



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

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 bewijsmiddelenovereenkomst 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.; Schiedermaier 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 Schiedermaier 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; Schiedermaier meent dat hierdoor het recht tot het bestrijden van feiten uitgesloten wordt; Schiedermaier 1935, p. 68-70, 120; zie ook Baumgärtel 1957, p. 253.

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

11 Zie Wagner 1998, p. 504 e.v.; Schiedermaier 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.; Schiedermaier 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.; Schiedermaier 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 Vereeniging); 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 Vereeniging), 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 gebruikmaakt 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/Pensioenfondsen). 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 nevensgeschikt 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 regelend 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 *Verschil 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.