



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

9 Ambtshalve toepassing?

9.1 Inleiding

Welke werking heeft een procesovereenkomst in de procedure? Dienen partijen zich op een dergelijke overeenkomst te beroepen, of past de rechter haar ambtshalve toe? In dit hoofdstuk zal deze vraag ten eerste worden behandeld voor procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regelend recht (paragraaf 9.2). Vervolgens wordt ingegaan op procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde (paragraaf 9.3). Ten slotte komt de situatie aan de orde dat de procesovereenkomst als beding voorkomt in een consumentenovereenkomst (paragraaf 9.4).

9.2 Procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regelend recht

Over het algemeen wordt bij procesovereenkomsten afgeweken van regelend recht. Duidelijk is dat de rechter in geval van regelend recht niet ambtshalve zal onderzoeken, of partijen wellicht bij overeenkomst hiervan zijn afgeweken. De rechter is in geval van regelend recht immers gebonden aan de feiten en stellingen die partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag hebben gelegd.¹ Partijen zullen dus zelf een beroep op de procesovereenkomst dienen te doen. Interessant is in dit verband dat uit een beschikking van de Hoge Raad lijkt te volgen dat ook de getuige, wiens verklaring bij overeenkomst als bewijsmiddel is uitgesloten, een beroep op deze overeenkomst kan doen.² Dit oordeel lijkt mij onjuist. Het is immers een zaak van partijen onderling welke bewijsregels tijdens de procedure toegepast zullen worden en niet een van de getuige.

De rechter zal dus niet uit zichzelf een procesovereenkomst van partijen toepassen. Bovendien zal de rechter, indien beide partijen stellen dat een procesovereenkomst is gesloten, niet ambtshalve toetsen of dit inderdaad het geval is. Ook onderzoekt hij niet uit eigen beweging of een dergelijke overeenkomst wellicht vernietigbaar is, bijvoorbeeld op grond van een wilsgebrek. Wel zal de rechter ambtshalve toetsen of sprake is van een geschil dat ter vrije bepaling van partijen staat, indien dit een geldigheidsvereiste is voor het sluiten van de procesovereenkomst. In een dergelijk geval is immers

¹ Zie par. 4.4.2.

² HR 10 april 2009, NJ 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen, r.o. 3.3.

recht van openbare orde in het geding.³ Ook zal de rechter, indien sprake is van een procesovereenkomst die als beding voorkomt in een consumentenovereenkomst, ambtshalve beoordelen of dit beding wellicht oneerlijk is. Volgens het Hof van Justitie moet de regel dat oneerlijke bedingen de consument niet binden namelijk worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden.⁴ Zie hierover nader paragraaf 9.4.

9.3 Procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde

In paragraaf 4.4.3.4 is gebleken dat er gevallen zijn, waarin partijen bij procesovereenkomst kunnen afwijken van regels die van openbare orde zijn. Een voorbeeld is de overeenkomst tot forumkeuze, waarbij partijen afwijken van de regels van internationale rechtsmacht. Voor deze regels zelf geldt dat zij door de rechter ambtshalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd worden toegepast. Deze regels zijn immers van openbare orde. Geldt nu hetzelfde voor de procesovereenkomst, waarbij van deze regels wordt afgeweken? Onderzoekt de rechter nu ook zelfstandig of partijen wellicht een dergelijke overeenkomst hebben gesloten? Of dienen partijen hierop toch een beroep te doen?

In dit verband is de beschikking W./Officier van Justitie relevant. De Hoge Raad heeft zich hierin uitgelaten over de vraag, of de rechter ambtshalve moet vaststellen of van berusting sprake is. Uitgangspunt is dat de Hoge Raad ambtshalve de ontvankelijkheid van een cassatieberoep beoordeelt.⁵ In deze beschikking oordeelde de Hoge Raad echter dat dit niet geldt voor de vraag of het beroep niet-ontvankelijk is wegens berusting. De Hoge Raad onderbouwde dit onder meer als volgt. Het recht dat de wet aan de door een rechterlijke uitspraak in het ongelijk gestelde partij geeft een rechtsmiddel in te stellen staat volgens de Hoge Raad ter vrije beschikking van deze partij. Zij kan van dat recht afstand doen door middel van berusting, waarvoor vereist is dat zij aan haar wederpartij de wil te kennen geeft zich bij de uitspraak neer te leggen. Berusting vindt aldus plaats tussen degenen die partij zijn bij de uitspraak waarin wordt berust en binnen het domein waarin partijen vrij zijn hun onderlinge rechtsbetrekkingen te bepalen, hetgeen tegen het ambtshalve uitspreken van de niet-ontvankelijkheid wegens berusting pleit. Volgens de Hoge Raad kunnen partijen een berusting bovendien ook weer ongedaan maken: in het licht van de vrijheid van partijen om te bepalen of en in hoeverre zij hun geschil aan de rechter voorleggen, zou het moeilijk te rechtvaardigen zijn indien de rechter een partij ook aan de berusting zou houden, indien de verwerende partij te kennen heeft gegeven geen bezwaar te hebben tegen voortzetting van het proces.⁶

3 Zie over de precieze betekenis van dit vereiste par. 3.3.3.

4 HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2010, 11, m.nt. M.R. Mok (Asturcom/Rodríguez Noguiera), r.o. 52 e.v.; HvJ EU 16 november 2010, nr. C-76/10 (Pohotovost'/Korčakovská), r.o. 50.

5 Vriesendorp 1970, p. 247, nr. 157; Gras 2009, p. 582; conclusie A-G ten Kate voor het tussenarrest HR 10 oktober 1986, nr. 2 dat leidde tot het eindarrest HR 6 maart 1987, NJ 1987, 904, m.nt. WHH (APP/Valks-Van Leenden c.s.) en conclusie A-G Biegman-Hartogh voor het eindarrest, nr. 3.

6 HR 8 juni 2007, NJ 2008, 142, m.nt. H.J. Snijders (W./Officier van Justitie), r.o. 3.5.2.

De Hoge Raad verwees ter onderbouwing van zijn oordeel ook naar het arrest APP/Valks-Van Leenden c.s., waarin de ontvankelijkheid van het cassatieberoep in verband met een tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst centraal stond. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat van niet-ontvankelijkheid van het beroep wegens een vaststellingsovereenkomst waarbij het geschil is beëindigd slechts sprake kan zijn, indien de belanghebbende partij stelt – en bij betwisting bewijst – dat zodanige overeenkomst is tot stand gekomen.⁷ In zijn noot bij het arrest overwoog Heemskerk dat deze uitspraak past in de algemene lijn dat de rechter overeenkomsten en bedingen tussen partijen niet ambtshalve toepast, maar alleen na beroep daarop door een partij. Naar zijn mening moet de regel dat de Hoge Raad ambtshalve de ontvankelijkheid van een cassatieberoep moet beoordelen, wijken als de grond voor niet-ontvankelijkheid is gelegen in een overeenkomst. Hij wees daarbij op de forumkeuzeclausule en het arbitraal beding.⁸

Als algemene regel kan dus wellicht worden aanvaard dat de rechter procesovereenkomsten niet ambtshalve toepast, ook niet in die gevallen waarin partijen bij procesovereenkomst afwijken van recht van openbare orde. Een dergelijke regel lijkt goed verdedigbaar: indien er geen bezwaar tegen bestaat dat partijen bij overeenkomst afwijken van een bepaalde regel, is niet goed in te zien waarom er wel bezwaar tegen zou bestaan indien partijen alsnog inachtneming van de oorspronkelijke regel wensen. Het staat dus, zoals de Hoge Raad overweegt, ‘ter vrije beschikking’ van partijen of zij toepassing van de overeenkomst wensen. Om deze reden behoort de rechter de overeenkomst niet tegen de wil van partijen te handhaven en dient hij dus niet ambtshalve te toetsen of wellicht een overeenkomst gesloten is.

Toch kan een dergelijke conclusie niet zomaar getrokken worden. In sommige gevallen blijkt de rechter wel degelijk ambtshalve te toetsen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de internationale forumkeuze indien de verweerder niet is verschenen. Indien de eiser stelt dat de rechter bevoegd is op grond van een forumkeuze, zal de rechter nagaan of inderdaad een geldige overeenkomst tot stand is gekomen. Indien de eiser zich juist op een andere bevoegdheidsgrond beroept, toetst de rechter ambtshalve of sprake is van een overeenkomst tot forumkeuze die hem zijn bevoegdheid ontnemt.⁹ Reden hiervoor is de bescherming van de belangen van de verweerder.¹⁰

Daarnaast blijkt de rechter in geval van bijvoorbeeld prorogatie ambtshalve te toetsen of aan de wettelijke voorwaarden voor afwijking is voldaan. Zo beoordeelt hij uit eigen beweging of sprake is van een geschil dat vatbaar is voor hoger beroep.¹¹ Ook toetst hij ambtshalve of het geschil gebracht is voor het juiste gerechtshof, namelijk het hof dat in hoger beroep bevoegd zou zijn.¹²

7 R.o. 3.5.2. Het gaat om HR 6 maart 1987, NJ 1987, 904, m.nt. WHH (APP/Valks-Van Leenden c.s.).

8 Noot Heemskerk bij HR 6 maart 1987, NJ 1987, 904, m.nt. WHH (APP/Valks-Van Leenden c.s.).

9 Dit geldt zowel op grond van de EEX (zie art. 26 EEX-Vo) als op grond van het commune bevoegdheidsrecht (zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 113-114); zie Kuypers 2008, p. 291-292, 296-297.

10 Zie rapport-Jenard, p. 81-82; Kuypers 2008, p. 292.

11 Hof 's-Gravenhage 13 december 2006, LJN AZ4433, r.o. 2; Hof 's-Gravenhage 30 september 1994, NJ 1996, 114, r.o. 4.

12 Hof 's-Gravenhage 13 december 2006, LJN AZ4433, r.o. 2; Hof Arnhem 16 april 2002, NJ 2002, 344, r.o. 2.3; Hof 's-Gravenhage 13 december 1985, NJ 1987, 137.

Al met al valt kortom niet zo makkelijk te bepalen wanneer sprake is van ambtshalve toetsing en wanneer een beroep door partijen is vereist. Er lijkt sprake te zijn van een subtiele mix van beide varianten. Dit is in overeenstemming met het tweeslachtige karakter van de regels waar het hier om gaat, die aan de ene kant van openbare orde zijn, maar waarvan aan de andere kant wel bij procesovereenkomst kan worden afgeweken. Om toch iets meer duidelijkheid te verkrijgen over de vraag wanneer de rechter ambtshalve toetst, zal hierna gepoogd worden een aantal algemene uitgangspunten te formuleren. Daarbij moet steeds bedacht worden dat in een specifiek geval iets anders kan gelden.

Uitgangspunt 1

Indien de partij die belang heeft bij een beroep op de procesovereenkomst is verschenen, dient zij zelf een beroep op de overeenkomst te doen. De rechter toetst niet ambtshalve of wellicht een procesovereenkomst is gesloten. Vanuit het openbaar belang gezien bestaat er immers geen bezwaar tegen dat alsnog de oorspronkelijke regel, waarvan partijen in de overeenkomst zijn afgeweken, toegepast wordt. Handhaving van de procesovereenkomst kan aan partijen worden overgelaten.

Wat betreft de internationale forumkeuze vormt artikel 24 EEX-Vo een bevestiging van dit uitgangspunt. In dit artikel is bepaald dat het gerecht van een lidstaat waarvoor de verweerder verschijnt bevoegd is, tenzij de verschijning ten doel heeft de bevoegdheid te betwisten. Meent de verweerder dat het gerecht onbevoegd is op grond van een overeenkomst tot forumkeuze, dan dient hij kortom tijdig een beroep op deze onbevoegdheid te doen. Hetzelfde geldt voor het commune bevoegdheidsrecht op grond van artikel 9 sub a Rv.¹³ Voor de arbitrage zijn artikel 1022 lid 1 en artikel 1074 lid 1 Rv relevant. Hieruit blijkt dat een partij die meent dat de overheidsrechter onbevoegd is wegens een overeenkomst tot arbitrage, zich hierop voor alle weren dient te beroepen.¹⁴ Partijen zullen ook een beroep moeten doen op een

13 Zie ook Kuypers 2008, p. 285-286, 290. Toch is hiermee nog niet vastgesteld, dat een verschenen partij inderdaad zelf een beroep op de overeenkomst dient te doen. Uit deze bepalingen blijkt immers ten eerste niet in hoeverre de verweerder een betwisting van de bevoegdheid ook dient te onderbouwen. Dient de verweerder daadwerkelijk een beroep te doen op de overeenkomst tot forumkeuze, of is voldoende dat hij geheel in zijn algemeenheid stelt dat het ingeroepen forum niet bevoegd is? Ook blijkt niet in hoeverre de eiser zich dient te beroepen op een voor hem gunstige overeenkomst tot forumkeuze, bijv. indien de verweerder niet is verschenen. Toetst het gerecht ambtshalve of het wellicht bevoegd is op grond van een dergelijke overeenkomst, of dient de eiser dit te stellen? Het meest aannemelijk lijkt dat de partij die in deze gevallen belang heeft bij de overeenkomst tot forumkeuze, hier zelf een beroep op dient te doen. Zoals gezegd lijkt hier geen reden voor ambtshalve toepassing aanwezig, aangezien er vanuit het openbaar belang gezien geen bezwaar tegen bestaat dat alsnog de oorspronkelijke regel wordt toegepast. Ook Kuypers lijkt hier van uit te gaan. Hij schrijft immers dat de eiser de stukken betreffende de forumkeuze bij het begin van de procedure in het geding dient te brengen en in de dagvaarding daarnaar dient te verwijzen, indien de eiser een beroep doet op de bevoegdheid van het gerecht krachtens een forumkeuze. Heeft de eiser de forumkeuze niet aannemelijk gemaakt, dan kan het beroep daarop worden verworpen; zie Kuypers 2008, p. 292. Zie echter Vlas, die meent dat een verweerder die de bevoegdheid betwist, niet gehouden is deze betwisting te motiveren; Burgerlijke rechtsvordering, P. Vlas, art. 24 EEX-Vo, aant. 2. Hoewel dit in zijn algemeenheid juist lijkt, moet mijns inziens een uitzondering worden aangenomen voor het geval de onbevoegdheid berust op een overeenkomst tot forumkeuze.

14 Zie hierover ook Meijer 2011, p. 974 e.v.

overeenkomst tot prorogatie. Het hof is niet gehouden hier ambtshalve onderzoek naar te doen.¹⁵

Regelmatig zal het beroep op de procesovereenkomst vrij impliciet kunnen geschieden. Soms lijkt uit bepaald gedrag van een partij reeds te volgen dat zij ervan uitgaat dat een bepaalde procesovereenkomst is gesloten. Dit geldt bijvoorbeeld indien een eisende partij zich tot een scheidsgerecht wendt. Duidelijk zal dan zijn dat zij een overeenkomst tot arbitrage aanwezig acht. In de parlementaire geschiedenis wordt dan ook opgemerkt dat de eiser, die de arbitrage aanhangig maakt, daarmee te kennen geeft van een geldige afspraak tot arbitrage uit te gaan.¹⁶ Ook in andere gevallen wordt een beroep op een procesovereenkomst soms vrij gemakkelijk aangenomen.¹⁷ Wel erg impliciet was het beroep op een overeenkomst tot sprongcassatie in het arrest *Gem. 's-Gravenhage/Civilised Traveller c.s.* In deze zaak was cassatie ingesteld in een zaak waarin gewoon hoger beroep openstond, en had de verweerder hiertegen niets ingebracht. De reden dat partijen ten onrechte in cassatie gingen is waarschijnlijk dat in eerste aanleg de rechtbank de vordering had behandeld in het kader van een onteigeningsgeding, hoewel de vordering daarin eigenlijk niet thuishoorde. In het kader van een onteigeningsgeding geldt dat hoger beroep is uitgesloten en slechts beroep in cassatie openstaat (zie artikel 52 Onteigeningswet). Om toch tot ontvankelijkheid van het cassatieberoep te komen, meende A-G Huydecoper dat in dit specifieke geval een overeenkomst tot sprongcassatie zou kunnen worden aangenomen. Huydecoper merkt hierbij wel op dat hij niet wil verhelen dat het een beetje goede wil vereist om de opstelling van partijen in deze zaak zo uit te leggen dat zij (geacht moeten worden) ervoor (te) hebben gekozen, van hoger beroep af te zien. Hij wijst in een voetnoot op andere gevallen waarin een evenzeer doelgerichte als (misschien) minder voor de hand liggende uitleg van een door een procespartij ingenomen houding door de Hoge Raad is aanvaard.¹⁸ Ook de Hoge Raad ziet in de houding van partijen kennelijk een beroep op een overeenkomst tot sprongcassatie, aangezien hij het cassatieberoep, zonder nadere motivering, ontvankelijk acht.¹⁹ Over het algemeen heeft mijns inziens echter te gelden dat er meer voor nodig is om een beroep op een overeenkomst tot sprongcassatie aan te nemen dan het enkele feit dat de ene partij cassatie instelt en de ander hiertegen geen bezwaar maakt.²⁰

15 Zie de conclusie van A-G Strikwerda voor HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 9 (Gubbels/Aichi), nr. 13; zie wat betreft de overeenkomst tot vrijwillige verschijning bij de kantonrechter Rb. Zwolle-Lelystad (sector kanton) 26 september 2006, *LJN* AZ1869, r.o. 5.

16 *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 21; zie ook Meijer 2011, p. 901.

17 Zie m.b.t. de overeenkomst tot sprongcassatie HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 645 (Sterpolis/Amicon), r.o. 2 en de conclusie van P-G Hartkamp, nr. 5; HR 31 maart 1995, *NJ* 1995, 597, m.nt. HER (Erven Meiberg/Vendex), r.o. 4; zie m.b.t. de overeenkomst tot bindend advies HR 24 december 2010, *RvdW* 2011, 43, r.o. 3.2.2.

18 Conclusie A-G Huydecoper voor HR 9 november 2007, *RvdW* 2007, 968 (*Gem. 's-Gravenhage/Civilised Traveller c.s.*), nr. 11-13.

19 HR 9 november 2007, *RvdW* 2007, 968 (*Gem. 's-Gravenhage/Civilised Traveller c.s.*), r.o. 2.

20 Zie m.b.t. de overeenkomst tot prorogatie Hof Amsterdam 12 oktober 2010, *NJF* 2011, 34, r.o. 2.5.

In verband met het feit dat verschenen partijen zelf een voor hen gunstige procesovereenkomst moeten inroepen, is nog het voorbehoud van hoger beroep interessant. In artikel 333 Rv is bepaald dat in zaken als bedoeld in artikel 96 Rv hoger beroep slechts openstaat indien partijen zich dat beroep hebben voorbehouden. Indien partijen besluiten zich vrijwillig tot de kantonrechter te wenden, zullen zij kortom, indien zij de mogelijkheid van hoger beroep open willen houden, dit zich uitdrukkelijk en eensluidend moeten voorbehouden.²¹ De vraag rijst wat heeft te gelden indien partijen zich in hoger beroep niet op een dergelijk voorbehoud beroepen en verder ook niets stellen over het feit dat de procedure in eerste aanleg op de voet van artikel 96 Rv is gevoerd. Gaat het hof er dan van uit dat de appellant in zijn hoger beroep niet-ontvankelijk is, aangezien niets is gesteld over het voorbehoud van hoger beroep? Of gaat het hof juist uit van ontvankelijkheid, aangezien niets is gesteld over de overeenkomst om te procederen bij de kantonrechter, als gevolg waarvan het hoger beroep is uitgesloten? Feitelijk gaat het hier dus om de vraag, wat als de procesovereenkomst waarop partijen zich dienen te beroepen moet worden gezien: is dit het voorbehoud van hoger beroep of is dit de overeenkomst om bij de kantonrechter te procederen als gevolg waarvan het hoger beroep in principe is uitgesloten?

De jurisprudentie biedt op dit punt weinig duidelijkheid. Zij lijkt het meest te wijzen in de richting van niet-ontvankelijkheid, tenzij partijen een beroep doen op het voorbehoud van hoger beroep.²² Van belang is om te bepalen in hoeverre het voor partijen mogelijk is om terug te komen op hun eerdere afspraak. Indien partijen zich het hoger beroep niet hebben voorbehouden, kunnen zij dan na de uitspraak van de kantonrechter alsnog besluiten hoger beroep open te stellen? Naar mijn mening is dit wel het geval. Hoger beroep in zaken als bedoeld in artikel 96 Rv lijkt te zijn uitgesloten om het voor partijen mogelijk te maken een snelle en goedkope beslissing te verkrijgen in hun geschil.²³ De uitsluiting van het hoger beroep is dus met name ingegeven door het belang van partijen, zodat het in principe ook aan partijen kan worden overgelaten alsnog voor een langere en duurdere procedure te kiezen. Andere belangen staan hieraan niet in de weg. Het belang van derden om af te kunnen gaan op de onherroepelijkheid van het vonnis weegt minder zwaar dan de belangen van partijen. Hoe dan ook lopen derden immers het gevaar dat de rechter in hoger beroep niet beseft dat in eerste aanleg op basis van artikel 96 Rv is beslist en daarom de zaak toch in behandeling neemt. Ook het belang van besparing van overheidsmiddelen kan niet tot een andere conclusie leiden, aangezien dit belang er niet aan in de weg staat dat partijen zich bij voorbaat het hoger beroep voorbehouden.²⁴ Geconcludeerd kan worden dat partijen gezamenlijk kunnen besluiten alsnog hoger beroep open te stellen, ook al is op voorhand geen voorbehoud van hoger beroep gemaakt. Gezien

21 HR 8 november 2002 (Olislagers/OTIB), NJ 2003, 15, r.o. 3.5-3.6.

22 Hof Arnhem 24 februari 2009, LJN BH4730, r.o. 5.13; Hof Arnhem 18 maart 2008, LJN BC9227, r.o. 4.7. Zeer onduidelijk is het arrest HR 19 december 1975, NJ 1976, 552 (Van der Vegt/Van Leeuwen), waarin aan de ene kant als uitgangspunt lijkt te worden genomen dat de rechter ambtshalve onderzoekt of wellicht een voorbehoud van hoger beroep is gemaakt, maar aan de andere kant dat hij bij dit onderzoek af dient te gaan op de stellingen van partijen.

23 Zie de noot van Van Dam-Lely bij Rb. Utrecht (sector kanton) 30 juni 2006, WR 2007, 7, nr. 3, 5.

24 In dit verband zijn kortom dezelfde argumenten van belang als in het kader van de vraag of de rechter een berusting ambtshalve toetst. Zie HR 8 juni 2007, NJ 2008, 142, m.nt. H.J. Snijders (W./Officier van Justitie), hiervoor besproken.

deze vrijheid heeft ook te gelden dat partijen niet expliciet hoeven aan te voeren dat zij zich het hoger beroep hebben voorbehouden. Indien zij niets hebben gesteld, dient de rechter het beroep ontvankelijk te achten. Er is immers sprake van een bevoegdheid die ter vrije beschikking van partijen staat, zodat ambtshalve toetsing niet aangewezen is.

Uitgangspunt 2

Indien wel een beroep op een procesovereenkomst is gedaan zal de rechter, indien beide partijen verschenen zijn, niet ambtshalve toetsen of deze overeenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen. Ook zal hij niet zelfstandig beoordelen of de overeenkomst wellicht vernietigbaar is, bijvoorbeeld op grond van een wilsgebrek (een uitzondering geldt in geval van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst; zie hierna paragraaf 9.4). De rechter gaat wat dat betreft af op de stellingen van partijen. De reden is dat op dit gebied nu eenmaal de autonomie van partijen is erkend. Een andere opvatting zou veelal zinloos zijn: indien beide partijen op het moment van de procedure geen bezwaar hebben tegen de procesovereenkomst, kunnen zij, indien een overeenkomst ontbreekt, alsnog een nieuwe overeenkomst sluiten.

Wat de overeenkomst tot arbitrage betreft, vormt artikel 1052 lid 2 Rv een bevestiging van dit standpunt. Op grond van dit artikel dient een partij, die in het arbitraal geding is verschenen, voor alle weren een beroep te doen op de onbevoegdheid van het scheidsrecht op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt. Anders gaat de rechter dus uit van het bestaan van een geldige overeenkomst.²⁵ Indien door een partij slechts een beroep wordt gedaan op het feit dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen, zal de rechter of het scheidsrecht bovendien niet uit eigen beweging nagaan of wellicht ook (in plaats daarvan) sprake is van een wilsgebrek.²⁶ Ook is er jurisprudentie met betrekking tot de sprongcassatie²⁷ en de prorogatie²⁸ waaruit blijkt dat de rechter het standpunt van partijen met betrekking tot de totstandkoming van een overeenkomst volgt.

Uitgangspunt 3

Indien de verweerder niet is verschenen en de eiser zich op een procesovereenkomst beroept, zal de rechter ambtshalve toetsen of een dergelijke overeenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen. Reden voor deze ambtshalve toetsing is de bescherming van de verweerder. De rechter zal echter niet ambtshalve nagaan of de overeenkomst wellicht vernietigbaar is, bijvoorbeeld op grond van een wilsgebrek. Voor vernietiging is immers een rechtshandeling vereist door de belanghebbende partij (een uitzondering geldt indien sprake is van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst; zie hierna, paragraaf 9.4).

²⁵ Zie ook Meijer 2011, p. 862-863, 867 e.v.

²⁶ Zie Meijer 2011, p. 878-879, 979 e.v.

²⁷ HR 12 januari 2001, NJ 2002, 371 (Koren q.q./Moulijn Bosse & Huddleston Slater Notarissen c.s.), m.n. de conclusie van A-G Bakels, voetnoot 16; HR 26 september 2003, NJ 2003, 645 (Sterpolis/Amicon), m.n. de conclusie van P-G Hartkamp, nr. 5.

²⁸ Hof Amsterdam 1 november 2007, NJF 2008, 99, r.o. 2.1-2.2.

In sommige gevallen zal de rechter niet alleen het bestaan van een overeenkomst waarop de eiser zich beroept beoordelen, maar ook toetsen of er wellicht sprake is van een niet door de eiser gestelde overeenkomst die in het belang van de verweerder is. Of dit het geval is, hangt af van de vraag in hoeverre ook een dergelijke bescherming van de verweerder wenselijk wordt gevonden.

Zoals hiervoor reeds is gebleken, gaat dit uitgangspunt in geval van internationale forumkeuze op. Indien de verweerder niet is verschenen en de eiser stelt dat de rechter bevoegd is op grond van een forumkeuze, zal de rechter nagaan of inderdaad een geldige overeenkomst tot stand is gekomen. Indien de eiser zich juist op een andere bevoegdheidsgrond beroept, toetst de rechter bovendien of partijen wellicht een overeenkomst hebben gesloten die hem zijn bevoegdheid ontnemt.²⁹ Voor een dergelijke bescherming is in dit geval reden, omdat de verweerder er wellicht niet op bedacht is dat de eiser een procedure is begonnen voor een ander gerecht dan is overeengekomen.³⁰

In geval van de overeenkomst tot arbitrage geldt slechts de eerste regel. Indien de verweerder niet in de arbitrage is verschenen, toetst het scheidsgerecht ambtshalve of de arbitrage berust op een geldige overeenkomst. Dit kan a contrario uit artikel 1052 lid 2 Rv worden afgeleid.³¹ Indien de eiser een procedure bij de overheidsrechter is begonnen en de verweerder niet verschijnt, toetst de overheidsrechter echter niet ambtshalve of er wellicht een overeenkomst tot arbitrage bestaat die aan zijn bevoegdheid in de weg staat (zie artikel 1022 lid 1 Rv).³² Kennelijk wordt het voor een partij niet als zeer nadelig beschouwd dat zij, ondanks een overeenkomst tot arbitrage, toch voor de overheidsrechter wordt opgeroepen. Een partij behoeft slechts ertegen beschermd te worden dat zij ten onrechte van de overheidsrechter wordt afgehouden.³³

Aangenomen kan worden dat met betrekking tot de overeenkomst tot bindend advies en de overeenkomst tot mediation op dit punt hetzelfde heeft te gelden als voor de overeenkomst tot arbitrage. Deze overeenkomsten hebben immers een vergelijkbaar karakter: ook door deze overeenkomsten worden partijen afgehouden van de overheidsrechter, al is het slechts tijdelijk. De rechter zal daarom, indien de verweerder niet is verschenen, niet ambtshalve toetsen of er wellicht sprake is van een overeenkomst tot bindend advies of tot mediation. Ook hier kan het immers als niet zeer bezwaarlijk voor een partij worden beschouwd dat zij toch voor de overheidsrechter moet procederen. Bindend adviseurs zullen, indien de verweerder niet is verschenen, daarentegen wél ambtshalve moeten toetsen of sprake is van een geldige overeenkomst tot bindend advies.

Het is de vraag wat heeft te gelden voor de overige bevoegdheidsovereenkomsten, zoals de overeenkomst tot prorogatie, tot sprongcassatie en de overeenkomst om vrijwillig bij de kantonrechter te verschijnen. Dient hier het systeem als bij de

29 Dit geldt zowel op grond van de EEX (zie art. 26 EEX-Vo) als op grond van het commune bevoegdheidsrecht (zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 113-114); zie Kuypers 2008, p. 291-292, 296-297.

30 Zie ook Kuypers 2008, p. 292.

31 Zie ook Meijer 2011, p. 863.

32 Zie Meijer 2011, p. 974-975.

33 Zie in dit verband ook Meijer 2011, p. 975.

internationale forumkeuze te worden gehanteerd, of moet het voorbeeld van de arbitrage worden gevolgd? De laatste optie verdient mijns inziens de voorkeur. De rechtbank zal, indien de verweerder niet is verschenen, bijvoorbeeld niet ambtshalve hoeven te onderzoeken of er wellicht sprake is van een geldige overeenkomst tot prorogatie die haar haar bevoegdheid ontnemt. Indien de eiser zich daarentegen op grond van een overeenkomst tot prorogatie tot het hof wendt en de verweerder niet verschijnt, zal het hof wel ambtshalve moeten nagaan of inderdaad van een geldige overeenkomst sprake is.³⁴ In dit laatste geval verdient de verweerder ook meer bescherming: hem wordt immers een instantie onthouden, zodat het wenselijk is om te toetsen of dit daadwerkelijk op zijn wil berust. In het eerste geval geldt dat de verweerder, in strijd met de overeenkomst, aan het normale wettelijke systeem van instanties wordt onderworpen, hetgeen als minder bezwaarlijk kan worden gezien.

Uitgangspunt 4

De rechter zal inachtneming van de voorwaarden, waaronder een procesovereenkomst geldig gesloten kan worden, ambtshalve toetsen. Aangezien in de hier aan de orde zijnde gevallen bij procesovereenkomst wordt afgeweken van regels van openbare orde, ligt het voor de hand om strikt de hand te houden aan de voorwaarden waaronder een dergelijke afwijking is toegestaan. Denkbaar is echter dat met betrekking tot een specifieke voorwaarde van dit uitgangspunt moet worden afgeweken.

Over het algemeen blijkt de rechter de voorwaarden, waaronder de hier aan de orde zijnde procesovereenkomsten geldig gesloten kunnen worden, inderdaad ambtshalve te toetsen. Zo beoordeelt hij in geval van internationale forumkeuze op grond van het commune bevoegdheidsrecht ambtshalve of sprake is van een 'redelijk belang'.³⁵ Bij prorogatie toetst de rechter de voorwaarden dat het geschil vatbaar is voor hoger beroep bij het gerechtshof en dat het geschil is aangebracht bij het gerechtshof dat in hoger beroep bevoegd zou zijn, uit eigen beweging.³⁶ Verder gaat hij met betrekking tot de overeenkomsten waarvoor de voorwaarde geldt dat sprake is van een geschil dat ter vrije bepaling van partijen staat, ambtshalve na of hieraan is voldaan.³⁷

34 Zie anders, m.b.t. de overeenkomst tot sprongcassatie, A-G Mok in zijn conclusie voor HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 711, m.nt. JdB, nr. 3.1-3.2. In de cassatiedagvaarding was gesteld dat partijen sprongcassatie zijn overeengekomen. Nu de verweerder in cassatie verstek heeft laten gaan, meent Mok dat deze (feitelijke) stelling als onbetwist is komen vast te staan. De Hoge Raad volgt hem kennelijk, aangezien hij het beroep, zonder nadere motivering, ontvankelijk acht; zie r.o. 2.

35 Zie Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 111; zie ook Kuypers 2008, p. 282.

36 Zie Hof 's-Gravenhage 13 december 2006, LJN AZ4433, r.o. 2; Hof 's-Gravenhage 30 september 1994, *NJ* 1996, 114, r.o. 4; Hof Arnhem 16 april 2002, *NJ* 2002, 344, r.o. 2.3; Hof 's-Gravenhage 13 december 1985, *NJ* 1987, 137.

37 M.b.t. de overeenkomst tot arbitrage blijkt dit voor het scheidsrecht uit het slot van art. 1052 lid 2 Rv; zie ook *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 21; Meijer 2011, p. 865. Voor de overheidsrechter kan hetzelfde worden aangenomen; zie Meijer 2011, p. 984. Voor de internationale forumkeuze kan dit worden afgeleid uit art. 9 sub a Rv. Zie m.b.t. de overeenkomst tot prorogatie Hof 's-Gravenhage 13 december 2006, LJN AZ4433, r.o. 2; Hof Arnhem 16 april 2002, *NJ* 2002, 344, r.o. 2.2; Hof Amsterdam 1 oktober 1998, *NJ* 2000, 591, r.o. 3.3; Hof Arnhem 30 december 1970, *NJ* 1971, 249. Zie m.b.t. de vrijwillige verschijning bij de kantonrechter Ktr. Amsterdam 18 oktober 1995, *NJK* 1996, 4; zie verder Ktr. Gouda 21 maart 1993, *Prg.* 1993, 3873, waarin de kantonrechter ambtshalve oordeelt dat de procedure van art. 96 Rv niet gevolgd kan worden in een een verzoekschriftprocedure.

Sommige voorwaarden zal de rechter mijns inziens echter niet ambtshalve toetsen indien beide partijen zijn verschenen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de voorwaarde dat een procesovereenkomst slechts na het ontstaan van een geschil geldig gesloten kan worden. Indien beide partijen zijn verschenen en zich niet verzetten tegen toepassing van de procesovereenkomst, hoeft de rechter de overeenkomst niet uit eigen beweging ongeldig te verklaren op de grond dat zij tot stand is gekomen voor het ontstaan van het geschil. Dit vereiste is immers opgenomen ter bescherming van partijen.³⁸ Indien partijen na het ontstaan van het geschil aan deze bescherming kennelijk geen behoefte hebben, is er geen reden om deze bescherming aan hen op te dringen. Een dergelijke ambtshalve toets zal veelal ook geen nut hebben: partijen kunnen over het algemeen immers alsnog een geldige overeenkomst sluiten. Om dezelfde reden behoeft ook het vereiste van een 'bepaalde rechtsbetrekking' niet ambtshalve getoetst te worden indien beide partijen verschenen zijn.³⁹

Dit standpunt lijkt niet te stroken met de jurisprudentie over de vrijwillige verschijning bij de kantonrechter. Er is namelijk een aantal uitspraken waarin de rechter uit eigen beweging oordeelde dat een voorafgaand beding om de zaak aan de kantonrechter voor te leggen nietig is, zonder dat hierop door een van de partijen een beroep was gedaan.⁴⁰ Daarbij is echter van belang dat dit in twee van de drie zaken gebeurde in gevallen waarin wel getwist werd over de vraag naar de bevoegde rechter.⁴¹ De veronderstelling dat partijen er geen bezwaar tegen hadden om bij de kantonrechter te procederen en dat hun geen bescherming moet worden opgedrongen die zij zelf niet willen, ging in deze gevallen dus niet op.

Tussenconclusie

Overeenkomsten waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde toetst de rechter soms ambtshalve, terwijl in andere gevallen een beroep door partijen is vereist. Om te bepalen wanneer welke variant zich voordoet, is hiervoor een aantal uitgangspunten geformuleerd.

9.4 Ambtshalve toetsing op grond van de richtlijn oneerlijke bedingen

Hiervoor is gebleken dat de rechter, indien een beroep wordt gedaan op een procesovereenkomst, in principe niet ambtshalve toetst of deze overeenkomst wellicht vernietigbaar is op grond van bijvoorbeeld een wilsgebrek. Dit geldt zowel voor procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regeland recht, als voor die waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde. Bovendien geldt dit onder alle omstandigheden, dus niet alleen indien beide partijen zijn verschenen, maar ook als een van hen verstek heeft laten gaan. De reden is dat voor vernietiging van een

³⁸ Zie par. 3.3.7.

³⁹ Ook de ratio van deze beperking moet worden gezocht in de bescherming van partijen; zie par. 3.3.4.

⁴⁰ Zie Rb. Arnhem 24 december 2008, *NJF* 2009, 114, *JBPr* 2009, 19, m.nt. W. Heemskerk; Rb. 's-Gravenhage 11 februari 2009, *NJF* 2009, 327, *PrG*. 2009, 155; Rb. Zwolle-Lelystad (sector kanton) 26 september 2006, LJN AZ1869, r.o. 4.

⁴¹ Alleen in Rb. Zwolle-Lelystad (sector kanton) 26 september 2006, LJN AZ1869, r.o. 4 lijkt de kantonrechter dit punt geheel zelf aan de orde te hebben gesteld.

overeenkomst een rechtshandeling vereist is. Dit betekent dat indien een proces-overeenkomst als beding is opgenomen in algemene voorwaarden, de rechter in principe niet uit eigen beweging toetst of er wellicht sprake is van een onredelijk bezwarend beding in de zin van artikel 6:233 sub a BW.

Indien sprake is van een consumentenovereenkomst geldt op dit uitgangspunt echter een uitzondering als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. In afdeling 6.5.3 BW over algemene voorwaarden is de richtlijn oneerlijke bedingen geïmplementeerd, zodat bij de toepassing van deze afdeling gekeken dient te worden naar de jurisprudentie van het Hof.⁴² Het Hof van Justitie heeft in een reeks van arresten geoordeeld dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een beding oneerlijk is.⁴³ Dit betekent dat de consument niet zelf een beroep hoeft te doen op artikel 6:233 sub a BW.⁴⁴

Indien een procesovereenkomst als beding is opgenomen in een consumentenovereenkomst, dient de rechter zoals gezegd ambtshalve te beoordelen of dit beding wellicht oneerlijk is. Een aantal wetsbepalingen lijkt in strijd met dit uitgangspunt. Een voorbeeld is artikel 1052 lid 2 Rv. Hierin is bepaald dat een partij die in het arbitraal geding is verschenen, op straffe van verval van recht voor alle weren een beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage dient te doen. Of sprake is van een geldige overeenkomst tot arbitrage wordt kortom niet ambtshalve getoetst. Beroept een partij zich niet tijdig op het ontbreken van een geldige overeenkomst, dan kan zij hier in een later stadium niet op terugkomen. In het arrest *Mostaza Claro/Móvil* oordeelde het Hof van Justitie echter het volgende:

‘Derhalve moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat zij van een nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van de arbitrageovereenkomst beoordeelt en dat vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat deze overeenkomst een oneerlijk beding bevat, ook wanneer de consument die nietigheid niet tijdens de arbitrageprocedure, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen.’⁴⁵

Na afloop van de arbitrageprocedure kan een partij in een vernietigingsprocedure bij de overheidsrechter dus nog voor het eerst er een beroep op doen dat sprake is van een oneerlijk beding. Dit kan meebrengen dat achteraf blijkt dat de hele arbitrageprocedure voor niets is gevoerd. Door *Mostaza Claro* en de Duitse regering was dan ook aangevoerd dat de doeltreffendheid van de arbitrale rechtspleging ernstig zou worden aangetast indien de rechter zou kunnen oordelen over de nietigheid van de

42 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *Pb.* EG 1993, L 95/29.

43 HvJ EG 27 juni 2000, *NJ* 2000, 730 (*Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero*), r.o. 25-29; HvJ EG 21 november 2002, *NJ* 2003, 703, m.nt. MRM (*Cofidis/Fredout*), r.o. 32 e.v.; HvJ EG 26 oktober 2006, *NJ* 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro/Móvil*), r.o. 24 e.v.; HvJ EG 4 juni 2009, *NJ* 2009, 395, m.nt. M.R. Mok (*Pannon/Sustikné Györfi*); HvJ EG 6 oktober 2009, *NJ* 2010, 11, m.nt. M.R. Mok (*Asturcom/Rodríguez Noguiera*); HvJ EU 9 november 2010, *NJ* 2011, 41, m.nt. M.R. Mok (*Pénzügyi Lízing/Schneider*), r.o. 45 e.v.

44 Zie m.b.t. deze plicht tot ambtshalve toepassing nader o.a. *Snijders* 2007b, p. 89 e.v.; *Hartkamp* 2007; *Snijders* 2008a, p. 548 e.v.; *Hartkamp* 2008, p. 980-981; *Snijders* 2008b, p. 982; *Hartkamp* 2009, p. 774; *Snijders* 2009a, p. 2000 e.v.; *Ancery & Krans* 2009; *Snijders* 2010; *Hartkamp* 2010.

45 HvJ EG 26 oktober 2006, *NJ* 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro/Móvil*), r.o. 39.

overeenkomst tot arbitrage, terwijl dit beroep niet tijdens de arbitrageprocedure was gedaan.⁴⁶ Het Hof van Justitie oordeelde echter dat het openbare belang van de consumentenbescherming dient te prevaleren.⁴⁷

Op grond van deze rechtspraak dient artikel 1052 lid 2 Rv in bepaalde gevallen dus buiten toepassing gelaten te worden. Dit is het geval indien de rechter oordeelt dat een overeenkomst tot arbitrage een oneerlijk beding vormt in een consumentenovereenkomst, terwijl de consument hierop geen beroep heeft gedaan tijdens de arbitrageprocedure.

De gevolgen van deze rechtspraak worden nog enigszins beperkt, doordat de consument een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis niet eindeloos kan instellen: op grond van artikel 1064 lid 3 Rv dient de consument dit binnen drie maanden na depot of drie maanden na betekening te doen. Uit het Asturcom-arrest van het Hof van Justitie blijkt dat een dergelijke termijn niet in strijd is met het Europese recht.⁴⁸ Wel dient de overheidsrechter, ook na afloop van deze termijn, tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis te weigeren indien hem blijkt dat de arbitrage berust op een oneerlijk arbitraal beding. Volgens het Hof van Justitie moet artikel 6 richtlijn oneerlijke bedingen namelijk worden beschouwd als een norm die gelijkwaardig is aan de nationale regels die in de interne rechtsorde als regels van openbare orde gelden.⁴⁹ Blijkens artikel 1063 lid 1 en artikel 1076 lid 1 sub B Rv is strijd met de openbare orde een weigeringsgrond voor tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis.

Om de werking van artikel 1052 lid 2 Rv nog zo veel mogelijk te garanderen, zou het goed zijn indien arbiters de consument tijdens de arbitrage wijzen op het mogelijk oneerlijke karakter van een arbitraal beding. Doet de consument dan nog geen beroep op de onbevoegdheid van arbiters, dan hoeven arbiters het beding niet buiten toepassing te laten en kunnen zij het geschil gewoon behandelen. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan immers worden afgeleid dat een consument de bescherming van de richtlijn niet tegen zijn wil opgedrongen hoeft te krijgen.⁵⁰ In dat geval zal de consument in een vernietigingsprocedure bij de overheidsrechter niet alsnog een beroep kunnen doen op de oneerlijkheid van het arbitragebeding. Wellicht kan hiertoe de redenering worden gevolgd dat de bevoegdheid in dat geval niet op dit beding berust, maar op een aan het begin van de arbitrageprocedure gesloten nieuwe overeenkomst.⁵¹

Niet alleen artikel 1052 lid 2 Rv, ook de bepalingen waarbij stilzwijgende forumkeuze mogelijk wordt gemaakt zijn, indien sprake is van een consumentenovereenkomst, in strijd met de richtlijn oneerlijke bedingen. Op grond van artikel 24 EEX-Vo, artikel 9 sub a en artikel 110 lid 1 Rv dient uiterlijk bij het eerste verweer een beroep op onbevoegdheid te worden gedaan, op straffe van verval van recht hiertoe.

46 HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro/Móvil), r.o. 33.

47 HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro/Móvil), r.o. 34-37.

48 HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2010, 11, m.nt. M.R. Mok (Asturcom/Rodríguez Noguiera), m.n. r.o. 41-48; zie ook Snijders 2010, p. 4.

49 HvJ EG 6 oktober 2009, NJ 2010, 11, m.nt. M.R. Mok (Asturcom/Rodríguez Noguiera), r.o. 52 e.v.; HvJ EU 16 november 2010, nr. C-76/10 (Pohotovost'/Korčkovská), r.o. 50.

50 HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395, m.nt. M.R. Mok (Pannon/Sustikné Győrfi), r.o. 33, 35.

51 Zie in dit verband Snijders 2007a, p. 213-214.

Op grond van deze bepalingen beoordeelt de rechter zijn bevoegdheid, indien de verweerder is verschenen, dus uitdrukkelijk niet ambtshalve. In geval van artikel 110 lid 1 Rv toetst de rechter zelfs indien de verweerder niet is verschenen zijn bevoegdheid niet. De rechter mag op grond van deze bepalingen dus niet zelfstandig beoordelen of een forumkeuzebeding wellicht oneerlijk is.

Bijzonder is dat ook artikel 24 EEX-Vo dus niet verenigbaar is met de richtlijn oneerlijke bedingen.⁵² Aangezien in beide gevallen sprake is van Europese regelgeving, zou juist te verwachten zijn dat beide regelingen op elkaar zouden zijn afgestemd. Het is de vraag welke regeling dient te prevaleren. Naar mijn mening is dat in dit geval de richtlijn oneerlijke bedingen. De reden voor invoering van artikel 24 EEX-Vo is dat hierdoor rechtsonzekerheid wordt vermeden.⁵³ Het is echter onwaarschijnlijk dat het Hof van Justitie dit belang hoger waardeert dan het belang van effectieve bescherming van de consument. Ook in het arrest *Mostaza Claro/Móvil* kende het Hof immers aan een vergelijkbaar belang, dat van de doeltreffendheid van de arbitrale procedure, minder waarde toe.⁵⁴ Ook artikel 24 EEX-Vo dient mijns inziens kortom buiten toepassing gelaten te worden indien sprake is van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst.⁵⁵

Of inderdaad zo maar geconcludeerd kan worden dat de richtlijn oneerlijke bedingen dient te prevaleren, is echter de vraag. De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *ČPP/Bilas* wijst wellicht in een andere richting. In deze zaak had een Tjechische verzekeringsmaatschappij, ČPP, bij een Tjechisch gerecht een vordering tot betaling van de verzekeringspremie ingesteld tegen Bilas, een in Slowakije woonachtige verzekeringnemer. Op grond van de EEX was dit Tjechische gerecht niet bevoegd om van de vordering kennis te nemen. Bilas verscheen echter toch en betwistte de vordering van ČPP ten gronde, zonder een exceptie van onbevoegdheid op te werpen. De vraag was nu of de Tjechische rechter bevoegdheid aan artikel 24 EEX-Vo kon ontlenen. Volgens het Hof van Justitie was dit inderdaad het geval. Daarbij achtte het Hof het niet van belang dat dit gerecht was aangezocht in strijd met afdeling 3 van hoofdstuk II, waarin bijzondere bevoegdheidsregels ter zake van verzekeringen zijn neergelegd die beogen de zwakste partij te beschermen. Volgens het Hof kan de in die afdeling geregelde bevoegdheid een partij namelijk niet worden opgedrongen.⁵⁶

Hoewel sprake was van een consumentenovereenkomst, diende artikel 24 EEX-Vo volgens het Hof dus gewoon te worden toegepast. De Tjechische en Slowaakse regering hadden nog betoogd dat in een geschil als in deze zaak de verschijning van de verweerder pas als een aanwijzing van het bevoegde gerecht kan worden gekwalificeerd, wanneer deze, als de zwakste partij, in staat wordt gesteld om de gevolgen van zijn verweer ten gronde ten volle te kennen. Het aangezochte gerecht

52 Zie over de verhouding tussen de EEX en de richtlijn oneerlijke bedingen ook uitgebreid par. 10.6.2.2.

53 Rapport-Jenard, p. 81 (hoofdstuk IV, B, afd. 6, art. 18).

54 HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (*Mostaza Claro/Móvil*), r.o. 33-37; zie over de verhouding tussen de EEX-regeling en de richtlijn oneerlijke bedingen ook par. 10.6.2.2.

55 Zo ook Kuypers 2008, p. 288-289.

56 HvJ EU 20 mei 2010, RvdW 2010, 802 (*ČPP/Bilas*), r.o. 29.

zou in het belang van de bescherming van de zwakste partij dan ook ambtshalve moeten nagaan of de wilsuiting van die partij wel degelijk bewust is en ertoe strekt hem als bevoegd gerecht aan te wijzen.⁵⁷ Het Hof van Justitie overwoog echter dat een dergelijke verplichting van het aangezochte gerecht slechts kan gelden wanneer in de EEX daartoe een uitdrukkelijke regel wordt ingevoerd. Wel staat het het aangezochte gerecht volgens het Hof, gelet op het doel van de uit de afdelingen 3-5 van hoofdstuk II EEX-Vo voortvloeiende bevoegdheidsregels dat erin bestaat de zwakst geachte partij een ruimere bescherming te bieden, altijd vrij zich ervan te gewissen of de in die omstandigheden voor hem opgeroepen verweerder zich ten volle bewust is van de gevolgen van zijn aanvaarding om te verschijnen.⁵⁸

In dit arrest werd artikel 24 EEX-Vo kortom gewoon van toepassing geacht in een consumentenovereenkomst. Het staat het aangezochte gerecht weliswaar vrij om zich ervan te gewissen of de verweerder zich bewust is van de gevolgen van zijn verschijning, verplicht is dit gerecht hiertoe niet. Toch kan uit deze uitspraak mijns inziens nog niet worden afgeleid dat artikel 24 EEX-Vo nooit buiten toepassing gelaten dient te worden op grond van de richtlijn oneerlijke bedingen. Uit de feiten van deze zaak valt immers niet af te leiden dat in dit geval überhaupt sprake was van een beding dat mogelijkwerwijs oneerlijk was. De verzekeringsmaatschappij was kennelijk 'zo maar' naar een onbevoegd gerecht gestapt, zonder zich daarbij op een forumkeuzebeding in de verzekeringsovereenkomst te baseren. Ambtshalve toetsing van een dergelijk beding was in deze zaak dus in het geheel niet aan de orde. Ook het Hof van Justitie lijkt niet van mening te zijn dat zich in deze zaak samenloop met de richtlijn oneerlijke bedingen voordeed, aangezien het Hof met geen woord over deze richtlijn rept.

Denkbaar is nog dat in deze zaak *wel* sprake was van een forumkeuzebeding in de verzekeringsovereenkomst tussen ČPP en Bilas, maar dat de Tjechische rechter hier alleen niet van op de hoogte was. Dan nog kan artikel 24 EEX-Vo mijns inziens gewoon toegepast worden. Het is namelijk onaannemelijk dat de richtlijn oneerlijke bedingen zover gaat dat hij van de nationale rechter zou vereisen ambtshalve een onderzoek in te stellen naar het mogelijkwerwijs bestaan van een oneerlijk beding, zonder dat hij hiertoe ook maar enige aanwijzing heeft. In het arrest Pannon oordeelde het Hof immers dat de rechter verplicht is te onderzoeken of een contractueel beding mogelijk oneerlijk is zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt.⁵⁹ In het arrest Pénzügyi Lízing overwoog het Hof dat de nationale rechter verplicht is om ambtshalve maatregelen van instructie te nemen teneinde te kunnen vaststellen of een in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument opgenomen exclusief territoriaal forumkeuzebeding dat het voorwerp vormt van het aan hem voorgelegde geding, binnen de werkings-sfeer van de richtlijn valt.⁶⁰ Dat de rechter maatregelen van instructie dient te nemen op het moment dat hij geconfronteerd wordt met een bepaald beding, betekent echter nog niet dat hij ook actief op zoek moet naar mogelijk oneerlijke bedingen.⁶¹

57 HvJ EU 20 mei 2010, RvdW 2010, 802 (ČPP/Bilas), r.o. 31.

58 HvJ EU 20 mei 2010, RvdW 2010, 802 (ČPP/Bilas), r.o. 32.

59 HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395, m.nt. M.R. Mok (Pannon/Sustikné Györfi), r.o. 32, 35.

60 HvJ EU 9 november 2010, NJ 2011, 41, m.nt. M.R. Mok (Pénzügyi Lízing/Schneider), r.o. 56.

61 Zie ook Jongeneel 2011, p. 36.

Aannemelijk is dan ook dat artikel 24 EEX-Vo ook in geval van consumentenzaken gewoon kan worden toegepast, zo lang er geen aanwijzingen zijn dat sprake is van een forumkeuzebeding dat wellicht oneerlijk is. Indien dergelijke aanwijzingen er wel zijn, wordt dit anders. In dat geval komt artikel 24 EEX-Vo wel in strijd met de richtlijn oneerlijke bedingen.

Artikel 24 EEX-Vo, artikel 9 sub a en artikel 110 lid 1 Rv zijn, indien sprake is van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst, dus in strijd met de richtlijn oneerlijke bedingen. De gevolgen hiervan zijn nog enigszins beperkt doordat uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat een rechter niet gehouden is een oneerlijk beding buiten toepassing te laten indien de consument, na in kennis te zijn gesteld door die rechter, voornemens is het oneerlijke en niet-bindende karakter daarvan niet in te roepen.⁶² Dit betekent dat de rechter bijvoorbeeld tijdens de comparitie een verschenen consument die uit zichzelf geen beroep doet op onbevoegdheid zal moeten wijzen op de mogelijkheid de onredelijk bezwarendheid van het forumkeuzebeding in te roepen. Wanneer de consument dit vervolgens inderdaad doet, dienen artikel 24 EEX-Vo, artikel 9 sub a en artikel 110 lid 1 Rv op grond van richtlijnconforme interpretatie buiten toepassing gelaten te worden. Doet de consument zelfs dan nog geen beroep hierop, dan kan de rechter deze bepalingen echter gewoon toepassen en zich op basis hiervan bevoegd verklaren.⁶³

9.5 Conclusie

De rechter past procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regeland recht niet ambtshalve toe. Ook toetst hij in principe niet ambtshalve of een dergelijke overeenkomst geldig tot stand is gekomen (paragraaf 9.2).

In paragraaf 9.3 is gebleken dat in geval van procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde de vraag naar de ambtshalve toetsing ingewikkelder ligt. Een aantal uitgangspunten kan hierbij worden gehanteerd, waarbij van belang is of beide partijen verschenen zijn of niet. Indien beide partijen verschenen zijn, geldt dat diegene die belang heeft bij een beroep op de procesovereenkomst hierop zelf een beroep dient te doen. Vanuit het openbaar belang bezien bestaat er immers geen bezwaar tegen dat alsnog de oorspronkelijke regel, waarvan partijen in de overeenkomst zijn afgeweken, wordt toegepast. Indien inderdaad een beroep op de procesovereenkomst wordt gedaan, zal de rechter bovendien niet ambtshalve toetsen of deze overeenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen. De rechter zal ook niet nagaan of de overeenkomst wellicht vernietigbaar is. Wel zal de rechter in beginsel ambtshalve toetsen of de voorwaarden waaronder afgeweken kan worden van de regel van openbare orde in acht zijn genomen. Voor specifieke voorwaarden kan iets anders gelden.

Indien de verweerder niet is verschenen, zal de rechter in sommige gevallen ambtshalve beoordelen of er wellicht sprake is van een niet door de eiser gestelde overeenkomst die in het belang van de verweerder is. Of hij dit doet, hangt af van de vraag in hoeverre een dergelijke bescherming van de verweerder wenselijk wordt

⁶² HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395, m.nt. M.R. Mok (Pannon/Sustikné Györfi), r.o. 33, 35.

⁶³ Zie ook Loos & Wiersma 2002, p. 331-332.

gevonden. Daarnaast zal de rechter indien de verweerder is verschenen in principe ambtshalve beoordelen of een procesovereenkomst, waarop de eiser zich beroept, ook bestaat. Reden hiervoor is bescherming van de verweerder. De rechter zal bovendien ambtshalve toetsen of de voorwaarden, waaronder afgeweken kan worden van recht van openbare orde, in acht zijn genomen. Hij zal daarentegen niet ambtshalve nagaan of de overeenkomst wellicht vernietigbaar is, aangezien voor vernietiging in principe een rechtshandeling vereist is door de belanghebbende partij.

Zowel voor procesovereenkomsten waarbij wordt afgeweken van regeland recht, als die waarbij wordt afgeweken van recht van openbare orde, geldt een bijzondere regeling indien zij zijn opgenomen als beding in een consumentenovereenkomst. De rechter toetst dan, als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie, ambtshalve of een dergelijk beding oneerlijk is. De rechter dient in een dergelijk geval artikel 9 sub a, artikel 110 lid 1 en artikel 1052 lid 2 Rv en artikel 24 EEX-Vo buiten toepassing te laten, tenzij de consument uitdrukkelijk heeft aangegeven geen beroep te willen doen op de oneerlijkheid van het beding (paragraaf 9.4).