



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

5 Overeenkomsten omtrent de bevoegdheid om te procederen

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staan overeenkomsten omtrent de bevoegdheid om te procederen centraal. Ten eerste wordt onderzocht in hoeverre partijen bij overeenkomst de bevoegdheid om te procederen kunnen beperken. Dat partijen de toegang tot de *overheidsrechter* onder bepaalde voorwaarden bij overeenkomst kunnen uitsluiten, is zonder meer duidelijk. De wet staat immers uitdrukkelijk de overeenkomst tot arbitrage toe. Maar zouden partijen de toegang tot de overheidsrechter ook kunnen uitsluiten *zonder* dat zij daarbij een alternatief overeenkomen? Kunnen zij de bevoegdheid om te procederen *geheel en al* uitsluiten? Niet slechts gekeken zal worden naar de volledige uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen (paragraaf 5.3), maar ook naar de tijdelijke uitsluiting hiervan (paragraaf 5.4) en naar de afspraak dat geen gebruik mag worden gemaakt van een bepaald soort procedure, namelijk het kort geding (paragraaf 5.5). Ten slotte wordt gekeken of partijen inhoudelijke beperkingen aan de bevoegdheid tot procederen kunnen stellen, door bijvoorbeeld af te spreken dat bepaalde feiten tijdens de procedure niet naar voren mogen worden gebracht (paragraaf 5.6).

Naast de overeenkomst waarbij de bevoegdheid om te procederen wordt beperkt, wordt in dit hoofdstuk ook gekeken naar de afspraak om juist *wel* te procederen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat partijen overeenkomen om een proefprocedure te voeren. Is een dergelijke overeenkomst geldig? Zie hierover paragraaf 5.7.

Ten slotte wordt onderzocht in hoeverre partijen de bevoegdheid van de overheidsrechter kunnen uitbreiden. Kunnen zij een ander type taken aan de rechter opdragen dan waartoe hij op grond van de wet bevoegd is? Hierop wordt in paragraaf 5.8 ingegaan.

Voordat deze verschillende typen overeenkomsten afzonderlijk onder de loep worden genomen, zal eerst worden gekeken naar artikel 6 EVRM en artikel 17 Grondwet, waarin het recht op toegang tot de rechter is neergelegd. Onderzocht wordt in hoeverre deze bepalingen een belemmering vormen voor overeenkomsten omtrent de bevoegdheid van de rechter.

5.2 Het recht op toegang tot de rechter

5.2.1 Artikel 6 EVRM

Hoewel artikel 6 EVRM niet expliciet een recht op toegang tot de rechter bevat, heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dit recht in het arrest Golder toch erkend. Het gaat om het recht om in burgerlijke zaken een procedure te beginnen voor een rechterlijke instantie. Volgens het Hof is dit recht inherent aan artikel 6 lid 1 EVRM.¹

Het recht op toegang tot de rechter is echter niet absoluut. Door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is erkend dat partijen door middel van een overeenkomst tot arbitrage afstand van het recht op toegang tot een gerecht kunnen doen.² Of artikel 6 EVRM partijen ook toestaat om de toegang tot de rechter uit te sluiten zonder dat zij daarbij een alternatief overeenkomen, is niet duidelijk.

Vaststaat kortom dat onder artikel 6 EVRM overeenkomsten waarbij de toegang tot de rechter wordt beperkt in ieder geval tot op zekere hoogte toelaatbaar zijn.

5.2.2 Artikel 17 Grondwet

Artikel 17 Grondwet bepaalt:

‘Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.’

Tegenwoordig wordt over het algemeen aangenomen dat uit dit artikel kan worden afgeleid dat partijen wel *met* hun wil van de door de wet toegekende rechter kunnen worden afgehouden. Deze woorden zouden dus onder andere de mogelijkheid van arbitrage wettigen.³ Daarnaast wordt echter wel betoogd dat de enkele wilsovereenstemming van partijen niet voldoende is. Artikel 17 Grondwet zou vereisen dat er een uitdrukkelijke wetsbepaling bestaat die toestaat dat partijen afstand doen van de wettelijk bevoegde overheidsrechter.⁴

Mijns inziens kan niet worden aangenomen dat artikel 17 Grondwet inderdaad een dergelijke wettelijke grondslag vereist.⁵ In de parlementaire stukken bij de herziening van de Grondwet in 1983 valt niet terug te vinden dat artikel 17 Grondwet dit vereiste zou bevatten.⁶ Ook de Hoge Raad lijkt deze opvatting niet te zijn

1 EHRM 21 februari 1975, appl.no. 4451/70, NJ 1975, 462, m.nt. EAA (Golder/Verenigd Koninkrijk), r.o. 36.

2 EHRM 27 februari 1980, appl.no. 6903/75, NJ 1980, 561 (Deweert/België), r.o. 49.

3 Zie o.a. Meijer 2011, p. 35-36 met verwijzing naar literatuur; *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 4 (bijlagen bij de MvT), p. 100; Van Praag 1919, p. 436 e.v.; Sanders 1995, p. 241-243; Sanders 1940, p. 6-7; anders Hardenberg 1996, p. 327-332; Van Ittersum 1927, p. 20, 27-28.

4 Zie Van Praag 1919, p. 432 e.v.; Van Rossem-Cleveringa 1972, p. 1307, 1313; Sanders 1940, p. 2-3, 6-7; Cremers/Zonderland, deel E II, p. 19, nr. 8; Heemskerk 1983, p. 229-230; Alkema 1999, p. 42; Meijer daarentegen sluit niet helemaal uit dat partijen ook zonder wettelijke grondslag toch een keuze mogen doen voor een alternatief voor gewone rechtspraak; Meijer 2011, p. 37.

5 Zie ook Snijders 2002, p. 492-493, met verwijzing naar literatuur en rechtspraak.

6 Door de regering wordt zelfs het hierna te behandelen arrest De Rooy c.s./Hillen c.s. aangehaald, zonder dat bezwaar wordt gemaakt tegen het feit dat de Hoge Raad uitsluiting van de overheidsrechter hierin toestaat terwijl er geen wettelijke grondslag is; zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 4 (bijlagen bij de MvT), p. 100.

toegedaan. Zo kende het commune bevoegdheidsrecht tot 2002 geen regeling met betrekking tot de internationale forumkeuze. Ondanks dit gebrek aan een wettelijke grondslag nam de Hoge Raad in 1988 in het arrest *Harvest Trader* aan dat partijen door middel van een overeenkomst tot forumkeuze rechtsmacht aan de Nederlandse rechter konden ontnemen.⁷ Hetzelfde heeft zich voorgedaan in het kader van de overeenkomst tot bindend advies. Tegenwoordig kan artikel 7:900 BW wellicht als grondslag voor het bindend advies worden gezien.⁸ Voor de invoering van het nieuwe BW bestond een dergelijke wettelijke grondslag niet. De Hoge Raad heeft toen echter al wel erkend dat partijen in geval van een bindendadviesclausule worden afgetrokken van de rechter die de wet hun toekent. Toch was volgens de Hoge Raad geen sprake van strijd met de Grondwet, aangezien partijen hadden ingestemd met het beding.⁹

Er is al met al onvoldoende reden om aan te nemen dat artikel 17 Grondwet aan een overeenkomst waarbij de bevoegdheid om te procederen wordt beperkt, in de weg zou staan.

5.3 Volledige uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen

5.3.1 Inleiding

Wie goedkoop wil wonen, kan overwegen kraakwacht te worden. Kraakwachten wonen niet op basis van een huurcontract, maar sluiten een bruikleenovereenkomst met een antikraakorganisatie. Dit betekent aan de ene kant dat zij geen huur betalen, maar enkel een vergoeding voor gas, water, licht en administratiekosten. Aan de andere kant hebben zij ook geen recht op huurbescherming. In veel contracten staat een opzegtermijn van slechts twee weken, zodat kraakwachten verplicht kunnen zijn binnen zeer korte termijn het pand te verlaten.¹⁰

Of de constructie van een bruikleenovereenkomst bij de rechter standhoudt, is echter de vraag. Denkbaar is dat de rechter tot de conclusie komt dat in feite wel degelijk sprake is van huur, zeker aangezien de vergoeding in sommige gevallen toch nog aanzienlijk is.¹¹ Dat dit gevaar reëel is, blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad in kort geding.¹² Kennelijk om te voorkomen dat kraakwachten bij de rechter toch een beroep doen op huurbescherming, schijnt in sommige contracten te zijn bepaald dat het kraakwachten niet is toegestaan om juridische stappen te ondernemen.¹³

Het is de vraag of een dergelijke afspraak om niet te procederen geldig is. Op het eerste gezicht lijkt het antwoord op deze vraag nogal voor de hand te liggen. In het vorige hoofdstuk is gebleken dat gevaar van eigenrichting aanwezig is indien een

7 HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989, 765, m.nt. JCS (*Harvest Trader*), r.o. 3.1-3.2.

8 Zie ook Meijer 1992, p. 66; Meijer 2011, p. 37.

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

10 Garschagen & Van Nierop 2009, p. 4.

11 Heijkamp, Paping & Priemus 2010; Garschagen & Van Nierop 2009, p. 4.

12 Rb. Zwolle-Lelystad (k.g.) 22 augustus 2006, LJN AZ6517, r.o. 4.8; de kortgedingrechter overweegt hier dat 'niet onaannemelijk [is] dat een bodemrechter, later oordelend, zal beslissen dat (...) geen sprake is van bruikleen maar van huur'.

13 Heijkamp, Paping & Priemus 2010; Garschagen & Van Nierop 2009, p. 4.

discrepantie ontstaat tussen hetgeen feitelijk geldt en hetgeen een partij bij de rechter kan krijgen. Om die reden is het een algemeen belang dat personen toegang hebben tot de rechter. In geval van een afspraak om niet te procederen wordt deze toegang echter in zijn geheel uitgesloten. Daarnaast heeft een dergelijke afspraak vergaande consequenties voor partijen. Het gevaar bestaat dat een sterke partij een dergelijke afspraak opdringt aan een zwakkere partij, die hierdoor in een zeer ongunstige positie terecht kan komen. Zo zal in geval van het antikraakcontract de kraakwacht wellicht akkoord gaan met het beding om niet te procederen omdat het voor hem zeer moeilijk is andere goedkope woonruimte te vinden.

Het beding om niet te procederen lijkt op het eerste gezicht kortom zonder meer nietig. Zelfs op het moment dat het geschil reeds gerezen is, lijkt een dergelijke afspraak niet te kunnen worden geaccepteerd. Ook dan ontstaat hierdoor immers een discrepantie tussen hetgeen feitelijk geldt en hetgeen een partij bij de rechter kan krijgen. Wel kunnen partijen op dat moment uiteraard een (materieelrechtelijke) vaststellingsovereenkomst sluiten, waardoor ook een gang naar de rechter voorkomen kan worden.

Door verschillende auteurs wordt inderdaad aangenomen dat de toegang tot de rechter niet volledig uitgesloten kan worden. Zo zouden partijen bij overeenkomst niet de bevoegdheid van alle door de wet aangewezen rechters kunnen uitsluiten, zonder dat zij daarvoor een andere bevoegde instantie in de plaats stellen.¹⁴

Ook uit de beschikking Vanbuul q.q. c.s./Hoes c.s. van de Hoge Raad kan wellicht worden afgeleid, dat de bevoegdheid om te procederen niet volledig uitgesloten kan worden. In deze zaak waren partijen overeengekomen hun geschil te laten beslissen door de Amsterdamse kortgedingrechter. Daarbij hadden zij afgesproken dat de uitspraak voor hen bindend zou zijn en dat zij daarvan niet in hoger beroep zouden gaan. Nadat de kortgedingrechter uitspraak had gedaan meende een van beide partijen (Jacqui Hoes) dat deze vaststellingsovereenkomst onder invloed van dwaling tot stand was gekomen. Zij diende een verzoek in tot het bevelen van een voorlopig getuigenverhoor, om haar kansen in een eventuele bodemprocedure te kunnen inschatten. Dit verzoek werd zowel in eerste aanleg als in hoger beroep afgewezen. Het hof oordeelde dat het de bedoeling en zelfs kernpunt van de afspraak tussen partijen was, dat zij hun gerechtelijke procedures verder zouden staken. Jacqui Hoes kon volgens het hof ook worden gehouden aan deze afspraak om haar wederpartij niet in rechte te betrekken, in ieder geval zolang niet in een bodemprocedure anders was beslist. Dit oordeel van het hof hield in cassatie geen stand:

'Hoezeer ook de afspraak onder 6 van de vaststellingsovereenkomst de strekking heeft dat tussen partijen met de uitspraak van de Amsterdamse voorzieningenrechter een einde zal komen aan hun geschil (...), het bestaan van die overeenkomst (...) staa[t] niet eraan in de weg dat de curatoren een bodemprocedure aanspannen die tot inzet heeft de vernietiging (wegens dwaling) van de vaststellingsovereenkomst en die dus juist ertoe strekt die gebondenheid aan het kortgedingvonnis van 8 april 2004 ongedaan te maken. (...)

¹⁴ Zie bijv. Kuypers 2008, p. 260; Frumer 2001, p. 102, nr. 139; Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 1307; Sanders 1940, p. 3; Van Ittersum 1927, p. 27; Van Praag 1920, p. 229.

Het moet de curatoren dan evenwel ook vrijstaan om, ter beoordeling van hun processuele positie in die bodemprocedure, een voorlopig getuigenverhoor uit te lokken. De andersluidende opvatting (...) zou een ook door het bestaan van de vaststellingsovereenkomst niet gerechtvaardigde beperking betekenen van de processuele mogelijkheden die de curatoren in hun geschil met Hoes c.s. ten dienste staan en is daarom onjuist.¹⁵

Of hieruit kan worden afgeleid dat de afspraak om niet te procederen ongeldig is, is de vraag. Denkbaar is dat de Hoge Raad slechts van oordeel is dat *in dit geval* de overeenkomst van partijen zo moest worden uitgelegd, dat zij wel konden procederen over de vraag of sprake was van dwaling. Dit lijkt wel het standpunt te zijn van A-G Wesseling-Van Gent. Zij merkt op dat het hof niet heeft geoordeeld over de vraag, of de afspraak van partijen ook inhoudt dat de partij die stelt dat de afspraak tot stand is gekomen onder invloed van dwaling, op grond van die afspraak de mogelijkheid wordt ontnomen om een voorlopig getuigenverhoor te entameren.¹⁶ Aan de andere kant lijkt het feit dat de Hoge Raad overweegt dat een andersluidende opvatting een 'niet gerechtvaardigde beperking (...) van de processuele mogelijkheden' zou betekenen, erop te wijzen dat hij een uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen in zijn algemeenheid onmogelijk acht.

Het arrest Gem. Rotterdam/Staat wijst er daarentegen wellicht op dat de Hoge Raad een dergelijke uitsluiting wel degelijk toelaatbaar vindt. In deze uitspraak stond een publiekrechtelijke overeenkomst, de Algemene Welzijnsovereenkomst (AWO), centraal die de staat met onder andere de gemeente Rotterdam had gesloten. De vraag kwam aan de orde of de burgerlijke rechter wel kan oordelen over een geschil over de uitvoering van een dergelijke publiekrechtelijke overeenkomst. Het hof had deze vraag bevestigend beantwoord, maar had een voorbehoud gemaakt voor het geval dat bij die overeenkomst een beroep op de burgerlijke rechter uitdrukkelijk zou zijn uitgesloten. In cassatie klaagt de staat dat een dergelijke uitsluiting ook stilzwijgend kan zijn overeengekomen of uit de strekking van de overeenkomst kan voortvloeien. De Hoge Raad verwierpt deze klacht. Daarbij stelt hij voorop dat het hof kennelijk tot uitgangspunt heeft genomen dat een overeenkomst als de AWO naar haar aard afdwingbare verplichtingen in het leven roept en dat geschillen daarover in beginsel ter beoordeling van de burgerlijke rechter staan. Dit uitgangspunt is volgens de Hoge Raad juist. Hij overweegt vervolgens:

'Denkbaar is dat partijen bij een overeenkomst als de onderhavige hebben afgesproken dat geschillen met betrekking tot die overeenkomst aan de burgerlijke rechter zullen zijn onttrokken. Van een dergelijke afspraak – die afgeleid kan worden uit de verklaringen en gedragingen van partijen en hetgeen zij over en weer op grond daarvan hebben aangenomen en in de gegeven omstandigheden mochten aannemen – moet evenwel blijken.'¹⁷

De Hoge Raad overweegt dus uitdrukkelijk dat het denkbaar is dat partijen bij overeenkomst hebben afgesproken dat geschillen met betrekking tot die overeenkomst aan de burgerlijke rechter zullen zijn onttrokken. Toch kan hieruit mijns

15 HR 26 september 2008, NJ 2008, 521 (Vanbuul q.q. c.s./Hoes c.s.), r.o. 5.2.

16 Conclusie A-G Wesseling-Van Gent voor HR 26 september 2008, NJ 2008, 521 (Vanbuul q.q. c.s./Hoes c.s.), nr. 3.9.

17 HR 5 februari 1993, NJ 1995, 716, m.nt. MS (Gem. Rotterdam/Staat), r.o. 4.3.

inziens niet worden afgeleid dat partijen de bevoegdheid om te procederen kunnen uitsluiten. De Hoge Raad stelt in deze uitspraak immers, zoals gezegd, voorop dat als uitgangspunt geldt dat een overeenkomst als de AWO naar haar aard afdwingbare verplichtingen in het leven roept en geschillen hierover in beginsel ter beoordeling van de burgerlijke rechter staan. Het feit dat toegang tot de burgerlijke rechter bestaat wordt door de Hoge Raad dus *gekoppeld* aan het feit dat uit de overeenkomst afdwingbare verplichtingen voortvloeien. De overweging dat partijen bij overeenkomst geschillen aan de burgerlijke rechter kunnen onttrekken, moet naar mijn mening dan ook zo worden uitgelegd, dat partijen kunnen bepalen dat uit hun overeenkomst geen afdwingbare verplichtingen voortvloeien. Een dergelijk beding is materieelrechtelijk van aard: het heeft tot gevolg dat tussen partijen een puur feitelijke afspraak tot stand komt, en niet een overeenkomst waaruit verbintenissen voortvloeien. *Doordat* geen afdwingbare verplichtingen tussen partijen bestaan, zijn hun geschillen aan de burgerlijke rechter onttrokken.¹⁸ Al met al kan uit deze uitspraak kortom niet worden afgeleid dat partijen de bevoegdheid om te procederen bij overeenkomst kunnen uitsluiten.

Op het eerste gezicht lijkt kortom aannemelijk dat partijen niet bij overeenkomst kunnen bepalen dat in het geheel geen toegang zal bestaan tot een rechter. Toch is het de vraag of dit inderdaad zo gemakkelijk geconcludeerd kan worden. In dit verband is het interessant om te kijken naar de situatie in Engeland en Duitsland (zie paragraaf 5.3.2). Ook het feit dat partijen bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen, wijst wellicht in een andere richting (zie paragraaf 5.3.3).

5.3.2 Rechtsvergelijking

5.3.2.1 Engels recht

Naar Engels recht is een overeenkomst waarbij partijen elkaar verplichten geen procedure tegen elkaar te beginnen, geldig. Een voorbeeld biedt de uitspraak van de Commercial Court in de zaak *National Westminster Bank Plc v. Rabobank Nederland*.¹⁹ In deze zaak waren partijen overeengekomen dat de Rabobank geen procedure zou beginnen tegen National Westminster Bank (NWB) met betrekking tot een bepaalde kwestie. In strijd met deze 'anti-claim clause' had Rabobank toch een vordering tegen NWB in Californië ingesteld. NWB vorderde vervolgens, op grond van schending van de clause, in een procedure in Engeland vergoeding van de proceskosten die zij had gemaakt in Californië. De Rabobank bracht hiertegen in dat de clause de Rabobank niet belette om een vordering tegen NWB in te stellen, maar dat hij NWB enkel een *inhoudelijk* verweer gaf tegen een dergelijke vordering. Het zou

¹⁸ Dat niet alle afspraken van partijen rechtsgevolgen in het leven roepen, is algemeen erkend. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-1*), p. 4, nr. 6; Smits 2003, p. 36-41, nr. 23; Scholten 1983, p. 8. Partijen kunnen expliciet overeenkomen dat hun afspraak juridisch niet-bindend is en slechts morele verplichtingen in het leven roept. Zie Smits 2003, p. 41-43, nr. 24. Door Wessels is daarentegen betoogd dat een dergelijke 'gentlemen's agreement' wel verbintenissen in het leven roept, maar dat deze niet afdwingbaar zijn (er zou dan sprake zijn van natuurlijke verbintenissen). Zie Wessels 1984, m.n. p. 34-35, 105-107; Wessels 1982, p. 332-377, m.n. p. 340-341, 373-374.

¹⁹ *National Westminster Bank Plc v. Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD.

kortom enkel gaan om een exonatiebeding, waardoor de aansprakelijkheid van NWB was uitgesloten.²⁰ Dit verweer werd door de Engelse rechter verworpen. De rechter stelde daarbij voorop dat de overeenkomst werd beheerst door Engels recht. Volgens de rechter ging de contractsbepaling verder dan een enkele beperking van aansprakelijkheid en diende zij ertoe om de mogelijkheid uit te sluiten om een procedure te beginnen. Het doel van de bepaling zou zijn een 'litigation-free future' voor NWB te garanderen.²¹ Schending van deze clause gaf dan ook recht op schadevergoeding.²²

Naar Engels recht is een overeenkomst waarbij partijen afspreken om niet tegen elkaar te procederen, dus wel degelijk mogelijk.²³ Kennelijk wordt in Engeland het gevaar van eigenrichting in dit verband niet als bezwaar gezien.

5.3.2.2 Duits recht

In de Duitse literatuur wordt tegenwoordig over het algemeen aangenomen dat een uitsluiting van de bevoegdheid een vordering in te stellen (uitsluiting van de 'Klagbarkeit' of van het 'Klagerecht') toelaatbaar is.²⁴ Dit is echter niet altijd zo geweest.²⁵ Zo meende Schiedermair dat overeenkomsten waarbij de rechtsbeschermingsaanspraak ('Rechtsschutzanspruch') wordt uitgesloten ontoelaatbaar zijn. De rechtsbeschermingsaanspraak richt zich volgens Schiedermair tegen de staat, zodat niet duidelijk is hoe partijen door een *onderlinge* afspraak deze aanspraak teniet zouden kunnen laten gaan. Volgens hem heeft de staat er bovendien belang bij dat private rechten beschermd kunnen worden. De rechtsbeschermingsaanspraak dient de instandhouding van de privaatrechtsorde. Uitschakeling van de rechtsbeschermingsaanspraak zou een terugkeer betekenen naar handhaving van rechten door middel van eigenrichting.²⁶ Overeenkomsten waarbij de rechtsbeschermingsaanspraak wordt uitgesloten zijn volgens Schiedermair dus niet mogelijk. Zijn standpunt is echter niet eenduidig. Zo acht hij een procesrechtelijke overeenkomst waarbij partijen afstand doen van concrete processuele rechten, zoals de processuele mogelijkheid een eis in te stellen, *wel* toelaatbaar.²⁷ Wat precies het verschil is tussen de afstand van de rechtsbeschermingsaanspraak en de afstand van het processuele recht om te klagen, maakt hij niet duidelijk.²⁸ Daarnaast acht Schiedermair bovendien een verbintenisrechtelijke overeenkomst, waarbij een partij zich verplicht een vordering nooit of slechts gedurende een bepaalde periode niet geldend te maken, toelaatbaar.

20 *National Westminster Bank Plc v. Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, nr. 436.

21 *National Westminster Bank Plc v. Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, nr. 438-439, 442.

22 *National Westminster Bank Plc v. Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, m.n. nr. 440.

23 Zie ook Bell 2003, p. 200-201, nr. 4.147, met verwijzing naar meer jurisprudentie. Zie verder bijv. Merrett, die meent dat een overeenkomst tot forumkeuze een absolute verplichting van partijen kan inhouden om enkel voor het aangewezen forum te procederen. Dit betekent dat indien dit forum geen rechtsmacht aanneemt, een partij in het geheel geen procedure aanhangig kan maken; Merrett 2006, p. 322-324.

24 Zie Wagner 1998, p. 393 e.v., met verwijzing naar literatuur.

25 Zie Wagner 1998, p. 393.

26 Schiedermair 1935, p. 90-94.

27 Schiedermair 1935, p. 94.

28 Zo ook Wagner 1998, p. 392-393.

Tegenwoordig worden overeenkomsten waarbij afstand wordt gedaan van de mogelijkheid een vordering in te stellen door de meeste auteurs toelaatbaar geacht. Zo meent Schlosser dat aangezien partijen bij overeenkomst een verbintenis in haar geheel op kunnen heffen, zij ook de mogelijkheid moeten hebben enkel de bevoegdheid te beperken om deze verbintenis gerechtelijk af te dwingen. Wel is Schlosser van mening dat indien de mogelijkheid een vordering in te stellen geheel en al wordt uitgesloten, streng moet worden getoetst of deze overeenkomst voldoende bepaald is en of zij niet op onbehoorlijke wijze tot stand is gekomen.²⁹ Wagner wijst er daarnaast op dat de bevoegdheid een aanspraak gerechtelijk geldend te maken ter vrije beschikking van partijen staat: het staat partijen vrij een aanspraak *niet* geldend te maken. Hier volgt volgens Wagner uit dat er geen openbaar belang bij bestaat dat rechten ook daadwerkelijk afgedwongen worden. Het algemeen belang kan volgens hem dan ook niet aan een overeenkomst in de weg staan waarbij de bevoegdheid om een vordering in te stellen wordt uitgesloten.³⁰ Ook de wens partijen te beschermen leidt in dit geval niet tot een andere conclusie. Het algemene contractenrecht, en met name de bepalingen met betrekking tot algemene voorwaarden, biedt volgens Wagner namelijk voldoende bescherming.³¹ Het contractenrecht brengt bijvoorbeeld mee dat een eenzijdige uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen, waarbij slechts een van de partijen wordt belet om een vordering in te stellen, over het algemeen niet door de beugel zal kunnen.³²

Zowel Schlosser als Wagner hebben, ter onderbouwing van hun standpunt dat partijen bij overeenkomst de bevoegdheid een vordering in te stellen kunnen uitsluiten, ook een beroep gedaan op het feit dat partijen bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen.³³ Op dit argument zal in paragraaf 5.3.3 nader worden ingegaan.

5.3.2.3 Tussenconclusie

Zowel naar Engels als naar Duits recht wordt een overeenkomst waarbij de bevoegdheid om te procederen wordt uitgesloten, toelaatbaar geacht. In beide stelsels is echter nauwelijks aandacht voor het gevaar van eigenrichting dat een dergelijke afspraak met zich brengt.

De opvatting van Wagner dat het geen algemeen belang is dat partijen hun aanspraken gerechtelijk geldend kunnen maken, kan niet worden geaccepteerd. Indien de mogelijkheid van partijen om hun gerechtelijke aanspraken gerechtelijk geldend te maken te veel wordt beperkt, ontstaat gevaar van eigenrichting. Daar doet, anders dan Wagner en Schlosser menen, niet aan af dat partijen ook kunnen beschikken over hun materiële aanspraken. In het vorige hoofdstuk is betoogd dat het gevaar van eigenrichting met name groot is als er een discrepantie ontstaat tussen hetgeen feitelijk geldt, en hetgeen een partij bij de rechter kan krijgen.

²⁹ Schlosser 1968, p. 65-66.

³⁰ Wagner 1998, p. 440-442.

³¹ Wagner 1998, p. 443-444.

³² Wagner 1998, p. 452-454.

³³ Schlosser 1968, p. 66-67; Wagner 1998, p. 413-416.

Het is dan ook niet wenselijk aan het Engelse en Duitse recht een voorbeeld te nemen. Wel verdient de vergelijking met de natuurlijke verbintenis, die in de Duitse literatuur is gemaakt, nadere aandacht.

5.3.3 *Natuurlijke verbintenis*

5.3.3.1 *Inleiding*

Artikel 6:3 lid 1 BW bepaalt dat een natuurlijke verbintenis een rechtens niet-afdwingbare verbintenis is. Het zou daarbij gaan om een verbintenis waaraan geen rechtsvordering is verbonden.³⁴ In geval van een natuurlijke verbintenis lijkt dus juist sprake te zijn van hetgeen eerder werd verworpen: een partij heeft enerzijds wel een subjectief recht, maar anderzijds ontbreekt de mogelijkheid om dit recht bij de rechter af te dwingen. Het is de vraag hoe dit te rijmen valt met het hiervoor verdedigde standpunt dat het in het algemeen belang is dat partijen toegang tot de rechter hebben. Deze vraag dringt zich des te sterker op indien men ziet dat partijen zelfs *bij overeenkomst* natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen. Volgens artikel 6:3 lid 2 sub a BW kan een natuurlijke verbintenis onder andere bij rechtshandeling ontstaan. Partijen kunnen blijkens de parlementaire geschiedenis zowel aan een bestaande, als aan een te creëren verbintenis door middel van een rechtshandeling de afdwingbaarheid onthouden.³⁵ Het staat ook niet vast dat dergelijke overeenkomsten slechts zelden voorkomen. Volgens Wessels zal in die gevallen waarin partijen een zogenaamd 'gentlemen's agreement' sluiten, veelal een overeenkomst beoogd zijn waarbij natuurlijke verbintenissen in het leven worden geroepen.³⁶ In deze opvatting komen natuurlijke verbintenissen dus regelmatig voor. De tot dan toe heersende leer nam aan dat bij een 'gentlemen's agreement' sprake is van een overeenkomst die rechtens niet bindt.³⁷

In geval van een natuurlijke verbintenis lijkt dus sprake van een discrepantie tussen hetgeen feitelijk geldt, en hetgeen een partij bij de rechter kan verkrijgen. Eggens en Schoordijk hebben zich om die reden tegen het begrip 'natuurlijke verbintenis' zoals omschreven in artikel 6:3 lid 1 BW gekeerd. Zij menen dat een rechtsverbintenis die haar sanctie niet vindt in rechtsdwang uitgeoefend door staatsorganen, een contradictio in terminis is. Van een verbintenis kan enkel worden gesproken indien zij zo nodig kan worden afgedwongen met overheidshulp.³⁸

Feit is echter dat de wetgever de verbintenis die rechtens niet afdwingbaar is, uitdrukkelijk heeft erkend. Dit geldt bovendien niet enkel voor de verbintenis, maar ook voor andere rechtsplichten. Partijen kunnen ook aan andere rechtsplichten door middel van een overeenkomst de afdwingbaarheid onthouden. Dit blijkt uit artikel 3:296 lid 1 BW, waarin is bepaald dat '*[t]enzij (..) uit een rechtshandeling anders*

34 Parl. Gesch. Boek 3, p. 893; Parl. Gesch. Boek 6, p. 81.

35 Parl. Gesch. Boek 6, p. 78.

36 Wessels 1982, m.n. p. 340, 344, 356-357, 373-374; Wessels 1984, p. 35, 45, 67-69, 105-106; Wessels 1988, p. 181 e.v.

37 Zie Wessels 1982, p. 336, 340, 341-342; Wessels 1984, p. 27-28, 34, 37-40, 41; Van der Beek 1985, p. 738.

38 Eggens 1936, m.n. p. 359-360, 363-364, 373; Schoordijk 1979, m.n. p. 59, 62.

volgt, (...) hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, [wordt] veroordeeld' (cursivering MWK).

Moet hier nu uit worden afgeleid dat de wetgever het geen probleem vindt dat er een discrepantie kan ontstaan tussen hetgeen binnen en buiten de rechtszaal geldt? Volgt hieruit dat partijen ook bij overeenkomst kunnen afspreken om niet tegen elkaar te procederen? Of bestaat toch onderscheid tussen het creëren van een natuurlijke verbintenis en het uitsluiten van de bevoegdheid om naar de rechter te gaan? Om hierop een antwoord te kunnen geven, zal kort gekeken worden naar de Duitse literatuur.

5.3.3.2 Duitse literatuur

In de Duitse literatuur is door zowel Schlosser als Wagner aandacht besteed aan de mogelijkheid om bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen in het leven te roepen. Volgens Wagner bestaat er wel degelijk verschil tussen deze overeenkomst en de overeenkomst waarbij de bevoegdheid om te klagen wordt uitgesloten. Wagner gaat eerst uitgebreid in op de vraag wat precies onder het 'Klagerecht' moet worden verstaan. In de Duitse literatuur bestaat discussie over de verhouding tussen het 'Klagerecht' en de materiële aanspraak. Sommige auteurs zien het 'Klagerecht' als materieelrechtelijk van aard, terwijl anderen dit als een procesrechtelijk begrip beschouwen. Daarnaast is in de literatuur het overkoepelende begrip 'Rechtsschutzanspruch' ontwikkeld, waaronder een tegen de staat gerichte aanspraak op een gunstig oordeel wordt verstaan. Deze 'Rechtsschutzanspruch' zou uit materieelrechtelijke en procesrechtelijke elementen zijn samengesteld.³⁹ Wagner zelf ziet het 'Klagerecht' als procesrechtelijk van aard. Het gaat daarbij volgens hem om de bevoegdheid een aanspraak gerechtelijk geldend te maken.⁴⁰ In dit opzicht bestaat in zijn opvatting een verschil met de natuurlijke verbintenis. In geval van een natuurlijke verbintenis ontbreekt namelijk niet dit procesrechtelijke 'Klagerecht', maar de materieelrechtelijke bevoegdheid om te vorderen ('Einforderungsbefugnis'). Dit blijkt uit het feit dat de schuldeiser in geval van een natuurlijke verbintenis ook *buitengerechtelijk* zijn aanspraak niet af kan dwingen. Verrekening is bijvoorbeeld uitgesloten. Een vordering tot nakoming van een natuurlijke verbintenis wordt dan ook op *inhoudelijke* gronden afgewezen, en niet op grond van het feit dat het instellen van een vordering ontoelaatbaar zou zijn.⁴¹

Hoewel Wagner dus een duidelijk verschil ziet tussen beide overeenkomsten, ziet hij in de mogelijkheid om bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen te creëren wel een argument dat ook een procesrechtelijke overeenkomst mogelijk is. Het is volgens Wagner namelijk niet duidelijk waarom partijen wel over de materieelrechtelijke bevoegdheden tot afdwinging van hun rechten zouden kunnen beschikken, maar niet over de procesrechtelijke. Indien zij de mogelijkheid van verrekening kunnen

39 Zie voor een overzicht van de verschillende theorieën Wagner 1998, p. 397 e.v.

40 Wagner 1998, p. 413.

41 Wagner 1998, p. 413-416.

uitsluiten, moeten zij ook kunnen beschikken over de bevoegdheid een aanspraak gerechtelijk geldend te maken.⁴²

Ook Schlosser ziet in het bestaan van de mogelijkheid om bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen in het leven te roepen een argument om de overeenkomst waarbij de bevoegdheid een vordering in te stellen wordt uitgesloten, toelaatbaar te achten. Volgens Schlosser geldt dat, als er al een verschil bestaat tussen beide, de overeenkomst waarbij een natuurlijke verbintenis wordt gecreëerd een verdergaande afspraak is. In geval van een natuurlijke verbintenis wordt het afdwingen van de aanspraak namelijk *in zijn geheel* onmogelijk gemaakt, terwijl bij uitsluiting van het 'Klagerecht' slechts de *gerechtelijke* afdwingbaarheid wordt onthouden.⁴³

5.3.3.3 *Onderscheid natuurlijke verbintenis en uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen*

In de vorige paragraaf is gebleken dat Wagner twee soorten overeenkomsten onderscheidt. De overeenkomst waarbij partijen een natuurlijke verbintenis in het leven roepen heeft betrekking op de materieelrechtelijke 'Einforderungsbefugnis', terwijl de afspraak waarbij de bevoegdheid wordt uitgesloten om een aanspraak gerechtelijk geldend te maken ziet op het procesrechtelijke 'Klagerecht'. De eerste overeenkomst is daarom materieelrechtelijk van aard, de tweede procesrechtelijk.

Kan een vergelijkbaar onderscheid ook naar Nederlands recht worden gemaakt? In dit verband is van belang dat Heemskerk, in navolging van Rutten, ten eerste de aanspraak of het subjectieve recht van de schuldeiser onderscheidt, ten tweede het recht om te vorderen (vorderingsrecht) of *ius agendi*, en ten slotte de rechtsvordering als processueel middel, de actie. Daarbij ziet hij het '*ius agendi*' als de materiële bevoegdheid om een bepaalde vordering bij de rechter in te stellen en de 'rechtsvordering' als de processuele handeling van het instellen van de eis.⁴⁴ Een natuurlijke verbintenis ziet hij als een verbintenis waarbij het *ius agendi* ontbreekt.⁴⁵ Snijders neemt dit onderscheid over, maar wil bij de betekenis van de term vorderingsrecht iets meer de nadruk leggen op de mogelijkheid dat het vorderingsrecht voor inroeping van subjectieve rechten *buiten rechte* wordt benut. Ook de bevoegdheid tot inroeping van subjectieve rechten buiten rechte laat zich volgens hem als component van het vorderingsrecht beschouwen.⁴⁶

Het lijkt inderdaad het *ius agendi* in deze bredere betekenis te zijn, dat in geval van een natuurlijke verbintenis ontbreekt. Een schuldeiser van een natuurlijke verbintenis kan zijn recht namelijk op geen enkele wijze afdwingen, gerechtelijk noch buitengerechtelijk. Volgens Hartkamp en Sieburgh kan nakoming van een natuurlijke verbintenis ook niet op andere wijze dan door het instellen van een rechtsvordering afgedwongen worden.⁴⁷ Volgens de parlementaire geschiedenis

42 Wagner 1998, p. 441-442.

43 Schlosser 1968, p. 66-67.

44 Heemskerk 1974, p. 7.

45 Heemskerk 1974, p. 18, 22-23.

46 Snijders 1992b, p. 18-21; dit aspect valt volgens Heemskerk niet onder het vorderingsrecht, zie Heemskerk 1974, p. 8-9.

47 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 54, nr. 68.

kunnen de bepalingen krachtens welke de schuldeiser zich, zonder een procedure aan te spannen, uit het vermogen van de schuldenaar de hem toekomende prestatie kan verschaffen, zoals verificatie bij faillissement, bij een natuurlijke verbintenis geen toepassing vinden.⁴⁸ Bovendien wordt aangenomen dat de schuldeiser nakoming van een natuurlijke verbintenis niet kan bewerkstelligen door de verbintenis te verrekenen en dat in geval van niet-nakoming niet de mogelijkheid bestaat van opschorting of ontbinding.⁴⁹ Nu zou men nog kunnen denken dat het hier enkel de mogelijkheid betreft om *in rechte* een beroep te doen op verrekening, ontbinding of opschorting: *feitelijk* zouden partijen deze bevoegdheden wel degelijk bezitten. In de parlementaire geschiedenis en de literatuur wordt echter opgemerkt dat deze bepalingen *niet van toepassing zijn*, en niet dat hierop bij de rechter geen beroep kan worden gedaan.⁵⁰ Aangenomen moet dan ook worden dat een partij *überhaupt* niet het recht heeft om te verrekenen, te ontbinden of op te schorten. Overigens geldt een uitzondering voor de natuurlijke verbintenis die overblijft na verjaring. Opschorting en verrekening blijven in dat geval gewoon mogelijk, zo blijkt uit artikel 6:56 en 6:131 lid 1 BW.

Een schuldeiser kan een natuurlijke verbintenis dus niet alleen gerechtelijk, maar ook buitengerechtelijk niet afdwingen. Het is zelfs de vraag of hij zijn schuldenaar tot betaling mag bewegen door het sturen van aanmaningen, het plegen van telefoontjes en het inschakelen van een incassobureau. In geval van een civiele verbintenis staat vast dat dit toelaatbare middelen zijn om een schuldenaar tot betaling te bewegen, maar in geval van een natuurlijke verbintenis lijkt mij dit al snel onrechtmatig. Het enige wat een schuldeiser van een natuurlijke verbintenis kan doen is rustig afwachten of zijn schuldeiser wellicht uit zichzelf betaalt. Het feit dat hij een subjectief recht heeft op de prestatie brengt enkel mee dat hij een eventuele prestatie niet ongedaan hoeft te maken, maar dit recht houdt, indien de schuldenaar niet uit zichzelf presteert, geen enkele bevoegdheid in om de prestatie ook dichterbij te brengen.

Bij nadere beschouwing lijkt er kortom in geval van een natuurlijke verbintenis helemaal geen discrepantie aanwezig te zijn tussen hetgeen binnen en buiten de rechtszaal geldt. De reden dat de rechter een vordering tot bijvoorbeeld verrekening zal afwijzen, is omdat de schuldeiser van een natuurlijke verbintenis nu eenmaal geen recht heeft op verrekening. Hetzelfde geldt voor de vordering tot nakoming: de schuldeiser mist, ook buitengerechtelijk, de bevoegdheid om nakoming te vorderen. Er bestaat in deze gevallen dus, zoals ook Wagner betoogt, een *materieelrechtelijke* reden voor afwijzing van de eis. De afspraak dat uit een overeenkomst enkel natuurlijke verbintenissen voortvloeien, is materieelrechtelijk van aard.

Indien partijen afspreken om niet tegen elkaar te procederen, sluiten zij daarentegen niet het *ius agendi* uit, maar de mogelijkheid een rechtsvordering in te stellen. Deze mogelijkheid bestaat onafhankelijk van de aanwezigheid van een vorderingsrecht:

48 Parl. Gesch. Boek 6, p. 85; zie voor een beperkte uitzondering in geval van een natuurlijke verbintenis die overblijft na verjaring art. 3:323 lid 2 BW.

49 Parl. Gesch. Boek 6, p. 85; Wessels 1988, p. 365-366; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 65, nr. 82.

50 Parl. Gesch. Boek 6, p. 85; Wessels 1988, p. 365-366; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 65, nr. 82.

ook een partij aan wie (achteraf) geen vorderingsrecht toekomt, kan immers een procedure beginnen.⁵¹ Indien een partij wel een vorderingsrecht heeft, maar de bevoegdheid mist een rechtsvordering in te stellen, ontstaat er wel een discrepantie tussen hetgeen binnen en buiten de rechtszaal geldt. Een partij heeft dan wel de mogelijkheid om nakoming te vorderen, om te verrekenen, of om op te schorten, maar zij kan hierop bij de rechter geen beroep doen. De redenering van Schlosser, dat aangezien partijen *iedere* mogelijkheid tot afdwinging van hun rechten kunnen uitsluiten, zij ook de mogelijkheid moeten hebben om slechts de *gerechtelijke* afdwinging van hun rechten te beperken, gaat dan ook niet op.

Er is kortom wel degelijk verschil tussen de afspraak om niet te procederen en de afspraak waarbij partijen een natuurlijke verbintenis in het leven roepen. Dit blijkt ook uit het feit dat een partij in dit laatste geval soms wél met succes naar de rechter kan stappen. Niet ieder vorderingsrecht is namelijk gebaseerd op een subjectief recht. Zo blijven partijen in geval van een overeenkomst waaruit slechts natuurlijke verbintenissen voortvloeien bevoegd om op grond van artikel 6:258 BW aan de rechter te verzoeken de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk te ontbinden wegens onvoorziene omstandigheden. Met behulp van dit *ius agendi* dwingt een partij niet haar subjectieve rechten uit de overeenkomst af, maar wordt een nieuwe rechtstoestand in het leven geroepen.⁵² In artikel 6:250 BW is bovendien bepaald dat artikel 6:258 BW van dwingend recht is. Hieruit volgt dat partijen de bevoegdheid om op grond van deze bepaling wijziging of ontbinding te verzoeken niet kunnen uitsluiten. Partijen behouden kortom, ook indien uit hun overeenkomst enkel natuurlijke verbintenissen voortvloeien, altijd een zekere mate van toegang tot de rechter. Wel is het uiteraard de vraag in hoeverre een partij, indien enkel sprake is van natuurlijke verbintenissen, belang heeft bij haar verzoek of vordering. Mijns inziens is niet uitgesloten dat wel degelijk een voldoende belang aanwezig is. Een partij wil bijvoorbeeld in principe graag aan haar natuurlijke verbintenissen voldoen, maar dit is als gevolg van onvoorziene omstandigheden voor haar onmogelijk. Na wijziging door de rechter is te verwachten dat zij vrijwillig de gewijzigde overeenkomst na zal komen.

Om dezelfde reden meen ik dat ook het vorderen van een verklaring voor recht in geval van een natuurlijke verbintenis niet per definitie uitgesloten is. In veel gevallen heeft een partij er geen belang bij dat het bestaan en de omvang van een natuurlijke verbintenis worden vastgesteld, maar niet uit te sluiten valt dat dit in bepaalde gevallen wel zo is.⁵³

Er bestaat kortom wel degelijk verschil tussen de overeenkomst waarbij enkel natuurlijke verbintenissen in het leven worden geroepen en de afspraak om niet tegen elkaar te procederen. In het eerste geval ontstaat geen discrepantie tussen

51 Zie anders Heemskerk 1974, p. 9.

52 Zie over vorderingsrechten die niet zijn gebaseerd op een subjectief recht nader Heemskerk 1974, p. 10-13.

53 Zo ook Wessels 1982, p. 374; Wessels 1984, p. 106-107; Wessels 1988, p. 77. Wessels lijkt echter wel van mening dat de toegang tot de rechter geheel is uitgesloten indien het partijen er bij het aangaan van het agreement juist om te doen geweest is de zaak of hun transactie buiten de openbaarheid en dus buiten inmenging van de rechter te houden. Zie Wessels 1984, p. 106-107; zie bovendien HR 29 september 1995, NJ 1997, 419, m.nt. CJHB onder NJ 1997, 420 (W./Staat), r.o. 3.6, waarin een voldoende belang bij een verklaring voor recht afwezig werd geacht.

hetgeen feitelijk geldt en hetgeen waarop door de rechter acht geslagen kan worden, in het tweede geval wel. Bovendien is in het eerste geval niet elke mogelijkheid om succesvol naar de rechter te stappen uitgesloten.

5.3.3.4 De natuurlijke verbintenis en het gevaar van eigenrichting

Het klinkt mooi: indien partijen bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen in het leven roepen sluiten zij het *ius agendi* uit, en ontstaat er geen discrepantie tussen hetgeen feitelijk en hetgeen bij de rechter geldt. In geval van een afspraak om niet te procederen sluiten partijen daarentegen de mogelijkheid een rechtsvordering in te stellen uit, en ontstaat een dergelijke discrepantie wel. In het eerste geval bestaat daardoor geen gevaar van eigenrichting, en in het tweede geval wel.

Het is echter de vraag of het in de praktijk ook daadwerkelijk op deze manier werkt. Het verschil tussen een uitsluiting van het *ius agendi* en een uitsluiting van de bevoegdheid een rechtsvordering in te stellen is vrij subtiel. Zal het voor een partij in een concrete situatie verschil maken of de rechter haar vordering afwijst omdat het *ius agendi* ontbreekt, of omdat zij de bevoegdheid een rechtsvordering in te stellen mist? Zoals gezegd zal het lastig zijn aan een partij te verkopen dat zij ergens wel recht op heeft, dat zij in principe ook de bevoegdheid heeft dit recht af te dwingen, maar dat zij niet de mogelijkheid heeft om naar de rechter te stappen. Het is echter sterk de vraag of het veel makkelijker valt uit te leggen dat een partij wel een recht heeft, maar dat zij niet de bevoegdheid heeft om dit recht af te dwingen, zodat zij ook niet naar de rechter kan stappen.

Het gevaar van eigenrichting lijkt mij in geval van een natuurlijke verbintenis dan ook wel degelijk aanwezig. Hoe valt dan te verklaren dat partijen toch bij rechtshandeling natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen? In de parlementaire geschiedenis wordt als voorbeeld genoemd de situatie waarin een schuldenaar met een of meer schuldeisers overeenkomt, dat indien hij een bepaald percentage van zijn schulden voldoet, die schuldeisers afzien van de afdwingbaarheid van hun vorderingsrechten voor het restant.⁵⁴ Opvallend is dat in een dergelijk geval het gevaar van eigenrichting niet erg groot is. De schuldeisers zullen niet verwachten dat hun vorderingen ooit nog voldaan worden, en zullen het eerder als mooi meegenomen zien indien dit toch gebeurt. Voor het andere voorbeeld dat de parlementaire geschiedenis noemt, de situatie waarin een erflater in zijn testament heeft bepaald dat degene aan wie hij een goed legateert jegens de erfgenaam die met de uitkering wordt belast een rechtens niet-afdwingbaar recht heeft, geldt hetzelfde in iets minder sterke mate.⁵⁵

Tegen deze achtergrond zou ik willen betogen dat niet te snel kan worden aangenomen dat partijen bij overeenkomst natuurlijke verbintenissen in het leven hebben willen roepen. Enkel indien de schuldeiser accepteert dat hij de prestatie wellicht nooit ontvangt, kan aangenomen worden dat dit de strekking van de overeenkomst is. In andere gevallen zal al snel sprake zijn van een ontoelaatbare uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen (dit uiteraard in de veronderstelling

⁵⁴ Parl. Gesch. Boek 6, p. 78.

⁵⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 78.

dat wel sprake is van een juridisch bindende, en niet van een puur feitelijke afspraak). Een aanwijzing dat van een dergelijke ontoelaatbare overeenkomst sprake is, is het feit dat partijen weliswaar een procedure bij de rechter verbieden, maar wel andere sancties op niet-nakoming van de verbintenis zijn overeengekomen.

Op basis hiervan moet een bepaling in een antikraakcontract dat het niet is toegestaan om juridische stappen te ondernemen, ontoelaatbaar worden geacht. Het is niet aannemelijk dat partijen hiermee natuurlijke verbintenissen in het leven hebben willen roepen. De kraakwacht verwacht immers wel degelijk volledige nakoming van de overeenkomst die hij met de antikraakorganisatie heeft gesloten. Het is niet zo dat hij accepteert dat hij wellicht toegang krijgt tot de woonruimte, maar wellicht ook niet. De strekking van de overeenkomst is dus om slechts de mogelijkheid om te procederen uit te sluiten, hetgeen ontoelaatbaar is.

5.3.4 Uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen met betrekking tot een gedeelte van een vordering

Partijen kunnen de bevoegdheid om te procederen niet uitsluiten, omdat dit een groot gevaar van eigenrichting meebrengt. Zouden partijen wel kunnen overeenkomen dat over een deel van een vordering niet geprocedeerd wordt? A beweert bijvoorbeeld een vordering van € 20.000 te hebben op B. B betwist wel het bestaan van deze vordering, maar niet de hoogte ervan. A en B spreken vervolgens af dat A bij de rechter enkel betaling van € 1000 zal eisen, dit om ervoor te zorgen dat partijen minder griffierecht hoeven te voldoen. Daarbij belooft B de overige € 19.000 vrijwillig te betalen, mocht de rechter A gelijk geven.⁵⁶

Is een dergelijke overeenkomst geldig? Indien A zich bedenkt en bij de rechter toch de volle € 20.000 vordert omdat hij er niet op vertrouwt dat B het restantbedrag vrijwillig zal voldoen, kan B hem dan aan zijn afspraak houden? Aangevoerd zou kunnen worden dat in dit geval geen gevaar van eigenrichting bestaat. Partijen hebben immers enkel een geschil over het bestaan van de vordering, en dit geschil kan A zonder meer aan de rechter voorleggen. Indien B uiteindelijk niet vrijwillig betaalt, is sprake van wanprestatie en kan A de overeenkomst om niet te procederen ontbinden. Hij kan dan alsnog voor het restant van de vordering naar de rechter gaan.

Toch is ook de overeenkomst om over een gedeelte van een vordering niet te procederen, nietig. Nog los van de vraag of hierdoor de toegang tot de rechter te zeer belemmerd wordt, lijkt mij sprake van een ontoelaatbare omzeiling van de wettelijke regeling van het griffierecht. Daarbij komt dat door een dergelijke afspraak het gevaar ontstaat dat de rechterlijke macht zich twee keer met dezelfde vordering moet bezighouden, hetgeen vanuit het belang van een beperkte inzet van overheidsmiddelen ongewenst is.

Dat de overeenkomst om slechts over een gedeelte van een vordering te procederen nietig is, betekent uiteraard niet dat partijen *feitelijk* niet op deze manier kunnen handelen. In de praktijk kunnen partijen dus wel degelijk de regeling van het

⁵⁶ Dergelijke afspraken schijnen in Duitsland wel voor te komen; zie Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 113, nr. 84.

griffierecht omzeilen. Op het moment dat A toch een vordering voor een hoger bedrag instelt, is hij in deze vordering echter gewoon ontvankelijk.

5.3.5 Tussenconclusie

Partijen kunnen bij overeenkomst niet de bevoegdheid om te procederen volledig uitsluiten. Zowel het algemeen belang van een voldoende toegang tot de rechter, als het belang van bescherming van partijen, staat hieraan in de weg. Het feit dat partijen bij overeenkomst wel natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen, leidt niet tot een andere conclusie. In geval van een natuurlijke verbintenis missen partijen immers ook buitengerechtelijk de mogelijkheid om deze verbintenis af te dwingen. De rechter zal de eis in dat geval dan ook om een materieelrechtelijke reden afwijzen. Er doet zich in dat geval dus geen discrepantie voor tussen hetgeen binnen en buiten de rechtszaal geldt.

Partijen kunnen niet overeenkomen om over een deel van een vordering niet te procederen.

5.4 Tijdelijke uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen

5.4.1 Inleiding

Denkbaar is niet alleen dat partijen de bevoegdheid om te procederen geheel willen uitsluiten, zij kunnen ook afspreken dat tijdelijk niet geprocedeerd zal worden. Voorbeeld hiervan is de afspraak tot bindend advies (paragraaf 5.4.2) en de afspraak tot mediation (paragraaf 5.4.3).

Overeenkomsten waarbij de bevoegdheid om te procederen tijdelijk wordt beperkt, zijn ook in de Duitse literatuur aan de orde geweest. In dat verband kan worden verwezen naar hetgeen hiervoor is opgemerkt over de volledige uitsluiting (zie paragraaf 5.3.2.2). De auteurs die een blijvende uitsluiting van de bevoegdheid om te procederen mogelijk achten, zien ook geen bezwaar tegen een tijdelijke uitsluiting.⁵⁷ Schiedermaier daarentegen, die meent dat geen afstand kan worden gedaan van de rechtsbeschermingsaanspraak, neemt hetzelfde aan voor een tijdelijke beperking.⁵⁸

5.4.2 De overeenkomst tot bindend advies

Door middel van een overeenkomst tot bindend advies beogen partijen de toegang tot de overheidsrechter tijdelijk uit te sluiten. Strekking van de overeenkomst is immers dat partijen met hun geschil niet direct bij de overheidsrechter terecht kunnen, maar eerst een bindendadviesprocedure moeten volgen. Na afloop van een dergelijke procedure staat de toegang tot de overheidsrechter echter gewoon weer open. Daarbij geldt wel dat de materiële rechtsverhouding van partijen als gevolg van de uitspraak van bindend adviseurs in de tussentijd wellicht gewijzigd is.

⁵⁷ Wagner 1998, p. 445-450; Schlosser 1968, p. 68-69.

⁵⁸ Schiedermaier 1935, p. 90-94, 181.

Deze overeenkomst, waarbij partijen de overheidsrechter tijdelijk buitenspel zetten ten behoeve van behandeling door bindend adviseurs, wordt in de rechtspraak als geldig erkend. Indien een partij zich in strijd met een dergelijke overeenkomst tot de overheidsrechter wendt, wordt zij niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering.⁵⁹

In de literatuur is wel de vraag gesteld, of een dergelijke overeenkomst niet zou moeten leiden tot onbevoegdheid van de rechter.⁶⁰ Door een overeenkomst tot bindend advies worden partijen immers afgetrokken van de wettelijke rechter.⁶¹ De reden dat de overeenkomst toch leidt tot niet-ontvankelijkheid is wellicht dat de rechter door een dergelijke overeenkomst slechts tijdelijk buitenspel wordt gezet. Nadat de bindendadviesprocedure is gevolgd, staat het de overheidsrechter gewoon weer vrij de zaak te behandelen. De term 'onbevoegdheid' wordt dan slechts gereserveerd voor die gevallen waarin de rechter in geen geval, ook in de toekomst niet, de juiste instantie in die zaak is.

Aldus opgevat bestaat geen bezwaar tegen het gebruik van de sanctie van niet-ontvankelijkheid in deze gevallen. Daarbij moet dan wel benadrukt worden dat deze niet-ontvankelijkheid niet berust op de gedachte dat partijen geen invloed op de bevoegdheid van de rechter zouden kunnen uitoefenen.⁶² Zij is niet het gevolg van het feit dat de rechter hiermee de nakoming van een verplichting van partijen om hun geschil aan bindend adviseurs voor te leggen afdwingt. Een dergelijke constructie is hiervoor als ondeugdelijk verworpen (zie paragraaf 4.3.1). Dat hiervan ook geen sprake is, blijkt uit het feit dat door de Hoge Raad is erkend dat partijen door de overeenkomst tot bindend advies worden afgetrokken van de rechter die de wet hun toekent.⁶³ De reden dat een dergelijke overeenkomst leidt tot niet-ontvankelijkheid, en niet tot onbevoegdheid, is dus enkel dat de rechter niet blijvend, maar slechts tijdelijk buitenspel wordt gezet. Het beroep op niet-ontvankelijkheid is dan ook een processueel verweer. Er is geen sprake van een verweer ten principale, maar van een exceptie die bij aanvang van het geding naar voren moet worden gebracht.⁶⁴

5.4.3 De overeenkomst tot mediation

5.4.3.1 Stand van zaken

Zouden partijen de mogelijkheid om te procederen tijdelijk kunnen uitsluiten door middel van een overeenkomst tot mediation? Zij spreken dan af dat zij, voordat zij

59 Zie bijv. HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 275, m.nt. PAS (Van Delft/Van Boxtel), r.o. 3.2.

60 Meijer 1992, p. 66; Snijders 2011c, p. 54-55, boek IV Rv, aant. 7.

61 HR 8 juni 1951, *NJ* 1952, 144, m.nt. DJV (Nietvelt/Teuling), p. 339-340; HR 24 september 1964, *NJ* 1965, 359, m.nt. JHB (De Rooy c.s./Hillen c.s.), p. 1302.

62 Zie anders Asser in zijn noot bij Rb. Amsterdam 13 maart 2002, *TvA* 2003, p. 72-74, m.nt. W.D.H. Asser, p. 73-74.

63 HR 8 juni 1951, *NJ* 1952, 144, m.nt. DJV (Nietvelt/Teuling), p. 339-340; HR 24 september 1964, *NJ* 1965, 359, m.nt. JHB (De Rooy c.s./Hillen c.s.), p. 1302.

64 Anders Stein in zijn noot bij HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 275, m.nt. PAS (Van Delft/Van Boxtel), nr. 2; Asser in zijn noot bij Rb. Amsterdam 13 maart 2002, *TvA* 2003, p. 72-74, m.nt. W.D.H. Asser, p. 74; zie voor het onderscheid tussen excepties en verweren ten principale HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 374, m.nt. HER (Staat/G.). Onder excepties worden verstaan die verweermiddelen die ertoe strekken dat de rechter, aan wie het geschil is voorgelegd, op grond van regels van processuele aard niet tot een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil zelf kan komen (r.o. 3.3).

naar de rechter gaan, eerst een poging tot mediation zullen wagen. Is een dergelijke afspraak geldig?

In een beschikking uit 2006 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over deze vraag. In een procedure over de vaststelling van partneralimentatie hadden partijen tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep verklaard dat het in hun beider belang was om onder begeleiding van een mediator tot een oplossing te komen van hun geschillen. Vervolgens besloot de vrouw echter toch om af te zien van mediation. Nu was de vraag of het hof haar desondanks had moeten verwijzen naar mediation. De Hoge Raad overwoog:

'Het gaat hier om geschillen tussen twee particulieren, die in de loop van een geding hebben afgesproken om te pogen een minnelijke regeling langs de weg van mediation te bereiken. Gelet op de aard van het middel van mediation staat het beide partijen te allen tijde vrij hun medewerking daaraan alsnog te onthouden, dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen.'⁶⁵

In eerste instantie lijkt het of de Hoge Raad de mogelijkheid van een bindende overeenkomst tot mediation volledig heeft willen uitsluiten. Hij overweegt nogal stellig dat het partijen, gelet op de aard van het middel van mediation, te allen tijde vrijstaat om van mediation af te zien. In de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat deze uitspraak niet zo moet worden uitgelegd dat een afspraak tot mediation *nooit* verbindend is. In bepaalde omstandigheden zou wel degelijk een inspanningsverbintenis van partijen kunnen worden aangenomen om te pogen via mediation hun geschil op te lossen.⁶⁶ Een aanwijzing hiervoor is dat de Hoge Raad uitdrukkelijk vooropstelt dat sprake is van geschillen tussen twee particulieren, die in de loop van een geding hebben afgesproken om te pogen een minnelijke regeling langs de weg van mediation te bereiken. Het oordeel zou in geval van bijvoorbeeld geschillen tussen bedrijven of van een op voorhand gemaakt mediationbeding dus wel eens anders kunnen zijn. Bovendien acht ook A-G Huydecoper het bij uitzondering denkbaar dat een partij verplicht mag worden enige medewerking aan een mediationpoging te verlenen. Als voorbeeld noemt hij het geval dat partijen op voorhand hebben afgesproken dat zij in te verwachten conflictsituaties enige vorm van bemiddeling zullen beproeven vóórdat een beroep op de rechter mag worden gedaan. Harde regels lijken hem op dit gebied niet te geven.⁶⁷

Het hangt kortom van de omstandigheden af, of partijen een bindende overeenkomst tot mediation kunnen sluiten. De aard van het middel van mediation kan aan een dergelijke bindende overeenkomst in de weg staan. Bij de beoordeling of dit het geval is, lijken met name de hoedanigheid van partijen en het moment van het maken van de afspraak relevant.

⁶⁵ HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75, r.o. 3.4; zie over de interpretatie van deze uitspraak nader mijn artikel in de bundel *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Knigge 2009, p. 353-359.

⁶⁶ Zie bijv. Teuben 2006, p. 94; Wackie Eysten 2006, p. 121; Wackie Eysten 2009, p. 44; Bosnak 2006, p. 41-42; Schonewille 2010, p. 43-44; zie ook NAI 9 februari 2007, *TvA* 2008, 31.

⁶⁷ Conclusie A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75, nr. 16-18.

5.4.3.2 Beoordeling

Is de benadering die de Hoge Raad kiest wenselijk? Brengt de 'aard van het middel van mediation' mee dat een bindende overeenkomst tot mediation in bepaalde gevallen niet mogelijk is?

Uit de conclusie van A-G Huydecoper wordt duidelijker wat onder deze 'aard van het middel van mediation' moet worden verstaan. Huydecoper benadrukt de rol van de verwachtingen van partijen bij de mediation. Volgens hem veronderstelt mediation in de regel de verwachting van partijen dat de beoogde mediation tot enige positieve uitkomst kan leiden. Deze verwachtingen zouden van groot belang zijn voor de vraag of een poging tot mediation zinvol is. Mediation zou om deze reden in principe onder de voorwaarden van vrijwilligheid en vrijblijvendheid moeten worden beoefend.⁶⁸

Met de 'aard van het middel van mediation' lijkt de Hoge Raad op deze vrijwilligheid en vrijblijvendheid te doelen. Kennelijk meent ook de Hoge Raad dat het in bepaalde gevallen weinig zinvol is om een partij tot het meewerken aan mediation te dwingen. Kenmerk van mediation is nu juist dat zij vrijwillig plaatsvindt, zodat indien deze vrijwilligheid komt te ontbreken mediation geen nut meer heeft.

In de literatuur is echter door verschillende auteurs betoogd dat het belang van vrijwilligheid niet overschat moet worden. Ook onvrijwillige mediations zouden kans van slagen hebben. Een goede mediator zou in staat zijn een partij op andere gedachten te brengen.⁶⁹ Er is bovendien op gewezen dat in andere landen een verplichting tot mediation wel degelijk mogelijk wordt geacht.⁷⁰ Daarnaast is vanuit de aard van het middel van mediation niet goed verklaarbaar waarom partijen in sommige gevallen wél verplicht zouden zijn om mee te werken aan een mediation. Zoals gezegd acht A-G Huydecoper het bijvoorbeeld in het geval dat partijen op voorhand hebben afgesproken dat zij in te verwachten conflictsituaties enige vorm van bemiddeling zullen beproeven vóórdat een beroep op de rechter mag worden gedaan, denkbaar dat een partij verplicht mag worden enige medewerking aan een mediationpoging te verlenen.⁷¹ Waarom zou het uitgangspunt van vrijwilligheid in dat geval ineens niet aan een bindende overeenkomst in de weg staan? Dit is niet duidelijk.⁷² De Hoge Raad hecht mijns inziens dan ook ten onrechte zo veel waarde aan de 'aard van het middel van mediation'.

Indien de aard van het middel van mediation niet meebrengt dat een bindende overeenkomst tot mediation onmogelijk is, staat dan wellicht een van de in hoofdstuk 4 genoemde belangen aan de geldigheid hiervan in de weg? Ten eerste wordt door de overeenkomst tot mediation de toegang tot de rechter beperkt. Deze beperking is echter slechts tijdelijk: na afloop van de mediationpoging staat het partijen volledig vrij om alsnog naar de rechter te stappen. Het gevaar van eigenrichting als gevolg van een dergelijke overeenkomst zal dan ook gering zijn. Daarnaast is ook het belang van

68 Conclusie A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75, nr. 9-16.

69 Schonewille 2010, p. 44; Bosnak 2006, p. 43; Sanders 2006, p. 895; Van Schelven 2004, p. 100; Jongbloed 2005, p. 51; Wackie Eysten 2003, p. 114.

70 Bosnak 2006, p. 44; Schonewille 2010, p. 46-47.

71 Conclusie A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75, nr. 16-18.

72 Zie reeds Knigge 2009, p. 353-359.

partijen in het geding. Door een afspraak tot mediation kunnen partijen minder snel bij de rechter terecht, zodat het langer kan duren voordat hun geschil afgehandeld is. Huydecoper wijst er bovendien op dat in een vergaand geëscaleerde conflictsituatie denkbaar is dat de ene partij de mediation wil gebruiken om de ander onder druk te zetten of uit te schelden.⁷³ Hoewel de overeenkomst tot mediation dus bezwarend kan zijn voor partijen, moet bedacht worden dat niet al te snel kan worden aangenomen dat de wens een partij te beschermen aan de geldigheid van een procesovereenkomst in de weg staat. Over het algemeen zal de bescherming die het contractenrecht biedt, voldoen.

De overeenkomst tot mediation kan bovendien ook voordelig voor partijen zijn. Indien de mediation succesvol is, blijft hun een gerechtelijke procedure bespaard. Ook vanuit het openbaar belang bezien zijn er positieve aspecten verbonden aan de overeenkomst tot mediation. Het feit dat partijen eerst via mediation pogen een oplossing voor hun geschil te vinden, draagt bij aan een zo laag mogelijke inzet van overheidsmiddelen. Deze voorfase kost de overheid immers niets, maar kan er wel toe leiden dat een gerechtelijke procedure overbodig wordt.

Uiteraard gelden deze voordelen voor partijen en de overheid enkel, indien er in ieder geval *enige* kans bestaat dat een verplichte mediation succesvol is. Anders is immers geen enkele kostenbesparing te verwachten en worden partijen slechts, zonder dat dit enig doel dient, tijdelijk afgehouden van de rechter. Zoals hiervoor is aangegeven, moet worden aangenomen dat ook onvrijwillige mediations inderdaad kans van slagen hebben.

Al met al ben ik van mening dat de bezwaren die tegen een bindende overeenkomst tot mediation bestaan, niet opwegen tegen de positieve aspecten die aan deze overeenkomst zijn verbonden. Partijen moeten dan ook niet alleen met betrekking tot een reeds bestaand geschil, maar ook voordat het geschil gerezen is, kunnen overeenkomen dat zij eerst een mediationpoging zullen doen voordat de toegang tot de overheidsrechter openstaat. Wel geldt daarbij dat, gezien de aard van het middel van mediation, niet al te snel kan worden aangenomen dat partijen een dergelijke bindende overeenkomst hebben willen sluiten. Aangezien mediation in principe uitgaat van vrijwilligheid, ligt het immers niet voor de hand dat partijen een *verplichting* tot mediation in het leven hebben willen roepen. Enkel indien uitdrukkelijk blijkt dat partijen de toegang tot de rechter tijdelijk hebben willen uitsluiten, kan worden aangenomen dat van een bindende overeenkomst sprake is. Is dit het geval, dan staat de toegang tot de overheidsrechter pas open, nadat zij een poging hebben gedaan om via mediation hun geschil op te lossen. Hiervoor zal in principe voldoende zijn dat zij een eerste mediationbijeenkomst hebben bijgewoond.⁷⁴

Partijen kunnen door middel van een overeenkomst tot mediation dus tijdelijk de bevoegdheid om te procederen uitsluiten, al zal, gezien het uitgangspunt van vrijwilligheid dat bij mediation geldt, niet al te snel mogen worden aangenomen dat zij dit hebben willen doen.

73 Conclusie A-G Huydecoper voor HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75, nr. 11.

74 Zie ook Sanders 2006, p. 895; Schonewille 2010, p. 66.

5.5 Uitsluiting van de bevoegdheid een vordering in kort geding in te stellen

5.5.1 Algemeen

Is het mogelijk dat partijen bij overeenkomst de bevoegdheid uitsluiten om van een bepaald soort procedure gebruik te maken? Denkbaar is bijvoorbeeld dat partijen bepalen dat niet geprocedeerd kan worden in kort geding.

Ook in de Duitse literatuur heeft men zich beziggehouden met de vraag of het mogelijk is de bevoegdheid uit te sluiten om te verzoeken om een 'einstweilige Verfügung' of een 'Arrest'.⁷⁵ De opvattingen op dit punt stemmen overeen met de opvattingen over de volledige uitsluiting van de bevoegdheid tot procederen. Schlosser en Wagner achten een dergelijke overeenkomst toelaatbaar.⁷⁶ Schiedermaier merkt daarentegen op dat het 'Arrestprozess' niet bij overeenkomst uitgesloten kan worden.⁷⁷

De overeenkomst waarbij de bevoegdheid om in kort geding te procederen bij voorbaat wordt uitgesloten, lijkt mij zonder meer ongeldig. Het algemeen belang dat partijen voldoende toegang tot rechtspraak hebben, wordt door een dergelijke afspraak te zeer geschaad. Feitelijk zal uitsluiting van deze bevoegdheid vaak betekenen dat het in spoedeisende zaken voor een partij in het geheel onmogelijk wordt haar rechten af te dwingen. Het gevaar van eigenrichting dat als gevolg van een dergelijke afspraak ontstaat, is dan ook groot. Ook heeft een dergelijke afspraak vergaande gevolgen voor partijen. Aangezien daar tegenover niet inzichtelijk is welk belang partijen bij de uitsluiting van het kort geding zouden kunnen hebben, staat ook de wens partijen te beschermen aan een dergelijke afspraak in de weg.

Indien partijen met betrekking tot een reeds bestaand geschil de toegang tot het kort geding uitsluiten, bestaat meer ruimte voor twijfel. Het kan zijn dat een van beide partijen graag een principiële uitspraak verkrijgt, zodat reeds vaststaat dat na het kort geding verder geprocedeerd zal worden. Partijen kunnen in een dergelijk geval besluiten dat zij zich de kosten van een kort geding net zo goed kunnen besparen, en overeenkomen om zich direct tot de bodemrechter te wenden. Hoewel partijen in dat geval een legitiem belang hebben bij de uitsluiting van het kort geding, lijkt de overeenkomst mij nog steeds ongeldig. Reden is dat ook in dit geval de toegang tot rechtspraak te zeer belemmerd wordt. Zelfs indien het geschil reeds is gerezen, kunnen zich onverwachte gebeurtenissen voordoen waardoor een partij aan een voorlopige voorziening behoefte heeft.

De overeenkomst waarbij de bevoegdheid om in kort geding te procederen wordt uitgesloten, is dus steeds nietig. Overigens kunnen partijen zich feitelijk natuurlijk wel overeenkomstig een dergelijke afspraak gedragen. Bovendien moet bedacht worden dat als gevolg van een afspraak tussen partijen het belang bij een voorlopige voorziening kan komen te ontbreken. Indien een partij heeft toegezegd om voorlopig geen inbreuk te maken op het gepretendeerde recht van haar wederpartij, in ruil

⁷⁵ Zie over de 'einstweilige Verfügung' en het 'Arrest' en het verschil tussen deze procedures en het Nederlandse kort geding Kramer 2001, p. 58 e.v.

⁷⁶ Schlosser 1968, p. 73; Wagner 1998, p. 421.

⁷⁷ Schiedermaier 1935, p. 93-94.

waarvoor deze wederpartij geen vordering in kort geding zal instellen, zal over het algemeen geen voldoende belang meer aanwezig zijn. De voorlopige voorziening zal in dat geval worden geweigerd.⁷⁸

5.5.2 Arbitrage en bindend advies

Ook in het kader van een arbitrage of een bindend advies kunnen partijen de toegang tot het kort geding niet volledig uitsluiten. Zo blijkt expliciet uit artikel 1022 lid 2 Rv dat de overeenkomst tot arbitrage niet aan een verzoek tot een voorlopige voorziening aan de overheidsrechter in de weg staat. Wel kunnen partijen een arbitraal kort geding overeenkomen (zie artikel 1051 Rv). Zelfs in dat geval is de voorzieningenrechter in kort geding niet zonder meer onbevoegd. Uit artikel 1051 lid 2 Rv blijkt dat hij in dat geval alle omstandigheden in aanmerking nemende, bepaalt of hij de zaak in behandeling neemt. Duidelijk is kortom dat de wetgever heeft willen garanderen dat partijen voldoende mogelijkheden hebben om een voorlopige voorziening te verkrijgen.

Ook voor de overeenkomst tot bindend advies geldt dat zij niet aan een verzoek tot een voorlopige voorziening bij de overheidsrechter in de weg staat.⁷⁹

5.6 Inhoudelijke beperkingen

5.6.1 Inleiding

Denkbaar is dat partijen de bevoegdheid om te procederen niet uitsluiten, maar wel inhoudelijke beperkingen overeenkomen met betrekking tot de wijze waarop een procedure gevoerd wordt. Partijen spreken bijvoorbeeld af dat een bepaald beroep of verweer niet tijdens de procedure naar voren gebracht mag worden. Ook kunnen zij afspraken maken over de feiten op basis waarvan de procedure gevoerd zal worden. Zij kunnen ervoor zorgen dat bepaalde feiten vast komen te staan, door af te spreken dat de ene partij deze feiten zal stellen, en de ander ze niet zal weerspreken. Ook kunnen zij er juist voor zorgen dat bepaalde feiten *niet* in de procedure aan de orde komen, door af te spreken dat zij niet gesteld mogen worden. In al deze gevallen wijken partijen dus af van de regel, dat zij alle feiten en omstandigheden, welke naar hun inzicht van belang kunnen zijn voor de beslissing van hun geschil, vrijelijk ter kennis van de rechter moeten kunnen brengen.⁸⁰ Daarnaast zal een dergelijke afspraak veelal in strijd zijn met artikel 21 Rv, op grond waarvan partijen verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Het is dus de vraag in hoeverre partijen van deze regels af kunnen wijken.

⁷⁸ Zie bijv. Rb. Breda (k.g.) 26 juli 2004, LJN AQ9893.

⁷⁹ Zie bijv. Rb. Maastricht (k.g.) 20 juni 2008, LJN BD5614, r.o. 4.2-4.25; Rb. Amsterdam (k.g.) 20 februari 2004, NJF 2004, 319, r.o. 6; Rb. Breda (k.g.) 26 juli 2004, LJN AQ9893; Rb. Arnhem (k.g.) 4 augustus 1969, NJ 1971, 137, m.nt. PZ.

⁸⁰ Volgens de Hoge Raad vloeit deze regel voort uit art. 6 EVRM en de naar intern Nederlands recht geldende eisen van een goede procesorde. Zie HR 30 maart 1998, NJ 1998, 554, m.nt. DA, r.o. 3.3; zie hierover ook Knigge 2006, p. 616; zie verder art. 19 Rv en Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 129.

Hierna zal eerst worden ingegaan op de Duitse literatuur, voordat gepoogd wordt op deze vraag een antwoord te geven.

5.6.2 Duits recht

In de Duitse literatuur wordt er over het algemeen van uitgegaan dat partijen geldig afspraken kunnen maken over de bevoegdheid om feiten te stellen tijdens de procedure. Zo kan een partij worden verplicht een bepaald feit, dat door haar wederpartij gesteld is, niet te betwisten. Het gaat daarbij om een zogenaamd 'Geständnisvertrag'. Als reden voor de geldigheid van een dergelijke overeenkomst wordt over het algemeen gegeven, dat het stellen van feiten een bevoegdheid is die aan partijen is overgelaten. Het belang van de waarheidsvinding zou niet aan een dergelijke overeenkomst in de weg staan, aangezien partijen ook door feitelijk bepaalde stellingen te betrekken invloed kunnen uitoefenen op hetgeen tijdens de procedure als 'waar' te gelden heeft.⁸¹ Deze auteurs gaan dus uit van de in paragraaf 4.3.3 verworpen opvatting, dat indien partijen feitelijk een bepaald resultaat kunnen bereiken, er ook geen openbaar belang aan het sluiten van een overeenkomst in de weg kan staan. Hoewel Baumgärtel het standpunt deelt dat de waarheidsvinding geen belemmering voor een dergelijke overeenkomst vormt, acht hij haar ter bescherming van partijen uiteindelijk toch niet mogelijk. Het zou niet wenselijk zijn indien partijen hun vrijheid tot het betwisten van feiten van tevoren zouden kunnen uitsluiten.⁸² Schiedermair meent dat, gezien het belang dat partijen de reikwijdte van een afspraak moeten kunnen overzien, een dergelijke overeenkomst enkel mogelijk is met betrekking tot een *bepaalde* rechtsverhouding.⁸³ Wagner daarentegen meent dat de algemene bepalingen van het contractenrecht voldoen ter bescherming van partijen.⁸⁴

In de literatuur wordt een 'Geständnisvertrag' dus over het algemeen toelaatbaar geacht. Interessant is nog dat Cremer een onderscheid maakt tussen de afspraak een bepaald, door de wederpartij gesteld feit niet te betwisten ('Geständnisvertrag'), en de afspraak om sommige feiten in het geheel niet in het geding te brengen.⁸⁵ Volgens Cremer is deze laatste afspraak niet geldig, omdat zij in strijd zou zijn met het recht op rechterlijk gehoor. Dit recht brengt mee dat partijen zich tijdens een proces vrij moeten kunnen uiten en dat het gerecht op deze uitingen acht slaat. Van dit recht zou geen afstand kunnen worden gedaan.⁸⁶ Cremer wijst er bovendien op dat, hoewel partijen ervoor kunnen kiezen in het geheel niet te procederen, zij, indien zij dit wel doen, ook aan de regels van het gerecht gebonden zijn. De procedure bij de overheidsrechter vormt namelijk een uitoefening van overheidsmacht, zodat de staat hierbij bepaalde rechtsstatelijke grondbeginselen in acht dient te nemen.⁸⁷

81 Schiedermair 1935, p. 68 e.v., m.n. p. 79-82; Baumgärtel 1957, p. 252 e.v.; Wagner 1998, p. 640-643. Zie voor een overzicht van de opvattingen in de literatuur ook Cremer 2007, p. 102 e.v., m.n. p. 108-109.

82 Baumgärtel 1957, p. 258.

83 Schiedermair 1935, p. 73-74.

84 Wagner 1998, p. 642.

85 Cremer 2007, p. 96-102.

86 Cremer 2007, m.n. p. 124 e.v.

87 Cremer 2007, p. 153.

5.6.3 Beoordeling

Kunnen partijen bij overeenkomst de bevoegdheid tot stellen beperken? Bij een dergelijke overeenkomst wijken partijen, zoals gezegd, onder andere af van de waarheidsplicht van artikel 21 Rv. De parlementaire geschiedenis bij artikel 21 Rv bevat echter geen aanwijzingen over de vraag, of afwijking van dit artikel mogelijk is. De vraag of een dergelijke overeenkomst toelaatbaar is zal dan ook geheel en al moeten worden beantwoord aan de hand van de in hoofdstuk 4 in kaart gebrachte belangen.

Duidelijk is ten eerste dat de afspraak waarbij de bevoegdheid tot stellen is beperkt, bezwarend kan zijn voor partijen zelf. Zij zijn hierdoor wellicht niet in staat hun volledige geschil ter kennis van de rechter te brengen. Daarnaast wordt door een dergelijke afspraak ook het algemeen belang van een voldoende toegang tot rechtspraak getroffen. Indien partijen niet de mogelijkheid hebben hun volledige geschil aan de rechter voor te leggen, ontstaat gevaar van eigenrichting. Ook het belang van vertrouwen in de rechtspraak is in het geding. De afspraak dwingt de rechter er immers toe het recht op hoor en wederhoor van (een van) partijen te miskennen. Doordat hij hetgeen een partij naar voren heeft gebracht dient te negeren, zal hij uitspraak moeten doen op basis van feiten waarvan hij weet dat ze het geschil tussen partijen onjuist of onvolledig weergeven. Ondanks het feit dat deze handelswijze is gebaseerd op een overeenkomst van partijen, kan hierdoor het vertrouwen in de rechtspraak worden geschaad. Ten slotte staat ook het vertrouwen in de overheid als geheel op het spel indien zij meewerkt aan de tenuitvoerlegging van een uitspraak die is verkregen zonder dat beide partijen volledig zijn gehoord.

Er staan dus heel wat belangen aan een afspraak, waarbij de bevoegdheid tot stellen wordt beperkt, in de weg. Deze overeenkomst gaat in bepaalde opzichten nog verder dan de afspraak waarbij de mogelijkheid om te procederen *geheel* wordt uitgesloten. Hier is ook door Cremer terecht op gewezen.⁸⁸ De rechter raakt immers, anders dan bij de overeenkomst om niet te procederen, in dit geval betrokken bij de zaak. Hierdoor staat ook zijn gezag op het spel. In de parlementaire geschiedenis met betrekking tot artikel 21 Rv wordt dan ook opgemerkt:

'Maar vraagt men eenmaal op grond van een bepaalde feitenconstellatie aan de rechter een beslissing over een geschil, dan gaat het niet aan om de rechter de beslissing te bemoeilijken of zelfs onmogelijk te maken, door hem benodigde gegevens (...) te onthouden.'⁸⁹

Toch kan op basis hiervan niet zonder meer worden geconcludeerd dat de overeenkomst waarbij de bevoegdheid tot stellen wordt beperkt nietig is. Immers, dezelfde belangen lijken aan een bewijsovereenkomst in de weg te staan. Ook een bewijsovereenkomst kan de waarheidsvinding belemmeren, waardoor de rechter uitspraak dient te doen op basis van feiten waarvan duidelijk is dat zij het geschil van partijen onjuist of onvolledig weergeven. Ook een bewijsovereenkomst kan ertoe leiden dat het voor een partij feitelijk vrijwel onmogelijk wordt een bepaald geschil aan de rechter voor te leggen. Toch zijn bewijsovereenkomsten op grond van de wet

⁸⁸ Cremer 2007, p. 153; zie par. 5.6.2.

⁸⁹ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 147.

toelaatbaar. Voordeel van bewijsovereenkomsten is dat zij partijen duidelijkheid kunnen verschaffen over hun positie in een eventueel geschil. Zij maken procedures meer voorspelbaar, waardoor partijen wellicht eerder af zullen zien van een procedure.⁹⁰

Bedacht moet echter worden dat een overeenkomst waarbij de mogelijkheid tot stellen wordt beperkt, veel verdergaat dan een bewijsovereenkomst. Een bewijsovereenkomst speelt pas een rol, indien het tijdens de procedure ook daadwerkelijk tot bewijslevering komt. Partijen worden door een dergelijke overeenkomst dus niet belemmerd in het naar voren brengen van stellingen tijdens de procedure. Vaak kan op basis van wat partijen hebben gesteld de zaak reeds worden afgedaan en komt bewijslevering helemaal niet aan de orde. Een overeenkomst waarbij beperkingen worden opgelegd aan hetgeen partijen tijdens een procedure naar voren mogen brengen, heeft dus veel verdergaande gevolgen dan een overeenkomst waarbij de mogelijkheid tot bewijslevering wordt beperkt. De toegang tot de rechter wordt in dat geval in veel sterkere mate belemmerd.

Desondanks blijft het mogelijk dat er gronden zijn die de overeenkomst waarbij de bevoegdheid tot stellen is beperkt, kunnen rechtvaardigen. Daarbij is te denken aan het belang dat partijen kunnen hebben bij geheimhouding ter bescherming van bijvoorbeeld privacy of van bedrijfsgeheimen. Om te voorkomen dat hun hele huwelijksleven op straat komt te liggen, spreken partijen in een echtscheidingsprocedure af om bepaalde feiten buiten de procedure te houden. Dat partijen een legitiem belang kunnen hebben bij geheimhouding, blijkt ook uit het feit dat de waarheidsplicht van artikel 21 Rv niet absoluut is. Een uitzondering kan worden aangenomen in geval van gewichtige redenen.⁹¹ Bij gewichtige redenen moet, blijkens de toelichting op artikel 22 Rv, worden gedacht aan vertrouwelijke gegevens, zoals bijvoorbeeld gegevens betreffende de seksuele geaardheid, de medische status of financiële positie. Ook kan gedacht worden aan vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Voor het overige wordt de invulling van dit criterium aan de rechtspraak overgelaten.⁹²

Toch is het belang bij vertrouwelijkheid onvoldoende om een overeenkomst waarbij de bevoegdheid tot stellen wordt beperkt, toelaatbaar te achten. Dat een partij op grond van artikel 21 Rv niet *verplicht* is bepaalde gegevens in het geding te brengen, betekent nog niet dat zij ook *de bevoegdheid* deze gegevens naar voren te brengen, kan uitsluiten. De wet bevat bovendien ook andere mogelijkheden om met het belang bij vertrouwelijkheid rekening te houden. Zo is in artikel 27 lid 1 Rv bepaald dat de rechter behandeling met gesloten deuren kan bevelen.⁹³ Voorts blijkt uit artikel 28 lid 2 Rv dat de griffier aan eenieder die dat verlangt afschrift van uitspraken verstrekt, maar dat deze verstrekking ter bescherming van zwaarwegende belangen kan worden geweigerd.

Deze maatregelen zijn in bepaalde gevallen onvoldoende. Het kan bijvoorbeeld zijn dat partijen bepaalde gebeurtenissen buiten de procedure willen houden, omdat het emotioneel te belastend voor hen is om deze gebeurtenissen opnieuw op te

90 Van der Wiel 2002a, p. 222, 227; Castermans 1986, p. 117.

91 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 147.

92 Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 157.

93 Zie ook Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 155.

rakelen. In dat geval helpt behandeling met gesloten deuren niet. Het belang dat partijen hun daadwerkelijke geschil aan de rechter moeten kunnen voorleggen weegt mijns inziens echter zwaarder dan het belang van partijen om over bepaalde gebeurtenissen niet langer te spreken. Indien de gegevens relevant zijn voor de beoordeling van de zaak, moet een partij hierop ook in een procedure een beroep kunnen doen.

Het is nog denkbaar dat het partijen niet te doen is om vertrouwelijkheid ten opzichte van de buitenwereld, maar om vertrouwelijkheid ten opzichte van de rechter. Zij willen met hun afspraak voorkomen dat de rechter bepaalde aspecten in zijn beoordeling betreft. Hiervoor kunnen partijen uiteenlopende redenen hebben, die variëren van enigszins legitiem tot iets minder legitiem. Zo kan het zijn dat partijen ervoor willen zorgen dat de zaak die aan de rechter wordt voorgelegd overzichtelijk blijft. Ook is echter denkbaar dat zij willen voorkomen dat de rechter op de hoogte raakt van illegale praktijken, zoals belastingontduiking.⁹⁴ Wat ook de precieze reden van partijen is, zij lijkt mij onvoldoende om een dergelijke afspraak te kunnen rechtvaardigen. Doel is immers steeds om het de rechter onmogelijk te maken over het daadwerkelijke geschil van partijen te oordelen. Alleen al ter bescherming van het gezag van de rechterlijke macht kan dit niet worden aanvaard.⁹⁵

Feitelijk kunnen partijen uiteraard wel afspreken om bepaalde stellingen niet te betrekken. Indien zij de afspraak naleven, is er geen probleem. Juridisch bindt de afspraak alleen niet: indien een van de partijen de feiten of geschilpunten toch naar voren brengt, zal de rechter deze punten gewoon in zijn beoordeling betrekken.

Indien partijen een dergelijke afspraak hebben gemaakt, kan de rechter hier bovendien in sommige gevallen rekening mee houden. Denkbaar is dat partijen hebben afgesproken bepaalde stellingen niet te betrekken om de zaak overzichtelijk te houden. Indien een van de partijen dit geschilpunt toch aan de rechter voorlegt, kan de rechter, met het oog op de afspraak van partijen, ervoor kiezen om dit punt pas later in het geding te behandelen. Hij kan dan eerst in een tussenvonnis de rest van het geschil van partijen beoordelen, voordat dit laatste geschilpunt wordt afgehandeld.⁹⁶ Of de rechter het geschil op deze manier behandelt, is echter afhankelijk van zijn eigen beleid. De rechter wordt niet gebonden door de afspraak van partijen en is dan ook niet verplicht om op deze manier te werk te gaan.

Partijen die over een bepaald punt in het geheel niet willen procederen, kunnen dit bewerkstelligen door een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Ook is het mogelijk dat zij bepaalde feiten buitengerechtelijk erkennen. Partijen kunnen deze erkenning daarbij neerleggen in een akte, zodat de erkenning tussen hen dwingend bewijs oplevert voor zover dit enkel leidt tot rechtsgevolgen die ter vrije bepaling van

94 Zie bijv. Hof Amsterdam 11 oktober 2007, *NJF* 2008, 48; Zie ook Rb. Roermond 23 juli 2008, LJN BE9353 en Rb. Roermond 23 juli 2008, LJN BE9354 waarin het ging om een amateurvoetbalclub die overeengekomen was een hogere vergoeding te betalen aan een voetballer dan op grond van de KNVB-regels was toegestaan. Deze overeenkomst was gecombineerd met een geheimhoudingsclausule zodat een en ander voor de KNVB verborgen zou blijven.

95 Zie ook Hof Amsterdam 11 oktober 2007, *NJF* 2008, 48, r.o. 4.6. Volgens het hof was een afspraak om een overeenkomst gericht op belastingontduiking geheim te houden in strijd met de openbare orde. Zij zou namelijk betekenen dat geïntimeerde zich niet behoorlijk kon verdedigen en zou iedere eerlijke geschiloplossing in de waagschaal stellen.

96 Zie over deze mogelijkheid ook *Kamerstukken I* 2009/10, 31 518, nr. C (MvA), p. 5.

partijen staan (zie artikel 157 lid 2 Rv). Zij kunnen daarbij op grond van artikel 153 Rv bovendien tegenbewijs uitsluiten. Deze methodes leiden er niet toe dat bepaalde stellingen tijdens de procedure niet betrokken mogen worden. Wel hebben zij tot gevolg dat het weinig zin heeft om deze stellingen in te nemen, aangezien het bewijs van deze stellingen niet geleverd zal kunnen worden.

Partijen staan kortom voldoende alternatieven ter beschikking. Op basis van het beoordelingskader dat in het vorige hoofdstuk is gegeven, moet worden geconcludeerd dat partijen de bevoegdheid om feiten aan te voeren of stellingen te betrekken tijdens de procedure niet bij overeenkomst kunnen beperken. Om te beoordelen of dit standpunt ook in de praktijk houdbaar is, zal hierna op een aantal praktijkvoorbeelden worden ingegaan. Eerst zal echter de situatie bij arbitrage en bindend advies worden besproken.

5.6.4 Arbitrage en bindend advies

De afspraak, waarbij beperkingen worden gesteld aan hetgeen partijen tijdens de procedure kunnen stellen, is ook ontoelaatbaar in het kader van een arbitrage of een bindend advies. Weliswaar speelt het belang van vertrouwen in de rechtspraak in dit verband een veel minder belangrijke rol. De overheid heeft er echter wel degelijk belang bij dat de procedure aan bepaalde voorwaarden voldoet. De uitspraak van arbiters of bindend adviseurs kan immers uiteindelijk enkel via de overheid ten uitvoer worden gelegd (na exequatur of een veroordeling tot nakoming door de overheidsrechter). Bovendien kan door een dergelijke afspraak de toegang tot rechtspraak voor bepaalde aspecten van het geschil worden beperkt. Dit kan niet alleen bezwarend voor partijen zijn, hierdoor kan ook gevaar van eigenrichting ontstaan. Ook in het kader van arbitrage of bindend advies is een overeenkomst waarbij de bevoegdheid tot stellen wordt beperkt kortom ontoelaatbaar.

5.6.5 Pro forma verweer bij beëindiging arbeidsovereenkomst

In het kader van de beëindiging van arbeidsovereenkomsten kwamen in het verleden regelmatig pro-formaontbindingsprocedures voor. Dit geschiedde veelal ter veiligstelling van de WW-uitkering van de werknemer. Tegenwoordig is, als gevolg van beperking van de verwijtbaarheidstoets in de Werkloosheidswet per 1 oktober 2006, een pro-formaprocedure hiervoor niet meer nodig. Toch kan een werknemer ook nu nog belang hebben bij een dergelijke procedure, bijvoorbeeld ter verkrijging van een uitkering op grond van de Ziektewet.⁹⁷

In geval van een pro-formaprocedure zijn werkgever en werknemer het eens over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar komen toch ontbinding door de rechter overeen. Afgesproken wordt dat de werknemer slechts formeel verweer zal

⁹⁷ Van Genderen e.a. 2008, p. 204-205, 315-316; Bakels/Asscher-Vonk & Bouwens 2009, p. 171, 345, 389-390.

voeren tegen het verzoek van de werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Hij zal dus geen inhoudelijke bezwaren tegen dit verzoek mogen aanvoeren.⁹⁸ Het is echter de vraag of een dergelijke afspraak geldig is.

Zowel de rechtspraak als de literatuur laten op dit punt een wisselend beeld zien. De meeste rechters oordelen dat een dergelijk beding nietig is.⁹⁹ Er zijn echter ook uitspraken waarbij de werknemer in kort geding veroordeeld is om in de ontbindingsprocedure een neutraal geformuleerd verweerschrift in te dienen.¹⁰⁰ Ook in de literatuur wordt verschillend over de geldigheid van een dergelijke afspraak gedacht.¹⁰¹

Ter onderbouwing van het standpunt dat een dergelijk beding nietig is, ziet men verschillende redenen terug. Ten eerste wordt wel een beroep gedaan op het karakter van het ontslagrecht. In artikel 7:685 lid 1 BW is bepaald dat elk beding waarbij de bevoegdheid om ontbinding aan de kantonrechter te verzoeken wordt uitgesloten of beperkt, nietig is. Deze bepaling zou zo moeten worden uitgelegd, dat zij niet alleen ziet op ontbindingsverzoeken, maar ook op bedingen waarbij de mogelijkheid tot het voeren van *verweer* wordt beperkt.¹⁰² Er wordt echter ook wel meer in zijn algemeenheid geoordeeld dat partijen niet bij overeenkomst het recht kunnen beperken om inhoudelijk verweer te voeren. Zo is volgens de Kantonrechter Utrecht het recht om (inhoudelijk) verweer te voeren in een gerechtelijke procedure een onvervreemdbaar recht.¹⁰³ Vaak wordt als bezwaar gezien dat de rechter als gevolg van een dergelijke afspraak niet meer kan oordelen over het aan de orde zijnde geschil. De Kantonrechter Amsterdam wees bijvoorbeeld een vordering in kort geding tot nakoming van een dergelijke afspraak af aangezien naar zijn oordeel een overeenkomst, waardoor een partij wordt verhinderd om haar standpunt aan een bevoegde rechter kenbaar te maken, strijdig is met de openbare orde. Volgens de kantonrechter strekte de vordering ertoe dat de bevoegde rechter in de onmogelijkheid wordt gesteld om naar eigen goeddunken een beslissing te geven.¹⁰⁴ Zie ook bijvoorbeeld Van Heusden, die

98 Zie over deze praktijk bijv. Damsteegt 2003, p. 261 e.v.; Van Heusden 2001, p. 212-213.

99 Zie bijv. Rb. Utrecht (sector kanton, k.g.) 7 april 2004, *NJF* 2004, 334, r.o. 3; Rb. Amsterdam (sector kanton) 8 juli 2003, *NJF* 2003, 69; Rb. Amsterdam (sector kanton, k.g.) 26 mei 2003, *JAR* 2003, 201; Rb. Utrecht (k.g.) 18 februari 2003, *JAR* 2003, 69, r.o. 4.3.

100 Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 18 juni 2002, *JAR* 2002, 244; Rb. Rotterdam (k.g.) 22 mei 2003, *JAR* 2003, 163.

101 Geldig wordt een dergelijk beding geacht door Boom 2005, p. 19-25 en Grapperhaus 2004, p. 173-178. Volgens Boot moet er daarentegen op zijn minst genomen rekening mee worden gehouden dat een dergelijke afspraak niet afdwingbaar is; Boot 1998, p. 14-15. Van Heusden 2001, p. 220-221 acht een meer-minderclausule ongeldig. Een meer-minderclausule houdt in dat partijen afspreken dat als de kantonrechter een andere vergoeding toekent dan partijen zijn overeengekomen, zij daar geen rechten aan kunnen ontlenen (zie bijv. Damsteegt 2003, p. 272; Grapperhaus 2004, p. 176). Van Heusdens bezwaren lijken evenzeer te gelden voor de afspraak slechts formeel verweer te voeren. In een later artikel lijkt Van Heusden overigens enigszins van zijn bezwaren teruggekomen te zijn; Van Heusden 2004, p. 222-233.

102 Rb. Amsterdam (sector kanton, k.g.) 26 mei 2003, *JAR* 2003, 201; Rb. Utrecht (k.g.) 18 februari 2003, *JAR* 2003, 69, r.o. 4.3; Rb. 's-Hertogenbosch (k.g.) 3 augustus 2009, *Prg.* 2009, 157, r.o. 5.1-5.2. Van Heusden acht een meer-minderclausule, formeel althans, niet in strijd met dwingend recht, maar volgens hem is de afspraak wel strijdig met de strekking van het ontslagrecht; Van Heusden 2001, p. 220.

103 Rb. Utrecht (sector kanton, k.g.) 7 april 2004, *NJF* 2004, 334, r.o. 3.

104 Rb. Amsterdam (sector kanton, k.g.) 8 juli 2003, *NJF* 2003, 69.

opmerkt dat, ondanks het beginsel van lijdelijkheid, de kantonrechter nu eenmaal geen stempelmachine is.¹⁰⁵

De rechters die het beding om formeel verweer te voeren wel afdwingbaar achten, motiveren dit oordeel over het algemeen niet.¹⁰⁶ Boom geeft wel een onderbouwing voor de geldigheid van een dergelijk beding. Zij beroept zich erop dat het bij een beëindigingsregeling om een vaststellingsovereenkomst gaat. Op grond van artikel 7:902 BW is een vaststelling ook geldig indien zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij tevens de inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Volgens Boom is de afspraak om enkel formeel verweer te voeren weliswaar in strijd met artikel 7:685 lid 1 BW, maar is zij niet in strijd met de goede zeden of openbare orde. De rechter wordt volgens Boom door de afspraak namelijk niet gebonden, aangezien het voor de rechter mogelijk blijft om het verzoek tot ontbinding af te wijzen. Volgens Boom is bovendien geen sprake van opzettelijke afwijking van dwingende wetgeving door partijen, aangezien over het algemeen onduidelijk is tot welk resultaat toepassing van artikel 7:685 BW in hun situatie zal leiden.¹⁰⁷ Nakoming van de afspraak een formeel verweerschrift in te dienen kan naar haar mening in kort geding gevorderd worden.¹⁰⁸

In zowel de rechtspraak als de literatuur ziet men soms ook een tussenoplossing terug. Aangenomen wordt dan dat op het beding in de ontbindingsprocedure door de rechter geen acht behoeft te worden geslagen. De rechter kan dus gewoon rekening houden met een inhoudelijk verweer van de werknemer. De werknemer die toch inhoudelijk verweer voert, pleegt echter wanprestatie, zodat hij schadeplichtig wordt. Ook zou hij in kort geding veroordeeld kunnen worden tot nakoming van zijn verplichting een formeel verweerschrift in te dienen.¹⁰⁹ Zoals in paragraaf 4.3.1 is gebleken, is een dergelijke constructie ondeugdelijk. Het is niet mogelijk om de verbintenissen van bij een procedure betrokken partijen los te zien van de regels die in een procedure gelden.¹¹⁰

Naar mijn mening is de overeenkomst om slechts formeel verweer te voeren, ongeldig. Ten eerste is de overeenkomst in strijd met (de strekking van) artikel 7:685 lid 1 BW. Ook los van artikel 7:685 lid 1 BW moet een beding, waarbij de mogelijkheid om inhoudelijk verweer te voeren wordt uitgesloten, op grond van hetgeen hiervoor (paragraaf 5.6.3) is aangevoerd nietig worden geacht. Door een dergelijke afspraak wordt de toegang tot de rechter immers te veel beperkt, aangezien de werknemer hierdoor geen reële mogelijkheid heeft om verweer te voeren tegen het verzoek van de werkgever. Bovendien kan de rechter hierdoor niet meer oordelen over het

105 Van Heusden 2001, p. 220-221; zie verder Boot, die meent dat door een dergelijke overeenkomst de kantonrechter wordt gebonden in plaats van partijen; Boot 1998, p. 14.

106 Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 18 juni 2002, *JAR* 2002, 244; Rb. Rotterdam (k.g.) 22 mei 2003, *JAR* 2003, 163; Rb. 's-Gravenhage (sector kanton) 18 juni 2007, *Prg.* 2007, 106.

107 Een vaststellingsovereenkomst die de *strekking* heeft een toepasselijk geachte regel van dwingend recht opzij te zetten is in strijd met de openbare orde of de goede zeden en daarom vernietigbaar. *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3 (MvT), p. 39; HR 21 april 1995, *NJ* 1997, 570, m.nt. CJHB (Schmitz/Caspers).

108 Boom 2005, p. 19-25.

109 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 11 september 1997, *JAR* 1997, 253, *NJK* 1997, 99, r.o. 7; Grapperhaus 2004, p. 173-178.

110 Zie ook Boot 1998, p. 14.

werkelijke geschil van partijen. Er bestaan ook geen legitieme redenen, die deze afspraak kunnen rechtvaardigen. Partijen hebben met deze afspraak tot doel socialezekerheidswetgeving te omzeilen. Zij willen hiermee immers bijvoorbeeld een uitkering veiligstellen in gevallen waarin geen recht op een dergelijke uitkering bestaat, of in ieder geval onzeker is of een dergelijk recht bestaat. De afspraak tot het voeren van een pro-formaprocedure is dan ook wel degelijk in strijd met de openbare orde of de goede zeden, zodat het betoog van Boom, dat sprake is van een geldige vaststellingsovereenkomst, niet kan worden aanvaard.¹¹¹

Daarmee is niet gezegd dat partijen niet *feitelijk* een pro-formaprocedure kunnen voeren. Meestal komt de vraag naar de geldigheid van de afspraak helemaal niet aan de orde. De werknemer zal de afspraak over het algemeen nakomen, aangezien juist met het oog op zijn belangen besloten wordt de arbeidsovereenkomst door de rechter te laten ontbinden. Indien de werknemer zich in een bepaald geval bedenkt en toch inhoudelijk verweer wil voeren, moet hem dit echter gewoon vrijstaan.

5.6.6 De grote leugen

Voor 1971 spraken echtgenoten die wilden scheiden vaak af dat de ene echtgenoot echtscheiding wegens overspel zou vorderen en de andere echtgenoot dit overspel zou erkennen of niet zou weerspreken. Er werd in dergelijke gevallen wel gesproken over 'de grote leugen'. De reden voor een dergelijke afspraak was het feit dat tot 1971 echtscheiding slechts op een beperkt aantal gronden mogelijk was. Deze gronden waren overspel, kwaadwillige verlating, veroordeling wegens misdrijf tot een vrijheidsstraf van vier jaar of langer en door de ene echtgenoot jegens de andere echtgenoot gepleegde verwondingen of levensgevaarlijke misdrijven (artikel 264 BW (oud)). In artikel 263 BW (oud) was bovendien bepaald dat echtscheiding niet door wederzijds goedvinden kon plaatsvinden.¹¹² Door een uitspraak van de Hoge Raad in 1883 werd echtscheiding door wederzijds goedvinden echter feitelijk wel mogelijk. De Hoge Raad oordeelde in deze uitspraak namelijk dat geen nadere bewijslevering nodig was in geval het overspel door de ene echtgenoot was gesteld en door de andere erkend of niet weersproken.¹¹³

De overeenkomst waarbij de ene echtgenoot zich verplichtte om echtscheiding wegens overspel te vorderen en de andere echtgenoot om het gestelde overspel te erkennen of niet te weerspreken, werd in de meeste gevallen echter nietig geacht wegens strijd met de wet. Partijen beoogden immers op deze manier het verbod van

111 Overigens lijkt mij zeer onwaarschijnlijk dat de afspraak om geen formeel verweer te voeren als een vaststellingsovereenkomst kan worden gezien. Zie ook Boot 1998, p. 13. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen zich aan een vaststelling omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, voor het geval hier onzekerheid of geschil over bestaat. Tussen hen kan onzeker zijn of rechtens is dat sprake is van gewichtige redenen, zodat de overeenkomst kan worden ontbonden. Ook kan onzeker zijn of rechtens is dat aan de werknemer een vergoeding wordt toegekend. Partijen kunnen zich daarom binden aan een vaststelling van deze punten. Duidelijk moet echter voor partijen zijn dat niet rechtens is dat de werknemer de plicht heeft enkel formeel verweer te voeren. Er bestaat dus tussen partijen geen onzekerheid of geschil op dit punt, zodat zij ook niet ter beëindiging van onzekerheid hierover een vaststellingsovereenkomst kunnen sluiten.

112 Koens & Van Raak-Kuiper 2003, p. 3.

113 HR 22 juni 1883, W. 4924.

artikel 263 BW (oud) te omzeilen.¹¹⁴ Een echtgenoot was dus niet gehouden inderdaad het overspel te erkennen of niet te weerspreken.¹¹⁵ Indien partijen echter met een dergelijke afspraak niet beoogden echtscheiding op grond van wederzijds goedvinden te bewerkstelligen, maar er inderdaad sprake was van overspel en zij slechts wilden voorkomen dat dit overspel in rechte zou moeten worden bewezen, werd de overeenkomst geldig geacht.¹¹⁶ Volgens Wiarda was in dergelijke gevallen echter enkel sprake van een 'bloot feitelijke, niet bindende regeling'.¹¹⁷

Ook in dit laatste geval lijkt de afspraak mij echter nietig. Hoewel partijen er, ten behoeve van hun privacy, belang bij konden hebben dat niet over de vraag naar overspel geprocedeerd werd, weegt dit niet op tegen de in paragraaf 5.6.3 genoemde bezwaren die tegen een dergelijke overeenkomst bestaan. Partijen dienen hun volledige geschil aan de rechter te kunnen voorleggen en de rechter moet kunnen oordelen over hetgeen daadwerkelijk tussen partijen aan de orde is. Aan het belang bij privacy van partijen kan tegemoet worden gekomen door een behandeling met gesloten deuren te bevelen. Ook kan de griffier geheel of gedeeltelijk weigeren om een afschrift van de uitspraak aan derden te verstrekken. Wel geldt uiteraard ook hier dat partijen *feitelijk* de afspraak konden naleven, waardoor het overspel kwam vast te staan. Hiertoe verplicht waren zij echter niet.

5.6.7 Het geheimhoudingsbeding bij mediation*

In het kader van mediationprocedures wordt vaak een geheimhoudingsbeding overeengekomen. Afgesproken wordt dan dat partijen tijdens een gerechtelijke procedure aan de rechter geen mededelingen zullen doen over hetgeen tijdens de mediation-procedure is gebleken. Vaak wordt daarbij bepaald dat sprake is van een bewijsovereenkomst.¹¹⁸ Inderdaad staat het partijen vrij, om de stukken van de mediation of de verklaring van de mediator als bewijsmiddel uit te sluiten.¹¹⁹ De afspraak gaat echter over het algemeen nog verder: zij ziet niet enkel op de bewijslevering, maar sluit ook het *stellen* van feiten die betrekking hebben op de mediation uit. Zo bepaalt artikel 7.1 NMI Mediation Reglement 2008 dat partijen aan derden – onder wie begrepen rechters of arbiters – geen mededelingen doen omtrent het verloop van de mediation, de daar door de bij de mediation aanwezige personen ingenomen standpunten, gedane voorstellen en de daarbij mondeling of schriftelijk, direct of indirect, verstrekte informatie.

Over het algemeen wordt het geheimhoudingsbeding geldig geacht, waarbij erop wordt gewezen dat de wet bewijsovereenkomsten in artikel 153 Rv uitdrukkelijk

114 Zie bijv. HR 12 december 1947, *NJ* 1948, 109, m.nt. DJV; Hof Amsterdam 2 februari 1927, *NJ* 1927, p. 617-619; Rb. Maastricht 14 oktober 1948, *NJ* 1950, 25; Asser/Wiarda 1957, p. 413.

115 HR 12 december 1947, *NJ* 1948, 109, m.nt. DJV.

116 Zie bijv. HR 20 mei 1938, *NJ* 1939, 94, m.nt. PS; Hof Amsterdam 27 mei 1930, *NJ* 1930, p. 1247; Asser/Wiarda 1957, p. 413.

117 Asser/Wiarda 1957, p. 413.

* Met dank aan mr. K. Winterink. De gesprekken die ik met haar heb gevoerd in het kader van de begeleiding van haar scriptie hebben mij geholpen bij de gedachtevorming op dit gebied.

118 Zie bijv. art. 7.4 NMI Mediation Reglement 2008, te vinden op www.nmi-mediation.nl.

119 Zie m.b.t. de verklaring van de mediator HR 10 april 2009, *NJ* 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.3.

erkent. De bewijsovereenkomst zou dus geldig naast de waarheidsplicht van artikel 21 Rv kunnen bestaan.¹²⁰ Deze redenering gaat uiteraard enkel op, voor zover het beding als bewijsovereenkomst is te kwalificeren. Zojuist is geconstateerd dat voor zover de afspraak inhoudt dat partijen bepaalde stellingen niet naar voren mogen brengen tijdens de procedure, dit niet het geval is.¹²¹ Volgens Van Schaick staat een dergelijk beding dan ook op gespannen voet met het belang van de waarheidsvinding.¹²²

Inderdaad moet het geheimhoudingsbeding, voor zover dit inhoudt dat partijen bepaalde feiten niet mogen stellen, nietig worden geacht. Zoals is aangegeven, is het van belang dat partijen hun volledige geschil aan de rechter kunnen voorleggen en dat de rechter ook kan oordelen over het geschil dat daadwerkelijk tussen partijen aan de orde is. Nu zou wellicht kunnen worden aangenomen dat in geval van mediation het belang bij vertrouwelijkheid tot een andere conclusie moet leiden. Vertrouwelijkheid wordt als een essentieel onderdeel van mediation beschouwd. Aangenomen wordt dat partijen zich tijdens de mediation vrij moeten voelen alle feiten, belangen en emoties naar voren te brengen, zodat zij op zoek kunnen naar de beste oplossing voor hun geschil.¹²³

In de wetgeving wordt dit belang bij vertrouwelijkheid ook erkend. Op grond van de mediationrichtlijn zijn lidstaten verplicht om met betrekking tot grensoverschrijdende mediations een verschoningsrecht toe te kennen aan de mediator en aan andere personen die bij de mediation zijn betrokken.¹²⁴ In het wetsvoorstel tot implementatie van deze richtlijn is ervoor gekozen dit verschoningsrecht tevens te laten gelden voor nationale gevallen.¹²⁵ Toch betekent dit nog niet dat partijen de bevoegdheid uit kunnen sluiten om stellingen te betrekken. Ten eerste is er in het wetsvoorstel uitdrukkelijk voor gekozen om geen verschoningsrecht toe te kennen aan partijen zelf.¹²⁶ Bovendien komt een verschoningsrecht, net als een bewijsovereenkomst, pas aan de orde in het stadium van de bewijslevering.¹²⁷ De overeenkomst waarbij beperkingen worden opgelegd aan hetgeen partijen tijdens een procedure mogen stellen, gaat zoals gezegd veel verder. Uit het wetsvoorstel valt kortom niet af te leiden dat partijen een dergelijke afspraak geldig moeten kunnen maken.

Naar mijn mening is het belang bij vertrouwelijkheid onvoldoende om een geheimhoudingsbeding, voor zover dit inhoudt dat partijen bepaalde feiten niet

120 Zie bijv. Klaassen in haar noot bij Rb. Utrecht 2 februari 2005, *JBPR* 2005, 46, m.nt. C.J.M. Klaassen, *NJF* 2005, 152, nr. 5-7; Klaassen 2005, p. 753-754; Jongbloed & Montr  e 2009, p. 85; Van der Wiel 2002b, p. 131.

121 Zo ook Van Schaick 2006, p. 134-135.

122 Van Schaick 2006, p. 135.

123 Prein, Brenninkmeijer & Pel 2009, p. 15-16; Jongbloed & Montr  e 2009, p. 60; Schutte & Spierdijk 2007, p. 73-74; Van Wassen  er 1995, p. 724.

124 Art. 7 richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken, *Pb. EG* 2008, L 136/3.

125 Zie het wetsvoorstel 32 555 tot aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken.

126 *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 7.

127 Door de regering wordt dan ook benadrukt dat een verschoningsrecht zoals in het wetsvoorstel wordt toegekend, nauwelijks afwijkt van een bewijsovereenkomst. Zie *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 555, nr. 3 (MvT), p. 8; *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 555, nr. 7 (NV), p. 3-4.

mogen stellen, te rechtvaardigen. Indien partijen hiermee willen voorkomen dat derden van bepaalde gegevens op de hoogte raken, voldoen andere middelen. Indien een van de partijen tijdens de mediation bijvoorbeeld bedrijfsgeheimen heeft geopenbaard, kan zij om behandeling met gesloten deuren verzoeken (zie artikel 27 lid 1 Rv). Ook bestaat de mogelijkheid voor de griffier om afschrift van een uitspraak geheel of gedeeltelijk te weigeren (zie artikel 28 lid 2 Rv).

Ook denkbaar is dat partijen met het geheimhoudingsbeding willen voorkomen dat de gegevens die zij tijdens de mediation hebben verstrekt na mislukking van de mediation tegen henzelf worden gebruikt. Stel bijvoorbeeld dat een partij, in het kader van een mediation naar aanleiding van een ongeval, toegeeft te hard te hebben gereden. Aannemelijk is dat deze partij eerder bereid zal zijn dit feit te erkennen, indien zij er zeker van is dat dit niet in een gerechtelijke procedure naar voren gebracht mag worden. Toch is dit mijns inziens onvoldoende om het geheimhoudingsbeding te rechtvaardigen. Immers, op grond van de waarheids- en volledigheidsplicht van artikel 21 Rv was deze partij *hoe dan ook* verplicht dit feit in een gerechtelijke procedure naar voren te brengen. Ook indien geen mediation had plaatsgevonden had zij niet mogen aangeven dat zij zich aan de maximumsnelheid had gehouden. Het enige verschil is dat haar wederpartij niet zou hebben geweten dat deze stelling onjuist was. Doordat *wel* een mediation plaatsvindt, kan een partij niet ineens ontheven worden van een verplichting, die zij ook los van de mediation al had. Deze partij heeft dan ook geen beschermenswaardig belang bij geheimhouding. De mediation heeft enkel het gevolg dat feiten die een partij hoe dan ook aan de rechter bekend behoorde te maken, ook daadwerkelijk bekend worden.

Overigens is het de vraag of een partij daadwerkelijk groot nadeel lijdt van het feit dat haar wederpartij gegevens uit de mediation naar voren kan brengen. Deze partij behoudt immers de mogelijkheid de stellingen te betwisten. Hierdoor schendt zij weliswaar de waarheidsplicht, maar dit zal voor haar wederpartij, indien zij de bewijslast draagt, lastig aan te tonen zijn.¹²⁸ Als gevolg van de bewijsovereenkomst kan immers geen gebruikgemaakt worden van bewijs dat aan de mediation is ontleend.

Een geheimhoudingsbeding kan ten slotte bedoeld zijn, om te voorkomen dat partijen worden opgehangen aan schikkingsvoorstellen die zij in het kader van de mediation hebben gedaan. Indien een partij tijdens de mediation heeft aangegeven bereid te zijn de helft van de schade te vergoeden, wil zij niet dat hierin tijdens een gerechtelijke procedure een erkenning van aansprakelijkheid wordt gezien. Ook dit belang is mijns inziens niet voldoende om het geheimhoudingsbeding te rechtvaardigen. De rechter moet in staat worden geacht om de voorstellen die in het kader van een mediation zijn gedaan op hun waarde te schatten. Hij zal zich er voldoende bewust van zijn dat partijen in het kader van onderhandelingen soms water bij de wijn moeten doen, en dat zij niet met ieder schikkingsvoorstel afstand van hun standpunt hebben willen doen. Nu kan worden tegengeworpen dat dit belang bij vertrouwelijke onderhandelingen toch een door de gedragsregels voor de advocatuur uitdrukkelijk erkend belang is. In gedragsregel 13 is immers bepaald dat omtrent de inhoud van tussen advocaten gevoerde schikkingsonderhandelingen niets

128 Zie ook, m.b.t. het Duitse recht, Eckardt & Dendorfer 2001, p. 787.

aan de rechter mag worden medegedeeld zonder toestemming van de advocaat van de wederpartij. Deze gedragsregel is niet onomstreden. In een advies dat Alkema heeft uitgebracht aan de Orde van Advocaten blijkt dat naar zijn mening vanuit het oogpunt van artikel 6 EVRM bedenkingen bestaan tegen deze regel. Deze regel sluit niet uit dat de rechter verstoken blijft van de voor de beslechting van het geschil essentiële gegevens en het gevaar bestaat dat de waarheidsvinding op onaanvaardbare wijze wordt belemmerd.¹²⁹ Eerder was door Van Eeghen reeds betoogd dat deze gedragsregel in strijd was met artikel 6 EVRM.¹³⁰ Daarnaast moet worden bedacht dat het hier gaat om een gedragsregel, en niet om een regel van burgerlijk procesrecht. De burgerlijke rechter lijkt zich aan de gedragsregels weinig gelegen te laten liggen. De Hoge Raad neemt namelijk aan dat de gedragsregels voor advocaten de burgerlijke rechter niet binden.¹³¹ De Hoge Raad lijkt het bovendien geen probleem te vinden dat de rechter acht slaat op een stuk dat in strijd met de gedragsregels is overgelegd, zo blijkt uit het arrest Mandigers/Van Lit.¹³² A-G Asser overweegt in zijn conclusie voor dit arrest dat een handelen in strijd met de gedragsregel, gegeven de aard van dit soort gedragsregels, niet noodzakelijk onrechtmatig of in strijd met enig beginsel van burgerlijk procesrecht is. Daarbij wijst hij erop dat in het burgerlijk geding in de eerste plaats andere belangen dan die bij handhaving van de gedragsregels een rol spelen, zoals het beginsel dat zo veel mogelijk de waarheid aan het licht dient te komen.¹³³ Het belang van vertrouwelijkheid in het kader van onderhandelingen is dus in de gedragsregels wel erkend, in het burgerlijk procesrecht wordt hier veel minder waarde aan gehecht. Al met al is dit belang mijns inziens niet voldoende om de afspraak tot geheimhouding te kunnen rechtvaardigen.

Een geheimhoudingsbeding is kortom nietig voor zover dit ook betrekking heeft op de bevoegdheid om feiten te stellen.

5.7 De overeenkomst om te procederen

5.7.1 Geldigheid van de overeenkomst om te procederen

Niet alleen denkbaar is dat partijen de bevoegdheid om te procederen uitsluiten, ook is het mogelijk is dat zij overeenkomen om juist *wel* te procederen. Zo kan het zijn dat een partij over een bepaalde kwestie graag een principiële uitspraak zou willen hebben. Zij zou dan met haar wederpartij af kunnen spreken om een proefprocedure te voeren, waarbij partijen elkaar verplichten om door te gaan tot de Hoge Raad. Eventueel kunnen partijen een dergelijke afspraak combineren met een prorogatie of een sprongcassatie.

¹²⁹ Dit advies is niet gepubliceerd; zie hierover echter Van Eeghen 1995, p. 372-373; De Waard 1995, p. 139.

¹³⁰ Van Eeghen 1993, p. 546-548.

¹³¹ HR 20 september 1996, NJ 1997, 640, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Verhees/Octrooibureau), r.o. 3.3.

¹³² HR 2 juni 1989, NJ 1989, 654 (Mandigers/Van Lit), r.o. 3.3. In deze zaak stond echter niet vast dat de correspondentie inderdaad in strijd met de gedragsregel was overgelegd; zie ook de conclusie van A-G Asser, nr. 3.9-3.11. Zie verder bijv. Rb. Utrecht 24 juni 1998, NJK 1998, 61, r.o. 4.3; Rb. Arnhem 17 mei 2006, LJN AY3889.

¹³³ Conclusie A-G Asser voor HR 2 juni 1989, NJ 1989, 654 (Mandigers/Van Lit), nr. 3.11.

Is een dergelijke afspraak om te procederen geldig? Kunnen partijen zich inderdaad verplichten om te procederen? Wagner acht een dergelijke afspraak kennelijk mogelijk, maar onderbouwt dit niet.¹³⁴ Gekeken zal moeten worden of een van de in paragraaf 4.6 genoemde belangen aan een dergelijke afspraak in de weg staat. Daarbij valt er ten eerste op te wijzen dat een dergelijke afspraak belastend kan zijn voor partijen. Procederen is vaak kostbaar en tijdrovend en kan door een partij als emotioneel zwaar worden ervaren. Dit is echter op zichzelf nog geen reden om een dergelijke afspraak ontoelaatbaar te achten. Daartegenover staat immers dat partijen, zoals gezegd, wel degelijk belang bij de afspraak kunnen hebben. Bovendien bieden de bepalingen van het contractenrecht bescherming.

Staan er wellicht andere belangen aan een dergelijke afspraak in de weg? Op het eerste gezicht lijkt dit niet het geval te zijn. Zo lijkt de mogelijkheid om naar de rechter te gaan hierdoor niet te worden beperkt, integendeel, een partij wordt zelfs verplicht om te procederen. Bij nadere beschouwing blijkt dit echter toch niet zo simpel te liggen. Een afspraak om te procederen heeft namelijk ook altijd mede betrekking op de *inhoud* van de procedure. De verplichting om te procederen zou zinloos zijn, indien een partij hieraan zou kunnen voldoen door een in het geheel niet onderbouwde vordering in te stellen. Partijen zullen dus altijd in hun overeenkomst aan moeten geven, hoe de procedure inhoudelijk gevoerd dient te worden. Zij dienen aan te geven welke feiten een partij dient aan te voeren en welke stellingen zij dient te betrekken. Hiervoor (paragraaf 5.6) is echter gebleken dat een partij volledig vrij dient te zijn in de wijze waarop zij het geding inhoudelijk voert. Zowel het individuele belang van partijen, als het algemeen belang staat aan een overeenkomst waarbij deze vrijheid wordt ingeperkt in de weg. Het is echter de vraag of deze bezwaren ook gelden voor de afspraak om te procederen. Bijzonder is immers dat de vrijheid om het geschil aan de rechter voor te leggen in dit geval enkel wordt beperkt in een voor de betreffende partij *gunstige* zin. Deze partij is verplicht om feiten aan te voeren en stellingen te betrekken, die haar kans *vergroten* om de procedure te winnen. Indien zij zich aan de afspraak houdt, zal de procedure dus juist zo veel mogelijk in overeenstemming met de werkelijke stand van zaken worden gevoerd, en heeft zij dus ook de meeste kans dat zij krijgt waarop zij recht heeft. Indien de vrijheid van een partij op deze wijze wordt beperkt, lijkt dus *geen* gevaar van eigenrichting te ontstaan, staat het gezag van de rechter *niet* op het spel en is er *geen* reden voor bescherming van partijen.

Toch is dit laatste mijns inziens onjuist. *Telkens* indien partijen inhoudelijk gaan vastleggen wat bij de rechter moet worden aangevoerd, bestaat namelijk het gevaar dat hetgeen in werkelijkheid geldt en hetgeen een partij bij de rechter kan krijgen, van elkaar gaan afwijken. Dit is ten eerste een gevolg van het feit dat sinds het moment van het maken van de afspraak nieuwe feiten aan het licht kunnen zijn gekomen. Een partij heeft zich verplicht bepaalde feiten te stellen, maar ontdekt later dat deze onjuist zijn. Van groter belang is echter dat niet objectief valt vast te stellen, wat voor een partij gunstig is. Zo is denkbaar dat een partij zich heeft verplicht om in een procedure aan te voeren dat haar wederpartij toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van een verbintenis. Later bedenkt deze partij echter dat zij liever (primair) een beroep doet op vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling. Wat in dat

¹³⁴ Wagner 1998, p. 237-238, 260-261.

geval voor deze partij het meest gunstig is, valt niet objectief vast te stellen. Doordat een partij verplicht is zich (primair) op wanprestatie te beroepen en zij geen beroep kan doen op dwaling, kan wel degelijk een discrepantie ontstaan tussen hetgeen waarop zij feitelijk recht heeft, en hetgeen zij bij de rechter kan krijgen.

Een regel dat een partij zich wel vast kan leggen op een wijze waarop zij inhoudelijk het geding voert, indien deze wijze voor haar gunstig is, valt niet te handhaven. De reden is dat niet objectief valt vast te stellen wat voor een partij gunstig of ongunstig is, zodat de beslissing op dit punt steeds aan een partij zelf overgelaten moet worden.¹³⁵

Partijen kunnen al met al elkaar er niet geldig toe verplichten om een procedure te voeren. Deze overeenkomst houdt immers steeds ook een beperking in van de wijze waarop het geding inhoudelijk gevoerd kan worden, zodat hier dezelfde bezwaren gelden als in paragraaf 5.6 naar voren zijn gebracht.

Dat deze overeenkomst ongeldig is, is wellicht teleurstellend: over het algemeen wordt het immers niet bezwaarlijk gevonden dat partijen proefprocedures voeren. Zo wordt het wenselijk geacht dat zaken die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid, de Hoge Raad (tijdig) bereiken.¹³⁶ Bedacht moet echter worden dat het voeren van een proefprocedure nog steeds mogelijk is, althans voor zover partijen bij een dergelijke procedure een voldoende belang hebben in de zin van artikel 3:303 BW. Feitelijk kunnen partijen immers nog steeds besluiten een dergelijke procedure te beginnen.

5.7.2 *Schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad?*

Een afspraak om te procederen is juridisch niet bindend, zodat de partij die een dergelijke afspraak niet nakomt, geen wanprestatie pleegt. Staat haar wederpartij in dat geval met lege handen? Dit lijkt in sommige gevallen beslist onredelijk. Zo is denkbaar dat partijen hebben afgesproken om een beslissing van de Hoge Raad te verkrijgen. Nadat zij twee instanties hebben doorlopen, heeft de verliezende partij het wel gezien. Zij weigert beroep in cassatie in te stellen. Indien de wederpartij van de appelrechter volledig gelijk heeft gekregen, kan deze partij zelf niet in cassatie gaan. Zij heeft dan weliswaar de procedure gewonnen, maar heeft niet gekregen wat zij wilde: een uitspraak van de Hoge Raad. Alle kosten en tijd die zij heeft geïnvesteerd in deze zaak zijn nu voor niets geweest.

Soms zal een partij mijns inziens in een dergelijk geval schadevergoeding kunnen vorderen op grond van onrechtmatige daad. Het kan onrechtmatig zijn om bij een partij ten onrechte de verwachting te wekken mee te werken aan het verkrijgen van een uitspraak in hoogste instantie. Niet in alle gevallen waarin een partij een afspraak om te procederen niet nakomt, zal onrechtmatigheid echter kunnen worden aangenomen. Hiervoor zijn bijkomende omstandigheden nodig, zoals het feit dat deze partij de verwachting heeft versterkt doordat zij reeds in een of meerdere instanties wel deelgenomen heeft aan de procedure.

¹³⁵ Zie ook Jongbloed 2007, p. 58, nr. 95.

¹³⁶ Zie Versterking van de cassatierechtspraak 2008, p. 3-4, 23-24; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 222-224.

Voordeel van een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad ten opzichte van wanprestatie is overigens dat de begroting van de schade waarschijnlijk gemakkelijker kan verlopen. Indien *wel* een geldige verbintenis om te procederen zou kunnen worden aangenomen, zou discussie kunnen ontstaan over de vraag of nakoming van deze verbintenis wel het gewenste effect zou hebben gehad. De partij die weigert verder te procederen, zou kunnen stellen dat dit ook geen zin had gehad, aangezien de wijze van procederen zoals partijen waren overeengekomen *nooit* had geleid tot een antwoord op de rechtsvraag waarin partijen waren geïnteresseerd. In dat geval zou de rechter dus gedwongen worden zich te begeven in een discussie over de vraag hoe partijen op grond van de overeenkomst precies hadden dienen te procederen, en tot welke uitspraak dit had geleid. In geval van een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad ligt dit anders. Ook indien niet te verwachten is dat daadwerkelijk antwoord was verkregen op de betreffende rechtsvraag, kan het immers onrechtmatig zijn dat een partij haar wederpartij doet geloven mee te zullen werken aan een poging tot het verkrijgen van een dergelijk antwoord. De schade bestaat in dat geval dan ook niet uit het feit dat geen principiële uitspraak is verkregen, maar uit het feit dat een partij, in vertrouwen op de toezegging van haar wederpartij, kosten heeft gemaakt in de eerdere fase van de procedure.

Geconcludeerd kan worden dat het onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn om bij een partij de onterechte verwachting te wekken dat meegewerkt zal worden aan een proefprocedure. De kosten die een partij in dat geval op grond van deze verwachting heeft gemaakt, kan zij als schadevergoeding vorderen.

5.7.3 Arbitrage en bindend advies

Ook in het kader van arbitrage of bindend advies is een afspraak waarbij partijen elkaar verplichten om te procederen, ongeldig. Ook in dit verband staat onder meer het belang van een voldoende toegang tot rechtspraak hieraan in de weg. Overigens zullen partijen ook niet snel belang bij een dergelijke afspraak hebben. De precedentwerking van een uitspraak van arbiters of bindend adviseurs is immers in de regel gering.

5.8 Uitbreiding van de bevoegdheid van de rechter: welwillendheidsbeslissingen

5.8.1 Inleiding

Door middel van een overeenkomst tot forumkeuze kunnen partijen de rechtsmacht van de rechter uitbreiden. Dit blijkt uit de wet. Kunnen partijen de bevoegdheid van de rechter echter ook verruimen door een ander type taken aan de rechter op te dragen dan waartoe hij op grond van de wet bevoegd is?

In de praktijk komt het af en toe voor dat partijen aan de rechter een verzoek richten dat niet gebaseerd is op een wettelijke grondslag. Het gaat dan meestal om een verzoek aan de rechter om bindend adviseurs of deskundigen voor partijen te benoemen, omdat zij zelf hierover geen overeenstemming kunnen bereiken. De rechter wordt dan dus niet gevraagd om een oordeel te geven over de rechtsverhouding van partijen, maar om

deze rechtsverhouding mede vorm te geven. In de praktijk zijn rechters veelal bereid om aan dergelijke verzoeken te voldoen.¹³⁷ Het is echter de vraag of zij hiertoe ook verplicht zijn. Kunnen partijen bij overeenkomst de taken van de rechter uitbreiden?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, zal eerst kort worden ingegaan op hetgeen hierover is geschreven in de Duitse literatuur.

5.8.2 Duitse literatuur

In de Duitse literatuur zijn onder andere Schlosser en Wagner ingegaan op de vraag, of partijen de rechter kunnen verzoeken hun rechtsverhouding vorm te geven indien deze bevoegdheid de rechter niet bij wet is toegekend. Volgens Schlosser hebben partijen deze bevoegdheid wel. Een dergelijke taak verschilt volgens hem namelijk niet fundamenteel van andere taken die de gerechten al op grond van de wet verrichten.¹³⁸ Tot een principieel grotere werkbelasting zou een dergelijke afspraak dan ook niet leiden. Schlosser acht het bijvoorbeeld mogelijk dat partijen in het kader van een arbitrageovereenkomst afspreken dat de rechter de arbiters zal benoemen. Op grond van de wet is de rechter immers reeds in bepaalde situaties bevoegd tot benoeming van arbiters, bijvoorbeeld indien een van de partijen weigert hieraan mee te werken. Het is dan ook niet duidelijk waarom partijen deze bevoegdheid niet ook in andere gevallen aan de rechter zouden kunnen toekennen. Niet mogelijk is het volgens Schlosser om in een dergelijk geval aan te nemen dat de rechter weliswaar bevoegd is om tot benoeming over te gaan, maar dat hij daarbij niet in zijn functie van rechter optreedt. Daarmee wordt immers miskend dat partijen hem juist vanwege die hoedanigheid benaderen.¹³⁹

Schlosser meent bovendien dat partijen een dergelijke bevoegdheid reeds bij voorbaat aan de rechter kunnen toekennen. De rechter is dus niet alleen bevoegd tot bijvoorbeeld benoeming van arbiters indien partijen zich hiertoe gezamenlijk tot hem wenden, maar ook indien hiertoe een beding in de arbitrageovereenkomst is opgenomen en slechts een van de partijen bij hem komt.¹⁴⁰ Wel acht Schlosser de mogelijkheid de bevoegdheid van de rechter uit te breiden beperkt in die zin, dat partijen enkel beslissingen van de rechter kunnen vragen die leiden tot een resultaat dat zij zelf bij overeenkomst in het leven hadden kunnen roepen. Zo kunnen zij niet aan de rechter verzoeken de overdracht van een onroerende zaak te bewerkstelligen, omdat hiervoor de enkele wil van partijen onvoldoende is.¹⁴¹

137 Zie bijv. Rb. Alkmaar (sector kanton) 31 oktober 2008, LJN BG5090; Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 9 mei 2007, NJF 2007, 292; Rb. Rotterdam 29 maart 2006, LJN AV8762, r.o. 2.4, 2.11; Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, JBPr 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann; Rb. Zutphen 21 december 2001, NJ 2002, 250; Hof 's-Gravenhage 13 december 2001, NJ 2002, 290; Rb. Zwolle 15 oktober 1990, NJ 1991, 775.

138 In het kader van de 'Freiwillige Gerichtsbarkeit' (voluntaire rechtspraak; zie Snijders e.a. 1995, p. 265-266; Rosenberg/Schwab/Gottwald 2010, p. 61 e.v., § 11) is volgens Schlosser echter vereist dat het gaat om taken die aansluiten bij de overige werkzaamheden die de rechter al heeft. Aan de rechter van de 'Freiwillige Gerichtsbarkeit' zijn slechts taken op een beperkt gebied toegekend. Zie Schlosser 1968, p. 19.

139 Schlosser 1968, p. 18-20.

140 Schlosser 1968, p. 91.

141 Schlosser 1968, p. 18-20.

Volgens Schlosser kunnen partijen kortom in principe bij overeenkomst de bevoegdheid van de rechter uitbreiden. Wagner acht partijen hiertoe daarentegen over het algemeen niet bevoegd. Het algemeen belang van een zo beperkt mogelijke inzet van overheidsmiddelen zou zich hiertegen verzetten. Hij wijst er daarbij op dat het voor een gerecht meer inspanning vergt om de inhoud van de rechtsverhouding van partijen zelf vast te stellen, dan om een regeling die partijen al hebben gemaakt te controleren. Om de rechtsverhouding vast te kunnen stellen, zal het gerecht immers een aanzienlijke hoeveelheid informatie moeten verzamelen en waarderen. Weliswaar kan het soms ook voor partijen moeilijk zijn om in onderhandelingen hun rechtsverhouding vorm te geven, maar dit betekent nog niet dat zij deze onderhandelingskosten kunnen afwentelen op de gemeenschap. Slechts indien de aanvulling van de rechtsverhouding door het gerecht zonder hoge kosten mogelijk is, kan volgens Wagner wat anders worden aangenomen. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval indien de rechter zich anders waarschijnlijk in een later stadium hoe dan ook met de zaak van partijen had moeten bezighouden.¹⁴²

Het is partijen in de visie van Wagner dus zelden toegestaan om bij overeenkomst de bevoegdheid van de rechter uit te breiden. Zo acht hij het bijvoorbeeld niet mogelijk dat partijen de vaststelling van de hoogte van de boete in een door hen overeengekomen boetebeding aan de rechter overlaten.¹⁴³ Ook is het niet aan de rechter om in geval van een 'Schiedsgutachtenvereinbarung' (een soort bindend advies¹⁴⁴) de 'Schiedsgutachter' te benoemen.¹⁴⁵ Wel mogelijk acht Wagner het daarentegen dat een partij de rechter verzoekt een 'Schiedsgutachter' met analoge toepassing van de regeling bij arbitrage te wraken. Reden is dat de rechter de onpartijdigheid van de 'Schiedsgutachter' anders waarschijnlijk ook had moeten beoordelen, maar dan in het kader van de vraag of de uitspraak die in het 'Gutachtenverfahren' is verkregen wel verbindend is.¹⁴⁶ Het is echter de vraag of het hierbij volgens Wagner wel gaat om een uitbreiding van de bevoegdheid van de rechter door partijen. Het lijkt er namelijk op dat Wagner van mening is dat de regeling van wraking *hoe dan ook* analoog kan worden toegepast in geval van een 'Gutachtenverfahren', zodat een overeenkomst van partijen hiertoe niet is vereist.¹⁴⁷ Als Wagner al ruimte ziet voor uitbreiding van de bevoegdheid van de rechter door overeenkomst van partijen, is deze kortom zeer beperkt.

5.8.3 *Stand van zaken*

Zoals gezegd zijn rechters in Nederland regelmatig bereid te voldoen aan een niet op de wet gebaseerd verzoek van partijen. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt echter dat zij hiertoe niet verplicht zijn. De rechter kan weliswaar uit welwillendheid aan het verzoek voldoen, maar in dat geval verricht hij geen daad van rechtspraak. Hiervan is alleen sprake indien de rechter handelt ter uitoefening van zijn ambt. Zijn

142 Wagner 1998, p. 598-605, 607.

143 Wagner 1998, p. 598

144 Zie Snijders e.a. 1995, p. 278-279; Rosenberg/Schwab/Gottwald 2010, p. 1023-1025, § 174, 15-29.

145 Wagner 1998, p. 676.

146 Wagner 1998, p. 676-677.

147 Zie Wagner 1998, p. 677.

bevoegdheid tot het geven van een dergelijke beslissing berust niet op de wet, maar op de overeenkomst van partijen. Hoger beroep is uitgesloten, aangezien dit enkel mogelijk is tegen rechterlijke uitspraken.¹⁴⁸

Partijen kunnen de taken van de rechter dus niet bij overeenkomst uitbreiden. De rechter kan wel uit welwillendheid aan hun verzoek voldoen, maar in dat geval treedt hij niet in zijn functie van rechter op. Dit roept de vraag op wat zijn positie in een dergelijk geval *wel* is. Volgens Kortmann vertoont deze positie gelijkenis met die van bindend adviseur.¹⁴⁹ Inderdaad lijkt sprake te zijn van bindend advies, aangezien de bevoegdheid van de rechter in een dergelijk geval gebaseerd is op een overeenkomst van partijen.

Het feit dat de rechter als (een soort) bindend adviseur kan optreden, roept allerlei vragen op. Zo staat volgens de Hoge Raad van de welwillendheidsbeslissingen geen hoger beroep open, aangezien geen sprake is van een rechterlijke uitspraak. Denkbaar is dan echter wel dat een partij in een nieuwe procedure een beroep zou kunnen doen op artikel 7:904 lid 1 BW. De beslissing zou wellicht vernietigd kunnen worden op de grond dat gebondenheid hieraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Daarnaast is het de vraag of een rechter persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor fouten die hij maakt bij het nemen van welwillendheidsbeslissingen. Een rechterlijk ambtenaar is blijkens artikel 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren jegens derden niet aansprakelijk voor schade die een gevolg is van een rechterlijke uitspraak of voor schade die hij aan derden toebrengt bij de vervulling van zijn ambt. Enkel de staat kan hiervoor onder omstandigheden door de derde worden aangesproken.¹⁵⁰ Het is echter de vraag of dit artikel wel van toepassing is indien de rechter een welwillendheidsbeslissing geeft. Er is in dit geval immers juist geen sprake van een rechterlijke uitspraak. Bovendien geeft de rechter de beslissing nu juist niet ter uitoefening van zijn ambt.¹⁵¹

Ten slotte stelt Kortmann terecht de vraag, hoe ver de vrijheid van rechters reikt om uit welwillendheid 'klussen' te verrichten.¹⁵² Het lijkt immers enigszins merkwaardig dat het de rechterlijke macht, die toch beslist niet om werk verleggen zit, kennelijk vrijstaat om allerlei extra taken op zich te nemen. Gevaar bestaat dat hierdoor de wettelijke taken in de klem komen te zitten.

Het feit dat de rechter uit welwillendheid beslissingen kan nemen, is kortom beslist niet onproblematisch. Ingegaan zal daarom worden op de vraag hoe de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt moet worden gewaardeerd. Daartoe

148 HR 11 mei 1931, *NJ* 1931, p. 1617-1620 (Reinderland/Nederlandsche Vereeniging van Fabrieksarbeiders), p. 1620; HR 23 april 1942, *NJ* 1942, 396 (Hirschberg c.s./Jehawi). Deze jurisprudentie wordt nog altijd gevolgd; zie Rb. Alkmaar (sector kanton) 31 oktober 2008, LJN BG5090, r.o. 4.2; Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBPr* 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann; Rb. Zutphen 21 december 2001, *NJ* 2002, 250, r.o. 4.4; Rb. Zwolle 15 oktober 1990, *NJ* 1991, 775.

149 Noot Kortmann bij Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBPr* 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, nr. 2.

150 Zie over de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van rechterlijke uitspraken HR 4 december 2009, *NJ* 2011, 131, m.nt. J.B.M. Vranken (Greenworld/A. c.s.).

151 Zie ook Kortmann in zijn noot bij Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBPr* 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, nr. 3.

152 Noot Kortmann bij Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBPr* 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, nr. 4.

zal ten eerste gekeken worden in hoeverre het wenselijk is dat rechters welwillendheidsbeslissingen nemen.

5.8.4 Wanneer is het geven van een welwillendheidsbeslissing wenselijk?

Hoever moet de vrijheid van de rechter gaan, om uit welwillendheid beslissingen voor partijen te nemen? Als bezwaar tegen het feit dat de rechter zich met dergelijke verzoeken bezighoudt, kan worden aangevoerd dat hierdoor de gerechten extra worden belast. Vanuit het algemeen belang van een zo beperkt mogelijke inzet van overheidsmiddelen, lijkt dit ongewenst. Daar staat tegenover dat in sommige gevallen door dit ingrijpen in een later stadium kosten kunnen worden bespaard. Door voor partijen bindend adviseurs te benoemen, maakt de rechter het bijvoorbeeld mogelijk dat het geschil van partijen voor het overige buitengerechtelijk wordt afgedaan.

Een ander bezwaar tegen het feit dat de rechter welwillendheidsbeslissingen geeft, is dat hierdoor het gezag van de rechterlijke macht wellicht wordt aangetast. Ook al treedt de rechter hierbij niet in die functie op, te verwachten is dat zijn handelingen wel degelijk af zullen stralen op de rechterlijke macht als geheel. Partijen zullen de rechter immers juist vanwege zijn hoedanigheid als rechter benaderen, waar ook Schlosser terecht op wijst.¹⁵³ Probleem is daarbij dat het voor een rechter lastig kan zijn om een welwillendheidsbeslissing te nemen. De rechter kan zich hierbij immers niet baseren op rechtsregels, maar zal zelf de criteria moeten vaststellen aan de hand waarvan hij de beslissing neemt. Dit gebrek aan objectieve criteria leidt ertoe dat de beslissing eerder zal berusten op een persoonlijke keuze van de rechter en maakt zijn beslissing meer vatbaar voor kritiek. Nu moet wel worden opgemerkt dat het gezag van de rechterlijke macht niet in alle gevallen in even sterke mate in het geding is. Het geven van een welwillendheidsbeslissing zal eerder gelegitimeerd zijn, indien kan worden aangesloten bij een bevoegdheid die de rechter reeds op grond van de wet heeft. In dat geval heeft de rechter wellicht enige houvast aan de criteria die in dat kader gelden.

Al met al lijkt een welwillendheidsbeslissing enkel gerechtvaardigd, indien zij bij kan dragen aan een efficiënte afwikkeling van (eventuele) geschillen van partijen en voldoende aansluit bij de bevoegdheden die de rechter reeds op grond van de wet heeft. In andere gevallen zal de rechter zich moeten onthouden van het geven van een dergelijke beslissing. Om deze reden is de rechter mijns inziens niet bevoegd om, in het kader van een boetebeding, zelf voor partijen de hoogte van de boete vast te stellen. De rechter heeft weliswaar ook de bevoegdheid een door partijen overeengekomen boete te matigen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist (zie artikel 6:94 lid 1 BW), maar hierbij heeft de rechter houvast aan de boete die partijen zijn overeengekomen en kennelijk redelijk hebben geacht. In het normale geval heeft immers deze overeengekomen boete te gelden en slechts indien dit boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarom onaanvaardbaar resultaat leidt, mag de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruikmaken.¹⁵⁴ Indien partijen niets zijn overeengekomen, heeft de rechter echter in het geheel geen

¹⁵³ Schlosser 1968, p. 20.

¹⁵⁴ HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262 (Intrahof/Bart Smit), r.o. 5.3.

aanknopingspunten hoe hij de hoogte van de boete zal moeten vaststellen. Een dergelijke beslissing vergt een behoorlijke inspanning van de rechter, zonder dat duidelijk is wat dit ten behoeve van het algemeen belang oplevert. De rechter lijkt mij daarentegen wel bevoegd om voor partijen bindend adviseurs te benoemen indien zij hier zelf niet uitkomen. Een dergelijke benoeming maakt het immers mogelijk dat het geschil van partijen voor het overige zonder rechterlijke tussenkomst wordt afgehandeld. Bovendien is aan de rechter reeds een vergelijkbare bevoegdheid toegekend in het kader van de arbitrage (zie artikel 1027 lid 3 Rv), zodat daarbij aansluiting kan worden gezocht.

5.8.5 *Heroverweging van de heersende leer*

Op basis van een analyse van de in paragraaf 4.6 genoemde belangen, kan geconcludeerd worden dat de rechter slechts in uitzonderingsgevallen bevoegd is om een welwillendheidsbeslissing te geven. Het is echter de vraag of de heersende leer, dat het hier gaat om een beslissing uit 'welwillendheid', geen heroverweging verdient. Zoals gezegd zijn zogenaamde 'welwillendheidsbeslissingen' enkel mogelijk indien dit bij kan dragen aan een efficiënte afhandeling van geschillen van partijen. Het is dus in het belang van de overheid dat de rechter dergelijke beslissingen geeft, zodat niet wenselijk lijkt dat de rechter dit ook kan weigeren. Ook vanuit een oogpunt van rechtszekerheid is dit onwenselijk. Partijen stemmen immers hun contracten af op het feit dat de rechter over het algemeen bereid is een welwillendheidsbeslissing te nemen. Zo nemen partijen regelmatig de clause op dat indien zijzelf geen overeenstemming bereiken over de benoeming van bindend adviseurs, de rechter hiertoe zal overgaan. Er ontstaat dan een probleem indien de rechter, anders dan gebruikelijk is, dit ineens weigert.¹⁵⁵

Daarnaast lijkt niet vol te houden dat welwillendheidsbeslissingen niet door de rechter in die hoedanigheid gegeven worden. De rechter verricht deze werkzaamheden immers in het algemeen belang, aangezien zij bijdragen aan een efficiënte afwikkeling van geschillen. Het is dan ook onacceptabel dat de rechter het gevaar loopt hiervoor persoonlijk aansprakelijk te worden gehouden. Het feit dat rechters hun beslissingen vaak vormgeven alsof het een rechterlijke uitspraak betreft, is een aanwijzing dat zijzelf niet altijd beseffen dat zij niet handelen in de uitoefening van een overheidstaak.¹⁵⁶

Een dergelijke welwillendheidsbeslissing kan naar mijn mening dan ook niet worden gezien als een bindend advies. Vernietiging op grond van artikel 7:904 lid 1 BW is dus niet mogelijk. Voor de vraag of hoger beroep openstaat, moet gekeken worden naar vergelijkbare bevoegdheden die de rechter reeds op grond van de wet heeft. Zo zal bij de benoeming van bindend adviseurs aangesloten kunnen worden bij de regeling die in het kader van arbitrage geldt, waarin hoger beroep is uitgesloten (zie artikel 1070 Rv).

¹⁵⁵ Goedèl 1999, p. 860 bespreekt een geval waarin dit zich voordeed.

¹⁵⁶ Zie bijv. HR 23 april 1942, *NJ* 1942, 396 (Hirschberg c.s./Jehawi); Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2003, *JBP* 2003, 74, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, r.o. 4.6; Rb. Zutphen 21 december 2001, *NJ* 2002, 250, r.o. 4.4; Rb. Zwolle 15 oktober 1990, *NJ* 1991, 775.

Het is mijns inziens dus het een of het ander: óf het is niet wenselijk dat de rechter zijn tijd besteedt aan het nemen van een bepaalde beslissing, en in dat geval is hij hiertoe ook niet bevoegd; óf dit wordt wel wenselijk geacht, maar dan handelt de rechter daarbij ook in de uitoefening van zijn ambt.

5.8.6 Arbitrage en bindend advies

Duidelijk is dat partijen aan arbiters of bindend adviseurs ook andere taken kunnen opdragen, dan de bevoegdheden die de overheidsrechter op grond van de wet heeft. Voor arbitrage blijkt dit expliciet uit artikel 1020 lid 4 Rv.

De bezwaren die hiervoor in het kader van de overheidsrechtspraak zijn geformuleerd, spelen hier ook veel minder. Doordat arbitrage en bindend advies volledig worden gefinancierd door partijen, is het belang van een zo beperkt mogelijke inzet van overheidsmiddelen niet in het geding. Het gebrek aan objectieve criteria voor het nemen van de beslissing, is hier bovendien veel minder problematisch. Het belang van vertrouwen in de rechtspraak speelt in dit verband immers slechts een zeer beperkte rol.

5.8.7 Tussenconclusie

Aangenomen zou moeten worden dat partijen in bepaalde gevallen de rechter bij overeenkomst een bevoegdheid kunnen toekennen die hij niet op grond van de wet heeft. Deze mogelijkheid zou alleen moeten bestaan indien de beslissing van de rechter bij kan dragen aan een efficiënte afwikkeling van eventuele geschillen van partijen en aangesloten kan worden bij een wel in de wet toegekende bevoegdheid. Indien partijen een dergelijke overeenkomst hebben gesloten, geeft de rechter zijn beslissing in die hoedanigheid. Hij kan bovendien het geven van de beslissing niet weigeren.

5.9 Conclusie

In dit hoofdstuk stonden overeenkomsten omtrent de bevoegdheid tot procederen centraal. Vooropgesteld werd dat artikel 17 Grondwet niet aan dergelijke overeenkomsten in de weg staat. Onder artikel 6 EVRM zijn overeenkomsten waarbij de toegang tot de rechter wordt beperkt bovendien in ieder geval tot op zekere hoogte toelaatbaar (paragraaf 5.2). Desondanks zijn de meeste van de in dit hoofdstuk behandelde overeenkomsten ongeldig.

Partijen kunnen ten eerste niet overeenkomen dat in het geheel geen toegang zal bestaan tot een rechter. Zowel het algemeen belang van een voldoende toegang tot rechtspraak, als het belang van bescherming van partijen, staan hieraan in de weg. Het feit dat partijen bij overeenkomst wel natuurlijke verbintenissen in het leven kunnen roepen, leidt niet tot een andere conclusie. In geval van een natuurlijke verbintenis doet zich namelijk geen discrepantie voor tussen hetgeen binnen en buiten de rechtszaal geldt (paragraaf 5.3). Ook de overeenkomst om over een gedeelte van een vordering niet te procederen, is nietig (paragraaf 5.3.4).

Partijen kunnen wel door middel van een overeenkomst tot bindend advies de overheidsrechter tijdelijk buitenspel zetten (paragraaf 5.4.2). Wat de overeenkomst tot mediation betreft geldt dat de aard van het middel van mediation over het algemeen aan een bindende overeenkomst in de weg staat, al kan dit wellicht bij uitzondering anders zijn. Beter zou het zijn om hier van het omgekeerde uit te gaan: uitgangspunt is dan dat partijen *wel* door middel van een overeenkomst tot mediation tijdelijk de bevoegdheid om te procederen uit kunnen sluiten, maar dat, gezien het karakter van vrijwilligheid dat bij mediation geldt, niet al te snel zal kunnen worden aangenomen dat partijen een dergelijke bindende overeenkomst hebben willen sluiten (paragraaf 5.4.3).

Verder is gebleken dat partijen niet bij overeenkomst de bevoegdheid om in kort geding te procederen uit kunnen sluiten. Dit geldt niet alleen bij de overheidsrechter, maar ook in het kader van arbitrage en bindend advies (paragraaf 5.5). Ook kan de bevoegdheid om feiten aan te voeren of stellingen te betrekken niet bij overeenkomst beperkt worden. Dit betekent bijvoorbeeld dat partijen niet bindend overeen kunnen komen dat een werknemer slechts formeel verweer zal voeren tegen een ontbindingsverzoek en dat een geheimhoudingsbeding, voor zover dit ook betrekking heeft op de bevoegdheid om feiten te stellen tijdens een procedure, nietig is. Dit geldt ook in het kader van arbitrage en bindend advies (paragraaf 5.6).

Daarnaast hebben partijen niet de mogelijkheid om elkaar ertoe te verplichten om een procedure te voeren. De reden is dat een dergelijke overeenkomst steeds ook een beperking inhoudt van de wijze waarop het geding inhoudelijk gevoerd kan worden. Wel kan het onder omstandigheden onrechtmatig zijn om bij een partij ten onrechte de verwachting te wekken dat meegewerkt zal worden aan een proefprocedure (paragraaf 5.7).

Naar huidig recht is het ten slotte niet mogelijk de bevoegdheid van de rechter uit te breiden, in die zin dat aan hem een ander type taken wordt opgedragen dan waartoe hij op grond van de wet bevoegd is. Wel kunnen rechters uit welwillendheid aan verzoeken van partijen voldoen, maar dan handelen zij niet in de uitoefening van hun ambt. Betoogd is dat deze rechtspraak moet worden herzien. Het zou beter zijn om in gevallen waarin de beslissing van de rechter bij kan dragen aan een efficiënte afwikkeling van eventuele geschillen van partijen en aangesloten kan worden bij een wel in de wet toegekende bevoegdheid, aan te nemen dat partijen wel de bevoegdheid van de rechter kunnen uitbreiden. Buiten deze gevallen is het de rechter dan niet toegestaan om op een verzoek van partijen in te gaan (paragraaf 5.8).