



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

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 geëitmeerd 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 voor 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 geadieerde 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.

