



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

10 Regels die procesovereenkomsten beheersen; algemeen

10.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is aangenomen dat procesovereenkomsten worden beheerst door het procesrecht. Dat in de proceswetgeving geen uitgebreide regeling van de figuur van de overeenkomst is opgenomen, staat hieraan niet in de weg. Het overeenkomstenrecht zoals dit is ontwikkeld in het burgerlijk recht kan, gezien het beginsel van eenheid van recht, ook voor het burgerlijk procesrecht tot uitgangspunt worden genomen. Het zou vreemd zijn indien de overeenkomst in het burgerlijk procesrecht op geheel andere wijze werd geregeld dan in het burgerlijk recht. Afwijking van de regeling zoals gegeven in het burgerlijk recht dient dan ook te worden gelegitimeerd.

In dit derde deel van het proefschrift zal worden onderzocht wat toepassing van deze algemene uitgangspunten in concrete situaties meebrengt. Getracht wordt de inhoud van het 'procesovereenkomstenrecht' vast te stellen: welke concrete regels gelden er voor procesovereenkomsten? In welke gevallen kan het overeenkomstenrecht zoals dit is ontwikkeld in het burgerlijk recht inderdaad op de procesovereenkomst worden toegepast, en in welke gevallen is afwijking op grond van procesrechtelijke redenen gelegitimeerd? In dit hoofdstuk wordt daarbij gekeken naar de regels die voor procesovereenkomsten in het algemeen gelden. In hoofdstuk 11 wordt specifiek ingegaan op de regels die de verbintenis uit procesovereenkomst beheersen.

Bij dit onderzoek wordt tot uitgangspunt genomen dat sprake is van analoge toepassing van *Nederlands* burgerlijk recht. In hoofdstuk 2 is gebleken dat dit in geval van procesovereenkomsten met een internationaal karakter niet vanzelfsprekend is, omdat in een dergelijk geval ook buitenlands recht voor toepassing in aanmerking komt. Het voert echter te ver onderzoek te doen naar de gevolgen van toepassing van (alle denkbare stelsels van) buitenlands recht.

In hoofdstuk 2 is ook gebleken dat de EEX-verordening slechts beperkte ruimte laat voor de toepassing van nationaal burgerlijk recht op de overeenkomsten tot forumkeuze die door deze verordening worden beheerst. Op deze overeenkomsten zal hierna apart worden ingegaan. Onderzocht wordt welke regels van overeenkomstenrecht de EEX zelf inhoudt, en in hoeverre daarnaast ruimte bestaat voor toepassing van nationaal recht.

10.2 Totstandkoming

10.2.1 Algemeen

In beginsel kunnen de gewone regels van burgerlijk recht analoog worden toegepast op de totstandkoming van procesovereenkomsten. Een procesovereenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan (artikel 6:217 BW). Of sprake is van een geldig aanbod en een geldige aanvaarding, dient aan de hand van de wilsvertrouwensleer neergelegd in artikel 3:33 en 3:35 BW te worden bepaald.¹ Procesovereenkomsten zijn in beginsel vormvrij (artikel 3:37 lid 1 BW).

Van deze regels van burgerlijk recht is in een aantal gevallen afgeweken. Deze uitzonderingen worden hierna behandeld.

10.2.2 Stilzwijgende totstandkoming van procesovereenkomsten

Een uitzondering op de regel dat de totstandkoming van procesovereenkomsten wordt beheerst door de wilsvertrouwensleer vormen de wettelijke regelingen die stilzwijgende afwijking van het burgerlijk procesrecht mogelijk maken. In artikel 1052 lid 2 Rv is bijvoorbeeld bepaald dat een in het arbitraal geding verschenen partij voor alle weren een beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst dient te doen, op straffe van verval van recht. Door deze bepaling kunnen partijen invloed uitoefenen op de bevoegdheid van een scheidsgerecht door te verschijnen en geen beroep te doen op onbevoegdheid.² In paragraaf 3.4 is gebleken dat in een dergelijk geval wel degelijk wordt aangenomen dat arbitrage op een overeenkomst van partijen berust.³ Daarbij geldt echter dat de normale regels voor de totstandkoming van overeenkomsten niet kunnen worden toegepast. Zo komt ook een overeenkomst tot stand indien het voor de eiser duidelijk is dat de verweerder geen arbitrage wenst maar zich per vergissing niet op het ontbreken van de bevoegdheid van het scheidsgerecht beroept. Op grond van artikel 3:33 en 3:35 BW zou in een dergelijk geval geen geldige overeenkomst kunnen worden aangenomen. De

1 Zie m.b.t. de arbitrage Snijders 1995, p. 9; Snijders 2011c, p. 71, art. 1020 Rv, aant. 1; HR 2 december 2011, *NJ* 2011, 574 (Linthorst/Echoput c.s.); Rb. Utrecht 13 oktober 2010, *NJF* 2010, 461; Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, *NJF* 2010, 430, r.o. 8, 10; Rb. Haarlem 19 maart 2008, *S & S* 2010, 17; Hof Amsterdam 15 februari 2011, *NJF* 2011, 157, LJN BP5405, r.o. 3.4; anders Meijer 2011, p. 407-412. Zie m.b.t. de forumkeuze onder het commune bevoegdheidsrecht Rb. Rotterdam 11 augustus 2010, *NJF* 2010, 437, r.o. 4.8; Rb. Rotterdam 21 maart 2002, *NJK* 2002, 27, *S & S* 2003, 35, r.o. 6.7. Zie m.b.t. de bewijsovereenkomst Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 227, nr. 201. Zie m.b.t. de overeenkomst tot mediation Schonewille 2010, p. 43. Zie m.b.t. het royement Van Maanen 2010 (*T&C Rv*), art. 246, aant. 2; Hof Amsterdam 30 maart 1995, *NJ* 1997, 707, r.o. 3.1; Hof Amsterdam 1 mei 1986, r.o. 3.3, opgenomen bij HR 13 mei 1988, *NJ* 1988, 775 (Van Weelden/Amsterdamse Crediet- en Handelsbank).

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

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

wilsvertrouwensleer wordt in dit geval dus vervangen door procesrechtelijke normen.⁴

Hoe kan deze afwijking van het burgerlijk recht gelegitimeerd worden? Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat artikel 1052 lid 2 Rv is opgenomen met het oog op een behoorlijke procesgang en de proceseconomie. Het ligt volgens de parlementaire geschiedenis voor de hand dat een beroep op onbevoegdheid wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst voor alle weren wordt gedaan, omdat alle andere weren aan die onbevoegdheid ondergeschikt zijn en niet behandeld worden als van onbevoegdheid sprake is.⁵

Wat geldt voor de arbitrage op grond van artikel 1052 lid 2 Rv, gaat ook op voor de stilzwijgende forumkeuze op grond van artikel 9 sub a Rv (internationale rechtsmacht) en op grond van artikel 110 lid 1 Rv (relatieve bevoegdheid). Ook op grond van deze bepalingen komt een overeenkomst tot stand doordat de verweerder de bevoegdheid van het gerecht waarvoor hij is opgeroepen niet betwist.⁶ Ook hier geldt dus dat aan de hand van procesrechtelijke normen bepaald wordt wanneer een overeenkomst tot stand is gekomen.

10.2.3 Bewijs- en vormvoorschriften

Hiervoor is opgemerkt dat procesovereenkomsten in principe vormvrij tot stand komen. Op dit beginsel is in een aantal gevallen een uitzondering gemaakt. Zo is op grond van artikel II Verdrag van New York voor de overeenkomst tot arbitrage een geschrift vereist.⁷ Artikel 1021 Rv kent een bewijsvoorschrift: bepaald is dat de overeenkomst tot arbitrage wordt bewezen door een geschrift. Daarvoor is voldoende een geschrift dat in arbitrage voorziet of dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard. Eenzelfde bepaling is in artikel 8 lid 5 Rv opgenomen met betrekking tot de internationale forumkeuze en in artikel 108 lid 3 Rv met betrekking tot de interne forumkeuze.

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

5 *Kamerstukken I* 1985/86, 18 464, nr. 191b, p. 2.

6 Ook hier geldt dat de reikwijdte van deze bepalingen in geval van een consumentenovereenkomst beperkt is als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zie par. 9.4.

7 Zie over dit vormvereiste de door UNCITRAL opgestelde 'Recommendation regarding the interpretation of article II (2) and article VII (1) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)' uit 2006, waarin wordt aangegeven dat de opsomming in art. II lid 2 Verdrag van New York als niet-limitatief moet worden uitgelegd. Zie ook Meijer 2011, p. 541 e.v.

In de parlementaire geschiedenis bij invoering van de arbitragewetgeving wordt opgemerkt dat dit bewijsvoorschrift gerechtvaardigd wordt door de belangrijke gevolgen van de overeenkomst tot arbitrage: de overeenkomst leidt immers tot onbevoegdheid van de overheidsrechter.⁸ Er wordt hiermee afstand gedaan van het door artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter.⁹ Meijer noemt als andere doelstellingen van dit bewijsvoorschrift het bevorderen van de waarheidsvinding, het bevorderen van de rechtszekerheid, het bevorderen van de procesefficiency en het beschermen van partijen, en met name de zwakke partij, tegen overijling.¹⁰ Er zijn dus legitieme redenen voor deze afwijking van de regeling zoals gegeven in het burgerlijk recht.

Bij de invoering van het nieuwe BW is een aantal vormvoorschriften komen te vervallen. Zo gold vroeger voor de prorogatie en de sprongcassatie de eis van een akte, maar dit vormvoorschrift is afgeschaft aangezien anders dan bij de dading, ook in het kader van de vaststellingsovereenkomst niet langer de eis van geschrift werd gesteld. Bovendien wilde de wetgever sprongcassatie makkelijker maken, omdat hier met het oog op de rechtsvragen die zouden kunnen rijzen na invoering van het nieuwe BW meer behoefte aan zou bestaan.¹¹

10.2.4 Forumkeuze beheerst door de EEX-verordening

De EEX-verordening vereist voor de totstandkoming van een overeenkomst tot forumkeuze dat sprake is van wilsovereenstemming.¹² De vraag of wilsovereenstemming is bereikt, zal in principe beantwoord moeten worden aan de hand van het recht van de lidstaat van het gerecht dat partijen hebben aangewezen. Wel geldt op dit uitgangspunt een aantal uitzonderingen, waardoor de ruimte voor nationaal recht in de praktijk vrij beperkt is. Zo moet op grond van de EEX wilsovereenstemming in sommige gevallen aanwezig worden geacht waar dit naar Nederlands recht wellicht niet het geval zou zijn.¹³

Bovendien is ook onder de EEX-verordening stilzwijgende forumkeuze mogelijk. In artikel 24 EEX-Vo is bepaald dat een gerecht van een lidstaat waarvoor de verweerder verschijnt zonder dat hij de bevoegdheid betwist, bevoegd is. De betwisting dient bij het eerste verweer plaats te vinden, anders verliest de verweerder het recht hiertoe.¹⁴ Volgens het Hof van Justitie is het aangezochte gerecht niet verplicht om ambtshalve na te gaan of de wilsuiting wel bewust is en ertoe strekt het als bevoegd gerecht aan te wijzen.¹⁵ De rechter is op grond van deze bepaling kortom

⁸ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 6.

⁹ Zie ook Meijer 2011, p. 400-401.

¹⁰ Meijer 2011, p. 401-402.

¹¹ Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 62 (prorogatie); Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 64 (sprongcassatie).

¹² Zie bijv. HvJ EG 14 december 1976, *NJ* 1977, 446, m.nt. JCS (Salotti/RuWa); HvJ EG 24 juni 1981, *NJ* 1981, 546, m.nt. JCS (Elefanten Schuh/Jacqmain), r.o. 24-25.

¹³ Zie hierover Kuypers 2008, p. 405-406. Zie bijv. HvJ EG 10 maart 1992, *NJ* 1996, 279 (Duffryn/Petereit).

¹⁴ De reikwijdte van deze bepaling is in geval van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst beperkt als gevolg van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zie hierover par. 9.4.

¹⁵ HvJ EU 20 mei 2010, *RvdW* 2010, 802 (ČPP/Bilas), r.o. 31-32.

zelfs bevoegd indien de verweerder zich per vergissing niet op de onbevoegdheid beroept en dit voor de eiser duidelijk is. Op grond van artikel 3:33 en 3:35 BW zou in een dergelijk geval geen geldige overeenkomst kunnen worden aangenomen. Toch wordt wilsovereenstemming wel ook als grondslag van deze stilzwijgende forumkeuze gezien, zo is in paragraaf 3.4 gebleken.¹⁶ Het rapport-Jenard geeft als reden voor artikel 24 EEX-Vo dat hierdoor rechtsonzekerheid wordt vermeden.¹⁷ Afwijking van de algemene uitgangspunten van burgerlijk recht wordt dus gelegitimeerd met een beroep op de rechtszekerheid.

De overeenkomst tot forumkeuze is ten slotte niet vormvrij. Artikel 23 EEX-Vo kent (ingewikkelde) vormvoorschriften. De reden voor deze vormvoorschriften is het waarborgen dat er daadwerkelijk sprake is van wilsovereenstemming tussen partijen.¹⁸ Omdat een overeenkomst tot forumkeuze vergaande gevolgen kan hebben, moet worden voorkomen dat een partij een forumkeuzebeding aanvaardt zonder hiervan op de hoogte te zijn, bijvoorbeeld doordat een dergelijk beding is weggelaten in algemene voorwaarden. Dit geldt met name voor de zwakke partij bij de onderhandelingen.¹⁹ Daarnaast bevordert het vormvoorschrift de rechtszekerheid. Partijen en de rechter kunnen makkelijker beoordelen of een forumkeuze overeengekomen is, zodat efficiënter geprocedeerd kan worden.²⁰ In principe geldt wel dat, naast de toets of aan de vormvoorschriften is voldaan, ook gekeken moet worden of daadwerkelijk sprake is van wilsovereenstemming.²¹ In de praktijk gaat de vraag of sprake is van wilsovereenstemming echter regelmatig geheel op in de vraag of aan de vormvoorschriften is voldaan.²²

16 Zie HvJ EG 7 maart 1985, *NJ* 1986, 336 (Spitzley/Sommer), r.o. 15; HvJ EU 20 mei 2010, *RvdW* 2010, 802 (ČPP/Bilas), r.o. 21.

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

18 Zie bijv. HvJ EG 14 december 1976, *NJ* 1977, 446, m.nt. JCS (Salotti/RuWa); HvJ EG 24 juni 1981, *NJ* 1981, 546, m.nt. JCS (Elefanten Schuh/Jacqmain), r.o. 24-25; HvJ EG 14 juli 1983, *NJ* 1984, 716, m.nt. JCS (Gerling/Tesoro), r.o. 13; HvJ EG 11 november 1986, *NJ* 1987, 479 (IVECO Fiat/Van Hool), r.o. 5; HvJ EG 9 november 2000, *NJ* 2001, 599, m.nt. PV (Coreck/Handelsveem), r.o. 13. Zie ook Kuypers 2008, p. 470-476; Pontier & Burg 2004, p. 143.

19 Rapport-Jenard, p. 79 (hoofdstuk IV, B, afd. 6, art. 18); HvJ EG 24 juni 1981, *NJ* 1981, 546, m.nt. JCS (Elefanten Schuh/Jacqmain), r.o. 24-25; HvJ EG 19 juni 1984, *NJ* 1984, 735, m.nt. JCS (Tilly Russ/Nova), r.o. 24; HvJ EG 20 februari 1997, *NJ* 1998, 565, m.nt. PV (Mainschiffahrts/Les Gravières Rhénanes), r.o. 17; HvJ EG 16 maart 1999, *NJ* 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 19. Zie ook Kuypers 2008, p. 476-478; Pontier & Burg 2004, p. 139.

20 Rapport-Jenard, p. 79 (hoofdstuk IV, B, afd. 6, art. 17); HvJ EG 24 juni 1981, *NJ* 1981, 546, m.nt. JCS (Elefanten Schuh/Jacqmain), r.o. 25; HvJ EG 16 maart 1999, *NJ* 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 34, 48; HvJ EG 3 juli 1997, *NJ* 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 27-29. Zie ook Kuypers 2008, p. 469-470; Pontier & Burg 2004, p. 108, 143. Zie ook uitgebreid over het doel van de vormvoorschriften Kuypers 2008, p. 469 e.v.

21 Het Hof van Justitie ziet de vormvereisten enkel als waarborg dat wilsovereenstemming daadwerkelijk vaststaat. Zie bijv. HvJ EG 14 december 1976, *NJ* 1977, 446, m.nt. JCS (Salotti/RuWa); HvJ EG 24 juni 1981, *NJ* 1981, 546, m.nt. JCS (Elefanten Schuh/Jacqmain), r.o. 24-25; HvJ EG 14 juli 1983, *NJ* 1984, 716, m.nt. JCS (Gerling/Tesoro), r.o. 13; HvJ EG 11 november 1986, *NJ* 1987, 479 (IVECO Fiat/Van Hool), r.o. 5; HvJ EG 9 november 2000, *NJ* 2001, 599, m.nt. PV (Coreck/Handelsveem), r.o. 13. Zie ook Kuypers 2008, p. 402, 491; Pontier & Burg 2004, p. 143.

22 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 19 april 2011, *NJF* 2011, 222, r.o. 4-13; Rb. Arnhem 28 juli 2010, *NJF* 2010, 357, r.o. 4.5 e.v.; Rb. Middelburg 12 augustus 2009, *NJF* 2010, 89; Rb. Middelburg 21 januari 2009, *NJF* 2009, 341.

10.2.5 Tussenconclusie

Op de totstandkoming van procesovereenkomsten kunnen de normale regels van burgerlijk recht in principe analoog worden toegepast. Op dit beginsel wordt een aantal uitzonderingen gemaakt, waarvoor duidelijke redenen vallen aan te wijzen. Deze uitzonderingen worden dan ook gelegitimeerd door de procesrechtelijke context.

10.3 Wilsgebreken

Artikel 3:44 en 6:228 BW kunnen analoog worden toegepast op procesovereenkomsten. Voor de bewijsovereenkomst blijkt dit expliciet uit artikel 153 Rv, waarin is bepaald dat de bewijsovereenkomst buiten toepassing blijft op de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijft.²³ Dat de regeling van de wilsgebreken kan worden toegepast op de overeenkomst tot arbitrage kan worden afgeleid uit het feit dat een 'geldige' overeenkomst tot arbitrage wordt vereist (zie bijvoorbeeld artikel 1022 lid 1, artikel 1052 lid 2, artikel 1065 lid 1 sub a, artikel 1074 lid 1, artikel 1076 lid 1 sub Aa Rv). Zie ook het Verdrag van New York, waarin is bepaald dat de overheidsrechter zich niet onbevoegd hoeft te verklaren indien de overeenkomst 'null and void' is (artikel II lid 3), en weigering van tenuitvoerlegging mogelijk is indien de overeenkomst 'invalid' is (artikel V lid 1 sub a).²⁴ Ook een overeenkomst tot forumkeuze kan vernietigbaar zijn op grond van een wilsgebrek.²⁵ In de praktijk doet vernietiging van procesovereenkomsten op grond van wilsgebreken zich overigens weinig voor.²⁶

Indien een procesovereenkomst tot doel heeft onzekerheid of geschil te voorkomen of te beperken, lijkt de ruimte voor een beroep op dwaling beperkt wegens de 'aard van de overeenkomst' (zie artikel 6:228 lid 2 BW). Er valt hier een parallel te trekken met de vaststellingsovereenkomst, waarbij heeft te gelden dat vernietiging wegens dwaling ten aanzien van de vraag waaromtrent partijen juist in onzekerheid verkeerden, niet mogelijk is.²⁷ Ook een overeenkomst tot forumkeuze kan er mede toe strekken onzekerheid te voorkomen, namelijk over de vraag welke rechter in een eventueel geding bevoegd is.²⁸ Ook een overeenkomst tot forumkeuze kan daarom niet vernietigd worden omdat een partij, op het moment dat zich een geschil voordoet, ontdekt dat zonder de forumkeuze een voor haar gunstiger forum bevoegd zou zijn geweest. Hetzelfde heeft bijvoorbeeld te gelden voor de bewijsovereenkomst. Doel van een bewijsovereenkomst kan zijn de rechtsverhouding van partijen meer voorspelbaar te maken, doordat partijen zich van tevoren binden aan bepaalde

²³ Zie over wilsgebreken en de bewijsovereenkomst Van der Wiel 2002a, p. 226.

²⁴ Zie ook Meijer 2011, p. 536-537, p. 979.

²⁵ Kuypers 2008, p. 396 e.v. Strikwerda 2008, p. 224, nr. 219; Kokkini-Iatridou & Boele-Woelki 1993, p. 354 e.v. (forumkeuze onder het commune bevoegdheidsrecht); zie verder m.b.t. de overeenkomst tot mediation Schonewille 2010, p. 43.

²⁶ Zie ook Meijer 2011, p. 536 (arbitrage); Kuypers 2008, p. 439 (forumkeuze).

²⁷ HR 15 november 1985, NJ 1986, 228, m.nt. G. (Ebele Dilemma II), r.o. 3.3.

²⁸ Zie bijv. Burgerlijke rechtsvordering, P. Vlas, art. 23 EEX-Vo, aant. 1; Born 2010, p. 3-4; Bell 2003, p. 276, 333.

bewijsregels.²⁹ Indien partijen overeengekomen zijn dat enkel schriftelijk bewijs is toegelaten, zal een partij de overeenkomst dan ook niet kunnen vernietigen omdat zij tot de ontdekking komt dat zij hierdoor een belangrijke getuige niet kan horen.³⁰

Ook met betrekking tot de forumkeuze onder de EEX-verordening geldt dat de overeenkomst ongeldig kan zijn op grond van een wilsgebrek.³¹ De vraag of sprake is van een wilsgebrek moet beantwoord worden aan de hand van het recht van de lidstaat waar het gerecht zich bevindt dat partijen hebben aangewezen.

10.4 Uitleg

Op de uitleg van procesovereenkomsten kan het burgerlijk recht analoog worden toegepast. Uitleg dient in principe te geschieden aan de hand van het Haviltex-criterium.

Dat het burgerlijk recht analoog kan worden toegepast op de uitleg van procesovereenkomsten, blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de Hoge Raad over een overeenkomst tot afstand van beroep. Partijen hadden bij overeenkomst hoger beroep uitgesloten, maar verschilden van mening over de vraag of dit meebracht dat ook geen cassatie openstond. De Hoge Raad overwoog in dit kader expliciet dat uitleg van de overeenkomst dient plaats te vinden aan de hand van de Haviltex-maatstaf.³²

In de praktijk blijkt niet altijd of rechters inderdaad het Haviltex-criterium toepassen. Rechters kijken in sommige gevallen bijvoorbeeld met name naar de bewoordingen van de overeenkomst.³³ Aangezien procesovereenkomsten vaak neergelegd zijn in algemene voorwaarden, heeft de rechter ook niet altijd veel andere mogelijkheden.³⁴ Soms passen rechters echter wel expliciet het Haviltex-criterium toe.³⁵

Aan de hand van welke regels de uitleg van een overeenkomst tot forumkeuze die wordt beheerst door de EEX-verordening moet geschieden, is onduidelijk. Aan de ene kant is uitleg van een bevoegdheidsbeding volgens het Hof van Justitie een aangelegenheid van het nationale gerecht waarvoor het wordt ingeroepen,³⁶ hetgeen erop duidt dat teruggegrepen moet worden op nationaal recht. Aan de andere kant heeft het Hof van Justitie in enkele arresten ook eigen uitlegregels gegeven. Het is overigens

29 Van der Wiel 2002a, p. 222, 227; Castermans 1986, p. 117; Swane 1942, p. 342.

30 Aldus ook Van der Wiel 2002a, p. 226.

31 Zie bijv. Kuypers 2008, p. 437-439; Gaudemet-Tallon 2010, p. 140-141, nr. 152; noot Vlas bij HvJ EG 3 juli 1997, *NJ* 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), nr. 3; noot Schultsz bij HvJ EG 14 december 1976, *NJ* 1977, 446, m.nt. JCS (Salotti/RuWa), nr. 1.

32 HR 4 juni 2010, *NJ* 2010, 312 (Euroland c.s./Gilde c.s.), r.o. 3.5; zie verder, m.b.t. de arbitrage Meijer 2011, p. 96 e.v.; Snijders 1995, p. 7, 26.

33 Zie m.b.t. de prorogatie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 1984, *NJ* 1984, 744, r.o. 7. Zie m.b.t. de forumkeuze bijv. Rb. Rotterdam 11 augustus 2010, *NJF* 2010, 437, r.o. 4.6; zie ook De Boer 1996, p. 84.

34 Vgl. HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493, m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox), r.o. 4.4; HR 23 december 2005, *NJ* 2010, 62, m.nt. M.H. Wissink (De Rooij c.s./Van Olphen), r.o. 3.6.

35 Zie m.b.t. de arbitrage bijv. Rb. Utrecht 13 oktober 2010, *NJF* 2010, 461, m.n. r.o. 3.5; Hof Amsterdam 5 maart 1998, *TvA* 1998, p. 172-174, m.nt. W.D.H. Asser, p. 172.

36 HvJ EG 3 juli 1997, *NJ* 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 31; zie ook HvJ EG 9 november 1978, *NJ* 1979, 538, m.nt. JCS (Meeth/Glacetel), r.o. 8.

de vraag hoe deze regels zich tot elkaar verhouden. Zo diende het Hof van Justitie zich in het arrest *Anterist/Crédit Lyonnais* uit te laten over de vroeger in artikel 17 EEX-Verdrag opgenomen regel, dat indien de forumkeuze in het voordeel van slechts één van de partijen was gemaakt, deze het recht behield zich te wenden tot een ander bevoegd gerecht. Het Hof van Justitie overwoog:

'Van de gemeenschappelijke wil om een der pp. te bevoordelen, moet dus duidelijk blijken hetzij uit de letter van het beding, hetzij uit het geheel van de aan de overeenkomst te ontleen aanwijzingen dan wel uit de omstandigheden waaronder de overeenkomst is gesloten.'³⁷

Voor de uitleg van het beding moet blijkens dit arrest dus niet enkel gekeken worden naar de bewoordingen hiervan, maar ook naar het geheel van de overeenkomst en de omstandigheden waaronder deze overeenkomst is gesloten.

Daarnaast heeft het Hof regelmatig geoordeeld dat de wilsovereenstemming tussen partijen duidelijk en nauwkeurig tot uiting moet komen.³⁸ In het arrest *Coreck/Handelsveem* was de vraag aan de orde, of dit betekende dat reeds op grond van de bewoordingen van een forumkeuzebeding moet kunnen worden bepaald welk gerecht bevoegd is. Deze vraag rees naar aanleiding van een forumkeuzebeding in een *cognossement* waarin de rechter van het land 'where the carrier has his principal place of business' bevoegd was verklaard. Volgens het Hof van Justitie is niet vereist dat een forumkeuzebeding zodanig is geformuleerd dat louter op grond van de bewoordingen ervan reeds kan worden bepaald welk gerecht bevoegd is. Het is voldoende, dat het beding de objectieve elementen bevat op basis waarvan partijen overeenstemming hebben bereikt over de keuze van het gerecht of de gerechten waaraan zij de ontstane of de toekomstige geschillen willen voorleggen. Die elementen, die voldoende nauwkeurig moeten zijn om de geadieerde rechter in staat te stellen te bepalen of hij bevoegd is, kunnen eventueel worden geconcretiseerd door de omstandigheden van het geval.³⁹

Hoewel dus niet enkel aan de hand van de bewoordingen behoeft te kunnen worden vastgesteld of een bepaalde rechter bevoegd is, dient het beding wel de objectieve elementen te bevatten op basis waarvan partijen overeenstemming hebben bereikt. Hierdoor zal bij de uitleg van een beding waarschijnlijk toch een belangrijke rol toekomen aan de bewoordingen ervan. Indien aan de hand van de bewoordingen de objectieve elementen op basis waarvan partijen overeenstemming hebben bereikt niet vastgesteld kunnen worden, is het beding immers ongeldig.

37 HvJ EG 24 juni 1986, NJ 1987, 656, m.nt. JCS (*Anterist/Crédit Lyonnais*), r.o. 14.

38 Zie bijv. HvJ EG 14 december 1976, NJ 1977, 446, m.nt. JCS (*Salotti/RuWa*); HvJ EG 14 december 1976, NJ 1977, 447, m.nt. JCS (*Segoura/Bonakdarian*); HvJ EG 11 november 1986, NJ 1987, 479 (*IVECO Fiat/Van Hool*), r.o. 5.

39 HvJ EG 9 november 2000, NJ 2001, 599, m.nt. PV (*Coreck/Handelsveem*), r.o. 15. Zie in dit verband ook HR 2 december 2011, NJ 2012, 128, m.nt. M.V. Polak (*Roucar/Guillouet q.q. c.s.*), r.o. 5.2.2, waarin de vraag aan de orde was welke partijen aan een forumkeuzebeding gebonden zijn.

10.5 Strijd met de redelijkheid en billijkheid/misbruik van recht⁴⁰

10.5.1 Procesovereenkomsten beheerst door Nederlands procesrecht

Artikel 6:248 lid 2 BW kan analoog worden toegepast op procesovereenkomsten. Een procesovereenkomst dient buiten toepassing gelaten te worden, indien toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Indien het gaat om afspraken die op grond van artikel 191 lid 2 Rv gemaakt zijn ter gelegenheid van een comparitie na voorlopig getuigenverhoor, kan hier wellicht twijfel over bestaan. Volgens artikel 191 lid 2 Rv kan namelijk geen beroep op dergelijke afspraken worden gedaan, voor zover zij in strijd komen met een dwingende wetbepaling, met fundamentele beginselen van behoorlijke rechtspleging of voor zover een beroep daarop in verband met onvoorziene omstandigheden redelijkerwijs niet kan worden gedaan. Strijd met de redelijkheid en billijkheid wordt hier dus niet genoemd. Toch meen ik dat hieruit niet a contrario kan worden afgeleid dat deze procesovereenkomsten *niet* buiten toepassing gelaten kunnen worden indien toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Er is geen reden waarom op dit punt afgeweken zou moeten worden van het burgerlijk recht. Bovendien bepaalt artikel 191 lid 2 Rv wel dat de overeenkomst buiten toepassing kan blijven wegens onvoorziene omstandigheden, hetgeen een specifieke uitwerking is van het algemene leerstuk van strijd met de redelijkheid en billijkheid. Ook op deze overeenkomsten kan artikel 6:248 lid 2 BW dus analoog worden toegepast.

Bepaalde procesovereenkomsten beogen onzekerheid of geschil over procedurele kwesties te voorkomen. Zo kan doel van een bewijsovereenkomst zijn de rechtsverhouding van partijen meer voorspelbaar te maken, doordat zij zich van tevoren binden aan bepaalde bewijsregels.⁴¹ Geschillenbeslechtingsclausules hebben vaak tot doel duidelijkheid te verschaffen over de bevoegde instantie, zodat snel tot een inhoudelijke behandeling van de zaak kan worden overgegaan.⁴² Het is de vraag of artikel 6:248 lid 2 BW ook met betrekking tot deze overeenkomsten een rol kan spelen. Indien er te veel mogelijkheden bestaan om dergelijke overeenkomsten aan de kant te zetten, wordt aan de zekerheid die partijen juist beogen te verkrijgen afbreuk gedaan.⁴³ Zo merkt Kuypers over de forumkeuze op dat een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid vaak wordt gedaan in procedures waarin de verweerder een slechte processuele positie had. Verweerders trachtten in sommige gevallen door een dergelijk beroep volgens hem tijd te winnen.⁴⁴

40 Ik ga er hierbij van uit dat er geen inhoudelijk verschil bestaat tussen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en misbruik van recht. Zie, met verwijzing naar andere literatuur, Van der Wiel 2004, p. 189-192.

41 Van der Wiel 2002a, p. 222, 227; Castermans 1986, p. 117; Swane 1942, p. 342.

42 Zie bijv. Burgerlijke rechtsvordering, P. Vlas, art. 23 EEX-Vo, aant. 1; Born 2010, p. 3-4; Bell 2003, p. 276, 333.

43 Bell 2003, p. 281.

44 Kuypers 2008, p. 964.

Analoge toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW biedt een partij de mogelijkheid de procedure te trainen en leidt tot meer onzekerheid. Toch wordt over het algemeen een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ook met betrekking tot overeenkomsten die onzekerheid of geschil beogen te voorkomen mogelijk geacht. Voor de bewijsovereenkomst volgt de toepasselijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW uitdrukkelijk uit artikel 153 Rv, waarin is bepaald dat de overeenkomst buiten toepassing blijft op de gronden waarop zij krachtens het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing blijft. Met deze bepaling heeft de wetgever zelfs met name het oog gehad op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. 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'.⁴⁵ Daarbij dacht de wetgever met name aan de bewijsovereenkomst met uitsluiting van tegenbewijs.⁴⁶ Ook de overige bewijsovereenkomsten kunnen echter buiten toepassing blijven op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Wel zal een beroep in dat geval minder snel slagen, aangezien blijkens de parlementaire geschiedenis de aard van de bewijsovereenkomst een rol speelt bij de vraag of het in strijd is met de redelijkheid en billijkheid om zich op de overeenkomst te beroepen.⁴⁷ De wetgever stond echter niet enkel een zeer terughoudend gebruik voor ogen. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt:

'Dit betekent niet dat alle bewijsovereenkomsten op losse schroeven worden gezet, maar betekent evenmin dat deze bepaling slechts in uitzonderingsgevallen zal worden toegepast.'⁴⁸

Dit lijkt mij wel erg ver gaan. Op grond van artikel 6:248 lid 2 BW is immers vereist dat toepassing 'onaanvaardbaar' is. Daarbij komt dat de bewijsovereenkomst mede tot doel heeft zekerheid te scheppen, zodat het gebruik van artikel 6:248 lid 2 BW naar mijn mening wel degelijk uitzondering dient te blijven.

In de literatuur en jurisprudentie wordt aangenomen dat ook de overeenkomst tot arbitrage onder omstandigheden buiten toepassing kan blijven op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Wel zal het daarbij moeten gaan om uitzonderingsgevallen.⁴⁹ Meijer onderscheidt als categorieën waarin een beroep op artikel 6:248 lid 2 BW denkbaar zou zijn het geval dat een partij als gevolg

45 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.

46 Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 110-111.

47 Zie Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 111.

48 Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht, p. 111.

49 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie, Meijer 2011, p. 844 e.v.; Sijnders 2011c, p. 124-125, art. 1022 Rv, aant. 1. Zie bijv. Rb. Rotterdam 22 september 2010, *NJF* 2010, 508, *TvA* 2011, 50, p. 119; Rb. Haarlem 11 mei 1993, *NJ* 1995, 71, r.o. 5.1; Ktr. Zierikzee 19 februari 1988, *PrG.* 1988, 2870; conclusie A-G Hartkamp voor HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 123, m.nt. HJS (Van der Kloof/CSU), nr. 8-9. Voorbeelden van uitspraken waarin het beroep werd afgewezen zijn HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 219, m.nt. HJS (Jacob Meijer/OTM), r.o. 3.5; Hof Amsterdam 15 februari 2011, *NJF* 2011, 157, *LJN* BP5405, r.o. 3.8-3.9; Hof 's-Gravenhage 23 februari 2010, *NJ* 2010, 380; Rb. Rotterdam 29 juli 2009, *TvA* 2010, p. 25-26; Hof Amsterdam 5 maart 1998, *TvA* 1998, p. 172-174, m.nt. W.D.H. Asser, p. 174. In HR 13 januari 2012, *LJN* BU3436 was door het hof een beroep op buitentoepassinglating van een arbitraal beding wegens onvoorziene omstandigheden afgewezen. Het hiertegen gerichte cassatieberoep werd met toepassing van art. 81 RO verworpen.

van het arbitraal beding feitelijk in het geheel geen toegang heeft tot een gerecht, bijvoorbeeld doordat zij het voorschot aan het arbitrage-instituut niet kan betalen, het geval dat als gevolg van de arbitrageclausule het gevaar op tegenstrijdige uitspraken zeer groot is, en het geval dat de houding van een partij ten aanzien van het arbitraal beding in conventie en reconventie niet met elkaar stroken.⁵⁰

Ook met betrekking tot de overeenkomst tot forumkeuze die wordt beheerst door het commune bevoegdheidsrecht wordt in de literatuur en lagere jurisprudentie aangenomen dat zij buiten toepassing kan blijven indien toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Ook hier zal dit enkel mogelijk zijn in uitzonderlijke omstandigheden.⁵¹ Zo is het feit dat als gevolg van de forumkeuze de verhaalsmogelijkheden van een partij worden gefrustreerd niet voldoende. Ook het feit dat de uitkomst bij het gekozen forum waarschijnlijk minder gunstig is dan bij het forum dat anders bevoegd zou zijn, levert geen strijd met de redelijkheid en billijkheid op.⁵² Hetzelfde geldt voor de verwevenheid van een zaak met een andere zaak die niet door de forumkeuze wordt beheerst.⁵³ Wel een geldige grond kan zijn dat voor het gekozen forum geen eerlijk proces te verwachten is.⁵⁴

Geconcludeerd kan worden dat artikel 6:248 lid 2 BW analoog kan worden toegepast op procesovereenkomsten. Dit geldt ook voor overeenkomsten die beogen onzekerheid of geschil over procesrechtelijke kwesties te voorkomen.

10.5.2 Forumkeuze beheerst door de EEX-verordening

Kan een overeenkomst tot forumkeuze die beheerst wordt door de EEX-verordening onder omstandigheden buiten toepassing blijven op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid? Volgens Kuypers is het een rechtsbeginsel gemeen aan de rechtsstelsels van alle lidstaten dat een forumkeuze niet mag leiden tot misbruik van bevoegdheid. Volgens hem is in zeer uitzonderlijke situaties dan ook ruimte voor een toets aan de redelijkheid en billijkheid.⁵⁵ Of dit leerstuk inderdaad in het kader van de EEX kan worden aanvaard, is echter de vraag. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn op dit punt tegenstrijdige aanwijzingen te vinden.

Er is een aantal arresten waaruit zou kunnen worden afgeleid dat het Hof in het kader van de EEX geen ruimte ziet voor een beroep op misbruik van recht. Ten eerste is in dit verband het arrest Owusu/Jackson van belang, waarin het Hof de leer van het *forum non conveniens* heeft verworpen. In dit arrest overwoog het Hof dat de EEX zich ertegen verzet dat een rechterlijke instantie die op grond van artikel 2 EEX bevoegd is, deze bevoegdheid niet uitoefent op grond dat een gerecht van een niet-verdragsluitende staat een geschikter forum zou zijn.⁵⁶ Gerechten lijken de bevoegdheidsregels van de EEX dus zonder meer te moeten toepassen. Dit wijst er niet op dat zij aan een

50 Meijer 2011, p. 846 e.v.

51 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie Kuypers 2008, p. 964-965. Het beroep werd afgewezen in bijv. Rb. Rotterdam 11 augustus 2010, *NJF* 2010, 437, r.o. 4.11; Rb. Rotterdam 11 april 2007, LJN BA6185, r.o. 3.3.

52 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie Kuypers 2008, p. 964-965.

53 Rb. Rotterdam 11 april 2007, LJN BA6185, r.o. 3.3.

54 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie, Kuypers 2008, p. 965.

55 Kuypers 2008, p. 960.

56 HvJ EG 1 maart 2005, *NJ* 2007, 369, m.nt. P. Vlas (Owusu/Jackson), r.o. 37 e.v.

regel voorbij zouden mogen gaan op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Daarnaast is het arrest Gasser/MISAT van belang, waaruit volgt dat de rechter artikel 21 EEX-Verdrag (het huidige artikel 27 EEX-Vo) niet buiten toepassing mag laten op grond van misbruik van recht.⁵⁷ Verder blijkt uit het arrest Turner/Grovit c.s. dat het gebruik van een ‘anti-suit injunction’ niet kan worden gerechtvaardigd met het argument dat deze maatregel tot doel heeft misbruik van procesrecht te verhinderen.⁵⁸ Ten slotte kan erop worden gewezen dat het Hof in het kader van de EEX-regeling grote waarde hecht aan rechtszekerheid en een uniforme rechtstoepassing.⁵⁹ Het gebruik van open normen kan echter makkelijk leiden tot verschil in interpretatie tussen de verschillende lidstaten, waardoor een uniforme rechtstoepassing in gevaar komt.

Aan de andere kant blijkt uit de arresten Tilly Russ/Nova en Berghoefer/ASA dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid wel degelijk een rol speelt in het kader van artikel 23 EEX-Vo. Het Hof construeerde in deze arresten een versoepeling van de vormvoorschriften, zoals die oorspronkelijk op grond van artikel 17 EEX-Verdrag golden, aan de hand van de goede trouw. Het zou volgens het Hof in bepaalde omstandigheden ‘in strijd zijn met de goede trouw, het bestaan van een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter te ontkennen’.⁶⁰ Het Hof komt hier op basis van de goede trouw tot de conclusie dat een forumkeuze tussen partijen juist *wel* geldt. Ik zie echter geen fundamenteel verschil met het *buiten toepassing laten* van een overeenkomst. In beide gevallen wordt een op grond van de EEX geldende regel op basis van de redelijkheid en billijkheid niet toegepast.⁶¹

Al met al is onduidelijk of op grond van de EEX-verordening een overeenkomst tot forumkeuze buiten toepassing kan blijven wegens misbruik van recht. Naar mijn mening zou een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in uitzonderlijke omstandigheden mogelijk moeten zijn. Ook de Hoge Raad gaat ervan uit dat er in het kader van de EEX ruimte is voor toepassing van het leerstuk van misbruik van procesrecht. In een alimentatiezaak, waarin de man zich kennelijk met geen ander doel op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter beriep dan om de vrouw te schaden, kon het hof volgens de Hoge Raad zonder schending van enige rechtsregel tot het oordeel komen dat wegens misbruik van procesrecht op de betwisting van de bevoegdheid geen acht kon worden geslagen. Hierdoor kon de Nederlandse rechter aan de eerste volzin van artikel 24 EEX-Vo internationale bevoegdheid ontnemen.⁶²

57 HvJ EG 9 december 2003, NJ 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 59 e.v.; zie ook r.o. 53. Zo ook Polak 2010, p. 620; De Boer in zijn noot bij HR 7 mei 2010, NJ 2010, 556, m.nt. Th.M. de Boer (A./B.), nr. 3.

58 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.), r.o. 28. Zo ook Polak 2010, p. 620; De Boer in zijn noot bij HR 7 mei 2010, NJ 2010, 556, m.nt. Th.M. de Boer (A./B.), nr. 3.

59 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie Kuypers 2008, p. 925, 926; Pontier & Burg 2004, p. 69 e.v. Zie o.a. HvJ EG 1 maart 2005, NJ 2007, 369, m.nt. P. Vlas (Owusu/Jackson), r.o. 38–41, 43; HvJ EG 16 maart 1999, NJ 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 48; HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m. nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 27–29. Zie ook par. 2.4.

60 HvJ EG 19 juni 1984, NJ 1984, 735, m.nt. JCS (Tilly Russ/Nova), r.o. 18. Zie verder HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1986, 602 (Berghoefer/ASA), r.o. 15.

61 In het eerste geval is dit de regel dat aan bepaalde vormvoorschriften moet worden voldaan, in het tweede geval is dit de regel dat een overeenkomst tot forumkeuze leidt tot uitsluitende bevoegdheid van een bepaalde rechter.

62 HR 7 mei 2010, NJ 2010, 556, m.nt. Th.M. de Boer (A./B.), r.o. 3.6.

De vraag is nog, aan de hand van welke maatstaf een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid beoordeeld moet worden. Zolang het Hof van Justitie hiervoor geen gemeenschappelijke criteria heeft aangegeven, dient mijns inziens teruggegrepen te worden op nationaal recht. Gekeken zal dus moeten worden naar het recht van de lidstaat van het gerecht dat partijen in de overeenkomst hebben aangewezen.

10.6 Algemene voorwaarden

10.6.1 Inleiding

Indien procesovereenkomsten voorkomen in algemene voorwaarden, kan afdeling 6.5.3 BW hierop in principe worden toegepast.⁶³ Van belang is dat in deze afdeling de richtlijn oneerlijke bedingen is geïmplementeerd.⁶⁴ Bij de uitleg van afdeling 6.5.3 BW zal op grond van de plicht tot richtlijnconforme interpretatie dus ook naar de richtlijn gekeken moeten worden. De richtlijn is van toepassing op consumentenovereenkomsten met betrekking tot de koop van goederen en de levering van diensten.⁶⁵

In artikel 6:233 BW is bepaald dat een beding in algemene voorwaarden op twee gronden vernietigbaar is, namelijk indien dit beding onredelijk bezwarend is en indien de gebruiker aan de wederpartij geen redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen. Beide gronden worden hierna besproken. Op deze gronden kan blijkens artikel 6:235 lid 1 BW geen beroep worden gedaan door 'grote' ondernemingen. Zij zullen in plaats daarvan eventueel kunnen terugvallen op artikel 6:248 lid 2 BW.

10.6.2 Artikel 6:233 sub a BW: onredelijke bezwarendheid

10.6.2.1 Procesovereenkomsten beheerst door Nederlands procesrecht

Op grond van artikel 6:233 sub a BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien dit beding onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. Ook procesovereenkomsten in algemene voorwaarden kunnen op deze grond buiten toepassing blijven. Dit blijkt expliciet uit de zwarte lijst van artikel 6:236 BW, waarop een aantal procesovereenkomsten voorkomt. De bedingen op deze lijst moeten in geval van een consumentenovereenkomst als onredelijk bezwarend worden aangemerkt.

63 Zie wel de beperkingen in het toepassingsgebied van deze afdeling in art. 6:247 BW. Indien sprake is van internationale forumkeuze of arbitrage, zal de afdeling op grond van art. 6:247 lid 2 BW al snel niet van toepassing zijn. Zie over art. 6:247 BW ook Kuypers 1992, p. 592-597.

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

65 Zie de considerans bij de richtlijn. Zie ook de noot van Snijders onder HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), nr. 3.

Op de zwarte lijst worden ten eerste bepaalde typen bewijsovereenkomsten genoemd (zie artikel 6:236 sub k BW). Ook op de indicatieve lijst die bij de richtlijn oneerlijke bedingen hoort, staan bepaalde bewijsbedingen.⁶⁶

Daarnaast vallen verschillende bevoegdheidsovereenkomsten onder artikel 6:236 sub n BW, dat als onredelijk bezwarend aanmerkt een beding dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, hetzij arbiters, tenzij het de wederpartij een termijn gunt van ten minste een maand nadat de gebruiker zich schriftelijk op het beding heeft beroepen, om voor beslechting door de wettelijk bevoegde rechter te kiezen. De indicatieve lijst bij de richtlijn oneerlijke bedingen kent een vergelijkbare bepaling. Hierin staat genoemd het beding dat tot doel of tot gevolg heeft het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsrecht te wenden (zie punt 1 sub q).

Op grond van deze bepalingen geldt voor verschillende bevoegdheidsovereenkomsten dat zij in geval van een consumentenovereenkomst niet geldig als beding in algemene voorwaarden kunnen worden opgenomen. Dit is ten eerste het geval bij de overeenkomst tot prorogatie en de overeenkomst tot bindend advies, uiteraard tenzij bepaald is dat de consument nog de mogelijkheid heeft om toch voor de wettelijk bevoegde rechter te kiezen. Hetzelfde geldt voor de overeenkomst tot forumkeuze. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat een van tevoren door een verkoper opgesteld forumkeuzebeding, waarbij de rechter van de plaats van vestiging van de verkoper bij uitsluiting bevoegd wordt verklaard, steeds oneerlijk is in de zin van de richtlijn.⁶⁷

De overeenkomst tot arbitrage is in artikel 6:236 sub n BW uitdrukkelijk uitgezonderd, zodat deze overeenkomst niet zonder meer als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt. De rechter kan uiteraard wel op grond van de algemene norm van artikel 6:233 sub a BW tot de conclusie komen dat in een bepaald geval een arbitragebeding onredelijk bezwarend is.⁶⁸ Daarbij is van belang dat in het conceptwetsvoorstel tot herziening van het arbitragerecht deze overeenkomst alsnog op de zwarte lijst wordt geplaatst.⁶⁹ Ook op de indicatieve lijst bij de richtlijn oneerlijke bedingen wordt het arbitragebeding expliciet genoemd. Overigens hoeft dit laatste nog niet per definitie te betekenen dat een arbitraal beding in geval van een consumentenovereenkomst op grond van richtlijnconforme interpretatie steeds onredelijk bezwarend moet worden geacht. De lijst met oneerlijke bedingen bij de richtlijn is slechts indicatief (zie artikel 3 lid 3 richtlijn). Een erin voorkomend beding hoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden aangemerkt.⁷⁰ Volgens het Hof van Justitie is het aan de nationale rechter om te beoordelen of een contractueel

66 Een bewijsbeding werd dan ook onredelijk bezwarend geoordeeld in bijv. Rb. Breda 16 november 1999, *NJK* 1999, 93; Ktr. Zaandam 17 mei 2001, *Prg.* 2001, 5735, m.nt. JGK.

67 HvJ EG 27 juni 2000, *NJ* 2000, 730 (Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero), r.o. 24; HvJ EG 1 april 2004, *NJ* 2005, 75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), r.o. 23.

68 Zie ook Meijer 2011, p. 802; Snijders 2007a, p. 202.

69 Art. 1 conceptwetsvoorstel (te vinden op www.internetconsultatie.nl). Zie ook de conceptmemorie van toelichting, p. 5, 6-7.

70 HvJ EG 7 mei 2002, *NJ* 2003, 74 (Commissie/Zweden), r.o. 20; HvJ EG 1 april 2004, *NJ* 2005, 75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), r.o. 20.

beding in een concreet geval als oneerlijk kan worden aangemerkt. Dit moet worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval (zie ook artikel 4 lid 1 richtlijn).⁷¹ Toch zullen arbitrale bedingen door de rechter wel kritisch bekeken moeten worden. In de lagere rechtspraak zijn dergelijke bedingen in consumentenovereenkomsten dan ook een aantal maal onredelijk bezwarend geacht.⁷² Tegen deze achtergrond zou het inderdaad goed zijn als het arbitragebeding, indien dit de consument niet de mogelijkheid biedt om alsnog voor de wettelijk bevoegde rechter te kiezen, opgenomen werd op de zwarte lijst. Hierdoor ontstaat meer zekerheid over de vraag wanneer een arbitraal beding geldig is en wanneer niet. Procedures over de bevoegdheid van arbiters kunnen hiermee voorkomen worden.⁷³

De rechter zal op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie overigens ambtshalve moeten beoordelen of sprake is van een oneerlijk beding in een consumentenovereenkomst.⁷⁴ Zie over deze plicht tot ambtshalve toetsing nader paragraaf 9.4.

10.6.2.2 *Forumkeuze beheerst door de EEX-verordening*

Kan een forumkeuzebeding dat beheerst wordt door de EEX-verordening vernietigd worden omdat het onredelijk bezwarend is? Laat de EEX-verordening hier ruimte voor toepassing van nationaal recht?⁷⁵

Tegen toepassing van artikel 6:233 sub a BW op een dergelijk forumkeuzebeding pleit dat ook de EEX-verordening bepalingen ter bescherming van zwakke contractspartijen kent. Zo kent artikel 23 EEX-Vo strenge vormvoorschriften, onder andere ter bescherming van de zwakke partij bij de onderhandelingen.⁷⁶ Verder is de mogelijkheid tot forumkeuze in verzekeringszaken en met betrekking tot bepaalde consumentenovereenkomsten sterk beperkt (zie artikel 13 resp. artikel 17 EEX-Vo). Uit het arrest Gerling/Tesoro wordt duidelijk dat deze bepalingen, net als artikel 6:233 sub a BW, beogen te beschermen tegen eenzijdig opgestelde forumkeuzebedingen. In dit

71 HvJ EG 1 april 2004, NJ 2005, 75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), r.o. 19 e.v.; HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro/Móvil), r.o. 22-23.

72 Zie bijv. Rb. Leeuwarden 13 april 2011, NJF 2011, 296; Rb. Arnhem 14 april 2010, NJF 2010, 209; Rb. Leeuwarden 15 juli 2009, LJN BJ2957; Rb. Amsterdam 17 december 2008, NJF 2009, 22; Rb. Arnhem 23 november 2005, LJN AV1969. Niet onredelijk bezwarend werd het beding geacht in Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2009, NJF 2009, 285; Rb. 's-Gravenhage 25 januari 2006, BR 2007, 96.

73 Zie ook Snijders 2007a, p. 214-215; Snijders 2009b, p. 2.

74 Zie 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.

75 Zie wel de beperkingen in het toepassingsgebied van afdeling 6.5.3 BW in art. 6:247 BW. Indien sprake is van internationale forumkeuze, zal de afdeling op grond van art. 6:247 lid 2 BW al snel niet van toepassing zijn. Dit is anders in geval van een overeenkomst met een Nederlandse consument (zie art. 6:247 lid 4). Zie over art. 6:247 BW ook Kuypers 1992, p. 592-597.

76 HvJ EG 20 februari 1997, NJ 1998, 565, m.nt. PV (Mainschiffahrts/Les Gravières Rhénanes), r.o. 17; HvJ EG 16 maart 1999, NJ 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 19. Zie ook Kuypers 2008, p. 476-478.

arrest overwoog het Hof van Justitie met betrekking tot de bepalingen die zien op de verzekeringsovereenkomst:

‘(...) genoemde bepalingen zijn derhalve bedoeld ter bescherming van de verzekerde, die zich in de meeste gevallen geplaagd ziet voor een tevoren reeds vastgestelde overeenkomst waarover niet meer kan worden onderhandeld, en die economisch gezien in de zwakste positie verkeert.’⁷⁷

Doordat de EEX-verordening zelf de bescherming van de zwakke partij ter hand neemt, lijkt er geen ruimte voor toepassing van andere bepalingen op dit gebied. Van belang daarbij is dat het Hof in het kader van de EEX-regeling grote waarde hecht aan rechtszekerheid en een uniforme rechtstoepassing, zodat weinig ruimte is voor de toepassing van nationaal recht.⁷⁸

Aan de andere kant moet bedacht worden dat afdeling 6.5.3 de implementatie vormt van een Europese richtlijn. Alle staten op wie de EEX-verordening van toepassing is, zijn ook gebonden aan de richtlijn oneerlijke bedingen en kennen met artikel 6:233 sub a BW vergelijkbare bepalingen.⁷⁹ Een uniforme rechtstoepassing van de rechtsmachtregels in de lidstaten komt door toepassing van artikel 6:233 sub a BW dus niet in gevaar. Bovendien lijkt het onaannemelijk dat het Hof van Justitie een uitleg aan artikel 23 EEX-Vo zal willen geven die niet strookt met de richtlijn oneerlijke bedingen. Van belang is in dit verband dat het Hof van Justitie in het kader van de richtlijn expliciet aandacht heeft besteed aan het forumkeuzebeding. Het Hof heeft in een aantal arresten geoordeeld dat een forumkeuzebeding dat is opgenomen in een overeenkomst tussen een consument en een verkoper zonder dat daarover afzonderlijk is onderhandeld en waarbij de rechter van de plaats van vestiging van de verkoper bij uitsluiting bevoegd wordt verklaard, kan worden aangemerkt als oneerlijk.⁸⁰ Normaal gesproken spreekt het Hof van Justitie zich niet uit over de toelaatbaarheid van een specifiek beding.⁸¹ De hiervoor bedoelde arresten hadden overigens wel telkens betrekking op interne forumkeuzebedingen: de bedingen wezen slechts de bevoegde rechter binnen een bepaalde lidstaat aan. Een forumkeuzebeding dat ook gevolgen heeft voor de *internationale* rechtsmacht lijkt echter des te eerder bezwaarlijk te zijn voor de consument. Aangezien het Hof van Justitie zich al zo expliciet heeft uitgelaten over de oneerlijkheid van interne forumkeuzebedingen, valt

77 HvJ EG 14 juli 1983, *NJ* 1984, 716, m.nt. JCS (Gerling/Tesoro), r.o. 17. Zie ook HvJ 13 juli 2000, *NJ* 2003, 597, m.nt. PV (Group Josi), r.o. 64; HvJ EG 12 mei 2005, *NJ* 2006, 513, m.nt. P. Vlas onder *NJ* 2006, 514 (SFIP/Axa Belgium e.a.), r.o. 30.

78 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie Kuypers 2008, p. 925, 926; Pontier & Burg 2004, p. 69 e.v. Zie o.a. HvJ EG 1 maart 2005, *NJ* 2007, 369, m.nt. P. Vlas (Owusu/Jackson), r.o. 38-41, 43; zie specifiek m.b.t. forumkeuze HvJ EG 16 maart 1999, *NJ* 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 48; HvJ EG 3 juli 1997, *NJ* 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 27-29. Zie uitgebreid par. 2.4.

79 De partijen bij het Verdrag van Lugano (EVEX), dat sterk is geïnspireerd door het EEX-Verdrag, zijn echter niet alle gebonden aan de richtlijn oneerlijke bedingen.

80 HvJ EG 27 juni 2000, *NJ* 2000, 730 (Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero), r.o. 21-24; HvJ EG 1 april 2004, *NJ* 2005, 75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), r.o. 22-23; HvJ EG 4 juni 2009, *NJ* 2009, 395, m.nt. M.R. Mok (Pannon/Sustikné Györfi), r.o. 40 e.v.; HvJ EU 9 november 2010, *NJ* 2011, 41, m.nt. M.R. Mok (Pénzügyi Lízing/Schneider), r.o. 42-44.

81 Zie o.a. HvJ EG 1 april 2004, *NJ* 2005, 75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), r.o. 19 e.v.; HvJ EG 26 oktober 2006, *NJ* 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro/Móvil), r.o. 22-23; HvJ EU 9 november 2010, *NJ* 2011, 41, m.nt. M.R. Mok (Pénzügyi Lízing/Schneider), r.o. 42-44.

niet in te zien waarom het Hof vergelijkbare internationale forumkeuzebedingen wel toelaatbaar zou achten. Het zou ongeloofwaardig zijn indien de bescherming die aan de consument wordt toegekend in puur nationale gevallen hem ineens zou worden onthouden indien het een internationale forumkeuze beheerst door de EEX-verordening betreft.

Onduidelijk is kortom hoe de EEX-verordening en de richtlijn oneerlijke bedingen zich tot elkaar verhouden. Volgens Kuypers had de Europese wetgever beter artikel 3 richtlijn oneerlijke bedingen of de bijlage kunnen afstemmen op de EEX-verordening, door een forumkeuze in een overeenkomst met een consument niet oneerlijk te laten zijn indien voldaan is aan de voorwaarden die in de EEX worden gesteld. De Europese wetgever heeft volgens hem een mooie gelegenheid daartoe bij het aannemen van de EEX-verordening voorbij laten gaan.⁸² Opvallend is dat ook in het kader van het huidige voorstel tot aanpassing van de EEX-verordening in het geheel geen aandacht is besteed aan de verhouding met de richtlijn oneerlijke bedingen.⁸³ In een onlangs gewezen arrest heeft het Hof van Justitie een prejudiciële vraag over deze verhouding onbeantwoord gelaten.⁸⁴

Hoe moet nu over deze kwestie worden geoordeeld? Hoewel ook de EEX-verordening de zwakke partij beoogt te beschermen tegen eenzijdig opgestelde forumkeuzebedingen, kan mijns inziens niet worden aangenomen dat deze bescherming uitputtend door de verordening wordt beheerst. Er is wel degelijk ruimte voor toepassing van de nationale bepalingen ter implementatie van de richtlijn oneerlijke bedingen naast de beschermingsbepalingen van de EEX.⁸⁵ Daarbij geldt wel dat, op het moment dat een forumkeuze voldoet aan de voorwaarden van de EEX-verordening, in de praktijk niet vaak ruimte is voor het oordeel dat tóch sprake is van een oneerlijk beding. Zo is in geval van een consumentenovereenkomst in de zin van artikel 15 EEX-Vo de mogelijkheid tot forumkeuze al zodanig beperkt, dat haast niet voor te stellen is dat een beding dat aan deze vereisten voldoet nog oneerlijk zou zijn op grond van de richtlijn oneerlijke bedingen (zie artikel 17 EEX-Vo).

Toch heeft de aanvullende bescherming van (de nationale bepalingen ter implementatie van) de richtlijn oneerlijke bedingen in bepaalde gevallen wel degelijk meerwaarde. Ten eerste gaat in geval van een verzekeringsovereenkomst de bescherming die de EEX-verordening biedt minder ver dan bij consumentenovereenkomsten in de zin van artikel 15 EEX-Vo. Indien sprake is van een verzekeringnemer die zijn woonplaats niet in een lidstaat heeft, is op grond van artikel 13 sub 4 EEX-Vo over het algemeen iedere forumkeuze toegestaan. In een dergelijk geval is wel degelijk voorstelbaar dat een forumkeuzebeding dat geldig is op grond van de EEX-verordening, toch onredelijk bezwarend moet worden geacht. Een verzekeringnemer die ook

82 Kuypers 2008, p. 708.

83 Zie het Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM(2010)748, en de hierbij behorende documenten. Zie ook het in de aanloop naar het voorstel verschenen rapport van Hess, Pfeiffer en Schlosser; Hess, Pfeiffer & Schlosser 2007, m.n. p. 160.

84 HvJ EU 17 novemer 2011, RvdW 2012, 142 (Hypoteční banka c.s./Lindner), r.o. 27, 56.

85 Ook in het arrest Hof Arnhem 1 april 2008, NJF 2008, 448, JBPr 2008, 34, m.nt. M. Freudenthal, r.o. 3.13 wordt ervan uitgegaan dat de richtlijn oneerlijke bedingen in principe van toepassing is op een forumkeuzebeding beheerst door de EEX-verordening.

consument is kan dus baat hebben bij de bescherming die de richtlijn oneerlijke bedingen biedt.

Van belang is daarnaast dat op grond van de richtlijn oneerlijke bedingen een veel concretere toets plaatsvindt dan op grond van de EEX-verordening: de oneerlijkheid moet blijken uit artikel 4 lid 1 richtlijn oneerlijke bedingen beoordeeld worden aan de hand van de omstandigheden van het betrokken geval.⁸⁶ Denkbaar is dat een beding dat over het algemeen wel toelaatbaar is, in de bijzondere omstandigheden van het geval toch niet door de beugel kan. In een dergelijk geval kunnen de bepalingen ter implementatie van de richtlijn oneerlijke bedingen een nuttige (aanvullende) rol spelen.

Verder geldt dat de richtlijn oneerlijke bedingen een ruimer beschermingsbereik heeft dan de beschermingsbepalingen van de EEX-verordening. De richtlijn oneerlijke bedingen is in principe van toepassing op alle consumentenovereenkomsten met betrekking tot de koop van goederen en de levering van diensten.⁸⁷ De EEX-verordening daarentegen beschermt de consument alleen met betrekking tot in het geheel geen bescherming krijgt op het moment dat hij op eigen initiatief zaken doet met een buitenlands bedrijf, kan echter niet worden geaccepteerd. Ook in een dergelijk geval is de aanvullende bescherming van de nationale bepalingen ter implementatie van de richtlijn oneerlijke bedingen van belang.

Artikel 6:233 sub a BW kan kortom, in geval van een consumentenovereenkomst, ook worden toegepast op een forumkeuzebeding dat wordt beheerst door de EEX-verordening. De rechter zal overigens ambtshalve moeten beoordelen of een dergelijk forumkeuzebeding oneerlijk is. Hiervoor zal hij terug moeten grijpen op artikel 3:40 of artikel 6:248 lid 2 BW, omdat artikel 6:233 sub a BW uitgaat van vernietigbaarheid.⁸⁸ Zie over deze ambtshalve toetsing paragraaf 9.4.

10.6.3 Artikel 6:233 sub b BW: redelijke mogelijkheid tot kennisneming

10.6.3.1 Procesovereenkomsten beheerst door Nederlands procesrecht

Op grond van artikel 6:233 sub b BW is een beding in algemene voorwaarden vernietigbaar indien de gebruiker aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de voorwaarden kennis te nemen. Aannemelijk is dat ook een procesovereenkomst in algemene voorwaarden op deze grond vernietigd kan worden.

Voor de procesovereenkomsten waarvoor een bewijsvoorschrift geldt, zoals de overeenkomst tot forumkeuze en de overeenkomst tot arbitrage, zou hierover wellicht nog enige twijfel kunnen bestaan. Deze bewijsvoorschriften hebben immers een vergelijkbare strekking, namelijk te voorkomen dat een partij gebonden raakt aan een overeenkomst zonder dat zij zich dit bewust is (zie hiervoor, paragraaf 10.2.3). Toch

⁸⁶ Zie ook HvJ EG 1 april 2004, NJ 2005, 75 (Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter), r.o. 21-22; HvJ EG 26 oktober 2006, NJ 2007, 201, m.nt. M.R. Mok (Mostaza Claro/Móvil), r.o. 22; Zie over het karakter van de oneerlijkheidstoets nader Pavillon 2011, p. 37 e.v.

⁸⁷ Zie de considerans bij de richtlijn. Zie ook de noot van Snijders onder HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders (Meurs/Newomij), nr. 3.

⁸⁸ Zie Asser/Hartkamp 2011 (3-I*), p. 154-155, nr. 188, p. 209, nr. 252; Hijma 2010, p. 74-75, nr. 44a.

kan artikel 6:233 sub b BW mijns inziens wel degelijk analoog worden toegepast in deze gevallen.⁸⁹ De bescherming die de bewijsvoorschriften bieden is namelijk beperkt. Aan de bewijsvoorschriften is snel voldaan: voldoende is reeds een stilzwijgend aanvaard geschrift dat verwijst naar algemene voorwaarden die een arbitrage- of forumkeuzebeding bevatten. De bewijsvoorschriften zien bovendien enkel op de vraag hoe het bestaan van de overeenkomst *bewezen* dient te worden. De vraag wanneer sprake is van een *geldige* overeenkomst, wordt door deze voorschriften niet beantwoord.⁹⁰ Naast het bewijsvoorschrift is dus wel degelijk ruimte voor analoge toepassing van artikel 6:233 sub b BW. Zelfs Meijer, die van mening is dat het bewijsvoorschrift bij de overeenkomst tot arbitrage in feite een totstandkomingseis is waarnaast het materiële recht geen rol meer speelt, meent dat een overeenkomst tot arbitrage in algemene voorwaarden vernietigbaar kan zijn op grond van artikel 6:233 sub b BW.⁹¹

Procesovereenkomsten in algemene voorwaarden zijn kortom vernietigbaar, indien een partij geen redelijke mogelijkheid heeft gehad om van de voorwaarden kennis te nemen.

10.6.3.2 Forumkeuze beheerst door de EEX-verordening

Kan in geval van een forumkeuzebeding dat beheerst wordt door de EEX-verordening een beroep worden gedaan op artikel 6:233 sub b BW? Is hier ruimte voor toepassing van nationaal recht?

Uit het voorstel tot aanpassing van artikel 23 EEX-Vo lijkt dit wel te volgen. Hierin wordt namelijk bepaald dat het door partijen aangewezen gerecht van een lidstaat bevoegd is, tenzij de overeenkomst krachtens het recht van die lidstaat substantieel nietig is.⁹² Naar Nederlands recht is hiervan sprake indien een partij het beding op grond van artikel 6:233 sub b BW vernietigt.

Opgemerkt moet echter worden dat artikel 6:233 sub b BW een bepaling is van puur nationaal recht en niet gebaseerd is op de richtlijn oneerlijke bedingen. Daarnaast is van belang dat de EEX-verordening een eigen methode kent om te voorkomen dat een partij ongemerkt gebonden raakt aan een forumkeuzebeding. In paragraaf 10.2.4 is gebleken dat de EEX hiertoe strenge vormvoorschriften bevat. Anders dan bij het bewijsvoorschrift dat geldt voor de forumkeuze onder het commune bevoegdheidsrecht, gaat het om zeer gedetailleerde voorschriften, op basis waarvan een uitgebreide en genuanceerde jurisprudentie bestaat over de vraag in

89 Bij deze overeenkomsten moet wel gekeken worden of afdeling 6.5.3 op grond van art. 6:247 BW van toepassing is, hetgeen in internationale verhoudingen regelmatig niet het geval zal zijn. Zie over art. 6:247 BW nader Kuypers 1992, p. 592-597.

90 Zie in dit verband ook *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 6-7; *Kamerstukken II* 1984/85, 18 464, nr. 5 (VV), p. 5, waaruit blijkt dat het vraagstuk van de materiële wilsbinding niet met het bewijsvoorschrift is geregeld.

91 Meijer 2011, p. 461. Zie verder ook Snijders 1995, p. 9-10; Snijders 2011c, p. 113, 118, art. 1021 Rv, aant. 3 met verwijzing naar jurisprudentie; Hof Amsterdam 14 juli 2009, *NJF* 2009, 381; Hof Amsterdam 15 februari 2011, *NJF* 2011, 157, LJN BP5405, r.o. 3.5-3.7.

92 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, COM(2010)748.

hoeverre een forumkeuze in algemene voorwaarden geldig is.⁹³ De vormvoorschriften lijken de vraag of een partij voldoende mogelijkheid heeft gehad om kennis te nemen van de algemene voorwaarden dan ook volledig te beheersen. Van belang daarbij is dat het Hof in het kader van de EEX-regeling grote waarde hecht aan rechtszekerheid en een uniforme rechtstoepassing, zodat weinig ruimte is voor de toepassing van nationaal recht.⁹⁴

Geconcludeerd kan daarom worden dat, ondanks de indruk die het voorgestelde nieuwe artikel 23 EEX-Vo wekt, onder de EEX-verordening geen ruimte bestaat voor toepassing van artikel 6:233 sub b BW of vergelijkbare bepalingen van nationaal recht. Indien aan de vormvoorschriften is voldaan, kan een forumkeuzebeding niet buiten toepassing gelaten worden omdat niet voldoende gelegenheid is geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen.

10.7 Overgang van procesovereenkomsten

Voor procesovereenkomsten geldt dat zij, net als andere overeenkomsten, in principe slechts van toepassing zijn tussen partijen.⁹⁵ Het is de vraag of zij ook over kunnen gaan op een derde. Gelden de bepalingen van titel 2 van boek 6 BW (Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen) voor procesovereenkomsten?

Een procesovereenkomst kan niet zelfstandig overgaan op een derde. Er is immers sprake van een hulpovereenkomst, zodat zij niet 'los' kan bestaan (zie paragraaf 3.3.2). Indien de procesovereenkomst ziet op (de rechtsoverdracht tot handhaving van) een bepaalde vordering, kan zij wel samen met deze vordering overgaan. Zij kan dan als nevenrecht bij deze vordering worden beschouwd, zodat in geval van bijvoorbeeld cessie van de vordering de nieuwe schuldeiser zich op grond van artikel 6:142 BW tegenover de schuldenaar op de procesovereenkomst kan beroepen.⁹⁶ Daarnaast geldt dat in geval van cessie de nieuwe schuldeiser het beding ook op grond van artikel 6:145 BW als verweermiddel tegengeworpen kan krijgen.

Titel 2 van boek 6 BW is in een dergelijk geval *rechtstreeks* van toepassing. Aan de orde is immers de overgang van een (vermogensrechtelijke) vordering. Dat de procesovereenkomst die op deze vordering betrekking heeft door het procesrecht wordt beheerst, doet hier niet aan af. Nevenrechten hoeven namelijk niet vermogensrechtelijk van aard te zijn.⁹⁷ Hetzelfde kan worden aangenomen voor de 'verweermiddelen' van artikel 6:145 BW. Procesovereenkomsten worden in dit verband dus op dezelfde wijze behandeld als andere rechten en verplichtingen.

Een en ander geldt ook voor de forumkeuze die beheerst wordt door de EEX-verordening, zo volgt uit een aantal uitspraken van het Hof van Justitie met

93 Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze jurisprudentie Kuypers 2008, p. 494 e.v.

94 Zie, met verwijzing naar jurisprudentie Kuypers 2008, p. 925, 926; Pontier & Burg 2004, p. 69 e.v. Zie o.a. HvJ EG 1 maart 2005, NJ 2007, 369, m.nt. P. Vlas (Owusu/Jackson), r.o. 38-41, 43; zie specifiek m.b.t. forumkeuze HvJ EG 16 maart 1999, NJ 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o. 48; HvJ EG 3 juli 1997, NJ 1999, 681, m.nt. PV (Benincasa/Dentalkit), r.o. 27-29. Zie uitgebreid par. 2.4.

95 Zie m.b.t. de bewijsovereenkomst HR 31 maart 1933, NJ 1933, p. 1333, m.nt. PS, p. 1336. Zie m.b.t. de forumkeuze Kuypers 2008, p. 314, 315-317. Zie m.b.t. de arbitrage Meijer 2011, p. 551.

96 Wibier 2009, p. 20. Zie m.b.t. de arbitrage Meijer 2011, p. 620-621; Snijders 1995, p. 19.

97 Meijer 2011, p. 621; Snijders 1995, p. 19.

betrekking tot een forumkeuzebeding in een cognossement. Het Hof oordeelde dat, wanneer in de betrekkingen tussen de afzender en de vervoerder een bevoegdheidsbeding in een cognossement een geldig beding is in de zin van de EEX, daarop een beroep kan worden gedaan tegen de derdecognossementshouder die de afzender in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd. De vraag of de derde een van de oorspronkelijke partijen in haar rechten en verplichtingen is opgevolgd, moet beantwoord worden aan de hand van het toepasselijke nationale recht.⁹⁸ Ook een forumkeuzebeding onder de EEX wordt kortom op gelijke wijze behandeld als andere rechten en verplichtingen.

Geconcludeerd kan worden dat procesovereenkomsten inderdaad kunnen overgaan op een derde. Indien zij bijvoorbeeld gekoppeld zijn aan een (rechtsvordering tot handhaving van een) bepaalde vordering, gaan zij bij cessie van deze vordering op de nieuwe schuldeiser over. Titel 2 van boek 6 BW is in een dergelijk geval rechtstreeks van toepassing.⁹⁹

10.8 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de inhoud van het 'procesovereenkomstenrecht' centraal. Onderzocht is welke regels voor procesovereenkomsten gelden. Daarbij is gekeken in hoeverre de regels van burgerlijk recht kunnen worden toegepast op procesovereenkomsten, en in hoeverre afwijking hiervan op grond van de procesrechtelijke context gelegitimeerd is. Gebleken is daarbij dat slechts in een beperkt aantal gevallen is afgeweken van de regeling van de overeenkomst zoals gegeven in het burgerlijk recht.

Ten eerste geldt dat de regels van burgerlijk recht in principe analoog worden toegepast op de totstandkoming van procesovereenkomsten. In afwijking hiervan is met betrekking tot sommige procesovereenkomsten bepaald dat zij stilzwijgend gesloten kunnen worden. Ook gelden in sommige gevallen vorm- of bewijsvoorschriften. Wat betreft de forumkeuze onder de EEX-verordening geldt dat de vraag of wilsovereenstemming tussen partijen is bereikt beantwoord dient te worden aan de hand van het recht van de lidstaat van het gerecht dat partijen hebben aangewezen. Wel blijkt uit artikel 23 EEX-Vo dat deze overeenkomst niet vormvrij is, maar moet voldoen aan bepaalde vormvoorschriften. Op grond van artikel 24 EEX-Vo is bovendien stilzwijgende forumkeuze mogelijk (paragraaf 10.2).

Verder is gebleken dat procesovereenkomsten vernietigbaar kunnen zijn op grond van een wilsgebrek (paragraaf 10.3). Uitleg van procesovereenkomsten dient te geschieden aan de hand van het Haviltex-criterium (paragraaf 10.4). Procesovereenkomsten kunnen buiten toepassing gelaten worden op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (paragraaf 10.5).

Procesovereenkomsten die voorkomen in algemene voorwaarden kunnen worden vernietigd indien blijkt dat zij onredelijk bezwarend zijn. Dit blijkt expliciet uit de zwarte lijst van artikel 6:236 BW, waarop verschillende procesovereenkomsten

98 HvJ EG 19 juni 1984, *NJ* 1984, 735, m.nt. JCS (Tilly Russ/Nova), r.o. 24-26; HvJ EG 16 maart 1999, *NJ* 2001, 116, m.nt. PV (Castelletti/Trumpy), r.o.41; HvJ EG 9 november 2000, *NJ* 2001, 599, m.nt. PV (Coreck/Handelsveem), r.o. 23-25.

99 Zie uitgebreid over de overgang van de overeenkomst tot arbitrage Meijer 2011, p. 615 e.v. Zie m.b.t. de overeenkomst tot forumkeuze Kuypers 2008, p. 313 e.v.

voorkomen. Ook een forumkeuzebeding dat beheerst wordt door de EEX-verordening dient buiten toepassing gelaten te worden indien het oneerlijk is in de zin van de richtlijn oneerlijke bedingen (paragraaf 10.6.2).

Een procesovereenkomst in algemene voorwaarden is verder vernietigbaar, indien de gebruiker van de algemene voorwaarden aan de wederpartij niet een redelijke mogelijkheid heeft geboden om van de voorwaarden kennis te nemen. Dit geldt echter niet voor de forumkeuze die beheerst wordt door de EEX-verordening, aangezien de vormvoorschriften van artikel 23 EEX-Vo deze materie uitputtend regelen (paragraaf 10.6.3).

Ten slotte is gebleken dat procesovereenkomsten kunnen overgaan op een derde. Indien zij gekoppeld zijn aan een (rechtsvordering tot handhaving van een) bepaalde vordering, gaan zij bij cessie van deze vordering op de nieuwe schuldeiser over. Titel 2 van boek 6 BW is in een dergelijk geval rechtstreeks van toepassing (paragraaf 10.7).

Het onderzoek dat in dit hoofdstuk is verricht is uiteraard verre van volledig. Het is niet mogelijk om op alle denkbare regels van overeenkomstenrecht in te gaan. Eén aspect zal in het volgende hoofdstuk nog aan de orde komen. In hoofdstuk 8 is gebleken dat partijen in het kader van een procesovereenkomst verbintenissen ten opzichte van elkaar in het leven kunnen roepen. Het is de vraag, in hoeverre het burgerlijkrechtelijke verbintenissenrecht analoog kan worden toegepast op dergelijke verbintenissen. Deze vraag wordt in hoofdstuk 11 onderzocht.