



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

8 Obligatoire werking?

8.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 is gebleken dat een overeenkomst waarbij partijen zich ten opzichte van elkaar tot bepaald procesgedrag verplichten, niet als apart type procesovereenkomst kan worden erkend. Bij een procesovereenkomst wijken partijen steeds af van een regel van procesrecht. Hiermee staat echter nog niet vast dat een procesovereenkomst geen verbintenissen mee zou kunnen brengen. Denkbaar is immers dat door een procesovereenkomst niet alleen wordt afgeweken van een bepaalde regel, maar *daarnaast* ook bepaalde verbintenissen voor partijen in het leven worden geroepen. De vraag of dit het geval is, staat centraal in deze paragraaf.

Deze vraag lijkt op het eerste gezicht weinig belangwekkend. Indien een partij bijvoorbeeld in strijd met een overeenkomst tot arbitrage een zaak bij de overheidsrechter aanhangig maakt, zal de overheidsrechter zich op grond van artikel 1022 lid 1 Rv onbevoegd verklaren. Doordat bij procesovereenkomst wordt afgeweken van regels van procesrecht, lijkt het voor partijen onmogelijk hun eventuele verbintenissen niet na te komen.

Toch is de vraag of uit een procesovereenkomst verbintenissen voor partijen voortvloeien wel degelijk relevant. Indien een partij in strijd met een overeenkomst tot arbitrage een procedure bij de overheidsrechter aanhangig maakt, zal de overheidsrechter zich weliswaar onbevoegd verklaren, maar zal de wederpartij toch vaak kosten hebben gemaakt. Het kan voor een partij dus van belang zijn om de kosten van deze nodeloos gevoerde procedure als schadevergoeding wegens wanprestatie terug te vorderen.¹ De mogelijkheid om een vordering tot schadevergoeding in te stellen, wordt pas echt relevant in de internationale context.² Indien een partij in strijd met een overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze een procedure in het buitenland begint, zullen de kosten van een bevoegdheidsincident voor de wederpartij over het algemeen veel hoger zijn. Het is bovendien nog maar de vraag of de buitenlandse rechter op dezelfde manier omgaat met de overeenkomst als de Nederlandse rechter zou hebben gedaan. Indien de buitenlandse

1 Een dergelijke vordering kan wellicht ook worden gebaseerd op misbruik van bevoegdheid indien geen sprake is van een obligatoire overeenkomst. Zie Van der Wiel 2004, p. 300 e.v. met verwijzing naar rechtspraak en literatuur. Van misbruik van bevoegdheid is echter slechts in bijzondere gevallen sprake. Het enkele feit dat de rechter zich onbevoegd verklaart, betekent nog niet dat schadevergoeding verschuldigd is. Zie Van der Wiel 2004, p. 125; zie echter ook p. 136-137.

2 Zo ook Schlosser 2007, p. 111, 114-116; Wagner 1998, p. 255-256.

rechter de zaak ondanks de overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze toch in behandeling neemt, is helemaal duidelijk dat aanzienlijke schade kan ontstaan voor de wederpartij.

In een dergelijk geval wordt ook de vraag naar de mogelijkheid van een zogenaamde ‘anti-suit injunction’ relevant. Indien aangenomen wordt dat sprake is van een *obligatoire* overeenkomst, zou een partij wellicht een vordering tot nakoming kunnen instellen bij de Nederlandse rechter. Zij zou dan kunnen vorderen dat de wederpartij wordt bevolen de procedure in het buitenland te staken. Zo kan zij voorkomen dat zij een lange procedure in het buitenland moet voeren.

Ook in andere opzichten kan de vraag of de procesovereenkomst *obligatoire* werking heeft van belang zijn. Dit blijkt bijvoorbeeld als men de bewijsovereenkomst nader bekijkt. Partijen kunnen op grond van artikel 153 Rv een bewijsovereenkomst sluiten die bijvoorbeeld inhoudt dat bewijs niet kan worden geleverd door middel van een bepaald schriftelijk stuk. Indien de bewijsovereenkomst geen verbintenissen voor partijen in het leven roept, betekent dit dat deze overeenkomst pas bij de waardering van het bewijs een rol speelt.³ Het staat partijen dan vrij om het schriftelijke stuk in het geding te brengen, al mag de rechter dit stuk niet voor het bewijs gebruiken. Wél kan hij hiervan kennisnemen, en kan hij de inhoud van het stuk dus (onbewust) laten meewegen bij bijvoorbeeld zijn waardering van andere bewijsmiddelen. Partijen hebben dus belang bij de afspraak om het schriftelijke stuk niet in het geding te brengen.

De vraag of procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen meebrengen, is dus wel degelijk relevant. Om deze vraag te beantwoorden, wordt hierna eerst gekeken hoe in Engeland en Duitsland tegen deze kwestie wordt aangekeken. Vervolgens wordt deze vraag onderzocht voor procesovereenkomsten die worden beheerst door Nederlands procesrecht. In paragraaf 8.8 wordt vervolgens gekeken wat heeft te gelden voor de overeenkomsten tot forumkeuze die door de EEX-verordening worden beheerst.

Opmerking verdient nog dat hier gesproken zal worden over ‘verbintenissen van partijen’. Strikt genomen is dit niet correct, omdat over het algemeen aangenomen wordt dat het bij een verbintenis gaat om een *vermogensrechtelijke* rechtsbetrekking: tegenover de verplichting van de schuldenaar staat een subjectief vermogensrecht van de schuldeiser.⁴ In hoofdstuk 2 is gebleken dat de procesovereenkomst door het procesrecht wordt beheerst. Hier zal het begrip ‘verbintenis’ echter in ruimere zin worden gebruikt, en wordt hieronder verstaan *iedere* rechtsbetrekking tussen twee (of meer) personen, waarbij de één verplicht is tot een bepaalde prestatie tegenover de ander, die tot de prestatie gerechtigd is.⁵

Het feit dat rechten en verplichtingen tussen partijen in het leven worden geroepen, betekent niet automatisch dat het burgerlijk recht van toepassing is. Er

³ Zie in deze zin Van Schaick 2006, p. 135.

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

⁵ Deze omschrijving is ontleend aan Hijma & Olthof 2011, p. 192, nr. 299; Zie voor vergelijkbare definities Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 4, nr. 6; Hartkamp 2005, p. 226-227, nr. 233; Smits 2003, p. 6.

kan ook van procesrechtelijke rechten en verplichtingen sprake zijn.⁶ Aangezien in de proceswetgeving geen regeling is opgenomen voor rechten en verplichtingen die partijen ten opzichte van elkaar hebben, zal over het algemeen teruggegrepen moeten worden op de regeling van de verbintenissen zoals die is gegeven in het burgerlijk recht. Voor een analoge toepassing van het verbintenissenrecht is des te meer aanleiding gezien het feit dat procesovereenkomsten wel degelijk vermogensrechtelijke kenmerken hebben. Hierdoor zal bijvoorbeeld eerder gedacht kunnen worden aan analoge toepassing van de bepalingen inzake schadevergoeding bij wanprestatie. Zie hierover ook hoofdstuk 2.

8.2 Engels recht⁷

In paragraaf 4.2.3 is gebleken dat naar Engels recht de overeenkomsten tot forumkeuze en tot arbitrage rechten en verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar meebrengen. Het is echter de vraag of het wel zinvol is om te kijken naar het Engelse recht. In dezelfde paragraaf is namelijk ook gebleken dat partijen de Engelse rechter niet door middel van een overeenkomst zijn rechtsmacht kunnen ontnemen.⁸ De overeenkomsten tot arbitrage en tot forumkeuze zijn echter toch geldig omdat zij de Engelse rechter zijn rechtsmacht niet ontnemen, maar slechts de verplichting in het leven roepen om niet voor de Engelse rechter te procederen.⁹ In Engeland wordt dus juist de constructie gehanteerd die in paragraaf 4.3.1 is verworpen.

Toch is het voor de vraag, of procesovereenkomsten *obligatoire werking* hebben, wel degelijk relevant om te kijken naar het Engelse recht. Bij nadere beschouwing zijn de verschillen met het Nederlandse recht namelijk minder groot dan zij in eerste instantie lijken. Van belang is namelijk dat partijen naar Engels recht wel degelijk enige invloed kunnen uitoefenen op de rechtsmachtregels. Een overeenkomst tot forumkeuze maakt de Engelse rechter namelijk wel bevoegd.¹⁰ Ook al kan door procesovereenkomsten de rechtsmacht niet aan de Engelse rechter ontnomen worden, feitelijk hebben dergelijke overeenkomsten vrijwel een gelijke werking. De

⁶ Zie ook Wagner 1998, p. 37.

⁷ Het gaat hier om een bespreking van de overeenkomsten tot forumkeuze en tot arbitrage naar 'common law'. De EEX-regeling zal buiten beschouwing worden gelaten.

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

⁹ Bell 2003, p. 318, nr. 5.79; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 538, nr. 12-128; Peel 1998, p. 187-188; Mustill & Boyd 1989, p. 8, 14; Briggs 2008, p. 199, nr. 6.15, p. 216, nr. 6.45, p. 325, nr. 8.50.

¹⁰ Dicey, Morris & Collins 2006, p. 520, nr. 12-095. Deze bevoegdheid volgt o.a. uit art. PD 6B par. 3.1 (6)(d) Civil Procedure Rules. Naar Engels recht hangt de bevoegdheid van de rechtbank om te oordelen over zaken 'in personam' af van de vraag of de verweerder geldig gedagvaard kan worden. Zie Dicey, Morris & Collins 2006 (en het supplement uit 2011), p. 306, nr. 11-003. De verweerder kan in ieder geval gedagvaard worden, indien hij zich op Engels grondgebied bevindt. Zie Dicey, Morris & Collins 2006, p. 343-344, nr. 11-097. Indien de verweerder zich niet op Engels grondgebied bevindt, is dagvaarding over het algemeen alleen mogelijk indien de rechtbank hiervoor toestemming geeft. Zie art. PD 6B, par. 3.1 aanhef en art. 6.36 Civil Procedure Rules. Zie ook Dicey, Morris & Collins 2006 (en het supplement uit 2011), p. 363 e.v., nr. 11-146 e.v. Uit art. PD 6B par. 3.1(6)(d) Civil Procedure Rules blijkt dat deze toestemming o.a. gegeven kan worden indien sprake is van een contract met een geldige overeenkomst tot forumkeuze waarbij Engeland als forum is aangewezen.

Engelse rechter zal een procedure die in strijd met de overeenkomst is begonnen, meestal schorsen.¹¹ In geval van een overeenkomst tot arbitrage is hij hiertoe zelfs verplicht.¹²

Deze mogelijkheden de overeenkomst af te dwingen in de primaire procedure, hebben er niet toe geleid dat de meer 'obligatoire' aspecten hiervan op de achtergrond zijn geraakt. Zo wordt een vordering tot schadevergoeding wegens schending van de overeenkomst in principe mogelijk geacht.

Gezien het feit dat deze overeenkomsten in de primaire procedure feitelijk een werking hebben die vrijwel gelijk is aan de werking naar Nederlands recht, is het kortom wel degelijk relevant naar het Engelse recht te kijken. Zoals gezegd wordt naar Engels recht aangenomen dat de overeenkomsten tot forumkeuze en tot arbitrage rechten en verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar meebrengen. Zo houdt een exclusieve forumkeuze de verplichting voor partijen in om enkel in het overeengekomen forum te procederen. De keuze voor een niet-exclusief forum brengt de verplichting voor partijen mee om geen bezwaar te maken tegen de bevoegdheid van dit forum.¹³ De overeenkomst tot arbitrage houdt de verplichting in om een geschil enkel aan arbitrage te onderwerpen en niet aan een ander forum voor te leggen.¹⁴ Ook een mediationbeding kan de verplichting voor partijen inhouden om mee te werken aan de mediation.¹⁵ Interessant om te zien is nog dat de inhoud van de rechten en verplichtingen die uit deze overeenkomsten voortvloeien, per geval kan verschillen. Zo betogen Yeo en Tan dat een gewone exclusieve forumkeuze niet meebrengt dat partijen zich niet mogen verzetten tegen de uitoefening van rechtsmacht door het aangewezen gerecht. Alleen indien partijen expliciet zijn overeengekomen dat zij de rechtsmacht van het gerecht niet zullen betwisten, zou dit anders zijn.¹⁶ Volgens Merrett kan een overeenkomst tot forumkeuze een absolute verplichting inhouden om enkel voor het aangewezen forum te procederen, zodat een partij in het geheel geen procedure aanhangig kan maken indien dit forum geen rechtsmacht aanneemt. Partijen kunnen volgens Merrett daarentegen ook overeenkomen dat het hun wel vrijstaat om ergens anders te procederen indien het aangewezen forum zich onbevoegd verklaart.¹⁷

Het feit dat wordt aangenomen dat uit deze overeenkomsten rechten en verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar voortvloeien, heeft verschillende gevolgen. Zo kan de Engelse rechter nakoming van dergelijke overeenkomsten

11 Bell 2003, p. 318, nr. 5.79; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 538, nr. 12-128; Yeo & Tan 2003, p. 404; Zie voor de leidinggevende uitspraak op dit gebied *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Ship or Vessel Eleftheria v The Eleftheria (Owners) (The Eleftheria)* [1970] p. 94; [1969] 2. W.L.R. 1073. In geval van een overeenkomst tot mediation zal de rechter in plaats van een 'stay' ook kunnen kiezen voor een 'adjournment' van de procedure. Zie *Cable & Wireless Plc v IBM UK Ltd* [2002] C.L.C. 1319, QBD, p. 1327-1328.

12 Zie art. 9 Arbitration Act 1996.

13 Tham 2004, p. 59; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 519, nr. 12-093; Bell 2003, p. 200-201, nr. 4.147; Merrett 2006, p. 316-317; Peel 1998, p. 204; zie voor een andere opvatting Ho 2003, p. 707-709.

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

15 *Cable & Wireless Plc v IBM UK Ltd* [2002] C.L.C. 1319, QBD, m.n. p. 1327.

16 Yeo & Tan 2003, p. 426-427.

17 Merrett 2006, p. 322-324.

afdwingen. Hij doet dit niet alleen door een procedure die in strijd hiermee is begonnen te schorsen, hij kan dit ook doen door middel van een zogenaamde 'anti-suit injunction'. Dit is een bevel van de rechter waarbij een partij wordt verboden om een procedure in het buitenland te beginnen of voort te zetten.¹⁸ In geval van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage zal de rechter een dergelijk bevel vrijwel altijd geven, tenzij er sterke redenen zijn om dit niet te doen.¹⁹

Het in strijd met een overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze beginnen van een procedure wordt gezien als contractbreuk. Zie bijvoorbeeld *North Cohen & Wessel* met betrekking tot arbitrage:

'Thus, when a party to an arbitration agreement commences a substantive legal action in any other forum on a matter that is within the arbitration agreement, there must logically be a breach of that party's contractual obligation to resolve disputes by arbitration.'²⁰

En zie met betrekking tot de forumkeuze *Tan en Yeo*:

'What constitutes an actionable breach of contract is (...) the simple act of the defendant's instituting proceedings in a forum other than that chosen in the jurisdiction clause (the "non-contractual forum").'²¹

Het feit dat het in strijd met een overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze beginnen van een procedure wordt gezien als contractbreuk, betekent dat de partij die dit doet in principe schadevergoeding verschuldigd is. Met betrekking tot de overeenkomst tot forumkeuze is dit in vrij recente uitspraken erkend.²² Daarvoor werd in theorie schadevergoeding wel mogelijk geacht, maar was dit nooit in de jurisprudentie bevestigd.²³ Met betrekking tot de overeenkomst tot arbitrage was al langer duidelijk dat schending hiervan een verplichting tot schadevergoeding mee kon brengen. Vroeger had de rechter nog niet de mogelijkheid om een zaak wegens

18 Ho 2003, p. 701; Wilson 2003, p. 213; Vlas in zijn noot onder HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.), nr. 1; Kramer 2005, p. 131.

19 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 544, nr. 12-140; Ho 2003, p. 706; Males 1998, p. 547; Merrett 2006, p. 318; Peel 1998, p. 204, 205; Yeo & Tan 2003, p. 404; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 96 (L.J. Millett); *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, nr. 24, p. 433 (L.J. Bingham), nr. 45, p. 439 (L.J. Hobhouse). Zie m.b.t. de overeenkomst tot mediation *Cable & Wireless Plc v IBM UK Ltd* [2002] C.L.C. 1319, QBD, p. 1327-1328.

20 *North Cohen & Wessel* 2001, p. 68. Zie verder bijv. *Tan & Yeo* 2003, p. 437; *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, p. 210-211; *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797 (Comm), r.o. 37; *Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen GmbH v Voest Alpine Intertrading GmbH* [1997] 2 Lloyd's Rep. 279, p. 285 (L.J. Hobhouse).

21 *Tan & Yeo* 2003, p. 437. Zie verder bijv. *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797 (Comm), r.o. 37.

22 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA; *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425; *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797, QBD; *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, QBD nr. 16, p. 211. Zie ook *Tan & Yeo* 2003, p. 437; *Yeo & Tan* 2003, p. 403; Merrett 2006, p. 326. Een andere mening toegedaan is Tham. Volgens hem geeft enkel schending van een primaire contractuele verplichting (primary contractual obligation) recht op schadevergoeding. Uit een overeenkomst tot forumkeuze zouden slechts 'ancillary obligations' voortvloeien; Tham 2004, p. 46-71.

23 *Yeo & Tan* 2003, p. 405 met verwijzing naar rechtspraak; Ho 2003, p. 707; Males 1998, p. 550. Zie bijv. *Mike Trading and Transport Ltd v R. Pagnan & Fratelli (The 'Lisboa')* [1980] 2 Lloyd's Rep. 546, CA (L.J. Denning, L.J. Dunn).

het bestaan van een geldige overeenkomst tot arbitrage te schorsen, zodat schadevergoeding het enige beschikbare rechtsmiddel was wegens schending van een overeenkomst tot arbitrage.²⁴ Het feit dat de rechter later wel de mogelijkheid (en tegenwoordig zelfs de plicht) heeft gekregen om te schorsen, staat niet aan de vordering tot schadevergoeding in de weg, zo blijkt uit het Mantovani-arrest van de Court of Appeal. Hierin werd het argument van verweerder dat schorsing van de procedure het passende rechtsmiddel is voor schending van de overeenkomst tot arbitrage, verworpen. Het feit dat de rechter de procedure kan schorsen, brengt immers enkel mee dat over het algemeen geen schade geleden zal worden. Dit doet echter niet af aan het feit dat in principe recht op schadevergoeding blijft bestaan. Indien in een bepaald geval wel schade wordt geleden, komt deze schade dus voor vergoeding in aanmerking.²⁵

Hoewel de overeenkomsten tot arbitrage en tot forumkeuze wel kunnen worden afgedwongen in de *primaire procedure* en de werking dus feitelijk niet veel verschilt van die naar Nederlands recht, worden in Engeland de *obligatoire aspecten* van deze overeenkomsten kortom nog altijd sterk benadrukt. Zo kan nakoming door middel van een zogenaamde ‘*anti-suit injunction*’ worden afgedwongen en is bij schending een vordering tot schadevergoeding mogelijk.

8.3 Duits recht²⁶

Ook in de Duitse literatuur is de vraag naar de *obligatoire werking* van procesovereenkomsten aan de orde geweest. Onder meer Wagner heeft zich hiermee beziggehouden. In paragraaf 4.2.2 is gebleken dat Wagner onderscheid maakt tussen overeenkomsten waarbij partijen afwijken van regels van procesrecht en overeenkomsten waarbij zij zich binden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid.²⁷ Een overeenkomst waarbij partijen zich binden omtrent de uitoefening van een processuele bevoegdheid, roept in zijn opvatting steeds verbintenissen van partijen in het leven. In beginsel geeft schending van een dergelijke overeenkomst volgens Wagner ook recht op schadevergoeding. In paragraaf 4.3.1 is echter betoogd dat een dergelijke overeenkomst naar Nederlands recht niet als apart type kan worden erkend. Interessant is echter dat volgens Wagner ook overeenkomsten waarbij wordt afgeweken van het procesrecht verbintenissen van partijen mee kunnen brengen, al hoeft dat niet steeds het geval te zijn. Wagner merkt daarbij op dat de vraag of een overeenkomst waarbij wordt afgeweken van het procesrecht ook verbintenissen van partijen doet ontstaan over het algemeen weinig belangwekkend is, omdat niet-nakoming van een dergelijke overeenkomst in de meeste gevallen niet tot schade leidt. Indien een partij zich in strijd met een forumkeuze tot een onbevoegd Duits gerecht wendt, zal dit gerecht de zaak niet in behandeling nemen en zal de verweerder zijn proceskosten vergoed krijgen. In internationale gevallen is het echter

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

25 *Mantovani v Carapelli SpA* [1980] 1 Lloyd's Rep. 375, CA. Zie m.n. p. 383 (L.J. Browne).

26 De EEX-regeling wordt bij deze bespreking van het Duitse recht buiten beschouwing gelaten.

27 Wagner 1998, p. 54-57.

wel degelijk mogelijk dat niet-nakoming van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage schade doet ontstaan. Zo kennen niet alle landen de regel dat de partij die gelijk heeft gekregen, in de proceskosten van de wederpartij wordt veroordeeld. Wagner merkt op dat de heersende leer in Duitsland om deze reden inhoudt, dat procesovereenkomsten ook een verbintenisrechtelijke werking hebben. Ook volgens Wagner zelf staat niets eraan in de weg dat partijen, indien zij bij overeenkomst afwijken van het procesrecht, daarbij ook een *obligatoire werking* overeenkomen. Het is naar zijn mening echter onjuist om aan te nemen dat een overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze *steeds* ook de verplichting meebrengt om niet voor een ander dan het overeengekomen forum te procederen. Hiervoor is namelijk vereist dat een dergelijke werking voort zou vloeien uit het aanvullende recht. Dat het aanvullende recht dit inderdaad meebrengt, ligt volgens Wagner niet voor de hand. Niet kan namelijk worden aangenomen dat het in overeenstemming is met de (veronderstelde) wil van de meerderheid van de partijen dat overeenkomsten tot forumkeuze of tot arbitrage ook verbintenissen in het leven roepen. Daarbij wijst Wagner erop dat een exclusieve bevoegdheid die bij overeenkomst in het leven is geroepen in dat geval een veel sterkere werking zou hebben dan een op de wet gebaseerde exclusieve bevoegdheid. Indien een partij in strijd met een wettelijke exclusieve bevoegdheid een procedure in het buitenland is begonnen, krijgt de wederpartij slechts die proceskosten vergoed die op grond van de regels van het buitenlandse gerecht voor vergoeding in aanmerking komen. Deze wederpartij kan niet bij de Duitse rechter alsnog (volledige) vergoeding van de proceskosten vorderen. Niet duidelijk is waarom dit in geval van een bevoegdheidsregel die berust op een overeenkomst ineens anders zou zijn. Indien partijen dit niet expliciet hebben bepaald, kan niet worden aangenomen dat partijen een dergelijke werking met hun overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage hebben beoogd. Daarbij acht Wagner het van belang dat dergelijke overeenkomsten over het algemeen door professionele partijen worden gesloten, van wie verwacht kan worden dat zij zorgvuldig aangeven welke werking zij wensen. Partijen bij een procesovereenkomst zullen volgens Wagner dus expliciet moeten bepalen dat zij ook verbintenissen in het leven willen roepen.²⁸

Schlosser is tegen dit standpunt van Wagner ingegaan. Naar zijn mening houdt, indien sprake is van een internationaal geval, het aanvullende recht wel degelijk in dat een overeenkomst tot forumkeuze *obligatoire werking* heeft. Om dit aan te nemen is volgens Schlosser niet vereist dat dit in overeenstemming is met de (veronderstelde) wil van de meerderheid van partijen. Het dispositieve recht regelt immers juist die gevallen, waaraan partijen niet hebben gedacht. Het gaat dus veel eerder om de vraag, of de aannahme van verbintenissen *tegen* de veronderstelde wil van partijen ingaat. Dit is geenszins het geval. Een partij bij een forumkeuze heeft immers de legitieme verwachting, dat zij geen schade zal lijden doordat haar wederpartij zich niet aan de afspraak houdt. Het argument van Wagner dat een op overeenkomst gebaseerde exclusieve bevoegdheid op deze manier een veel sterkere werking krijgt dan een op de wet gebaseerde exclusieve bevoegdheid, verwierpt Schlosser. Naar zijn mening is het handelen in strijd met een overeenkomst nu eenmaal principieel iets anders.²⁹

28 Wagner 1998, p. 254 e.v.

29 Schlosser 2007, m.n. p. 118-119.

De discussie tussen Wagner en Schlosser spitst zich kortom toe op de inhoud van het aanvullende recht. Beide auteurs gaan ervan uit dat het mogelijk is dat een overeenkomst tot forumkeuze verbintenissen voor partijen meebrengt. Zij menen ook beiden dat dit niet steeds het geval hoeft te zijn: ook een overeenkomst waarbij slechts van de rechtsmachtregels wordt afgeweken is denkbaar. Zij verschillen echter van mening wat heeft te gelden indien partijen op dit punt niets hebben bepaald: vloeien er dan wel of geen verbintenissen voor partijen uit de overeenkomst voort? Volgens Wagner zullen partijen een obligatoire werking uitdrukkelijk moeten overeenkomen, volgens Schlosser volgt een dergelijke werking uit het aanvullende recht en zullen partijen die aan een dergelijke werking geen behoefte hebben, haar juist uitdrukkelijk moeten uitsluiten.

8.4 Wet, literatuur, jurisprudentie en geschiedenis

8.4.1 Inleiding

In paragraaf 8.2 is gebleken dat naar Engels recht de overeenkomst tot forumkeuze en de overeenkomst tot arbitrage rechten en verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar meebrengen. Ook met betrekking tot het Duitse recht wordt in de literatuur betoogd dat deze overeenkomsten een dergelijke werking kunnen hebben (zie paragraaf 8.3). Het is de vraag hoe dit zit naar Nederlands recht. Om te beoordelen in hoeverre procesovereenkomsten naar Nederlands recht obligatoire werking hebben, vindt in deze paragraaf bestudering plaats van de wet en de parlementaire geschiedenis (paragraaf 8.4.2), de literatuur (8.4.3), de jurisprudentie (8.4.4) en de geschiedenis (8.4.5).

8.4.2 Wettelijke bepalingen en parlementaire geschiedenis

Indien men naar de tekst van de wettelijke bepalingen waarbij het sluiten van procesovereenkomsten wordt toegestaan kijkt, lijkt het er niet op dat dergelijke overeenkomsten obligatoire werking hebben. De verschillende wettelijke bepalingen spreken met name over de afwijking van de regels van procesrecht die deze overeenkomsten tot gevolg hebben. Zo omschrijft artikel 153 Rv bewijsovereenkomsten als 'overeenkomsten waarbij van het wettelijke bewijsrecht wordt afgeweken'. De overeenkomst tot internationale forumkeuze leidt er blijkens artikel 8 lid 1 Rv toe, dat '[d]e Nederlandse rechter (...) rechtsmacht [heeft]'. Zie ook bijvoorbeeld artikel 8 lid 2 Rv met betrekking tot de derogatie van de Nederlandse rechter, artikel 108 lid 1 Rv met betrekking tot de keuze van de relatief bevoegde rechter en artikel 227 lid 1 sub b en artikel 228 lid 1 Rv met betrekking tot de hervatting bij akte ter rolle na schorsing van het geding.

De overeenkomsten tot prorogatie en tot sprongcassatie worden daarentegen in de wet omschreven als afspraken van partijen omtrent hun gedrag tijdens de procedure. Artikel 329 Rv bepaalt dat partijen kunnen overeenkomen 'geschillen bij aanvang van het geding dadelijk ter kennis te brengen van het gerechtshof dat in hoger beroep bevoegd zou zijn'. Op grond van artikel 398 sub 2 Rv kunnen partijen afspreken 'het hoger beroep over te slaan'. Toch is onduidelijk of uit deze formuleringen kan worden

afgeleid dat deze overeenkomsten verbintenissen voor partijen in het leven roepen. Zo omschrijft artikel 398 Rv niet alleen de afspraak tot sprongcassatie tussen partijen, maar geeft ook aan wat het gevolg is van een dergelijke afspraak: partijen kunnen beroep in cassatie instellen. Ook deze bepaling is dus met name gericht op de afwijking van het procesrecht die deze overeenkomst tot gevolg heeft.

Uit lid 2 van artikel 1020 Rv lijkt te volgen dat een overeenkomst tot arbitrage ook obligatoire werking heeft.³⁰ In dit lid worden het compromis en het arbitraal beding als volgt omschreven:

‘De overeenkomst tot arbitrage (...) betreft zowel het compromis waarbij de partijen zich verbinden om een tussen hen bestaand geschil aan arbitrage te onderwerpen als het arbitraal beding waarbij de partijen zich verbinden om geschillen die tussen hen zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage te onderwerpen.’

Dit artikel spreekt dus over het ‘zich verbinden’ van partijen. In andere bepalingen wordt echter met name aandacht besteed aan de afwijking van het procesrecht die deze overeenkomst tot gevolg heeft. In lid 1 van artikel 1020 Rv valt bijvoorbeeld te lezen dat ‘partijen (...) bij overeenkomst geschillen (...) aan arbitrage [kunnen] onderwerpen’. In artikel 1051 lid 1 Rv staat dat ‘partijen (...) bij overeenkomst het scheidsrecht dan wel de voorzitter daarvan (...) de bevoegdheid [kunnen] verlenen om in kort geding vonnis te wijzen’.

Met betrekking tot de overeenkomst tot bindend advies lijkt uit de wet wel voort te vloeien dat zij obligatoire werking heeft. De overeenkomst tot bindend advies is immers een vaststellingsovereenkomst. De vaststellingsovereenkomst is een verbintenissenrechtelijke overeenkomst, geregeld in titel 15 van boek 7 BW.³¹ Toch is hiermee nog niet alles gezegd. De vraag is immers, welke verbintenissen precies uit de vaststellingsovereenkomst voortvloeien. Het gaat in het kader van deze paragraaf immers slechts om verbintenissen tot bepaald procesgedrag. Verplicht de overeenkomst tot bindend advies partijen ook om geen procedure bij de overheidsrechter te beginnen? Dit wordt uit de tekst van de wet niet direct duidelijk. In artikel 7:900 BW valt te lezen dat partijen zich jegens elkaar binden aan een vaststelling omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt. In artikel 7:901 lid 2 BW wordt dit nader uitgewerkt. Dit lid bepaalt dat ieder van de partijen jegens de andere verplicht is te verrichten hetgeen van haar zijde nodig is om aan de vereisten voor de totstandkoming van de vaststelling te voldoen. Volgens de parlementaire geschiedenis omvat deze bepaling mede het vereiste om aan het tot stand komen van de beslissing door bindend adviseurs mee te werken.³² Hoe ruim deze verplichting tot medewerking precies is, is echter niet duidelijk. Of deze verplichting ook is geschonden indien een partij in strijd met een overeenkomst tot bindend advies een zaak bij de overheidsrechter aanhangig maakt, blijft kortom de vraag.

De tekst van de wettelijke bepalingen wijst er over het algemeen kortom niet op dat uit de verschillende procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen

30 Zo ook Meijer 2011, p. 209-210.

31 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3 (MvT), p. 36.

32 *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3 (MvT), p. 37; zie ook Luttik 1994, p. 268; Meijer 1992, p. 59; zie ook bijv. HR 25 juni 2010, NJ 2010, 372 (Baijings c.s./Huijgers c.s.), r.o. 3.4.2.

voortvloeien. De parlementaire geschiedenis bevestigt dit beeld. Ook hier wordt vaak enkel gesproken over de afwijking van de regels van procesrecht die deze overeenkomsten tot gevolg hebben. Een voorbeeld biedt de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de bewijsovereenkomst:

'Het komt dikwijls voor, dat partijen met het oog op een mogelijk proces in afwijking van het wettelijk bewijsrecht afspraken maken omtrent haar bewijspositie, in dier voege b.v., dat bepaalde bewijsmiddelen worden uitgesloten of dwingende bewijskracht aan een bepaald bewijsmiddel wordt verleend, al dan niet met beperking of uitsluiting van tegenbewijs.'³³

Noch de tekst van de wettelijke bepalingen, noch de parlementaire geschiedenis wijst er kortom op dat procesovereenkomsten *obligatoire werking* hebben.

8.4.3 Literatuur

In de literatuur bestaat verschil van mening over de vraag, of uit procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen voortvloeien. Met name in het kader van de bewijsovereenkomst is deze vraag aan de orde gesteld.

De auteurs die menen dat de procesovereenkomst geen *obligatoire overeenkomst* is, wijzen hiertoe vaak op het feit dat een dergelijke overeenkomst gevolgen heeft op het gebied van de toepasselijkheid van de regels van procesrecht. Daarom zou zij geen verbintenissen voor partijen meebrengen. Zie in deze zin bijvoorbeeld Scheltema met betrekking tot de bewijsovereenkomst:

'Contractuele bewijsregelingen (...) hebben deze inhoud, dat partijen goed vinden, dat in een aanstaand proces de rechter, bij de bepaling van de bewijspositie, in stede van de gewone, wettelijke bewijsregel, zal toepassen de door partijen ontworpen, daarvan afwijkende regeling. De beoogde werking der overeenkomst is dus niet, dat de ééne partij jegens haar wederpartij iets praesteert, doch dat de rechter zich overeenkomstig de door partijen geformuleerde regel gedraagt, of, zooals men het ook kan zeggen, dat de rechter, in stede van de wettelijke, de contractuele regeling op de bewijspositie van partijen toepast.'³⁴

Ook volgens Scholten verplicht men zich bij een bewijsbeding 'niet tot eenige praestatie', maar neemt men 'alleen een bewijsrisico op zich'.³⁵ Van Schaick wijst erop dat partijen door middel van een bewijsovereenkomst derogeren aan de regels van bewijsrecht. Volgens hem is de bewijsovereenkomst dan ook geen *obligatoire overeenkomst*, maar 'veeleer een partij-instructie aan de rechter die de aanwezige bewijsmiddelen met betrekking tot een feit in geschil moet waarderen'.³⁶ Rueb merkt met betrekking tot de procesovereenkomst in zijn algemeenheid op dat kenmerk

33 Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 109, 110; zie ook de parlementaire geschiedenis bij art. 8 Rv (Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111-112) en bij de Arbitragewet (*Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT); *Kamerstukken II* 1984/85, 18 464, nr. 5 (VV); *Kamerstukken II* 1985/86, 18 464, nr. 6 (MvA)).

34 Scheltema 1935, p. 419-420.

35 Noot P. Scholten onder HR 31 maart 1933, *NJ* 1933, p. 1333, 1337.

36 Van Schaick 2006, p. 134; zie ook Asser/Van Schaick 2004 (5-IV), p. 217, nr. 260. Zie verder Verstijlen 2008, p. 129; Van der Wiel 2002a, p. 222; Hofmann/Abas 1977, p. 8-9; Hülsmann 1938, p. 126.

hiervan is dat zij betrekking heeft op een processueel resultaat en niet op materiële rechten en verplichtingen van partijen.³⁷

De auteurs die menen dat de procesovereenkomst wel een *obligatoire* overeenkomst is, zien in het feit dat dergelijke overeenkomsten een afwijking van het procesrecht tot gevolg hebben, geen belemmering om aan te nemen dat hieruit daarnaast verbintenissen voor partijen voortvloeien. Een voorbeeld hiervan is Snijders. Hij betoogt dat op burgerlijkrechtelijke verschijnselen die zich voordoen in of rond het burgerlijk proces, het burgerlijk recht onverkort van toepassing is, behoudens procesrechtelijke legitimatie voor differentiatie.³⁸ Toegepast op de procesovereenkomst brengt dit volgens hem mee dat dergelijke overeenkomsten rechten en verplichtingen van partijen in het leven roepen. De wederpartij die een prorogatieovereenkomst schendt, is naar zijn mening aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade. Dat uit procesovereenkomsten mede gehoudenheid kan voortvloeien voor de rechter, is volgens Snijders iets anders.³⁹

Zie met betrekking tot de bewijsovereenkomst bijvoorbeeld Hidma:

‘Schending van een verplichting die uit een bewijsovereenkomst voortvloeit is niet goed mogelijk. Wij hebben hier, zoals vaker wanneer de contractuele verplichting een immateriële is, te doen met een geval waarin het contractueel niet-mogen tevens een niet-kunnen is.’⁴⁰

Met betrekking tot de overeenkomst tot arbitrage heeft Meijer betoogd dat sprake is van een *obligatoire* overeenkomst. Daarbij wijst hij op de omschrijving die van deze overeenkomst in artikel 1020 lid 2 Rv wordt gegeven. Gesproken wordt hier immers over een overeenkomst ‘waarbij partijen zich verbinden’.⁴¹ Verder gaat Kuypers er met betrekking tot de overeenkomst tot forumkeuze van uit, dat zij de verplichting inhoudt om de vordering bij de aangewezen rechter in te stellen. Het inleiden van een procedure voor een ander gerecht dan partijen hebben aangewezen levert een (toerekenbare) tekortkoming op, die in beginsel leidt tot schadeplichtigheid.⁴²

Met betrekking tot de vraag naar de *obligatoire* werking van procesovereenkomsten nemen Hartkamp en Sieburgh een tussenstandpunt in. Zij merken met betrekking tot de bewijsovereenkomst op dat zij geen *obligatoire* overeenkomst is, omdat zij haar werking met name heeft in het burgerlijk proces. Zij sluiten echter niet uit dat de overeenkomst *obligatoire* aspecten heeft.⁴³

In de literatuur bestaat kortom verschil van inzicht met betrekking tot de vraag of een procesovereenkomst gezien kan worden als een *obligatoire* overeenkomst. Opvallend is daarbij dat de discussie een groot ‘welles-nietesgehalte’ heeft. De auteurs

37 Stein/Rueb 2011, p. 320.

38 Snijders 1992a, m.n. p. 18-20; zie over dit standpunt nader hoofdstuk 2.

39 Snijders 1992a, p. 40 e.v.; zie ook Snijders 1995, p. 9.

40 Pitlo/Hidma 1981, p. 28-29; zie m.b.t. de bewijsovereenkomst verder Asser/Kleijn (5-IV) 1988, p. 309, nr. 403; noot J.J.M. Petit bij HR 26 november 1954, AA 1954-55, p. 116, 120; Swane 1942, p. 327; m.b.t. de overeenkomst tot prorogatie Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 828, voetnoot 2.

41 Meijer 2011, p. 209-211; zie verder Van Leyenhorst 2009, p. 71-72. Zie over de omschrijving in art. 1020 lid 2 Rv ook par. 8.4.2.

42 Kuypers 2008, p. 261-262. Zie verder, m.b.t. de procesovereenkomst in zijn algemeenheid Asser 1999, p. 26; Zonderland 1976, p. 18. Zie m.b.t. de bewijsovereenkomst Clavareau 1947, p. 111; Van Oven 1935a, p. 277-281; Van Oven 1935b, p. 539-543.

43 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), p. 28, nr. 35.

die menen dat geen sprake is van een obligatoire overeenkomst, wijzen er steevast op dat de overeenkomst gevolgen heeft met betrekking tot de toepasselijke procesregels. Waarom uit deze overeenkomst daarnaast niet ook verbintenissen zouden kunnen voortvloeien, onderbouwen zij niet. Wellicht lijkt het deze auteurs weinig zinvol om ook verbintenissen van partijen aan te nemen, aangezien de rechter immers reeds de overeengekomen regels zal toepassen. Zoals hiervoor in paragraaf 8.1 is gebleken, is dit laatste onjuist.

Daarentegen wordt ook de mening dat uit procesovereenkomsten wel rechten en verplichtingen voor partijen ten opzichte van elkaar ontstaan, nauwelijks gemotiveerd. Meestal wordt volstaan met de opmerking dat naast een gehoudenheid van de rechter ook verbintenissen voor partijen uit de overeenkomst voortvloeien.

De literatuur biedt kortom weinig houvast. Er worden geen doorslaggevende argumenten gegeven, op grond waarvan geconcludeerd kan worden of procesovereenkomsten obligatoire overeenkomsten zijn.

8.4.4 *Jurisprudentie*

In de jurisprudentie valt weinig steun te vinden voor het standpunt dat uit procesovereenkomsten rechten en verplichtingen voor partijen voortvloeien. Sporadisch zijn er aanwijzingen te vinden dat dit wellicht het geval is. Dit geldt bijvoorbeeld voor een aantal uitspraken van de Hoge Raad met betrekking tot de overeenkomst tot arbitrage. In het arrest *De Drie HLO's/Gem. Den Haag* ging het om de vraag in hoeverre een vereniging die de belangen van haar leden behartigde, een arbitraal beding waaraan haar leden gebonden waren, tegen zich moest laten gelden. De Hoge Raad overwoog:

'Niet kan worden aanvaard dat in zulk een geval de wederpartij verstoken zou blijven van het door haar bedongen *recht* een eventueel geschil door arbiters te doen beslechten (...).'⁴⁴ (cursivering MWK)

In de zaak *Handelsveem/Annico* overwoog de Hoge Raad:

'Tenslotte miskent dit onderdeel (...) dat tot de *rechten* van Annico uit de bevrachtingsovereenkomst eveneens behoort de bevoegdheid om eventuele geschillen door arbiters te Londen te doen beoordelen.'⁴⁵ (cursivering MWK)

Het is echter de vraag of de Hoge Raad hiermee wel iets heeft willen zeggen over de obligatoire werking van de overeenkomst tot arbitrage. Wellicht heeft hij enkel tot uitdrukking willen brengen dat de betreffende partij aan het arbitragebeding gebonden is. In andere uitspraken gebruikt de Hoge Raad ook wel meer neutrale bewoordingen, zoals 'binding' aan of 'gelding' van een arbitragebeding.⁴⁶ De Hoge

44 HR 1 juli 1993, NJ 1994, 461, m.nt. HJS (*De Drie HLO's/Gem. Den Haag*), r.o. 3.4.

45 HR 16 januari 1998, NJ 1999, 284, m.nt. M.H. Claringbould (*Handelsveem/Annico*), r.o. 4.7.

46 Zie bijv. HR 17 januari 2003, NJ 2004, 280, m.nt. HJS (*ABN AMRO/Teisman*), r.o. 3.2; HR 20 januari 2006, NJ 2006, 77 (*Grünland c.s./Sagro*), r.o. 4.2 e.v.; HR 27 maart 1992, NJ 1993, 97, m.nt. HJS (*Nusselder/Nederlandse Liquidatiekas*), r.o. 3.3; zie ook r.o. 4.4 en 4.6 van HR 16 januari 1998, NJ 1999, 284, m.nt. M.H. Claringbould (*Handelsveem/Annico*).

Raad maakt dan wel duidelijk dat het arbitraal beding tussen bepaalde partijen van toepassing is, maar laat in het midden of dit verbintenissen voor partijen meebrengt.

Ook in zijn arresten met betrekking tot de overeenkomst tot forumkeuze spreekt de Hoge Raad over het algemeen neutraal over 'binding' van partijen aan de overeenkomst, en merkt daarbij dus niet op dat er rechten en verplichtingen uit de overeenkomst voortvloeien.⁴⁷ Wel overweegt de Hoge Raad in het arrest *Harvest Trader*:

'Het gaat in deze zaak om de procesrechtelijke gevolgen van een contractueel beding waarbij pp. een buitenlandse rechter bij uitsluiting bevoegd hebben verklaard om kennis te nemen van uit hun overeenkomst voortvloeiende geschillen.'⁴⁸

Uit het feit dat de Hoge Raad uitdrukkelijk vooropstelt dat het in dit arrest gaat om de *procesrechtelijke* gevolgen, zou kunnen worden afgeleid dat een dergelijke overeenkomst volgens de Hoge Raad daarnaast nog andere gevolgen heeft. Wellicht doelt hij daarbij op de *obligatoire werking* van een dergelijke overeenkomst.

Al met al biedt de jurisprudentie weinig steun voor het standpunt dat uit procesovereenkomsten ook verbintenissen voor partijen voortvloeien.

8.4.5 *Historische ontwikkeling*

Ter onderbouwing van het standpunt, dat uit procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen voortvloeien, valt een historisch argument aan te voeren. In paragraaf 4.2 is gebleken dat men zowel in Engeland, Duitsland als in Nederland de figuur van een overeenkomst met *obligatoire werking* heeft gebruikt om tot de erkenning van procesovereenkomsten te komen. Overeenkomsten waarbij werd afgeweken van de regels van procesrecht werden vaak niet toelaatbaar geacht op grond van het 'openbareordekarakter' van het burgerlijk procesrecht. Om deze reden construeerde men procesovereenkomsten dan als overeenkomsten die enkel verbintenissen voor partijen ten opzichte van elkaar in het leven riepen. Daarbij werd oorspronkelijk vaak een strikt onderscheid gemaakt tussen processuele gevolgen aan de ene kant en verbintenissen van partijen aan de andere kant. Op een gegeven moment begon dit verschil te vervagen en kreeg de overeenkomst een steeds sterkere werking in de procedure waarop zij betrekking had.

In paragraaf 4.2.4 is gebleken dat een dergelijke ontwikkeling zich in Nederland heeft voorgedaan met betrekking tot de overeenkomst tot internationale forumkeuze en tot arbitrage. Aangenomen werd vroeger dat partijen door middel van een overeenkomst geen rechtsmacht aan de Nederlandse overheidsrechter konden ontnemen. Toch werden de overeenkomsten tot forumkeuze en tot arbitrage om deze reden niet ongeldig geacht: aangenomen werd namelijk dat zij enkel de verplichting voor partijen in het leven riepen om slechts voor het aangewezen forum te procederen. Indien de eiser in strijd met deze verplichting toch een procedure voor de

⁴⁷ Zie bijv. HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 348, m.nt. JCS onder HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 350 (Esmil/Enka), r.o. 3.4; HR 14 februari 2003, *NJ* 2008, 412, m.nt. P. Vlas (*Aegon c.s./Rendite c.s.*), r.o. 3.12.

⁴⁸ HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989, 765, m.nt. JCS (*Harvest Trader*), r.o. 3.1; zie ook HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV (*Brown q.q./Ultrafin c.s.*), r.o. 3.3.2.

Nederlandse overheidsrechter begon, dwong de rechter nakoming van de overeenkomst af door de vordering niet-ontvankelijk te verklaren.⁴⁹ Op deze manier hadden de overeenkomsten kortom toch de gewenste werking. Tegenwoordig wordt erkend dat door dergelijke overeenkomsten wordt afgeweken van het procesrecht: zij leiden tot onbevoegdheid van de Nederlandse rechter.⁵⁰

Van oorsprong hebben deze procesovereenkomsten dus wel degelijk een obligatoire werking. Dit biedt steun aan het standpunt dat dergelijke overeenkomsten ook nu nog verbintenissen voor partijen meebrengen. Dat tegenwoordig wordt geaccepteerd dat door deze procesovereenkomsten wordt afgeweken van het procesrecht, hoeft immers niet te betekenen dat deze obligatoire werking verloren is gegaan.

8.5 Obligatoire werking: beoordeling

In de vorige paragrafen is gebleken dat de wet, de literatuur, de jurisprudentie en de rechtsgeschiedenis weinig steun bieden voor het standpunt dat uit procesovereenkomsten verbintenissen voor partijen voortvloeien. Hoewel historisch gezien bepaalde overeenkomsten, zoals de overeenkomst tot forumkeuze en tot arbitrage, wel degelijk verplichtingen van partijen inhielden, wijzen de tekst van de wet en de parlementaire geschiedenis tegenwoordig in een andere richting. In de jurisprudentie is slechts sporadisch steun te vinden voor de opvatting dat procesovereenkomsten rechten en verplichtingen van partijen zouden kunnen inhouden. De literatuur is over de vraag naar de obligatoire werking verdeeld. Op grond hiervan moet geconcludeerd worden dat procesovereenkomsten, indien partijen hierover niets hebben bepaald, naar huidige recht geen obligatoire werking hebben.

Voor het goed functioneren van een procesovereenkomst is ook niet vereist dat hieruit verbintenissen voor partijen voortvloeien. Indien de overeenkomst slechts een afwijking van het procesrecht inhoudt, functioneert de door partijen overeengekomen procesregel op dezelfde wijze als een wettelijke procesregel. Ook voor een wettelijke procesregel geldt immers dat het feit dat een partij zich niet overeenkomstig de regel gedraagt, nog niet betekent dat zij een verbintenis ten opzichte van haar wederpartij schendt. Een procesovereenkomst zonder obligatoire werking is dus goed denkbaar.

Daarbij is van belang dat de vraag 'wel of geen obligatoire werking' de kwestie wat te simplistisch weergeeft. Het is niet slechts de vraag óf uit een procesovereenkomst verbintenissen voor partijen voortvloeien, maar ook wélke. Uit de bespreking van het Engelse recht is duidelijk geworden dat de inhoud van de rechten en verplichtingen niet zonder meer duidelijk is (zie paragraaf 8.2). Brengt een overeenkomst tot

49 Zie m.b.t. de internationale forumkeuze HR 26 april 1918, *NJ* 1918, 587 (Jenatzky Leleux/Van Vliet); m.b.t. de arbitrage HR 6 november 1925, *NJ* 1925, 1293, m.nt. T. (Vink/Coöperatieve Vereniging). Het beroep op de overeenkomst werd niet gezien als exceptie maar als een verweer ten principale aangezien 'de eigen bepalingen der door partijen gesloten overeenkomst aan toewijzing der vordering (...) in den weg stonden'. Zie HR 26 april 1918, *NJ* 1918, 587 (Jenatzky Leleux/Van Vliet), p. 589.

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

forumkeuze bijvoorbeeld enkel de plicht voor partijen mee om geen procedures aanhangig te maken voor een ander dan het gekozen gerecht, of dienen partijen zich op grond hiervan ook te onthouden van een betwisting van de bevoegdheid van het aangewezen forum? Aangezien in de wet over het algemeen al niets bepaald is over het bestaan van verbintenissen van partijen, valt de precieze inhoud hiervan op basis van de wet al helemaal niet vast te stellen. Ook dit is reden om aan te nemen dat procesovereenkomsten, indien partijen hierover niets hebben bepaald, nog geen *obligatoire werking* hebben.

Dat het huidige procesrecht geen *obligatoire werking* van procesovereenkomsten inhoudt, betekent echter niet dat deze overeenkomsten nooit een dergelijke werking zouden *kunnen* hebben. In paragraaf 8.3 is gebleken dat in Duitsland wel wordt aangenomen dat partijen zelf kunnen bepalen of uit hun overeenkomst verbintenissen voortvloeien. Niet duidelijk is waarom dit naar Nederlands recht anders zou zijn. Ook naar Nederlands recht geldt immers het beginsel van de contractvrijheid, dat meebrengt dat partijen zelf de inhoud van hun overeenkomst kunnen bepalen. Deze vrijheid is echter wel begrensd (zie artikel 3:40 BW, dat overeenkomstig kan worden toegepast).⁵¹ Onderzocht moet dus worden, of er geen bezwaren zijn die aan de geldigheid van een dergelijke afspraak in de weg staan.

In dit verband is ten eerste van belang dat in paragraaf 4.3.1 is betoogd, dat als uitgangspunt heeft te gelden dat verbintenissen van partijen steeds gevolgen dienen te hebben in de procedure waarop zij betrekking hebben. De verbintenissen kunnen niet los worden gezien van de regels die in de procedure gelden. Hier brengt dit uitgangspunt mee dat partijen zich slechts geldig kunnen verbinden tot bepaald procesgedrag in het kader van een overeenkomst waarbij zij geldig zijn afgeweken van het procesrecht. Indien de overeenkomst waarbij partijen een bepaald schriftelijk stuk als bewijsmiddel hebben uitgesloten bijvoorbeeld nietig blijkt, kan het beding waarbij partijen elkaar ertoe hebben verplicht dit stuk niet in het geding te brengen niet ineens wel geldig worden geacht. Dit zou immers betekenen dat de rechter het stuk als bewijs moet accepteren, maar dat de partij die het stuk in het geding heeft gebracht daarmee wanprestatie pleegt en schadevergoeding verschuldigd is. In de procedure over de schadevergoeding zou de eerdere procedure dan feitelijk geheel ongedaan gemaakt kunnen worden. Dit is uiteraard onwenselijk.

Een overeenkomst waarbij partijen zich verbinden tot bepaald procesgedrag kan dus enkel geldig worden gesloten in het kader van een overeenkomst waarbij geldig wordt afgeweken van het procesrecht. Blijkt de laatste afspraak ongeldig, dan is de afspraak waarbij partijen verbintenissen in het leven hebben willen roepen ook nietig.

In geval van overeenkomsten met internationale aspecten is daarnaast nog denkbaar dat de EEX-verordening belemmeringen opwerpt. Er is jurisprudentie van het Hof van Justitie die hierop duidt. Op deze problematiek wordt hierna in paragraaf 8.7.2 ingegaan.

Geconcludeerd kan worden dat partijen geldig een procesovereenkomst met *obligatoire werking* in het leven kunnen roepen. Dit zullen zij wel ondubbelzinnig

51 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2010 (6-III*), p. 35, nr. 41; Hijma e.a. 2010, p. 14-15, nr. 14; Hoogervorst 1999, p. 137; Nieuwenhuis 1979, p. 6.

moeten doen: indien zij hierover niets hebben bepaald, geldt dat uit een procesovereenkomst geen verbintenissen voor partijen voortvloeien.

In de volgende paragraaf zal worden gekeken wat dit betekent voor een specifieke procesovereenkomst: de bewijsovereenkomst.

8.6 Uitwerking: de bewijsovereenkomst

In de vorige paragraaf is gebleken dat partijen in het kader van een procesovereenkomst geldig verbintenissen in het leven kunnen roepen, maar dat zij dit wel ondubbelzinnig moeten doen. In beginsel heeft de bewijsovereenkomst dus geen *obligatoire werking*. Indien partijen bijvoorbeeld een bepaald schriftelijk stuk als bewijsmiddel hebben uitgesloten, speelt deze overeenkomst pas bij de waardering van het bewijs een rol.⁵² Het staat partijen vrij om het schriftelijke stuk in het geding te brengen, al mag de rechter dit stuk niet voor het bewijs gebruiken. Wél kan de rechter hiervan kennisnemen, en kan hij de inhoud van het stuk dus (onbewust) laten meewegen bij bijvoorbeeld de waardering van andere bewijsmiddelen. Om deze reden kunnen partijen besluiten om, naast de uitsluiting als bewijsmiddel, ook de verplichting overeen te komen om het betreffende stuk niet in het geding te brengen. De partij die dit toch doet, pleegt dan wanprestatie.

Van deze mogelijkheid om in het kader van een bewijsovereenkomst verbintenissen in het leven te roepen, wordt regelmatig gebruikgemaakt in het kader van mediation. In de mediationovereenkomst komen partijen vaak een verplichting tot geheimhouding overeen. Voor zover dit beding inhoudt dat partijen bepaalde feiten tijdens een procedure niet mogen stellen, is in paragraaf 5.6.7 gebleken dat het nietig is. Het geheimhoudingsbeding houdt vaak echter ook in dat partijen de stukken die als bewijsmiddel zijn uitgesloten niet in het geding mogen brengen. Zie bijvoorbeeld artikel 7.2 NMI Mediation Reglement 2008, waarin valt te lezen:

‘De Partijen verbinden zich om geen stukken aan derden – onder wie begrepen rechters of arbiters – bekend te maken, (...) indien deze stukken door een bij de Mediation betrokkene tijdens of in verband met de Mediation zijn geopenbaard, getoond, of anderszins bekend gemaakt.’

Een dergelijk beding, in combinatie met de uitsluiting van deze stukken als bewijsmiddel, is in principe geldig.

Daarbij moet echter een voorbehoud worden gemaakt. In artikel 153 Rv is bepaald dat bewijsovereenkomsten buiten toepassing blijven op de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijven. Met deze bepaling heeft de wetgever met name het oog gehad op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW.⁵³ Het zal voor een partij veelal echter lastig zijn om aan te tonen dat sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid, indien zij het stuk dat als bewijsmiddel is uitgesloten niet in het geding kan brengen. Naar

⁵² Zie ook Van Schaick 2006, p. 135.

⁵³ Oorspronkelijk werd in het artikel enkel bepaald dat de bewijsovereenkomst buiten toepassing bleef ‘wanneer het in strijd zou zijn met de goede trouw zich op de overeenkomst te beroepen’. Bij invoering van het nieuwe BW heeft de bepaling haar huidige vorm gekregen. Zie Wet van 2 april 1991, *Stb.* 1991, 199 (Invoering Nieuw BW, Bezemwet); Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 58.

mijn mening kan de rechter echter, indien hij voldoende aanwijzingen heeft dat het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW gerechtvaardigd is, op grond van artikel 22 Rv bevelen het stuk toch in het geding te brengen. Indien de rechter oordeelt dat geen sprake is van gewichtige redenen in de zin van dit artikel, pleegt een partij geen wanprestatie indien zij aan het bevel van de rechter voldoet. De verplichting van partijen mag dus niet zover gaan dat zij niet dienen te voldoen aan een bevel op grond van artikel 22 Rv.

Een probleem doet zich voor, indien de rechter na bestudering van het stuk oordeelt dat de bewijsovereenkomst in dit geval niet op grond van artikel 6:248 lid 2 BW buiten toepassing dient te blijven. In dat geval heeft hij het stuk immers reeds ingezien, terwijl partijen juist wilden voorkomen dat de rechter hiervan kennis zou kunnen nemen. Oplossing hiervoor is om deze rechter in dat geval niet meer te laten deelnemen aan de verdere behandeling van het geding.⁵⁴

Partijen kunnen dus geldig overeenkomen dat de bewijsovereenkomst obligatoire werking heeft. De verbintenissen van partijen kunnen echter niet zover gaan dat zij niet hoeven te voldoen aan een door de rechter gegeven bevel op grond van artikel 22 Rv, voor zover er geen sprake is van 'gewichtige redenen'. In een dergelijk geval levert het voldoen aan dit bevel dan ook geen wanprestatie op.

8.7 Overeenkomsten met internationale aspecten

8.7.1 Inleiding

Gebleken is dat partijen in principe kunnen overeenkomen dat hun procesovereenkomst ook obligatoire werking heeft. In geval van een procesovereenkomst met een internationale dimensie, zoals de overeenkomst tot internationale forumkeuze of tot arbitrage, doet zich echter een aantal bijzondere vragen voor. Ten eerste roept de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie de vraag op, of de EEX-verordening in bepaalde omstandigheden niet in de weg staat aan het aannemen van verbintenissen. Daarnaast doet zich de vraag voor aan de hand van welk recht beoordeeld moet worden of een overeenkomst obligatoire werking heeft.

8.7.2 Belemmeringen op grond van de EEX-verordening?

Met betrekking tot de overeenkomst tot internationale forumkeuze en tot arbitrage roept de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie inzake de 'anti-suit injunction' de vraag op of de EEX-verordening in bepaalde omstandigheden niet aan het aannemen van verbintenissen van partijen in de weg staat. Het gaat daarbij om de vraag of de EEX-regeling belemmeringen opwerpt met betrekking tot overeenkomsten

⁵⁴ Vgl. HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451, m.nt. E.J. Dommering (De Telegraaf c.s./Staat), r.o. 3.4.8. Het gaat in dit arrest om de vraag hoe de rechter dient te beoordelen of het belang van geheimhouding in een bepaald geval een 'gewichtige reden' in de zin van art. 22 Rv oplevert. In dit arrest is m.n. het belang van geheimhouding ten opzichte van de wederpartij (en derden) aan de orde. In geval van een bewijsovereenkomst gaat het echter juist om het belang van geheimhouding ten opzichte van de rechter (en eventuele derden), aangezien de wederpartij vaak wel kennis zal hebben genomen van het betreffende stuk.

die zelf *niet* worden beheerst door de EEX, maar door het commune bevoegdheidsrecht. De vraag of overeenkomsten tot forumkeuze die worden beheerst door de EEX-verordening *obligatoire werking* (kunnen) hebben, wordt beantwoord in paragraaf 8.8.

In het Verenigd Koninkrijk is het mogelijk dat de rechter een partij een verbod oplegt om in een ander land te procederen. Een dergelijke 'anti-suit injunction' kan bijvoorbeeld worden opgelegd indien een partij in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage een procedure in het buitenland aanhangig heeft gemaakt. Volgens de Court of Appeal van het Verenigd Koninkrijk gaat het daarbij niet om een oordeel over de bevoegdheid van de buitenlandse rechter, maar wordt geoordeeld over het gedrag van de betrokken partij.⁵⁵ Zie nader over de 'anti-suit injunction' paragraaf 11.3.3.

In het arrest *Turner/Grovit c.s.* heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten over deze praktijk, waarbij het Hof oordeelde dat de 'anti-suit injunction' onverenigbaar is met de EEX-regeling. Volgens het Hof is het Executieverdrag gegrond op wederzijds vertrouwen van de verdragsluitende staten in elkaars rechtssysteem en rechterlijke instanties. Dit beginsel brengt mee dat de bevoegdheid van een gerecht behoudens bijzondere omstandigheden niet door een gerecht van een andere verdragsluitende staat mag worden getoetst. Wanneer een gerecht een partij verbiedt om bij een buitenlands gerecht een vordering in te stellen of voort te zetten, vormt dit een inmenging in de rechtsmacht van het buitenlandse gerecht, hetgeen onverenigbaar is met het stelsel van het Executieverdrag.⁵⁶ Deze uitspraak is in het arrest *Allianz c.s./West Tankers* bevestigd voor het geval de 'anti-suit injunction' gebaseerd is op het feit dat de buitenlandse procedure in strijd zou zijn met een overeenkomst tot arbitrage.⁵⁷ Zie over deze rechtspraak van het Hof van Justitie uitgebreid paragraaf 11.3.5.

Een gerecht mag een partij dus niet een verbod opleggen om voor een gerecht van een andere lidstaat een procedure aanhangig te maken of voort te zetten. Uit deze uitspraak van het Hof van Justitie zou afgeleid kunnen worden dat partijen geen verbintenissen in het leven kunnen roepen om enkel voor een bepaald forum te procederen. Een veroordeling tot nakoming van een dergelijke verbintenis is immers in veel gevallen niet mogelijk omdat deze veroordeling in strijd komt met de EEX-regeling.

Op deze manier wordt echter een te ruime strekking aan de rechtspraak van het Hof van Justitie toegekend. Deze rechtspraak staat slechts in bepaalde gevallen aan de afdwinging van de verbintenis om voor een bepaald forum te procederen in de weg. In het arrest *Turner/Grovit c.s.* overweegt het Hof uitdrukkelijk dat de *toepassing* van regels van nationaal procesrecht geen afbreuk mag doen aan het nuttig effect van het EEX-Verdrag.⁵⁸ Het Hof laat zich dus niet uit over de inhoud van het nationale recht, maar overweegt slechts dat de EEX mee kan brengen dat *toepassing* hiervan in bepaalde gevallen achterwege dient te blijven.⁵⁹ Afdwinging van de verbintenis om niet voor een rechter van een andere lidstaat te procederen hoeft niet steeds afbreuk te doen aan het nuttig effect van de EEX-verordening. Dit is wel het geval indien

55 Zie HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 15-16.

56 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), m.n. r.o. 24-28.

57 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (*Allianz c.s./West Tankers*).

58 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 29.

59 Zie ook Kramer 2005, p. 135.

hiermee een inmenging plaatsvindt in de rechtsmacht van een buitenlands gerecht. Indien een partij in strijd met een overeenkomst tot arbitrage in Nederland een procedure voor de Duitse overheidsrechter begint, is het dan ook aan de Duitse rechter om over deze overeenkomst te oordelen. Indien hij zich op grond van de overeenkomst echter onbevoegd verklaart, staat de EEX niet aan de conclusie in de weg dat de eisende partij een verbintenis heeft geschonden door in Duitsland te procederen en daarom schadevergoeding verschuldigd is.

De EEX-verordening staat er kortom niet aan in de weg dat partijen zich verbinden om enkel voor de gerechten van een bepaalde lidstaat of voor arbiters te procederen. Afdwinging van deze verbintenis zal slechts mogelijk zijn indien hierdoor geen inmenging plaatsvindt in de rechtsmacht van een andere lidstaat.

8.7.3 *Gevolgen van analoge toepassing van buitenlands burgerlijk recht*

In geval van een overeenkomst tot internationale forumkeuze of tot arbitrage rijst de vraag, naar welk recht beoordeeld moet worden of hieruit verbintenissen voortvloeien. In paragraaf 2.3 is gebleken dat de Nederlandse rechter een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage steeds zal beoordelen aan de hand van het Nederlandse procesrecht. Aangezien in de proceswetgeving echter niet alle aspecten geregeld zijn, dient in sommige gevallen teruggegrepen te worden op het burgerlijk recht. Gezien het beginsel van eenheid van recht heeft daarbij als uitgangspunt te gelden dat de regeling van de overeenkomst die in het burgerlijk recht is gegeven analoog kan worden toegepast, tenzij er redenen zijn die afwijking rechtvaardigen. Het is echter niet steeds het Nederlandse materiële recht dat analoog moet worden toegepast. In paragraaf 2.3 is gebleken dat ook buitenlands recht voor toepassing in aanmerking kan komen.

Ook de vraag of partijen verbintenissen zijn overeengekomen in het kader van een procesovereenkomst wordt niet geregeld in de Nederlandse proceswetgeving. Ook hier zal de regeling zoals die is gegeven in het burgerlijk recht analoog moeten worden toegepast, waarbij zoals gezegd ook buitenlands recht voor toepassing in aanmerking komt. Wel moet naar mijn mening als regel van Nederlands procesrecht worden aangenomen dat partijen zich enkel kunnen verbinden tot bepaald procesgedrag, indien deze afspraak is gekoppeld aan een overeenkomst waarbij (naar Nederlands recht) geldig is afgeweken van het procesrecht. Dit is een gevolg van het uitgangspunt dat verbintenissen van partijen niet los kunnen worden gezien van de regels die gelden in de procedure waarop zij betrekking hebben. Deze verbintenissen dienen in deze procedure dan ook steeds gevolgen te hebben (zie ook paragraaf 8.5).

Dit systeem leidt tot het volgende resultaat. Stel dat partijen zijn overeengekomen dat de rechter te New York in een bepaald geschil bevoegd is. Daarbij hebben zij zich verbonden om hun geschil slechts in New York aanhangig te maken. Indien een van de partijen toch naar de Nederlandse rechter stapt, zal deze rechter aan de hand van Nederlands procesrecht bepalen of hij bevoegd is. Indien de rechter tot de conclusie komt dat hij onbevoegd is op grond van de overeenkomst, zal hij aan de hand van het (eventueel buitenlandse) burgerlijke recht dat analoog kan worden toegepast, dienen

te bepalen of uit deze overeenkomst ook de verplichting van partijen voortvloeit om enkel in New York te procederen.

Denkbaar is echter ook dat de Nederlandse rechter voorbijgaat aan de forumkeuze, bijvoorbeeld omdat niet voldaan is aan het bewijsvoorschrift van artikel 8 lid 5 Rv, en zich bevoegd verklaart. Het is dan op grond van het Nederlandse procesrecht niet mogelijk dat hij *wel* aanneemt dat partijen zich geldig hebben verbonden om enkel in New York te procederen. Dit zou immers tot het onacceptabele resultaat leiden dat de rechter de zaak wel in behandeling moet nemen, maar dat een van de partijen de uitkomst van de procedure geheel ongedaan zou kunnen maken door van haar wederpartij schadevergoeding te vorderen wegens wanprestatie. Niet van belang is in een dergelijk geval dus of partijen naar het rechtsstelsel dat voor analoge toepassing in aanmerking komt wel geldig rechten en verplichtingen ten opzichte van elkaar zijn overeengekomen.

8.8 Overeenkomst tot forumkeuze beheerst door de EEX-verordening

Kunnen partijen in het kader van een overeenkomst tot forumkeuze die beheerst wordt door de EEX verbintenissen in het leven roepen?

De tekst van artikel 23 EEX-Vo wijst hier niet op. Deze tekst is geheel en al toegespitst op de vraag naar de bevoegdheid van de rechter, zonder dat iets gezegd wordt over rechten en verplichtingen van partijen. Wel wijst het arrest Tilly Russ/Nova van het Hof van Justitie wellicht in een andere richting. Hierin was de vraag aan de orde of aan een derdehouder van een cognossement een in dit cognossement opgenomen forumkeuze tegengeworpen kan worden. Het Hof overwoog:

*'Op de derde-houder gaan zowel alle rechten als alle verplichtingen uit het cognossement over, waaronder ook die welke verband houden met de aanwijzing van een bevoegde rechter.'*⁶⁰ (cursivering MWK)

In hetzelfde arrest sprak het Hof eerder al over 'de *verplichting* voortvloeiend uit de in het cognossement vervatte forumkeuze'.⁶¹ Het is echter twijfelachtig of het Hof hiermee iets heeft willen zeggen over het vraagstuk van de obligatoire werking van de overeenkomst tot forumkeuze. Het ligt meer voor de hand dat het Hof met deze formulering slechts tot uitdrukking heeft willen brengen dat de derdehouder een forumkeuze tegen zich moet laten gelden, en niet dat hieruit ook verbintenissen voor de derdehouder voortvloeien. Uit het arrest moeten dus niet te vergaande conclusies getrokken worden. In sommige andere arresten laat het Hof zich bovendien neutraler uit. Zo overwoog het Hof in het arrest IVECO Fiat/Van Hool dat de partijen 'gebonden [blijven] door alle bepalingen van die overeenkomst, daaronder begrepen de forum-clausule'.⁶² Het Hof maakte op deze manier duidelijk dat de forumclausule tussen

60 HvJ EG 19 juni 1984, NJ 1984, 735, m.nt. JCS (Tilly Russ/Nova), r.o. 25; Zie ook HvJ EG 9 november 2000, NJ 2001, 599, m.nt. PV (Coreck/Handelsveem), r.o. 25.

61 HvJ EG 19 juni 1984, NJ 1984, 735, m.nt. JCS (Tilly Russ/Nova), r.o. 24.

62 HvJ EG 11 november 1986, NJ 1987, 479 (IVECO Fiat/Van Hool), r.o. 7.

partijen van toepassing was, maar liet in het midden of de forumkeuze verbintenissen voor partijen meebracht.⁶³

Uit de tekst van artikel 23 EEX-Vo en de jurisprudentie blijkt dus niet dat partijen in het kader van een forumkeuze verbintenissen in het leven kunnen roepen. Hieruit volgt nog niet dat partijen deze bevoegdheid missen. Het is namelijk de vraag of artikel 23 EEX-Vo wel betrekking heeft op rechten en verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar. Deze bepaling is immers opgenomen in een verordening die de *rechterlijke bevoegdheid* regelt. De vraag naar verbintenissen van partijen lijkt buiten het toepassingsgebied van de bepaling te vallen.

De vraag of uit een overeenkomst tot forumkeuze verbintenissen voortvloeien, is daarmee een vraag van het nationale recht van de verschillende lidstaten.⁶⁴ Er bestaat ook geen bezwaar tegen, om deze kwestie aan het recht van de lidstaten over te laten. Voor rechtszekerheid op het gebied van de rechterlijke bevoegdheid is een uniforme rechtstoepassing op dit punt niet vereist. Van belang is dat rechters van verschillende lidstaten de vraag, of bij overeenkomst geldig bevoegdheid aan een bepaalde rechter is toegekend, op gelijke wijze beantwoorden. Dat sommige rechters wél aannemen dat de partij die in strijd met de overeenkomst een procedure is begonnen voor een onbevoegde rechter wanprestatie pleegt en anderen niet, is dan niet van belang. Aangenomen kan worden dat voor de vraag of partijen inderdaad verbintenissen in het leven hebben geroepen, evenals in het kader van de geldigheid van de overeenkomst, gekeken dient te worden naar het recht van de lidstaat van het gerecht dat partijen bij de forumkeuze hebben aangewezen.⁶⁵

Uiteraard geldt daarbij wel dat het stelsel van de EEX niet mag worden doorkruist. Dit volgt duidelijk uit de hiervoor in paragraaf 8.7.2 behandelde rechtspraak van het Hof van Justitie.⁶⁶ Indien de rechter te Frankrijk zich bevoegd acht omdat naar zijn oordeel geen sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze, staat het de Engelse rechter niet vrij de eisende partij te verbieden in Frankrijk te procederen omdat zij in strijd handelt met de verplichting om geen procedure in Frankrijk aanhangig te maken. Dit zou immers een inmenging vormen in de rechtsmacht van het Franse gerecht. Toepassing van het nationale recht mag geen afbreuk doen aan het nuttig effect van de EEX-regeling.

De EEX-verordening houdt zich kortom niet bezig met de vraag, of partijen in het kader van een overeenkomst tot forumkeuze verbintenissen in het leven kunnen roepen. Dit is een vraag die is overgelaten aan het recht van de lidstaten. Aannemelijk is daarbij dat gekeken moet worden naar het recht van de lidstaat van het aangewezen forum. Wel geldt dat toepassing van dit nationale recht het systeem van de EEX niet mag doorkruisen.

63 Andere voorbeelden van gevallen waarin het Hof dit in het midden laat zijn HvJ EG 14 juli 1983, nr. 201/82, *NJ* 1984, 716, m.nt. JCS (Gerling/Tesoro), r.o. 14, 15 en 20 ('een forumkeuze (...) [moet] geldig (...) worden geacht'); HvJ EG 16 maart 1999, *NJ* 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 41 ('daarop een beroep kan worden gedaan').

64 Zie ook Merrett 2006, p. 332-333.

65 Zie ook par. 2.4.

66 HvJ EG 27 april 2004, *NJ* 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.); HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers).

8.9 Conclusie

Op grond van het Nederlandse recht hebben procesovereenkomsten, indien partijen hierover niets hebben afgesproken, geen obligatoire werking. Wel kunnen partijen een dergelijke werking expliciet overeenkomen. Daarbij geldt dat een dergelijke afspraak alleen geldig is, indien ook sprake is van een geldige overeenkomst tot afwijking van het procesrecht (paragraaf 8.2-8.6).

In het kader van overeenkomsten met een internationaal karakter, zoals de overeenkomst tot internationale forumkeuze of tot arbitrage, heeft daarbij te gelden dat de vraag of partijen inderdaad verbintenissen zijn overeengekomen, niet wordt behandeld door de Nederlandse proceswetgeving. Gezien het beginsel van eenheid van recht kan echter worden teruggegrepen op de regeling zoals die is ontwikkeld in het burgerlijk recht, waarbij ook buitenlands recht voor toepassing in aanmerking kan komen. De EEX-verordening staat niet aan het aannemen van een obligatoire werking van dergelijke overeenkomsten in de weg, maar kan wel meebrengen dat de verbintenissen niet steeds afgedwongen kunnen worden. Dit is het geval indien hierdoor een inmenging plaatsvindt in de rechtsmacht van de rechter van een andere EEX-staat (paragraaf 8.7).

Voor overeenkomsten tot forumkeuze die beheerst worden door de EEX-verordening geldt dat de verordening er niet aan in de weg staat dat hierbij verbintenissen van partijen in het leven worden geroepen. Deze kwestie wordt geheel overgelaten aan het recht van de verschillende lidstaten. Ook hier geldt echter dat afdwinging van eventuele verbintenissen van partijen geen afbreuk mag doen aan het nuttig effect van de EEX (paragraaf 8.8).