



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

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

3.1 Inleiding

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

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

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

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

3.2 Overzicht van in de wet geregelde afwijkingsmogelijkheden

3.2.1 Inleiding

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.3 *Afwijking van het wettelijke bewijsrecht*

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3 Analyse van voorwaarden voor afwijking

3.3.1 Inleiding

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

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

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

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

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

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

3.3.2 Geschil

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.3 Vrije bepaling

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

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

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

¹⁵ Franx 1996, p. 92.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

23 Wagner 1998, p. 102-106.

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

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

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

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

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

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

27 Zo ook Sanders 1996, p. 25.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.4 Bepaalde rechtsbetrekking

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

42 De Boer 1996, p. 70.

43 Wagner 1998, p. 173.

44 Schilken 2004, p. 442-447.

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

46 Schilken 2004, p. 445.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁸ Kuypers 2008, p. 645.

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

⁵⁰ Franx 1996, p. 93.

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

3.3.5 *Bewijs- en vormvoorschriften*

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

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

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

3.3.6 *Onredelijke vertraging van het geding*

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

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

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

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

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

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

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

3.3.7 Beperkingen met betrekking tot het moment van afwijking

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.8 Redelijk belang

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

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

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

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

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

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

⁵⁷ Zie ook Kuypers 2008, p. 933.

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

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

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

3.4 Overeenkomst of enkel een bepaalde verklaring of gedraging?

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

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

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

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

60 Kuijpers 2008, p. 939.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.5 Conclusie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

