27 september 2010, *Prg.* 2010, 273 | 6.2.3
Rb. Utrecht 13 oktober 2010, *NJF* 2010, 461 | 10.2.1, 10.4
Rb. Rotterdam 29 december 2010, *NJF* 2011, 151 | 11.3.2, 11.6.3.4
Rb. Haarlem (k.g.) 13 januari 2011, *NJF* 2011, 200 | 11.3.2
Rb. Leeuwarden 13 april 2011, *NJF* 2011, 296 | 10.6.2.1

Arbitrale uitspraken

NAI 9 februari 2007, *TvA* 2008, p. 96-99 | 5.4.3.1
NAI 25 augustus 2008, *TvA* 2010, p. 125-126 | 6.3.7.2

Tuchtrechtspraak

RvD Amsterdam 3 mei 1993, *Adv.bl.* 1994, p. 128-129 | 4.3.1.2

Jurisprudentie Engeland

Société Natinonale Industrielle Aérospatiale v Lee Kui Jak [1987] A.C. 871, PC | 11.3.3
Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd [1987] A.C. 460, HL | 4.2.3
Airbus Industrie GIE v Patel [1999] 1 AC 119, HL | 11.3.3
Turner v Grovit and others [2002] 1 W.L.R. 107, HL | 11.3.3, 11.3.5
Donohue v Armco Inc [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, HL | 8.2, 11.3.3, 11.6.1, 11.6.2.2, 11.6.3.4
Doleman & Sons v. Ossett Corporation [1912] 3 K.B. 257, CA | 4.2.3, 8.2
Unterweser Reederei G.M.B.H v. Zapata Off-Shore Company (the Chaparral) [1968] 2 Lloyd's Rep. 158, CA | 4.2.3
Owners of Cargo Lately Laden on Board the Ship or Vessel Eleftheria v The Eleftheria (Owners) (The Eleftheria) [1970] P. 94; [1969] 2. W.L.R. 1073 | 4.2.3, 8.2, 11.6.2.2
Mantovani v. Carapelli SpA [1978] 2 Lloyd's Rep. 63, QBD | 11.6.1
Mantovani v. Carapelli SpA [1980] 1 Lloyd's Rep. 375, CA | 8.2, 11.6.1, 11.6.2.1, 11.6.3.4
Mike Trading and Transport Ltd v R. Pagnan & Fratelli (The "Lisboa") [1980] 2 Lloyd's Rep. 546, CA | 8.2, 11.6.1
Tracom S.A. v. Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (No.1) [1983] 1 W.L.R. 1026, CA | 11.6.3.4
Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v. Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace') [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA | 8.2, 11.3.3, 11.6.2.2, 11.6.3.4
Industrial Maritime Carriers (Bahamas) Inc. v. Sinoca International Inc., (The 'Eastern Trader') [1996] 2 Lloyd's Rep. 585, QBD | 11.6.3.4
Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen GmbH v Voest Alpine Intertrading GmbH [1997] 2 Lloyd's Rep 279 | 4.2.3, 8.2
Union Discount Co Ltd v Zoller [2002] 1 W.L.R. 1517, CA | 8.2, 11.6.1, 11.6.2.1, 11.6.3.3
Cable & Wireless Plc v IBM UK Ltd [2002] C.L.C. 1319, QBD | 8.2

A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as "Maersk Sealand") v. Akar [2003] EWHC 797, QBD | 8.2, 11.6.1, 11.6.3.3, 11.6.3.4
National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland [2007] WL 1292702, QBD | 5.3.2.1, 11.6.2.1, 11.6.3.3
A v B & Ors [2007] 2 C.L.C. 203, QBD | 4.2.3, 8.2, 11.6.1, 11.6.2.1
C v D [2007] 2 C.L.C. 930, QBD | 11.6.2.1, 11.6.3.3
CMA CGM SA v Hyundai Mipo Dockyard Co Ltd [2008] 2 C.L.C. 687, QBD, nr. 37 e.v., p. 703 e.v. | 11.6.1, 11.6.3.4, 11.6.4.4
National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland [2008] 1 Lloyd's Rep. 16, QBD | 11.6.2.1, 11.6.3.3
Carroll v Kynaston [2010] EWCA Civ 1404, CA | 11.6.2.1

Zakenregister

Aanbod	10.2.1
Aanvaarding	9.4, 10.2.1
Adversarial procedure	6.2.4, 6.3.5.1
Afdwinging van subjectieve rechten van partijen	4.2.2.3, 4.5.2.1, 4.5.2.2
Afstand van recht	
– afstand van een procesrechtelijke bevoegdheid	4.2.2.1, 4.2.2.3, 4.3.2, 4.4.4, 9.3, 11.6.3.4
– afstand van een subjectief recht	4.8, 4.5.2.2
– afstand van fundamentele rechten	4.4.3.3, 4.9.4.2, 5.2, 5.3.2.2, 5.4.1, 5.6.2, 6, 10.2.3
– verschil met uitsluiting van het recht bij procesovereenkomst	4.4.3.3, 6.1, 6.3.1
Afwijking	
– door middel van een verklaring of een gedraging	1.2.2, 3.1, 3.2.2, 3.2.4, 3.3.7, 3.4, 7
– moment van afwijking	3.3.3, 3.3.7, 4.6.1, 4.8.2
– van de regels omtrent rechtsingang en de gang van zaken tijdens de procedure	3.2.4, 3.3.3
– van de wettelijke competentieverdeling en/of het stelsel van rechtsmiddelen	3.2.2, 7.5
– van het bewijsrecht	3.2.3, 4.1, 4.2.4, 4.3.2, 4.8.4, 8.4.2, 8.4.3
– van het rolreglement	3.2.4, 7.6
– van het vereiste van dagvaarding	1.2.2, 3.2.4, 3.3.3, 3.4, 7.1, 7.4, 7.5, 11.7
– van termijnen	1.1, 1.2.1, 3.2.4, 3.3.6, 4.3.3, 4.6.2, 4.6.3.1, 4.9.7, 6.2.6, 6.3.7, 7.2, 7.6
Algemeen belang	1.2.1, 4.2.2.3, 4.3.2, 4.3.3, 4.4.3.3, 4.4.3.4, 4.4.4, 4.5.1, 4.5.2, 4.6.3, 4.9.4, 4.9.7, 9.3, 9.4, 11.6.2.2
Algemene voorwaarden	3.3.4, 3.3.5, 3.3.7, 4.2.2.3, 4.6.1, 4.8.3, 4.9.7, 5.3.2.2, 9.4, 10.2.3, 10.2.4, 10.4, 10.6
Ambtshalve toetsing	3.4, 4.3.3, 4.4, 7.3, 9, 10.2.4, 10.6.2

Analoge toepassing van burgerlijk recht	2, 4.6.1, 8.1, 8.7.3, 10, 11
Anti-suit injunction	8.1, 8.2, 8.7.2, 10.5.2, 11.3.3, 11.3.5, 11.3.6, 11.6.2.2, 11.6.3.4, 11.6.4.4
Arbitrage	
– arbitrageprocedure	1.3, 4.6.3.1, 4.9, 5.5.2, 5.6.4, 5.7.3, 5.8.6, 6.3, 9.4
– overeenkomst tot arbitrage	2.2, 2.3, 3.2.2, 3.3.2, 3.3.3, 3.3.4, 3.3.5, 3.4, 4.2.3, 4.2.4, 4.4.3.4, 4.8.4, 4.8.5, 4.9.4.2, 4.9.6, 5.1, 5.2, 5.5.2, 6.3, 8, 9.3, 9.4, 10.2.2, 10.2.3, 10.3, 10.5.1, 10.6.2.1, 10.6.3.1, 11.2, 11.3, 11.5, 11.6
– verhouding tot bindend advies	4.9.6
Behandeling met gesloten deuren	4.4.3.3, 4.6.2, 5.6.3, 5.6.6, 5.6.7, 6.2.2
Belang van bescherming van derden	4.4.3.4, 4.5.1, 4.6.2, 4.9.3, 6.2.2, 6.3.8.1, 9.3
Belang van bescherming van partijen	3.3.4, 4.2.2.2, 4.2.2.3, 4.3.3, 4.4.4, 4.5.1, 4.5.2.2, 4.6.1, 4.7, 4.9.2, 5, 6, 7.1, 7.3, 7.4, 7.5, 9.3, 10.2.3, 10.6.3
Belang van een zo beperkt mogelijke inzet van overheidsmiddelen	4.6.3.1, 4.9.4.1, 5.3.4, 5.4.3.2, 5.8.2, 5.8.4, 5.8.6, 6.2.5, 6.2.6, 6.3.6, 7.6, 9.3, 11.6.3.4
Belang van vertrouwen in de overheid	4.6.3.4, 4.9.4.4, 5.6.3, 5.6.4, 6
Belang van vertrouwen in de rechtspleging	4.3.3, 4.5.2.2, 4.6.3.3, 4.9.4.3, 5.6.3, 5.6.4, 5.8.6, 6
Belang van voldoende toegang tot rechtspraak	4.6.3.2, 4.9.4.1, 4.9.4.2, 5, 6, 7.1, 10.5.1
Bepaalde rechtsbetrekking	3.3.2, 3.3.4, 4.7, 9.3
Berusting	9.3
Bescherming	
– van de consument	3.3.7, 4.8.3, 4.8.4, 7.3, 9.2, 9.3, 9.4, 10.6.1, 10.6.2
– van derden	4.4.3.4, 4.5.1, 4.6.2, 4.9.3, 6.2.2, 6.3.8.1, 9.3
– van de verweerder	9.3
– van de zwakke partij	3.3.7, 4.2.2.3, 4.5.1, 4.6.1, 4.7, 4.9.2, 5.3.1, 9.4, 10.2.3, 10.2.4, 10.6.2.2
– van partijen	3.3.4, 4.2.2.2, 4.2.2.3, 4.3.3, 4.4.4, 4.5.1, 4.5.2.2, 4.6.1, 4.7, 4.9.2, 5, 6, 7.1, 7.3, 7.4, 7.5, 9.3, 10.2.3, 10.6.3
Bevoegdheidsovereenkomst	3.2.2, 9.3, 10.6.2.1, 11.2, 11.3, 11.5, 11.6
Bewijsovereenkomst	4.5.2.1, 4.6.3.2, 4.8.3, 4.8.4, 4.8.5, 5.6.3, 5.6.7, 6.2.4, 8.1, 8.4.2, 8.4.3, 8.6, 10.3, 10.5.1, 10.6.2.1, 11.4, 11.7

Zakenregister

Bewijsvoorschrift	3.3.5, 7.3, 7.5, 8.7.3, 10.2.3, 10.6.3
Bindend advies	
– bindendadviesprocedure	1.3, 4.6.3.1, 4.9, 5.4.2, 5.5.2, 5.6.4, 5.7.3, 5.8.6, 6.3
– overeenkomst tot bindend advies	3.1, 3.3.3, 3.3.4, 4.1, 4.3.1.1, 4.4.3.4, 4.6.3.4, 4.8.4, 4.9.4.2, 4.9.6, 5.2.2, 5.4.2, 5.5.2, 5.8.3, 6.3, 8.4.2, 9.3, 10.6.2.1, 11.3.8.1
– verhouding tot arbitrage	4.9.6
Buitengerechtelijke erkenning	5.6.3
Cassatie (uitsluiting van)	3.3.7, 4.1, 10.4
Cessie	10.7
Comity	11.3.3, 11.3.6, 11.3.8.2, 11.6.3.3, 11.6.3.4
Comparitie	
– algemeen	1.2.1, 3.2.4, 4.1, 6.2.1, 7.6, 9.4
– na voorlopig getuigenverhoor	1.1, 3.2.4, 4.4.1, 10.5.1
Confraternele correspondentie	4.3.1.2
Consumentenovereenkomst	3.3.7, 4.8.3, 4.8.4, 7.3, 9.2, 9.3, 9.4, 10.6.1, 10.6.2
Contractvrijheid	4.2.1, 4.2.2.3, 4.5.1, 8.5
Dagvaarding	1.2.2, 3.2.4, 3.3.3, 3.4, 4.3.3, 7.1, 7.4, 7.5, 11.7
Dispositief recht	4.1, 4.2.2.3, 4.3.2, 4.4, 4.5.1, 4.8.3, 7.1, 8.3, 9.2, 9.4
Doorhaling op de rol	3.2.4, 3.3.3, 10.2.2, 11.7
Dwaling	5.3.1, 5.7.1, 10.3
Dwingend recht	
– algemeen	4.4.2
– dwingend privaatrecht	3.3.3, 4.1, 4.2.2.3, 4.8, 5.3.3.3, 5.6.5, 11.6.3.4
– dwingend procesrecht	4.4.1, 4.4.3, 4.4.4, 4.5.1, 4.6, 4.9.1, 4.9.6, 7.6, 10.5.1
Echtscheidingsprocedure	3.2.2, 3.2.4, 3.3.3, 4.8.2, 5.6.3, 5.6.6
Eenheid van recht	2.2, 5.7.1, 6.2.7, 6.3.8.1, 8.7.3, 10.1, 11.1
Eensluidend verzoek	1.2.1, 3.2.4, 9.3
Eenstemmig verzoek	1.2.1, 3.2.4, 3.3.6, 3.4, 4.1, 6.2.6, 7.1, 7.2, 7.6
Eigenrichting	4.5.2, 4.6.3.3, 4.9.4.2, 5.3.1, 5.3.2, 5.3.3.4, 5.3.4, 5.4.3.2, 5.5.1, 5.6.3, 5.6.4, 5.7.1, 6.2.4, 6.2.7, 6.3.1, 6.3.5.2, 6.3.8, 11.6.2.1

Equality of arms	6.2.4, 6.3.5.1
Erkenning van buitenlandse uitspraken	3.2.2, 3.3.3, 11.3.8.2, 11.6.3.2, 11.6.3.4, 11.6.4.2, 11.6.4.4
Formeel verweer	5.6.5
Forumkeuze	
– beheerst door de EEX-verordening	2.4, 3.2.2, 3.3.2, 3.3.4, 3.3.5, 3.3.7, 3.3.8, 3.4, 4.2.4, 4.4.3.4, 4.8.3, 8.8, 9.3, 9.4, 10.1, 10.2.4, 10.3, 10.4, 10.5.2, 10.6.2.2, 10.6.3.2, 10.7, 11.3, 11.6
– in de verzoekschriftprocedure	3.2.2, 7.3
– omtrent relatieve bevoegdheid	3.2.2, 3.3.2, 3.3.4, 3.3.5, 3.3.7, 4.2.4, 4.8.3, 7.3, 7.5, 8.4.2, 10.2.2, 10.2.3
– stilzwijgende forumkeuze	3.2.2, 3.3.8, 3.4, 7.3, 9.4, 10.2.2, 10.2.4, 11.3.5
Fundamentele beginselen van procesrecht	4.4.1, 4.4.3.3, 4.5.2.2, 4.6.3.3, 4.6.3.4, 4.9.1, 4.9.4.3, 6, 10.5.1
Gedragsregels advocatuur	4.3.1.2, 5.6.7
Geheimhouding (belang bij)	4.3.1.3, 5.6.3, 5.6.7, 6.2.4, 6.3.5.4, 8.6, 11.7
Geheimhoudingsbeding bij mediation	4.3.1.3, 4.6.3.2, 5.6.7, 8.6
Gelijke behandeling (recht op een)	6.2.4, 6.3.5.3
Goedkeuring van de rechter	1.2.1, 1.2.3, 4.5.1
Haviltex-criterium	10.4
Hoor en wederhoor	4.4.3.3, 4.5.2.2, 4.9.1, 5.6.3, 6.2.4, 6.3.2.2, 6.3.5.1, 6.3.5.4, 6.3.8
Indemnity basis	11.6.2.1, 11.6.3.3
Kantonrechter (vrijwillige verschijning bij)	3.2.2, 3.2.4, 3.3.3, 3.3.7, 3.4, 4.4.3.4, 7.5, 9.3
Karakter van het burgerlijk procesrecht	4.5.1, 4.5.2
Kort geding	
– uitsluiting kort geding	5.5
– veroordeling tot nakoming in kort geding	5.6.5, 11.3.2, 11.3.6, 11.3.7, 11.3.8.1, 11.4
– vrijwillige verschijning in kort geding	1.2.2, 3.2.4, 7.1, 7.4, 7.5
Litispendingie	11.3.5
Liquidatietarief	11.6.2.1
Materiële aanspraak	1.2.1, 4.2.2.3, 4.5.2.1, 4.8, 5.3.2.3, 5.3.3.2, 8.4.3

Zakenregister

Materiële rechtsverhouding	3.3.3, 4.1, 4.7, 4.8, 5.4.2, 11.3.7, 11.6.3.2
Mediation	
– geheimhoudingsbeding	4.3.1.3, 4.6.3.2, 5.6.7, 8.6
– overeenkomst tot mediation	5.4.1, 5.4.3, 8.2, 9.3, 10.2.1, 10.3
– vertrouwelijkheid	5.6.7
– vrijwilligheid	5.4.3
Mediationrichtlijn	4.3.1.3, 5.6.7
Misbruik van procesrecht	6.2.6, 8.1, 10.5, 11.3.2, 11.3.5, 11.3.7.2, 11.3.8.2
Moment van afwijking	3.3.3, 3.3.4, 3.3.7, 4.6.1, 4.8.2, 4.8.3, 5.3.1, 5.4.3.1, 5.7.1, 6.2.6, 6.3.4.1, 6.3.5.4, 6.3.7.2, 7.1, 7.3, 7.5, 7.6
Mondelinge behandeling (recht op een)	6.2.5, 6.3.6
Motivering van de uitspraak	6.2.7, 6.3.2.3, 6.3.8, 11.6.3.4
Nakoming	
– van een bindend advies	4.9.4.4, 4.9.6, 5.6.4
– van een natuurlijke verbintenis	5.3.3
– van een verbintenis uit procesovereenkomst	4.2.2.2, 4.2.3, 4.2.4, 5.4.2, 5.6.5, 8.1, 8.2, 8.3, 8.4.5, 8.7.2, 11.2, 11.3, 11.4, 11.6.2.2
Natuurlijke verbintenis	5.3.1, 5.3.3
Omgekeerde prorogatie (art. 96 Rv)	3.2.2, 3.2.4, 3.3.3, 3.3.7, 3.4, 4.4.3.4, 7.5, 9.3
Onafhankelijkheid en onpartijdigheid	4.4.3.3, 4.5.2.2, 6.1, 6.2.3, 6.3.1, 6.3.2.2, 6.3.4, 6.3.8.1
Oneerlijk beding	3.4, 9.2, 9.3, 9.4, 10.2.4, 10.6.1, 10.6.2
Onredelijk bezwarend beding	9.4, 10.6.1, 10.6.2
Onredelijke vertraging van het geding	1.2.1, 3.2.4, 3.3.6, 4.7, 6.2.6, 6.3.7.2, 7.1, 7.2, 7.6
Onverenigbare uitspraken	10.5.1, 11.3.3, 11.3.5, 11.3.6, 11.3.7.2, 11.3.8.2, 11.6.2.2
Openbaar belang	1.2.1, 4.2.2.3, 4.3.2, 4.3.3, 4.4.3.3, 4.4.3.4, 4.4.4, 4.5.1, 4.5.2, 4.6.3, 4.9.4, 4.9.7, 9.3, 9.4, 11.6.2.2
Openbare behandeling (recht op een)	4.4.3.3, 4.9.1, 6.2.2, 6.2.4, 6.3.1, 6.3.2.2, 6.3.3, 6.3.8.1
Overgang van procesovereenkomsten	3.3.2, 10.7
Partijautonomie	1.1, 1.2.2, 3.3.3, 4.2.2.3, 4.4.3.4, 4.5.1, 4.5.2.3, 4.8.2, 6.2.6
Pleidooi (uitsluiting bevoegdheid tot houden van)	4.1, 6.2.5, 11.4

Primaire procedure	4.2.2.1, 4.2.2.2, 4.2.3, 4.2.4, 4.3.1.1, 8.2, 11.4, 11.7
Procedeerverbod	11.2, 11.3
Proceskostenvergoeding	8.3, 11.6.2.1, 11.6.2.2, 11.6.3.3, 11.6.3.4, 11.6.4.3, 11.7
Proefprocedure	5.7
Pro-formaprocedure	5.6.5
Prorogatie (overeenkomst tot)	3.2.2, 3.3.3, 3.3.4, 4.4.3.4, 5.7.1, 8.4.2, 8.4.3, 9.3, 10.2.3, 10.4, 10.6.2.1, 11.2, 11.3.7.1, 11.6.2.1
Recht op behandeling binnen een redelijke termijn	3.3.6, 6.2.6, 6.3.2.2, 6.3.6, 6.3.7
Recht op een eerlijke behandeling	6.2.4, 6.3.5
Recht op een gelijke behandeling	6.2.4, 6.3.5.3
Recht op een mondelinge behandeling	6.2.5, 6.3.6
Recht op een onafhankelijk en onpartijdig gerecht	4.4.3.3, 4.5.2.2, 6.1, 6.2.3, 6.3.1, 6.3.2.2, 6.3.4, 6.3.8.1
Recht op een openbare behandeling	4.4.3.3, 4.9.1, 6.2.2, 6.2.4, 6.3.1, 6.3.2.2, 6.3.3, 6.3.8.1
Recht op toegang tot de rechter	4.9.4.2, 5.1, 5.2, 6.3.2.1, 10.2.3, 11.3.2, 11.3.6
Rechtseenheid	2.2, 5.7.1, 6.2.7, 6.3.8.1, 8.7.3, 10.1, 11.1
Rechtsorde	4.2.2.3, 4.5.2, 5.3.2.2
Rechtsvordering	3.3.2, 5.3.3, 10.6.2.1, 10.7, 11.3.1, 11.3.5, 11.3.6
Rechtsvrede	4.2.2.3, 4.3.3, 4.5.2, 4.6.3.2
Rechtszekerheid	2.4, 3.3.4, 5.8.5, 8.8, 10.2.3, 10.2.4, 10.5.2, 10.6.2.2, 10.6.3.2, 11.3.5
Recht van openbare orde	3.3.3, 4.2.3, 4.2.4, 4.4, 4.5.1, 4.8, 4.9.1, 4.9.4.4, 5.6.5, 6.3.2.2, 6.3.4.2, 6.3.8.1, 8.4.5, 9, 11.6.3.2
Redelijk belang	3.3.8, 9.3
Redelijke termijn (recht op behandeling binnen)	3.3.6, 6.2.6, 6.3.2.2, 6.3.6, 6.3.7
Redelijkheid en billijkheid	4.6.1, 4.9.1, 4.9.4.4, 4.9.6, 5.8.3, 5.8.4, 6.3.2.3, 6.3.4.3, 6.3.7.3, 6.3.8.1, 8.6, 10.5, 11.3.7.2, 11.6.2.2
Regelend recht	4.1, 4.2.2.3, 4.3.2, 4.4, 4.5.1, 4.8.3, 7.1, 8.3, 9.2, 9.4
Relatieve bevoegdheid	3.2.2, 3.3.2, 3.3.4, 4.2.4, 7.3, 7.5, 8.4.2, 10.2.2
Richtlijn oneerlijke bedingen	9.4, 10.6.1, 10.6.2, 10.6.3.2
Right to an adversarial procedure	6.2.4, 6.3.5.1

Zakenregister

Rolreglement	3.2.4, 3.3.6, 6.2.6, 7.2, 7.6
Royement	3.2.4, 3.3.3, 10.2.2, 11.7
Schadevergoeding	
– wegens onrechtmatig procesgedrag	4.6.3.4, 5.7.2
– wegens schending van een procesovereenkomst	4.2.2.1, 4.2.4, 4.3.1, 5.3.2.1, 5.6.5, 7.4, 8.1, 8.2, 8.3, 8.4.3, 8.5, 8.7.2, 8.7.3, 11.1, 11.3.3, 11.5, 11.6, 11.7
Schorsing van de procedure	
– algemeen	3.2.4, 8.4.2
– naar Engels recht	4.2.3, 4.2.4, 8.2, 11.6.2
Separabiliteit	3.3.2
Sprongcassatie	1.2.3, 3.2.2, 3.3.3, 3.3.7, 4.8.3, 5.7.1, 8.4.2, 9.3, 10.2.3, 11.2, 11.3.7
Standard basis	11.6.2.1
Stilzwijgende forumkeuze	3.2.2, 3.3.8, 3.4, 7.3, 9.4, 10.2.2, 10.2.4, 11.3.5
Stilzwijgende totstandkoming	3.4, 5.3.1, 6.1, 10.2.2
Subjectief recht	2.2, 3.3.2, 4.1, 4.2.2.3, 4.5.2.1, 4.5.2.2, 4.8.1, 5.3.3.1, 5.3.3.3, 8.1
Tegenstrijdige uitspraken	10.5.1, 11.3.3, 11.3.5, 11.3.6, 11.3.7.2, 11.3.8.2, 11.6.2.2
Termijnen (afwijking van)	1.1, 1.2.1, 3.2.4, 3.3.6, 4.3.3, 4.6.2, 4.6.3.1, 4.9.7, 6.2.6, 6.3.7, 7.2, 7.6
Toegang tot rechtspraak	4.6.3.2, 4.9.4.1, 4.9.4.2, 5, 6, 7.1, 10.2.3, 10.5.1, 11.3.2, 11.3.6
Toepasselijk recht	
– op procesovereenkomsten	2, 10
– op de verbintenis uit procesovereenkomst	8.7.3, 8.8, 11
Totstandkoming	
– van procesovereenkomsten	2.4, 3.4, 4.8.4, 7.4, 7.5, 9.3, 10.2, 10.6.3.1
– stilzwijgende totstandkoming	3.4, 5.3.1, 6.1, 10.2.2
Uitleg van procesovereenkomsten	4.3.1.3, 6.3.1, 6.3.4.3, 9.3, 10.4
Uitstel	
– algemeen	1.1, 3.2.4, 3.3.6, 4.9.7, 6.2.6, 7.2, 7.6, 6.3.7
– van de uitspraak	1.2.1, 1.2.2, 3.2.4, 3.3.3, 3.4, 7.1
– van het nemen van conclusies	1.2.1, 3.2.4, 3.3.6, 4.1, 6.2.6, 7.1, 7.2
Vaststellingsovereenkomst	3.3.3, 5.3.1, 5.6.3, 5.6.5, 8.4.2, 9.3, 10.2.3, 10.3

Verbod	
– oplegging van een verbod	11.4
– oplegging van een procedeeerverbod	11.2, 11.3
Verdrag van New York	2.3, 3.2.2, 4.2.3, 10.2.3, 10.3, 11.3.5
Vermogensrechtelijke kenmerken van procesovereenkomsten	2.2, 8.1, 11.5
Vernietigbaarheid	
– van arbitrale vonnissen	3.3.3, 4.4.3.3, 4.9.1, 4.9.4.4, 4.9.6, 6.3.1, 6.3.2.1, 6.3.2.2, 6.3.4.2, 6.3.5.1, 6.3.8.1, 6.3.8.2
– van een bindend advies	4.4.3.3, 4.9.1, 4.9.4.4, 4.9.6, 5.8.3, 5.8.5, 6.3.1, 6.3.2.3, 6.3.4.3, 6.3.5, 6.3.8.1, 9.4
– van procesovereenkomsten	4.6.1, 9.2, 9.3, 9.4, 10.3, 10.6
Vertraging	1.2.1, 3.2.4, 3.3.6, 4.6.3.1, 4.7, 6.2.5, 6.2.6, 6.3.7, 7.1, 7.2, 7.6, 11.3.7.2
Vertragingstactieken	4.6.3.1, 11.3.5, 11.3.6
Vertrouwelijkheid	
– algemeen	5.6.3, 5.6.7, 6.3.3, 6.3.5.4
– bij mediation	5.6.7
Vertrouwen in de overheid	4.6.3.4, 4.9.4.4, 5.6.3, 5.6.4, 6
Vertrouwen in de rechtspleging	4.3.3, 4.5.2.2, 4.6.3.3, 4.9.4.3, 5.6.3, 5.6.4, 5.8.6, 6
Vertrouwen van staten in elkaars rechtssystemen en rechterlijke instanties	8.7.2, 11.3.5, 11.3.6, 11.3.7.2, 11.3.8.2, 11.6.3.2, 11.6.3.4
Verzoekschriftprocedure	3.2.2, 4.1, 7.3, 9.3
Voorlopige voorziening	5.5, 7.4, 11.3.2, 11.3.6, 11.3.7.1, 11.4, 11.6.3.4, 11.7
Voorwaarden voor afwijking	1.2.1, 3.3, 4.7
Vormvoorschrift	2.4, 3.2.2, 3.3.5, 4.2.2.2, 4.2.2.3, 4.4.2, 4.7, 4.8.5, 10.2.3, 10.2.4, 10.5.2, 10.6.3.2
Vrije bepaling	3.3.3, 3.3.7, 3.3.8, 3.4, 4.1, 4.3.1.3, 4.4.3.4, 4.8.3, 5.6.3, 7.3, 7.5, 9.2, 9.3
Vrijwillige verschijning	
– bij de kantonrechter	3.2.2, 3.2.4, 3.3.3, 3.3.7, 3.4, 4.4.3.4, 7.5, 9.3
– in kort geding	1.2.2, 3.2.4, 7.1, 7.4, 7.5
Vrijwilligheid bij mediation	5.4.3
Waarheid in het proces	3.4, 4.2.2.3, 4.3.1.3, 4.3.3, 4.5.2, 4.6.3.4, 5.6.1, 5.6.2, 5.6.7, 5.7.1, 10.2.2, 10.2.3
Waarheidsplicht	4.5.2.3, 5.6.1, 5.6.3, 5.6.7
Welwillendheidsbeslissing	5.8
Wilsgebrek	2.4, 4.2.2.3, 4.6.1, 5.3.1, 5.7.1, 9.2, 9.3, 9.4, 10.3

Zakenregister

Wilsovereenstemming	1.2.2, 2.3, 2.4, 3.3.4, 3.4, 4.6.3.1, 5.2.2, 5.8.2, 6.2.6, 10.2.4, 10.4, 11.6.3.2, 11.6.3.4, 11.6.4.2
Wraking	4.4.3.3, 4.8.6, 5.8.2, 6.2.3, 6.3.4.2
Zwakke partij	3.3.7, 4.2.2.3, 4.5.1, 4.6.1, 4.7, 4.9.2, 5.3.1, 9.4, 10.2.3, 10.2.4, 10.6.2.2
Zwarte lijst	4.9.6, 10.6.2.1

Curriculum vitae

1980	Geboren te Groningen
1998	Eindexamen gymnasium, Willem Lodewijk Gymnasium, Groningen
1998-1999	Student aan Dickinson College, Carlisle, Pennsylvania (VS)
2001-2002	Student aan l'Institut d'Études politiques de Paris (Frankrijk)
2005	Doctoraalexamen Nederlands recht, differentiatie civiel recht, Universiteit Leiden (<i>cum laude</i>)
2005-2011	PhD-fellow, Afdeling Civiel Recht, Universiteit Leiden
2011-heden	Universitair docent, Afdeling Civiel Recht, Universiteit Leiden

