



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

11 Regels die de verbintenis uit procesovereenkomst beheersen

11.1 Inleiding

In hoofdstuk 8 is gebleken dat partijen in het kader van een procesovereenkomst verbintenissen ten opzichte van elkaar in het leven kunnen roepen. In dit hoofdstuk wordt onderzocht welke regels voor deze verbintenissen gelden. In hoeverre kan het verbintenissenrecht zoals dit is ontwikkeld in het burgerlijk recht analoog worden toegepast? Kan een partij bijvoorbeeld nakoming vorderen van haar rechten uit procesovereenkomst? Is het mogelijk om schadevergoeding te vorderen wegens wanprestatie, indien een partij haar verplichtingen schendt? Deze vragen zijn uiteraard enkel relevant indien partijen daadwerkelijk verbintenissen in het kader van hun procesovereenkomst in het leven hebben geroepen. In hoofdstuk 8 is gebleken dat dit lang niet altijd het geval hoeft te zijn.

Als uitgangspunt heeft te gelden dat de verbintenissen uit procesovereenkomst door het procesrecht worden beheerst. De regeling van de verbintenis zoals die is gegeven in het burgerlijk recht kan echter, gezien het beginsel van eenheid van recht, in principe analoog worden toegepast. Afwijking van het burgerlijk recht zal gelegitimeerd moeten worden, aangezien verschillen tussen het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht zo veel mogelijk vermeden moeten worden (zie hoofdstuk 2).

In dit hoofdstuk wordt ervan uitgegaan dat het of de Nederlandse rechter is, of arbiters in een arbitrage in Nederland zijn, die de vordering tot nakoming of tot schadevergoeding beoordelen. Zij zullen dit doen aan de hand van het Nederlandse procesrecht.

In dit hoofdstuk wordt er bovendien van uitgegaan dat *Nederlands* burgerlijk recht analoog dient te worden toegepast op de verbintenis. In paragraaf 2.2, 8.7.3 en 8.8 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 om ook onderzoek te doen naar de gevolgen van toepassing van dergelijke stelsels van buitenlands recht.

11.2 Nakoming

In de volgende paragrafen staat de vraag centraal of een partij veroordeeld kan worden tot nakoming van een verbintenis uit procesovereenkomst. Kan aan een partij bijvoorbeeld, in geval van een overeenkomst tot arbitrage, een verbod opgelegd

worden om een procedure voor de overheidsrechter aanhangig te maken, op straffe van een dwangsom? Of zijn er, vanwege de procesrechtelijke context, bezwaren tegen een dergelijke veroordeling? Op grond van artikel 3:296 lid 1 BW geldt als uitgangspunt dat 'hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld [wordt]'. Een veroordeling is echter niet mogelijk indien 'uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt'. De procesrechtelijke context zou bezwaren mee kunnen brengen die aan een veroordeling tot nakoming van een verbintenis uit procesovereenkomst in de weg staan.

Onderscheid zal hierna gemaakt worden tussen bevoegdheidsovereenkomsten en overige procesovereenkomsten. Bij bevoegdheidsovereenkomsten, zoals de overeenkomst tot forumkeuze, arbitrage, prorogatie of sprongcassatie, zal een veroordeling tot nakoming neerkomen op het opleggen van een procedeeverbod. Dergelijke procedeeverboden zijn in de literatuur en jurisprudentie een aantal malen aan de orde gekomen, zowel binnen Nederland als ook in Engeland, Duitsland en in het kader van het EU-recht. Daarom zal hier apart op worden ingegaan.

11.3 Nakoming van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst: het procedeeverbod

11.3.1 Inleiding

In hoeverre kan een partij veroordeeld worden tot nakoming van haar verbintenis uit een bevoegdheidsovereenkomst? Kan aan haar een verbod worden opgelegd om te procederen voor een bepaalde rechter?

Hierna zal eerst de Nederlandse jurisprudentie en literatuur bestudeerd worden (paragraaf 11.3.2). Vervolgens wordt ingegaan op de situatie in Engeland (paragraaf 11.3.3) en Duitsland (paragraaf 11.3.4). Daarbij wordt onderzocht in hoeverre naar deze rechtsstelsels de mogelijkheid bestaat om een verbod op te leggen om te procederen voor de eigen gerechten of voor buitenlandse gerechten van een staat die niet behoort tot de EEX. De vraag in hoeverre een partij verboden kan worden om te procederen voor de gerechten van een andere EEX-staat, komt in paragraaf 11.3.5 aan de orde.

11.3.2 Nederlandse rechtspraak en literatuur¹

Onduidelijk is, in hoeverre het naar Nederlands recht mogelijk is om een partij te veroordelen tot nakoming van haar verplichtingen uit bevoegdheidsovereenkomst. In het kader van de overeenkomst tot arbitrage heeft Meijer betoogd dat een dergelijke veroordeling in de meeste gevallen niet mogelijk is. De wet en de aard van de verplichting staan volgens hem over het algemeen aan het opleggen van een verbod een procedure aanhangig te maken of voort te zetten in de weg. Het is namelijk aan de rechter aan wie de zaak in strijd met een overeenkomst tot arbitrage wordt

¹ In deze paragraaf blijft de vraag in hoeverre een verbod kan worden opgelegd om te procederen voor de gerechten van een andere EEX-staat buiten beschouwing. Zie hierover par. 11.3.5.

voorgelegd zelf om te beoordelen of hij bevoegd is. Dit geldt ook als dit een buitenlandse rechter is.² Van Leyenhorst is een andere mening toegedaan. Hij acht een procedeerverbod in het kader van de overeenkomst tot arbitrage wel mogelijk.³

De vraag of een rechter een procedeerverbod kan opleggen, is in Nederland vooral in het kader van misbruik van procesrecht aan de orde gekomen. De rechtspraak en literatuur lijken daarbij met name gericht te zijn op een verbod om binnen Nederland te procederen, al wordt dit niet altijd expliciet aangegeven.

De meningen in de literatuur over de vraag, of een partij kan worden verboden om te procederen wegens misbruik van procesrecht, zijn verdeeld. Bruning acht het opleggen van een dergelijk verbod niet mogelijk, en ook Zilinsky is kritisch.⁴ Van der Kwaak en Van der Wiel lijken een verbod daarentegen steeds mogelijk te achten als misbruik van procesrecht dreigt.⁵ Volgens Frielink kan in geval van (evidente) onrechtmatige uitoefening van een bevoegdheid door de kortgedingrechter een bevel worden gegeven om een vordering in bodemprocedure in te trekken.⁶ In de jurisprudentie is een enkele maal een verbod om te procederen wegens misbruik van bevoegdheid opgelegd. Deze verboden zijn over het algemeen gericht op procedures binnen Nederland.⁷ In enkele gevallen werd een partij veroordeeld om een procedure in het buitenland in te trekken.⁸ Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog daarentegen dat voor een zo ingrijpende maatregel als het geven van een bevel tot intrekking van een hoger beroep in kort geding geen plaats is.⁹ Ook in een kort geding bij de Rechtbank Middelburg werd geoordeeld dat de vordering om een partij te bevelen een Amerikaanse procedure in te trekken te ver gaat.¹⁰ In een kort geding in Haarlem werd de vordering tot het opleggen van een procedeerverbod afgewezen, waarbij de voorzieningenrechter overwoog dat een dergelijk verbod slechts kan worden toegevoegd onder uitzonderlijke omstandigheden.¹¹

Op grond van de literatuur en jurisprudentie met betrekking tot misbruik van procesrecht kan kortom niet worden geconcludeerd of en zo ja, in welke gevallen oplegging van een procedeerverbod mogelijk is. Wel zijn de argumenten die in deze literatuur en jurisprudentie naar voren komen interessant. Auteurs die menen dat oplegging van een procedeerverbod mogelijk is, wijzen erop dat in beginsel iedere

2 Meijer 2011, p. 969 e.v.

3 Van Leyenhorst 2009, p. 69-75.

4 Bruning 2003, p. 82; Zilinsky 2005, p. 84.

5 Van der Wiel 2005, p. 321-322; Van der Wiel 2004, p. 282 e.v.; Van der Kwaak 2002, p. 579-585, m.n. p. 583.

6 Frielink 1993, p. 18-19.

7 Althans, daar lijkt het wel op. Helemaal duidelijk is dit niet, aangezien veel rechters de reikwijdte van het verbod niet nauwkeurig aangeven. Zie Rb. Amsterdam (k.g.) 14 december 2004, *NJF* 2005, 27; Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 5 augustus 2004, *NJ* 2004, 597; Rb. Almelo 14 augustus 2002, *NJ* 2002, 491; Rb. Amsterdam 23 april 1992 (k.g.), te vinden bij Frielink 1993, p. 17.

8 Rb. Rotterdam 29 december 2010, *NJF* 2011, 151; Rb. Haarlem (k.g.) 21 december 2006, *NJF* 2007, 219. Zie ook Rb. Arnhem (k.g.) 24 augustus 1984, *NJ* 1986, 86, m.nt. JCS, waarin een bevel om beslag in het buitenland op te heffen in principe mogelijk werd geacht, maar in dit specifieke geval werd geweigerd.

9 Hof 's-Hertogenbosch (k.g.) 15 mei 1991, *NJ* 1992, 67, *KG* 1991, 307, r.o. 4.1.

10 Rb. Middelburg (k.g.) 25 januari 1985, *NJ* 1987, 114, r.o. 4.8.

11 Rb. Haarlem (k.g.) 13 januari 2011, *NJF* 2011, 200, r.o. 4.3.

dreigende onrechtmatige daad een verbodsbepaling kan dragen, dus ook dreigend misbruik van procesrecht. Doordat van misbruik niet snel sprake zal zijn, zal een verbod slechts in bijzondere omstandigheden kunnen worden opgelegd.¹² Ook in de rechtspraak wordt de oplegging van een procedeeerverbod vaak enkel gemotiveerd door te wijzen op het onrechtmatige gedrag van de partij tegen wie het bevel is gericht.¹³

Een ander argument dat wordt aangevoerd voor een procedeeerverbod is dat hierdoor het aantal procedures kan worden beperkt. Een partij kan immers verboden worden om (telkens) nieuwe procedures te beginnen. Zo werd in een zaak waarin Dexia een verbod werd opgelegd om nieuwe procedures te beginnen, als belangrijke reden gegeven dat hiermee voorkomen kon worden dat de rechtbanken 'verstopt' zouden raken.¹⁴

Door tegenstanders van het procedeeerverbod wordt erop gewezen dat het aan iedere rechter is om over de aan hem voorgelegde zaken te oordelen, en dat andere rechters zich hierin niet behoren te mengen.¹⁵ Zo legde de voorzieningenrechter aan Dexia wel een verbod op om nieuwe procedures te beginnen, maar weigerde hij haar te bevelen om reeds aanhangige procedures te staken. Daarbij overwoog hij:

'De voorzieningenrechter zal niet ingrijpen in reeds aanhangige procedures van Dexia tegen haar leasecontractanten en/of hun echtgenoten, gesteld al dat dit tot de bevoegdheden van een voorzieningenrechter zou kunnen behoren. De procesorde in die procedures dient bepaald te worden door de rechter die op die zaken zit.'¹⁶

Daarnaast wordt erop gewezen dat een verbod om nieuwe procedures te beginnen, in strijd zou zijn met het recht op toegang tot de rechter zoals neergelegd in artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM. De mogelijkheid een rechtsvordering in te stellen, zou niet op voorhand mogen worden afgesneden.¹⁷ Hier wordt tegen ingebracht dat het recht op toegang tot de rechter niet absoluut is. Artikel 3:13 lid 2 jo. artikel 6:162 lid 2 BW stellen grenzen aan dit recht.¹⁸

Een ander argument dat wordt aangevoerd tegen een procedeeerverbod is dat hierdoor juist het gevaar ontstaat van een toename van het aantal procedures, of in ieder geval het aantal 'trials about a trial'. Partijen krijgen immers de mogelijkheid om te procederen over de vraag of er geprocedeerd mag worden. Van der Wiel meent dat

12 Van der Wiel 2005, p. 321-322; Van der Wiel 2004, p. 282 e.v.; Frielink 1993, p. 18-19; Rb. 's-Gravenhage (k.g.) 5 augustus 2004, *NJ* 2004, 597, r.o. 12.

13 Rb. Haarlem (k.g.) 21 december 2006, *NJF* 2007, 219; Rb. Almelo 14 augustus 2002, *NJ* 2002, 491; Rb. Rotterdam 29 december 2010, *NJF* 2011, 151, r.o. 5.9-5.10. In deze laatste zaak werd nog wel overwogen dat het Nederlandse interne (proces)recht zich niet tegen het opleggen van een dergelijk verbod verzet en dat gesteld noch gebleken is dat het recht van Algerije, waar de in te trekken procedure gaande was, daartoe enig beletsel vormt.

14 Rb. Amsterdam (k.g.) 14 december 2004, *NJF* 2005, 27, r.o. 11.

15 Zie bijv. Zilinsky 2005, p. 84; Meijer 2011, p. 970-971.

16 Rb. Amsterdam (k.g.) 14 december 2004, *NJF* 2005, 27, r.o. 15.

17 Bruning 2003, p. 82; Hof 's-Hertogenbosch (k.g.) 15 mei 1991, *NJ* 1992, 67, *KG* 1991, 307; Rb. Middelburg (k.g.) 25 januari 1985, *NJ* 1987, 114, r.o. 4.8. In Rb. Haarlem (k.g.) 13 januari 2011, *NJF* 2011, 200, r.o. 4.3 ziet de voorzieningenrechter een onbelemmerde toegang tot de rechter als een zodanig fundamenteel recht, dat een verbod tot procederen slechts kan worden toegewezen onder uitzonderlijke omstandigheden.

18 Van der Wiel 2005, p. 321; Frielink 1993, p. 19.

dit wel mee zal vallen indien er efficiënt geprocedeerd wordt, zoals door het instellen van een reconventionele vordering.¹⁹ Hoe sterk dit argument is, is bovendien afhankelijk van het aantal procedures dat naar verwachting met het verbod voorkomen kan worden. In geval van bijvoorbeeld de Dexia-problematiek zal het efficiënter zijn om wel te procederen over de vraag of geprocedeerd mag worden.

Ten slotte wordt wel betoogd dat er in kort geding geen ruimte zou zijn voor het opleggen van een procedeeverbod omdat een dergelijke maatregel niet het karakter heeft van een voorlopige voorziening. Met name indien intrekking van een vordering of intrekking van een hoger beroep wordt gevorderd, heeft een dergelijke maatregel vaak een onherstelbaar karakter.²⁰ Frielink wijst er daarentegen op dat het feit dat de gevolgen van een beslissing onherstelbaar kunnen zijn, nog niet betekent dat de voorziening haar 'voorlopig karakter' verliest.²¹

11.3.3 Engels recht: de 'anti-suit injunction'

Naar Engels recht is afdwinging van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage mogelijk door middel van een 'anti-suit injunction'. De 'anti-suit injunction' is een instrument dat enkel voorkomt in 'common law' landen,²² waarbij de rechter een partij verbiedt om een procedure in het buitenland te beginnen of voort te zetten.²³

De rechter heeft niet alleen de bevoegdheid om een 'anti-suit injunction' te geven in het kader van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage, maar ook in andere gevallen. Er moet voor het afgeven van een 'anti-suit injunction' wel aan een aantal vereisten zijn voldaan. Zo moet de Engelse rechter rechtsmacht hebben over diegene tot wie het bevel gericht is. Dit is het geval indien deze partij geldig gedagvaard kan worden, hetgeen zich in ieder geval voordoet indien een partij zich (ook al is dit maar tijdelijk) op Engels grondgebied bevindt. Daarnaast moet er een voldoende connectie zijn tussen het Engelse gerecht en het geschil waarvoor een procedure in het buitenland is begonnen. In principe betekent dit dat Engeland het 'natuurlijke forum' (ook wel: 'forum conveniens') moet zijn voor de berechting van het geschil. Ten slotte is vereist dat het voeren van de procedure in het buitenland 'vexatious' of 'oppressive' is. Deze begrippen zijn in de rechtspraak echter niet duidelijk omlijnd. 'Vexation' of 'oppression' kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien de procedure te kwader trouw is gestart, indien de procedure splitsing van

19 Van der Wiel 2005, p. 324.

20 Hof 's-Hertogenbosch (k.g.) 15 mei 1991, NJ 1992, 67, KG 1991, 307, r.o. 4.1; Rb. Middelburg (k.g.) 25 januari 1985, NJ 1987, 114, r.o. 4.8.

21 Frielink 1993, p. 18.

22 Zie de conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer voor HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.), nr. 33.

23 Ho 2003, p. 701; Wilson 2003, p. 213; Vlas in zijn noot onder HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.), nr. 1; Kramer 2005, p. 131. Van oorsprong was de 'anti-suit injunction' gericht op binnenlandse procedures, maar tegenwoordig gaat het vrijwel altijd om een procedure in het buitenland; zie Kramer 2005, p. 134; Wilson 2003, p. 213.

procedures in de hand werkt waardoor het gevaar van tegenstrijdige beslissingen ontstaat, en indien de procedure nauwelijks kans van slagen heeft.²⁴ Het is niet vereist dat een partij eerst voor het buitenlandse gerecht een beroep op onbevoegdheid doet. De rechter kan dus ook al een 'anti-suit injunction' geven voordat de buitenlandse rechter zich heeft uitgelaten over zijn bevoegdheid.²⁵

Indien de buitenlandse procedure is begonnen in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage, zijn de vereisten minder streng. Niet vereist is om aan te tonen dat Engeland het 'natuurlijke forum' voor de berechting van het geschil is.²⁶ Dit staat namelijk als gevolg van de overeenkomst vast.²⁷ Ook is niet vereist dat de procedure 'vexatious' of 'oppressive' is.²⁸ In principe zal de rechter in geval van een dergelijke overeenkomst een bevel uitvaardigen, tenzij er sterke redenen zijn om dit niet te doen.²⁹ De reden dat een 'anti-suit injunction' in geval van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage zo gemakkelijk afgegeven wordt, is dat partijen in dat geval een contractueel recht hebben om niet voor een andere dan de overeengekomen instantie te procederen. Dit contractuele recht mag hun niet ontnomen worden.³⁰ Met dit recht is niet verenigbaar dat over de vraag naar de bevoegdheid wel in het buitenland geprocedeerd zou mogen worden. Partijen gaan ervan uit dat de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst zal worden beoordeeld door de rechter die zij hebben aangewezen. Het kan ook wel degelijk uitmaken welke rechter de overeenkomst beoordeelt. Zo kan het zijn dat een buitenlandse rechter hierop andere rechtsregels toepast. Zelfs als deze regels vergelijkbaar zijn, geldt dat elk land zijn eigen procesrecht heeft, hetgeen tot verschillende uitkomsten kan leiden.³¹ Daarnaast wordt er vaak op gewezen dat andere methodes om een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage af te dwingen, zoals bijvoorbeeld schadevergoeding, niet adequaat zijn.³²

Naar Engels recht kan een partij dus verboden worden om een procedure in het buitenland te beginnen of voort te zetten. Feitelijk kan hierdoor de mogelijkheid van het buitenlandse gerecht om zijn eigen bevoegdheid te beoordelen worden doorkruist. Dat het de Engelse rechter toch vrijstaat een dergelijk bevel af te geven, wordt

24 Zie voor de vereisten voor afgifte van een 'anti-suit injunction' Dicey, Morris & Collins 2006, p. 500 e.v., nr. 12-067 e.v.; Bell 2003, p. 170 e.v., nr. 4.79 e.v. De uitspraak waarin de huidige beginselen zijn neergelegd is *Société Natinonale Industrielle Aérospatiale v Lee Kui Jak* [1987] A.C. 871, PC.

25 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 508-509, nr. 12-078, p. 544, nr. 12-140; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 94-96 (Leggatt), p. 96 (L.J. Millett).

26 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 543, nr. 12-139; *Airbus Industrie GIE v Patel* [1999] 1 AC 119, HL, p. 138 (L.J. Goff).

27 *Turner v Grovit and others* [2002] 1 WLR 107, HL, nr. 25, p. 118 (L.J. Hobhouse).

28 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 542-543, nr. 12-137 – 12-139.

29 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 544, nr. 12-140; Ho 2003, p. 706; Males 1998, p. 547; Merrett 2006, p. 318; Peel 1998, p. 204, 205; Yeo & Tan 2003, p. 404; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 96 (L.J. Millett); *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, nr. 24, p. 433 (L.J. Bingham); nr. 45, p. 439 (L.J. Hobhouse).

30 *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 96 (L.J. Millett); Dicey, Morris & Collins 2006, p. 543-544, nr. 12-139 – 12-140, p. 746-747, nr. 16-088.

31 Zie in deze zin bijv. Merrett 2006, p. 330-332.

32 Males 1998, p. 550; Bell 2003, p. 203, nr. 4.151; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 96 (L.J. Millett).

in Engeland verklaard doordat de rechter hiermee geen uitspraak doet over de rechtsmacht van de buitenlandse rechter. Het gaat namelijk om een bevel dat gericht is tegen de partij die de procedure in het buitenland is begonnen en de Engelse rechter beoordeelt dan ook enkel het gedrag van deze partij.³³ Toch wordt tegenwoordig over het algemeen erkend dat een dergelijk bevel wel degelijk een indirecte inmenging in de procedures van een buitenlands gerecht vormt.³⁴ In de rechtspraak is er dan ook aandacht voor het effect van een 'anti-suit injunction' op 'comity', het internationale wederzijdse respect. Vaak wordt overwogen dat 'comity' vereist dat de rechter voorzichtig is met het nemen van een dergelijke maatregel.³⁵ Om de indirecte inmenging in de buitenlandse procedure te rechtvaardigen, is nodig dat Engeland een voldoende band met het geschil heeft.³⁶ Uit het arrest *The Angelic Grace* van de Court of Appeal blijkt echter dat indien sprake is van schending van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage terughoudendheid niet vereist is. De reden is dat een partij in dat geval zelf de verplichting op zich heeft genomen om niet voor een andere dan de overeengekomen instantie te procederen.³⁷ 'Comity' speelt in deze zaken dus een zeer geringe rol.

Tegen deze rechtspraak wordt door sommigen wel bezwaar gemaakt. Zo meent Males dat enkel indien duidelijk is dat een procedure in het buitenland in strijd is met een overeenkomst, de Engelse rechter een 'anti-suit injunction' zou moeten afgeven. Indien er echter reden is voor twijfel, moet de Engelse rechter voorzichtiger zijn. In dat geval moet gekeken worden of de partij die de procedure in het buitenland is begonnen hiervoor goede redenen heeft. Van geval tot geval moet dan beoordeeld worden of een 'anti-suit injunction' op zijn plaats is.³⁸

Ook Peel heeft kritiek op de huidige praktijk van afgifte van 'anti-suit injunctions'. Hij betoogt dat de rechter eerst het oordeel van de buitenlandse rechter over zijn bevoegdheid zou moeten afwachten voordat hij een 'anti-suit injunction' afgeeft. Indien de buitenlandse rechter zich, ondanks de overeenkomst, toch bevoegd verklaart, betekent dit volgens hem nog niet dat alsnog een 'anti-suit injunction' moet worden afgegeven. Dit is afhankelijk van de vraag of de Engelse rechter tot dezelfde conclusie had kunnen komen.³⁹ Hier wordt tegen ingebracht dat indien het buitenlandse gerecht zich reeds bevoegd heeft verklaard, het helemaal in zou gaan tegen 'comity' om alsnog een 'anti-suit injunction' af te geven.⁴⁰ Hoe meer tijd een

33 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 500-501, nr. 12-067; Bell 2003, p. 171-173, nr. 4.83-4.86. *Turner v Grovit and others* [2002] 1 WLR 107, HL, nr. 22 e.v., p. 116 e.v. (L.J. Hobhouse).

34 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 501, nr. 12-067; Ho 2003, p. 701-703; Peel 1998, p. 204; Wilson 2003, p. 213; Merrett 2006, p. 318. Zo ook A-G Ruiz-Jarabo Colomer in zijn conclusie bij HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), nr. 34; Kramer 2005, p. 133.

35 Bell 2003, p. 236, nr. 4.227; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 500, nr. 12-067. Zie bijv. *Société Natinonale Industrielle Aérospatiale v Lee Kui Jak* [1987] A.C. 871, PC, p. 892.

36 *Airbus Industrie GIE v Patel* [1999] 1 AC 119, HL, p. 138 (L.J. Goff).

37 *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 96 (L.J. Millett).

38 Males 1998, p. 548-551.

39 Peel 1998, p. 206-212. Ook anderen nemen een vergelijkbaar standpunt in. Zie hierover bijv. Bell 2003, p. 241 e.v., nr. 4.238 e.v. Zie, m.b.t. de overeenkomst tot arbitrage, ook Mustill & Boyd 1989, p. 460.

40 Males 1998, p. 549; Bell 2003, p. 237, nr. 4.228, p. 239, nr. 4.233; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 91-92, 94 (L.J. Leggatt), p. 96 (L.J. Millett).

buitenlands gerecht in de procedure heeft gestoken, hoe minder snel een dergelijk bevel gerechtvaardigd is.⁴¹ Peel suggereert, in navolging van Mustill en Boyd, dat een bevel dan ook alleen moet worden gegeven indien er 'iets goed mis' is gegaan bij de buitenlandse rechter. Indien de Engelse rechter tot dezelfde conclusie had kunnen komen zou de 'anti-suit injunction' niet gegeven moeten worden.⁴²

Op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie is het de Engelse rechter niet langer toegestaan om een 'anti-suit injunction' af te geven met betrekking tot een procedure in een andere EEX-staat. Zie hierover uitgebreid paragraaf 11.3.5. Geconcludeerd kan echter worden dat met betrekking tot procedures in andere landen afgifte van een 'anti-suit injunction' in geval van schending van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage naar Engels recht in principe steeds mogelijk is. Door middel van een dergelijke maatregel dwingt de Engelse rechter nakoming van deze overeenkomsten af.

11.3.4 Duits recht⁴³

Uit de rechtspraak en literatuur kan worden afgeleid dat naar Duits recht oplegging van een procedeeerverbod ter afdwining van een verplichting uit bevoegdheidsovereenkomst niet mogelijk is.⁴⁴ In de literatuur wordt als argument tegen een dergelijk verbod onder andere aangevoerd dat het aan ieder gerecht zelf is om zijn eigen bevoegdheid te onderzoeken.⁴⁵ Bovendien zou door het openen van de mogelijkheid om in een aparte procedure een procedeeerverbod te vorderen, een doolhof van procedures kunnen ontstaan.⁴⁶

Door sommige auteurs wordt over de mogelijkheid van een procedeeerverbod in geval van een bevoegdheidsovereenkomst echter anders gedacht.⁴⁷ Zo meent Wagner dat indien partijen in het kader van hun bevoegdheidsovereenkomst rechten en verplichtingen in het leven hebben geroepen, zij hiervan onder omstandigheden in een aparte procedure nakoming kunnen vorderen. Indien het procedeeerverbod gericht is op een ander Duits gerecht, zal een partij bij een dergelijke vordering geen belang hebben, omdat zij zich in dat geval ook direct tot dit Duitse gerecht zal kunnen wenden. In internationale verhoudingen ligt dit anders. Een partij kan dan wel degelijk belang hebben bij een verbod, bijvoorbeeld indien in het buitenland de bevoegdheidsovereenkomst niet erkend wordt. Het argument dat door een dergelijk verbod inmenging in de rechtsmacht van het buitenlandse gerecht plaatsvindt, verwerpt Wagner. Volgens hem is het procedeeerverbod namelijk niet gericht tot het buitenlandse gerecht, maar tot de partij die voor dit gerecht wil procederen.⁴⁸

41 Bell 2003, p. 237, nr. 4.228; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 508-509, nr. 12-078.

42 Peel 1998, p. 210-211; Mustill & Boyd 1989, p. 460.

43 In deze paragraaf blijft de vraag in hoeverre een verbod kan worden opgelegd om te procederen voor de gerechten van een andere EEX-staat buiten beschouwing. Zie hierover par. 11.3.5.

44 Zie voor een overzicht van rechtspraak en literatuur Naumann 2008, p. 93-97; Wagner 1998, p. 263 e.v.

45 Zie, met verwijzing naar literatuur, Naumann 2008, p. 96; Wagner 1998, p. 264-265, 270.

46 Zie, met verwijzing naar literatuur, Wagner 1998, p. 264.

47 Zie, met verwijzing naar deze literatuur, Naumann 2008, p. 96-97; Wagner 1998, p. 264.

48 Wagner 1998, p. 263 e.v.

11.3.5 Het Hof van Justitie en de 'anti-suit injunction'

In paragraaf 11.3.3 is gebleken dat naar Engels recht een partij verboden kan worden om een procedure in het buitenland te beginnen of voort te zetten. In de arresten *Turner/Grovit c.s.* en *Allianz c.s./West Tankers* was de vraag aan de orde in hoeverre een dergelijke 'anti-suit injunction' verenigbaar is met de EEX-regeling. Het Hof van Justitie oordeelde daarbij dat de EEX-regeling zich ertegen verzet dat een gerecht van een EEX-staat een gerechtelijk bevel uitvaardigt teneinde een persoon te verbieden een rechtsvordering in te stellen of voort te zetten bij een gerecht van een andere EEX-staat.⁴⁹ Dit geldt zelfs indien de partij die de procedure in de andere EEX-staat is begonnen, te kwader trouw handelt om een reeds aanhangige procedure te belemmeren.⁵⁰ Ook is dit het geval indien de buitenlandse procedure in strijd is met een arbitragebeding, al is de EEX-regeling in principe niet van toepassing op arbitrage (zie artikel 1 lid 2 sub d EEX-Vo).⁵¹

De Nederlandse rechter of een scheidsgerecht in een arbitrage in Nederland⁵² kan kortom niet, om de nakoming van een procesovereenkomst af te dwingen, een partij een verbod opleggen om in een andere lidstaat te procederen. De EEX-verordening staat, naar valt aan te nemen, echter niet aan een bevel om een procedure buiten het EEX-territoir te staken in de weg.⁵³ Ook staat het de Nederlandse rechter of een scheidsgerecht vrij een verbod op te leggen om voor een andere Nederlandse rechter een procedure te beginnen of voort te zetten.⁵⁴

Het is interessant om te zien welke argumenten het Hof van Justitie aan zijn beslissing tot afwijzing van de 'anti-suit injunction' ten grondslag legt. In dit verband moet ten eerste naar het arrest *Gasser/MISAT* gekeken worden. In dit arrest ging het om de vraag welke rechter de geldigheid van een overeenkomst tot forumkeuze dient te beoordelen. *MISAT* was in Italië een procedure tegen *Gasser* begonnen. Vervolgens stelde *Gasser* een vordering tegen *MISAT* bij een gerecht in Oostenrijk in, waarbij zij zich beriep op een forumkeuze voor dit gerecht. In hoger beroep rees de vraag of de Oostenrijkse rechter overeenkomstig artikel 21 EEX-Verdrag (artikel 27 EEX-Vo) de zaak moest aanhouden in afwachting van het oordeel van de Italiaanse rechter over zijn bevoegdheid, of dat artikel 21 EEX-Verdrag niet van toepassing is indien het laatst aangezochte gerecht exclusief bevoegd is op grond van een forumkeuze. De regering van het Verenigd Koninkrijk, die in de procedure voor het Hof opmerkingen had ingediend, betoogde dat het aan het aangewezen gerecht is om de geldigheid van de

49 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 31; HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (*Allianz c.s./West Tankers*), r.o. 34.

50 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 31

51 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (*Allianz c.s./West Tankers*), r.o. 34.

52 De EEX brengt mee dat de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis waarbij een dergelijk procedeeverbod is opgelegd door de overheidsrechter geweigerd dient te worden, zo is aan-nemelijk. Weigeringsgrond zal in dat geval strijd met de openbare orde of de goede zeden zijn (zie art. 1063 lid 1 Rv). Anders Van Leyenhorst 2009, p. 74-75.

53 Zo ook Van Leyenhorst 2009, p. 74; Vlas in zijn noot bij HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), nr. 2.

54 Kramer 2005, p. 134; Vlas in zijn noot bij HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), nr. 2.

forumkeuze te beoordelen, en niet aan de als eerst aangezochte rechter. Daarbij wees zij erop dat het door het forumkeuzebeding aangewezen gerecht in het algemeen beter in staat is om zich over de werking van het beding uit te spreken, voor zover dit beding wordt beheerst door het materiële recht van de lidstaat waar het aangewezen gerecht zich bevindt. Deze redenering werd door het Hof niet gevolgd. Volgens het Hof is het laatst aangezochte gerecht in geen geval beter dan het eerst aangezochte gerecht in staat om te beoordelen, of dit laatste al dan niet bevoegd is. Daarbij wees het Hof erop dat de bevoegdheid rechtstreeks bepaald wordt door de regels van het Executieverdrag, die voor de twee gerechten gelijkelijk gelden en door elk van hen met hetzelfde gezag kunnen worden uitgelegd en toegepast.⁵⁵ Bovendien hoeft het bestaan van een exclusief forumkeuzebeding niet per definitie te betekenen dat een niet aangewezen gerecht zich onbevoegd dient te verklaren. Het staat partijen immers vrij om zich uiteindelijk niet op het beding te beroepen, en in het bijzonder is stilzwijgende forumkeuze overeenkomstig artikel 18 EEX-Verdrag (24 EEX-Vo) mogelijk.⁵⁶

Het Hof benadrukte ook het belang van rechtszekerheid dat door artikel 21 EEX-Verdrag wordt gediend. De Commissie had er al op gewezen dat indien artikel 21 EEX-Verdrag buiten toepassing wordt gelaten, dit tot onverenigbare uitspraken kan leiden. Het is dan immers mogelijk dat zowel het eerst aangezochte gerecht, als het door forumkeuze aangewezen gerecht beide tot de conclusie komen dat zij bevoegd zijn en beide hetzelfde geschil beoordelen.⁵⁷ Het Hof van Justitie overwoog dat artikel 21 EEX-Verdrag tot doel heeft uit te sluiten dat onverenigbare beslissingen ontstaan.⁵⁸ Volgens het Hof strookt het met de door het Executieverdrag verlangde rechtszekerheid dat bij aanhangigheid duidelijk en nauwkeurig wordt bepaald wie van de twee nationale rechters moet uitmaken of hij bevoegd is.⁵⁹

De regering van het Verenigd Koninkrijk had nog aangevoerd dat toepassing van artikel 21 EEX-Verdrag in geval van forumkeuze vertragsmanoeuvres in de hand werkt. A-G Léger schaarde zich achter dit betoog. Volgens hem kan een partij die de bodembeslissing wil vertragen, snel een vordering instellen bij een onbevoegde rechter om op die manier elke vordering van de wederpartij lam te leggen totdat deze rechter zich onbevoegd verklaart.⁶⁰ Het Hof overwoog daarentegen dat de moeilijkheden die voortvloeien uit vertragsmanoeuvres van partijen niet afdoen aan de uitlegging van een van de bepalingen van het Executieverdrag, zoals zij voortvloeit uit de tekst en de doelstelling ervan.⁶¹ Dit wordt ook niet anders, indien de procedures bij het eerst aangezochte gerecht buitengewoon lang duren.⁶² Volgens

55 HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 48.

56 HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 49.

57 Zie conclusie A-G Léger voor HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), nr. 55.

58 HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 41.

59 HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 51. Zie ook het overeenkomstige standpunt van de Commissie, weergegeven in r.o. 38.

60 Conclusie A-G Léger voor HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), nr. 67.

61 HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 53.

62 Bekend is de zogenaamde 'Italiaanse torpedo'. Zie Vlas in zijn noot bij HvJ EG 9 december 2003, *NJ* 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), nr. 4; Kramer 2005, p. 137.

het Hof van Justitie is de lange duur van de behandeling in een bepaalde lidstaat geen reden om artikel 21 EEX-Verdrag buiten toepassing te laten. Daarbij wijst het Hof op het feit dat de EEX-regeling gegrond is op het vertrouwen van de verdragsluitende staten in elkaars rechtssystemen en gerechtelijke instanties.⁶³

In het arrest Gasser/MISAT benadrukte het Hof kortom dat het aan de als eerst aangezochte rechter is om zijn eigen bevoegdheid te beoordelen. Dit mag een andere rechter niet voor hem doen. Hieruit kan reeds afgeleid worden dat er onder de EEX-regeling weinig ruimte bestaat voor een 'anti-suit injunction'. Een belangrijk argument voor het gebruik van een dergelijke maatregel is immers dat partijen er in geval van een overeenkomst tot forumkeuze van uit mogen gaan dat het de door hen aangewezen rechter is die de geldigheid van de overeenkomst zal beoordelen (zie paragraaf 11.3.3).

Door het arrest Turner/Grovit c.s. werd inderdaad bevestigd dat onder de EEX geen ruimte bestaat voor een 'anti-suit injunction'. Het ging in deze zaak om een arbeidsgeschil waarbij de Engelse rechter op verzoek van Turner, de werknemer, aan Grovit c.s., de werkgever, het bevel had gegeven om een procedure die Grovit c.s. in Spanje tegen Turner waren begonnen niet voort te zetten. De procedure in Spanje was volgens de Court of Appeal namelijk te kwader trouw ingesteld, aangezien Turner al eerder een procedure in Londen aanhangig had gemaakt. De procedure in Spanje zou alleen tot doel hebben Turner onder druk te zetten om hem ertoe te bewegen zijn vordering in Londen in te trekken. Nadat de Engelse rechter had bevolen de procedure in Spanje te beëindigen, hebben Grovit c.s. daadwerkelijk de procedure in Spanje gestaakt. Zij hebben echter wel bezwaar gemaakt bij de House of Lords tegen de afgifte van de 'anti-suit injunction'. Hierop heeft de House of Lords een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie.

Het Hof van Justitie oordeelde dat de 'anti-suit injunction' onverenigbaar is met de EEX-regeling. Iedere lidstaat is bevoegd te oordelen over zijn eigen bevoegdheid. Het Hof benadrukte dat het Executieverdrag gegrond is op wederzijds vertrouwen van de verdragsluitende staten in elkaars rechtssysteem en rechterlijke instanties. Dit beginsel brengt mee dat de bevoegdheid van een gerecht behoudens bijzondere omstandigheden niet door een gerecht van een andere verdragsluitende staat mag worden getoetst.⁶⁴

De House of Lords had in zijn verwijzingsbeschikking benadrukt dat door het uitvaardigen van een 'anti-suit injunction' geen oordeel wordt gegeven over de bevoegdheid van de buitenlandse rechter. De rechter laat zich enkel uit over het gedrag van de partij tot wie het bevel gericht is. De 'anti-suit injunction' is ook niet gericht tot een ander gerecht, maar tot de partij die de procedure in het buitenland is begonnen.⁶⁵ Het Hof van Justitie volgde dit betoog echter niet. Door het geven van een 'anti-suit injunction' wordt volgens het Hof wel degelijk afbreuk gedaan aan de bevoegdheid van het buitenlandse gerecht om het geschil te beslechten. Wanneer een partij wordt verboden een vordering in te stellen, vormt dit een inmenging in de

63 HvJ EG 9 december 2003, NJ 2007, 151, m.nt. P. Vlas (Gasser/MISAT), r.o. 70 e.v.

64 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.), r.o. 24-26.

65 *Turner v Grovit and others* [2002] 1 WLR 107, HL, nr. 22 e.v., p. 116 e.v. (L.J. Hobhouse). De regering van het Verenigd Koninkrijk ondersteunde deze zienswijze; zie HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (Turner/Grovit c.s.), r.o. 21-22.

rechtsmacht van het buitenlandse gerecht. Volgens het Hof wordt bij het uitvaardigen van een 'anti-suit injunction' bovendien niet enkel een oordeel gegeven omtrent het gedrag van de verweerder. Wanneer immers aan de verweerder het verwijt wordt gemaakt dat hij een beroep doet op de rechtsmacht van een gerecht van een andere lidstaat, houdt de vaststelling dat deze gedraging een misbruik vormt, een beoordeling in van de relevantie van het instellen van een vordering voor dat gerecht. Door een dergelijke beoordeling wordt dan ook wel degelijk inbreuk gemaakt op het beginsel van wederzijds vertrouwen dat aan de EEX-regeling ten grondslag ligt.⁶⁶

Volgens het Hof kan de inmenging in de rechtsmacht van het buitenlandse gerecht niet worden gerechtvaardigd doordat zij tot doel heeft misbruik door de verweerder te verhinderen.⁶⁷ Volgens het Hof verzet de EEX-regeling zich zelfs tegen het opleggen van een 'anti-suit injunction', indien een partij te kwader trouw handelt om een reeds aanhangige procedure te belemmeren.⁶⁸

De Engelse regering had nog naar voren gebracht dat het rechterlijke bevel de doelstellingen van het Executieverdrag zou kunnen helpen verwezenlijken, doordat hierdoor tegenstrijdige vonnissen zouden kunnen worden voorkomen en een toename van het aantal procedures zou kunnen worden vermeden.⁶⁹ Ook dit argument gaat volgens het Hof niet op. Volgens het Hof doet de 'anti-suit injunction' afbreuk aan het nuttig effect van de specifieke regelingen van het Executieverdrag inzake aanhangigheid en samenhang. Bovendien zou het gebruik van een dergelijk instrument kunnen leiden tot gevallen van collisie die niet door het Executieverdrag zijn geregeld. Zo is denkbaar dat de gerechten van twee verdragsluitende staten tegenstrijdige 'anti-suit injunctions' geven.⁷⁰

Het arrest *Turner/Grovit c.s.* liet nog de vraag open of een 'anti-suit injunction' ook onverenigbaar is met de EEX indien deze maatregel gebaseerd is op een overeenkomst tot arbitrage. Hierover kon worden getwijfeld, aangezien arbitrage krachtens artikel 1 lid 2 sub d EEX-Vo uitgesloten is van de werkingssfeer van de EEX-verordening. In het arrest *Allianz c.s./West Tankers* heeft het Hof van Justitie hierover duidelijkheid verschaft. Het ging in deze zaak om een 'anti-suit injunction' die op vordering van West Tankers aan Allianz c.s. was afgegeven, op grond van het feit dat Allianz c.s. in Italië een procedure waren begonnen die in strijd was met een overeenkomst tot arbitrage in Londen. In beroep diende de House of Lords over deze 'anti-suit injunction' te oordelen, waarbij hij een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie heeft gesteld.

Het Hof van Justitie oordeelde dat een dergelijke maatregel onverenigbaar is met de EEX. Weliswaar valt de procedure waarbij de 'anti-suit injunction' wordt vastgesteld buiten de werkingssfeer van de EEX-verordening, maar het is toch mogelijk dat deze procedure onverenigbaar is met de verordening doordat zij de verwezenlijking van de doelstellingen van deze verordening verhindert. Dit is volgens het Hof met name het geval wanneer een dergelijke procedure een gerecht van een andere lidstaat verhindert de bevoegdheden uit te oefenen die hem zijn toegekend krachtens

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

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

68 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 31.

69 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 23.

70 HvJ EG 27 april 2004, NJ 2007, 152, m.nt. P. Vlas (*Turner/Grovit c.s.*), r.o. 30.

de EEX-verordening.⁷¹ In dit geval was hiervan sprake, aangezien de procedure voor het Italiaanse gerecht volgens het Hof wel onder de werkingssfeer van de EEX-regeling viel. In die procedure was namelijk een vordering tot schadevergoeding aan de orde, waarbij de toepassing van het arbitragebeding slechts een prealabele vraag vormde. De door West Tankers in de Italiaanse procedure opgeworpen exceptie van onbevoegdheid viel dus binnen de werkingssfeer van de EEX-verordening en het Italiaanse gerecht was krachtens de verordening bij uitsluiting bevoegd zich hierover uit te spreken.⁷²

Een en ander brengt mee dat ook in geval van een overeenkomst tot arbitrage een 'anti-suit injunction' onverenigbaar is met de EEX. Het Hof overwoog dat een gerecht door een dergelijke maatregel de bevoegdheid wordt ontnomen om over zijn eigen rechtsmacht te beslissen. Een dergelijke 'anti-suit injunction' druist volgens het Hof dan ook in tegen het vertrouwen van de verdragsluitende staten in elkaars rechtssystemen en rechterlijke instanties, waarop het stelsel van bevoegdheden van de EEX-verordening berust.⁷³ Het Hof van Justitie wees er verder nog op dat het ook in overeenstemming is met het Verdrag van New York dat de rechter van de staat bij wie een geding aanhangig wordt gemaakt, kan beoordelen of de arbitrageovereenkomst vervallen is, niet van kracht is of niet kan worden toegepast.⁷⁴

Door de House of Lords was nog aangevoerd dat partijen, door de keuze voor arbitrage, willen voorkomen dat zij in langlopende procedures voor nationale rechters verwickeld raken. De beslissing van partijen zou door nationale gerechten moeten worden gerespecteerd.⁷⁵ Het Hof van Justitie overwoog echter dat indien het gebruik van een 'anti-suit injunction' het buitenlandse gerecht zou belemmeren zelf de prealabele vraag naar de geldigheid of toepasselijkheid van een arbitragebeding te onderzoeken, een partij zich reeds met een beroep op dit beding zou kunnen onttrekken aan de procedure. De verzoeker die meent dat geen sprake is van een geldige arbitragebeding, zou zich aldus de toegang ontzegd zien tot het gerecht waarop hij overeenkomstig de EEX-regeling recht heeft.⁷⁶

Het Hof van Justitie hecht er in zijn jurisprudentie kortom sterk aan dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid mag beoordelen. Daarbij houdt het strikt vast aan de litispendingie-regel van artikel 27 EEX-Vo, op grond waarvan het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht zijn uitspraak dient aan te houden totdat het gerecht waarbij de zaak eerst is aangebracht zich heeft uitgesproken over zijn bevoegdheid. In het voorstel tot aanpassing van de EEX-verordening wordt deze litispendingie-regel echter aangepast. In dit voorstel wordt het aan het gerecht dat bij de forumkeuze is aangewezen gelaten om over de geldigheid van de overeenkomst te oordelen. Het is aan dit gerecht om te onderzoeken of het bevoegd is, ook als het niet als eerste is aangezocht (zie artikel 29 lid 1 jo. artikel 32 lid 2 EEX-Vo (nieuw)). Op grond van het voorstel is het bovendien aan de gerechten van de lidstaten van de plaats van

71 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers), r.o. 23-24.

72 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers), m.n. r.o. 26-27.

73 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers), r.o. 28-30.

74 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers), r.o. 33.

75 Zie de conclusie van A-G Kokott voor HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers), nr. 64.

76 HvJ EG 10 februari 2009, nr. C-185/07 (Allianz c.s./West Tankers), r.o. 31.

arbitrage om over de geldigheid van een overeenkomst tot arbitrage te oordelen (zie artikel 29 lid 4 EEX-Vo (nieuw)). De reden voor deze wijzigingen is het tegengaan van misbruik van procesrecht. Voorkomen wordt hierdoor dat een partij de werking van een bevoegdheidsovereenkomst kan frustreren door een procedure te beginnen voor een onbevoegd gerecht van een andere lidstaat.⁷⁷ Ook indien de EEX-verordening inderdaad op dit punt wordt aangepast, zal dit niet betekenen dat 'anti-suit injunctions' daarmee weer toelaatbaar worden. Als uitgangspunt blijft immers ook dan gelden dat de gerechten van de ene lidstaat zich niet mogen mengen in de beslissing over de bevoegdheid van een gerecht van een andere lidstaat. Alleen de regel, welk gerecht zijn eigen bevoegdheid heeft te onderzoeken en welk gerecht zijn beslissing daarover aanhoudt, wijzigt. Ook naar toekomstig recht is het voor de Nederlandse rechter of voor arbiters kortom niet mogelijk een partij op grond van een bevoegdheidsovereenkomst te verbieden voor de rechter van een andere EEX-staat te procederen.

11.3.6 Uitgangspunten bij de beoordeling

Bij de behandeling van de verschillende rechtsstelsels in de vorige paragrafen zijn meerdere argumenten naar voren gekomen die een rol kunnen spelen bij de vraag of de rechter een partij kan veroordelen tot nakoming van haar verbintenis uit een bevoegdheidsovereenkomst. Hier worden deze argumenten nog eens op een rij gezet. Argumenten om een procedeerverbod mogelijk te maken zijn:

- De rechter die in de procesovereenkomst als bevoegd wordt aangewezen is degene die de geldigheid van de overeenkomst behoort te beoordelen. Dit wordt door middel van een procedeerverbod mogelijk gemaakt.
- Vertragingstactieken kunnen door middel van een procedeerverbod op effectieve wijze worden aangepakt. Een dergelijke maatregel biedt een middel om snel een einde te maken aan een te kwader trouw begonnen procedure.
- Een procedeerverbod draagt bij aan de efficiëntie, doordat het aantal procedures wordt teruggebracht. Voorkomen wordt immers dat een partij (telkens) procedures start. Is reeds een procedure aanhangig, dan kan deze in de kiem worden gesmoord.

Argumenten die aangevoerd worden tegen het gebruik van een procedeerverbod zijn:

- Door een dergelijke maatregel wordt inbreuk gemaakt op het stelsel dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid beoordeelt. Dit is in strijd met het vertrouwen dat men een andere rechter verschuldigd is.
- Een procedeerverbod is in strijd met het recht op toegang tot de rechter, zoals neergelegd in artikel 17 Grondwet en artikel 6 EVRM.
- Een dergelijke maatregel leidt juist tot extra procedures: partijen krijgen immers de mogelijkheid om te gaan procederen over de vraag of geprocedeerd mag worden (trials about a trial).

77 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, p. 9-10.

- Doordat meerdere rechters door het toestaan van dergelijke maatregelen de bevoegdheid krijgen om zich uit te laten over dezelfde vraag, neemt de kans op tegenstrijdige uitspraken toe.
- Een procedeerverbod heeft niet het karakter van ‘voorlopige voorziening’ en is in kort geding daarom niet mogelijk.

Opvallend is dat in de verschillende rechtsstelsels dezelfde argumenten een rol spelen. In de arresten van het Hof van Justitie komen voor een groot deel dezelfde argumenten naar voren die ook genoemd worden in de discussie in Nederland, Engeland en Duitsland. Wel verschilt het gewicht dat aan bepaalde argumenten wordt toegekend. Zo geldt in het kader van de EEX-regeling als uitgangspunt dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid beoordeelt. Het Hof van Justitie hanteert dit beginsel streng en laat geen uitzonderingen toe. Ook onder het Engelse recht geldt dat rechters in principe de rechtsmacht van andere gerechten dienen te respecteren (‘comity’), maar hier is dit uitgangspunt niet zonder uitzonderingen. Dit verschil kan deels hierdoor worden verklaard dat in het kader van de EEX-regeling niet de verhouding tussen willekeurige staten centraal staat. Het gaat om staten die aan elkaar gebonden zijn door middel van een verdrag en die zich hebben verplicht elkaars uitspraken te erkennen en ten uitvoer te leggen. Van deze staten moet, volgens het Hof van Justitie, dan ook vertrouwen worden verwacht in elkaars rechtssystemen en rechterlijke instanties. Het ligt dan ook voor de hand dat een inbreuk op de rechtsmacht van een EEX-staat minder snel gerechtvaardigd is dan de inbreuk op de rechtsmacht van een willekeurige andere staat.

Bovendien geldt dat het argument ter rechtvaardiging van de ‘anti-suit injunction’ dat het bij forumkeuze aangewezen gerecht beter in staat is de geldigheid van dit beding te beoordelen, in het kader van de EEX-regeling een veel geringere rol speelt. Alle EEX-gerechten passen immers de EEX-regeling toe, zodat de kans veel kleiner is dat de buitenlandse rechter tot een ander oordeel komt. Wel is dit in geval van een arbitragebeding anders, aangezien arbitrage is uitgesloten van de EEX-regeling. Dit is dan ook de reden dat aanvankelijk twijfel bestond over de toelaatbaarheid van een ‘anti-suit injunction’ in een dergelijk geval. In het voorstel tot aanpassing van de EEX-verordening wordt het overigens wel aan de aangewezen rechter en aan de rechter van de lidstaat van de plaats van arbitrage gelaten om over de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst te oordelen.⁷⁸

Het gewicht dat aan deze argumenten moet worden gehecht, is dus afhankelijk van de context. Hierna zal, door deze verschillende argumenten tegen elkaar af te wegen, de vraag beantwoord worden of een veroordeling tot nakoming van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst mogelijk is. Daarbij zal een onderscheid gemaakt worden tussen de oplegging van een verbod om te procederen binnen Nederland enerzijds en voor een buitenlands gerecht anderzijds. Bij deze afweging

⁷⁸ 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. Het gaat om art. 29 lid 1 jo. art. 32 lid 2 EEX-Vo (nieuw) en art. 29 lid 4 EEX-Vo (nieuw).

wordt telkens als uitgangspunt genomen dat op grond van artikel 3:296 lid 1 BW een veroordeling tot nakoming in principe mogelijk is, tenzij uit de wet, de aard van de verplichting of een rechtshandeling anders volgt. Bovendien dient een partij op grond van artikel 3:303 BW een voldoende belang te hebben bij haar rechtsvordering.

11.3.7 Verbod om in Nederland te procederen

11.3.7.1 Belang

Is het mogelijk dat de Nederlandse rechter of een scheidsgerecht nakoming van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst, zoals een overeenkomst tot forumkeuze, prorogatie of sprongcassatie, afdwingt door een partij te verbieden om een procedure voor een Nederlands gerecht te beginnen of voort te zetten? Een vordering tot afgifte van een dergelijk verbod is zowel denkbaar in een bodemprocedure als in kort geding. In beide gevallen is vereist dat een partij voldoende belang heeft bij een dergelijke vordering. In geval van een kort geding zal dit zelfs een spoedeisend belang moeten zijn.

Het belang van een partij om bij de bodemrechter een vordering in te stellen om haar wederpartij onder oplegging van een dwangsom te verbieden voor een andere Nederlandse rechter te procederen, lijkt op het eerste gezicht zeer klein. Deze partij kan zich immers ook tot de door haar wederpartij aangezochte rechter wenden, en daar een beroep op onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid doen. Dit zal over het algemeen veel sneller en goedkoper zijn dan het entameren van een extra bodemprocedure.

Het kan echter zijn dat een partij stelt belang te hebben bij de vordering tot oplegging van een verbod, omdat zij wil dat het de als bevoegd aangewezen instantie is die de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst toetst. Dit kan zij bereiken door een procedeeerverbod te vorderen bij de *wel* als bevoegd aangewezen instantie. Er doet zich in dat geval echter wel een probleem met betrekking tot de bevoegdheid voor. Immers, het is zeer de vraag of de als bevoegd aangewezen instantie ook bevoegd is om over een vordering tot nakoming van de bevoegdheidsovereenkomst te oordelen. Brengt een overeenkomst tot prorogatie met betrekking tot een geschil over de conformiteit van een gekochte zaak ook de bevoegdheid van het hof mee om een partij te verbieden voor de rechtbank te procederen? Wellicht zou kunnen worden aangenomen dat een dergelijke bevoegdheidsovereenkomst naar haar aard ook ziet op geschillen betreffende haar eigen uitvoering. Dit biedt voor de meeste bevoegdheidsovereenkomsten een oplossing, maar lost het probleem in geval van sprongcassatie niet op. Onaannemelijk is dat bij de Hoge Raad een nieuwe vordering tot oplegging van een procedeeerverbod zou kunnen worden ingesteld, waarbij de Hoge Raad ook over de feiten zou dienen te oordelen.

Deze bevoegdheidssperikelen daargelaten, lijkt het belang dat een partij heeft om de bevoegdheid enkel door de aangewezen Nederlandse rechter te laten beoordelen niet zeer groot te zijn. Immers, alle gerechten in Nederland passen hetzelfde recht toe. Het is niet aannemelijk dat zich hierbij grote verschillen voordoen. Ook zijn de afstanden binnen Nederland niet zeer groot. Voor arbitrage geldt dat het laatste

woord over de geldigheid van de overeenkomst uiteindelijk toch aan de overheidsrechter is.

Een partij heeft kortom een zeer gering belang bij een vordering in een bodemprocedure tot oplegging van een procedeeverbod op grond van een bevoegdheids-overeenkomst. Meer belang lijkt op het eerste gezicht te bestaan bij een dergelijke vordering in kort geding. In kort geding kan immers veel sneller een uitspraak worden verkregen, zodat voorkomen kan worden dat een partij een lange procedure over de bevoegdheid moet voeren bij de bodemrechter. Bereikt kan op deze manier worden dat het de in de overeenkomst aangewezen instantie is die de geldigheid van de overeenkomst toetst. Dit kan met name van belang zijn voor een buitenlandse partij, die in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst een procedure in Nederland moet voeren. Indien de kortgedingrechter een procedeeverbod oplegt, kan op snelle wijze een einde aan een procedure in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst worden gemaakt.

Toch is het de vraag of dit doel voor een buitenlandse partij daadwerkelijk bereikt wordt door middel van een bevel in kort geding. In kort geding wordt immers enkel een voorlopig oordeel gegeven over de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst. Een partij moet steeds de mogelijkheid hebben dit oordeel door de bodemrechter te laten toetsen. Dit betekent dat een verbod in kort geding om voor een Nederlandse bodemrechter te procederen niet aan een vordering bij een bodemrechter tot een verklaring voor recht in de weg staat dat de bevoegdheidsovereenkomst niet geldig is. Indien de kortgedingrechter een partij bijvoorbeeld op grond van een overeenkomst tot arbitrage in het buitenland verbiedt om in Nederland te procederen, zou deze partij anders geen enkele mogelijkheid hebben dit oordeel door de Nederlandse bodemrechter te laten toetsen. Aangenomen kan dus worden dat het verbod enkel ziet op het voeren van een procedure met betrekking tot het materiële geschil van partijen en niet op een procedure met betrekking tot de vraag of het verbod terecht is gegeven of met betrekking tot de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst. Het verbod van de kortgedingrechter kan niet verhinderen dat de buitenlandse partij een procedure voor de Nederlandse bodemrechter dient te voeren over de bevoegdheid.

Indien het verbod van de kortgedingrechter slechts ziet op een *bepaalde* Nederlandse bodemrechter, staat dit verbod er echter wel aan in de weg dat voor deze rechter een verklaring voor recht wordt gevorderd. Het voorlopige karakter van het kort geding vereist dat het oordeel van de kortgedingrechter door een bodemrechter getoetst kan worden, maar dit betekent niet dat geen beperkingen opgelegd kunnen worden met betrekking tot *welke* bodemrechter dit is. Indien de kortgedingrechter een partij op grond van een overeenkomst tot forumkeuze verbiedt voor een andere rechter dan de Rechtbank Rotterdam te procederen, lijkt mij dat ook de verklaring voor recht dat geen sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze enkel in Rotterdam gevraagd kan worden. Het heeft dus wel zin om door middel van een bevel in kort geding snel een einde te maken aan een in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst begonnen procedure, indien bij deze overeenkomst een andere Nederlandse rechter als bevoegd is aangewezen. Op deze manier kan bewerkstelligd worden dat het de in de overeenkomst aangewezen rechter is, die over de

geldigheid hiervan oordeelt. Zoals reeds gezegd, is het belang dat een partij hierbij binnen Nederland heeft slechts zeer beperkt.

Door middel van dit bevel wordt bovendien weliswaar snel een einde gemaakt aan de bodemprocedure, snel duidelijkheid over de bevoegdheid krijgt een partij hiermee niet. Immers, de vraag naar de bevoegdheid kan nog uitgebreid aan de orde komen voor de rechter die *wel* in de overeenkomst als bevoegd wordt aangewezen, en indien deze tot een ander oordeel komt, kan alsnog de oorspronkelijke rechter worden aangezocht. Indien echter overduidelijk is dat de aangezochte rechter onbevoegd is, kan wel worden bereikt dat snel een einde aan de procedure voor de onbevoegde rechter wordt gemaakt. De kans dat de aangewezen rechter tot een ander oordeel komt, is in dat geval zeer klein.

Het doel dat snel duidelijkheid wordt verkregen kan bovendien bereikt worden, indien de uitspraak in kort geding feitelijk onherroepelijke gevolgen heeft. Dit zal zich bijvoorbeeld voordoen indien een partij wordt verboden een procedure in hoger beroep voort te zetten op grond van bijvoorbeeld een overeenkomst tot sprongcassatie. Vaak zal immers de termijn om nog cassatie in te stellen op dat moment reeds verstreken zijn.

Een partij heeft al met al slechts een gering belang bij een procedeeverbod. Door een vordering tot nakoming van een bevoegdheidsovereenkomst in te stellen bij de in deze overeenkomst aangewezen bodemrechter, kan een partij bewerkstelligen dat door deze rechter over de bevoegdheid wordt geoordeeld. Ook door middel van een verbodsvordering in kort geding kan worden bereikt dat slechts de in de overeenkomst aangewezen instantie over de bevoegdheid oordeelt. Een partij kan bij een dergelijke vordering in kort geding met name belang hebben om snel een einde te maken aan een procedure voor een overduidelijk onbevoegde Nederlandse bodemrechter. Een dergelijke vordering heeft echter geen zin indien in de overeenkomst een buitenlandse instantie als bevoegd is aangewezen, aangezien een verbod in kort geding niet kan voorkomen dat voor de Nederlandse bodemrechter over de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst wordt geprocedeerd. Soms kan door een verbod in kort geding worden bereikt dat definitief duidelijkheid over de afhandeling van het geschil ontstaat, namelijk indien dit verbod feitelijk definitieve gevolgen heeft.

11.3.7.2 *Wet, aard der verplichting en rechtshandeling*

Een vordering tot nakoming van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst zal over het algemeen reeds afstuiten op een gebrek aan belang, zo is hiervoor gebleken. Mocht toch worden aangenomen dat een partij belang heeft bij een dergelijke vordering, dan rijst de vraag of niet uit de wet of de aard der verplichting voortvloeit dat een veroordeling achterwege dient te blijven (zie artikel 3:296 lid 1 BW).

Met betrekking tot de wet geldt het volgende. Artikel 6 EVRM en artikel 17 Grondwet lijken mij over het algemeen niet aan een veroordeling tot nakoming in de weg te staan. Een procesovereenkomst brengt immers enkel mee dat een partij voor bepaalde gerechten niet kan procederen, maar houdt nooit in dat een partij in het

geheel geen vordering aanhangig kan maken.⁷⁹ Indien een overeenkomst in een concreet geval wel tot gevolg zou hebben dat een partij in het geheel geen mogelijkheid heeft een vordering aanhangig te maken, dient zij op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing gelaten te worden (zie paragraaf 10.5).

Toch staan (het stelsel van) de wet en de aard van de verplichting naar mijn mening wel degelijk aan een veroordeling tot nakoming in de weg. Aan de wettelijke bevoegdheidsregeling ligt de gedachte ten grondslag dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid beoordeelt. Artikel 71 lid 5, artikel 74 lid 3, artikel 110 lid 2 en 3 en artikel 270 lid 3 Rv vormen een expliciete uitzondering op deze hoofdregel. In deze artikelen is bepaald dat de rechter in de daar genoemde gevallen gebonden is aan het oordeel van een andere rechter over zijn bevoegdheid. Reden voor opname van deze bepalingen is de wens procedures zo min mogelijk te belasten met discussies over de vraag welke rechter een zaak dient te behandelen, zodat vertraging van de procedure kan worden voorkomen.⁸⁰ Hieruit kan worden afgeleid dat de hoofdregel juist is dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid toetst. Steun voor het uitgangspunt dat iedere instantie zijn eigen bevoegdheid beoordeelt, kan wellicht ook gevonden worden in de regeling van de arbitrage.⁸¹ Zo is in artikel 1052 lid 4 Rv bepaald dat de beslissing, waarbij het scheidsrecht zich bevoegd verklaart, enkel tegelijk met een daaropvolgend eindvonnis bij de overheidsrechter kan worden bestreden. Hieruit blijkt dat het in beginsel aan arbiters zelf is om de bevoegdheid te beoordelen, en niet aan de overheidsrechter, al heeft hij wel het laatste woord.

De regel dat elke rechter zijn eigen bevoegdheid toetst, wordt gerechtvaardigd door het uitgangspunt van vertrouwen van gerechten in elkaars rechtspraak. Binnen Nederland heeft te gelden dat gerechten vertrouwen dienen te hebben in elkaars procedures en toepassing van het recht. Indien een partij in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst een procedure begint voor een bepaald gerecht, zullen andere rechters ervan uit moeten gaan dat dit gerecht zich inderdaad, op korte termijn, onbevoegd verklaart. Daarnaast is het wenselijk dat er een duidelijke regel bestaat over welke rechter de bevoegdheid toetst. Indien meerdere rechters zich gaan bezighouden met dezelfde vraag, neemt de kans op tegenstrijdige uitspraken toe.

Door een verbod om voor een Nederlandse rechter te procederen, wordt inbreuk gemaakt op het uitgangspunt dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid toetst. Weliswaar is een dergelijk verbod niet gericht tot het gerecht zelf, maar tot een partij, feitelijk maakt dit verbod het vaak wel onmogelijk voor het gerecht zijn bevoegdheid te beoordelen. Bovendien berust dit verbod wel degelijk op het oordeel dat het andere gerecht op grond van de bevoegdheidsovereenkomst niet bevoegd zal zijn.

Nu is het niet zo dat op het uitgangspunt dat iedere rechter zijn eigen bevoegdheid beoordeelt, nooit uitzonderingen toelaatbaar zouden kunnen zijn. Denkbaar is een

79 Een overeenkomst waarbij de bevoegdheid om te procederen geheel wordt uitgesloten, is ongeldig (zie par. 5.3).

80 Zie m.b.t. art. 71 lid 5 Rv Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart, p. 228, 230.

81 Zie ook Van Haersolte-Van Hof 2004, p. 230; Meijer 2011, p. 970-971.

dergelijke uitzondering bijvoorbeeld in sommige gevallen van misbruik van procesrecht. Een uitzondering zal echter niet al te snel mogen worden aangenomen. Dit is een gevolg van het uitgangspunt dat rechters vertrouwen dienen te hebben in elkaars procesafhandeling en rechtspraak, zodat als reden voor een procedeeverbod nooit de kwaliteit van behandeling bij de aangezochte rechter (snelheid van de procedure, kwaliteit van de inhoudelijke behandeling) aangevoerd kan worden.

Hiervoor is gebleken dat een partij een gering belang kan hebben om slechts voor het in de bevoegdheidsovereenkomst aangewezen gerecht over de bevoegdheid te procederen. Denkbaar is dat de afstand van de woonplaats van deze partij tot dit gerecht kleiner is, zodat zij minder kosten hoeft te maken. Aangezien de afstanden binnen Nederland niet zeer groot zijn, gaat het slechts om een beperkt belang. Het is de vraag of dit belang om zelfs niet over de bevoegdheid bij een niet in de bevoegdheidsovereenkomst aangewezen gerecht te procederen, opweegt tegen de nadelige gevolgen die de inmenging in een andere procedure heeft. Indien rechters zich te makkelijk mengen in andere procedures, kan dit leiden tot een toename van het aantal procedures over procedurele kwesties die de bodemrechter ook makkelijk zelf kan oplossen. Een procedeeverbod op grond van dit belang is dan ook niet gerechtvaardigd. Dat geldt al helemaal indien een verbod in kort geding als gevolg van het verstrijken van beroepstermijnen onherroepelijke gevolgen heeft, zoals zich voor kan doen bij een bevel tot nakoming van een overeenkomst tot sprongcassatie. Niet aan te nemen valt dat het belang om slechts voor de aangewezen instantie over de bevoegdheid te procederen, opweegt tegen het feit dat het materiële geschil van partijen helemaal niet meer door een rechter behandeld kan worden.

11.3.7.3 Tussenconclusie

Een veroordeling tot nakoming van een verbintenis uit procesovereenkomst door oplegging van een verbod om te procederen voor een Nederlandse rechter is niet mogelijk. Een vordering tot oplegging van een procedeeverbod stuit vaak al af op een gebrek aan belang. Mocht een partij toch een belang hebben, dan staan het stelsel van de wet en de aard van de verplichting aan een veroordeling in de weg.

11.3.8 Verbod op procedure in het buitenland

11.3.8.1 Belang

Het is denkbaar dat een partij op grond van een bevoegdheidsovereenkomst bij de Nederlandse rechter of bij een scheidsgerecht (in bodemprocedure of in kort geding) vordert dat haar wederpartij wordt verboden om voor een buitenlandse rechter te procederen. Het zal dan gaan om een vordering tot nakoming van een overeenkomst tot bindend advies of tot arbitrage in Nederland of om een overeenkomst tot forumkeuze. De Nederlandse rechter kan een grensoverschrijdend verbod opleggen.⁸² Het is echter de vraag of ook oplegging van een grensoverschrijdend procedeeverbod mogelijk is. Vaststaat dat dit niet het geval is voor zover dit procedeeverbod de

82 Zie HR 24 november 1989, NJ 1992, 404, m.nt. DWFV (Interlas/Lincoln-Amerika c.s.), r.o. 4.2.4.

gerechten van een andere EEX-staat betreft (zie paragraaf 11.3.5). Voor het overige is echter onduidelijk of een dergelijk verbod gegeven kan worden.

Wil een vordering tot oplegging van een procedeeverbod slagen, dan zal een partij daar in ieder geval voldoende belang bij dienen te hebben. Een partij kan er ten eerste belang bij hebben dat in Nederland, als aangewezen forum of als land waar de arbitrage plaatsvindt, over de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst wordt geprocedeerd. Hoe groot dit belang is, zal afhangen van het land waar de wederpartij een procedure aanhangig heeft gemaakt of dreigt te maken. Indien in dit land procedures zeer lang duren en de kosten zeer hoog zijn, zal het belang groot zijn. Dit is ook het geval indien de kans zeer groot is dat het buitenlandse gerecht de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst anders zal beoordelen dan de Nederlandse rechter, doordat dit gerecht bijvoorbeeld een ander recht toepast, andere procesregels kent, of (in het ergste geval) doordat voor dit gerecht geen eerlijk proces te verwachten is.

Ook indien de procedure in het buitenland wel snel en eerlijk verloopt, kan het zijn dat een partij belang heeft bij een procedeeverbod. Dit is met name het geval indien haar wederpartij een procedure voor een overduidelijk onbevoegd buitenlands gerecht begint. Door middel van een bevel in kort geding kan wellicht snel een einde aan deze procedure worden gemaakt, zodat deze partij de kosten van het zich verweren in een buitenlands bevoegdheidsgeding worden bespaard.

11.3.8.2 *Wet, aard der verplichting en rechtshandeling*

Hiervoor bleek dat binnen Nederland (het stelsel van) de wet en de aard van de verplichting in principe aan de oplegging van een procedeeverbod in de weg staan. Hetzelfde geldt in beginsel ook voor internationale verhoudingen. Nederland dient in beginsel de rechtsmacht van andere staten te respecteren. Het gaat om een uitgangspunt dat te vergelijken is met het Engelse 'comity'. Door een verbod aan een partij op te leggen om voor de gerechten van een bepaald land te procederen, mengt de Nederlandse rechter zich wel in een buitenlandse procedure. Weliswaar is een dergelijk verbod gericht tot een partij en niet tot het gerecht zelf, dit verbod berust wel degelijk op de gedachte dat niet voor dit gerecht geprocedeerd behoort te worden. Feitelijk maakt een dergelijk verbod het dit gerecht bovendien veelal onmogelijk om zelf te beoordelen of het de zaak in behandeling neemt.

Er zijn verschillende redenen voor de regel dat Nederlandse rechters en arbiters de rechtsmacht van andere staten dienen te respecteren en het aan de gerechten van deze staten moeten laten om te bepalen of zij een zaak in behandeling nemen. Dit is ten eerste gewenst ter voorkoming van tegenstrijdige uitspraken. De kans hierop is in internationale verhoudingen groter dan binnen Nederland, omdat bijvoorbeeld de geldigheid van bevoegdheidsovereenkomsten in beide landen aan de hand van verschillende regels zal worden beoordeeld.

Daarnaast ligt ook hier vertrouwen ten grondslag aan het beginsel dat de Nederlandse rechter en arbiters zich niet uitlaten over de bevoegdheid van het buitenlandse gerecht. Als uitgangspunt heeft naar mijn mening te gelden dat de Nederlandse rechter en arbiters vertrouwen dienen te hebben in buitenlandse rechtssystemen en

rechterlijke instanties. Zij dienen het daarom aan de buitenlandse rechter over te laten om over zijn eigen bevoegdheid te oordelen.

Anders dan binnen Nederland is dit vertrouwen echter niet zonder grenzen. Vertrouwen in de gerechten van een bepaald land is bijvoorbeeld niet gerechtvaardigd indien de procedures buitengewoon lang duren of een onpartijdige behandeling in dat land niet mogelijk is. Indien een partij in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst een procedure begint voor een dergelijk gerecht, zou oplegging van een procedeeverbod naar mijn mening mogelijk moeten zijn. Steun voor dit standpunt valt te vinden op het gebied van de erkenning van buitenlandse uitspraken: het feit dat geen behoorlijke rechtspleging heeft plaatsgevonden, is een grond waarop erkenning van de buitenlandse uitspraak geweigerd wordt.⁸³ Aangezien uitgangspunt vertrouwen is, is het wel aan de partij die nakoming van de procesovereenkomst vordert om aan te tonen dat vertrouwen in een bepaald geval niet gerechtvaardigd is. Deze mogelijkheid heeft een partij echter naar mijn mening alleen, indien Nederland met een bepaald land geen verdrag tot erkenning van elkaars uitspraken heeft gesloten. In het geval van een dergelijk verdrag is het vertrouwen van Nederland in de gerechtelijke instanties van het betreffende land daarmee een dwingend gegeven.

Het is overigens niet nodig dat het buitenlandse gerecht in *de aan de orde zijnde zaak* onbetrouwbaar is gebleken: anders dan Peel suggereert (zie paragraaf 11.3.3) hoeft de uitkomst van de buitenlandse procedure niet te worden afgewacht. Dit zou immers als nadeel hebben dat alsnog in het buitenland over de bevoegdheid geprocedeerd moet worden. Het zou bovendien al helemaal van weinig respect voor het buitenlandse gerecht getuigen om een procedeeverbod af te geven nadat dit zich uitgebreid met de zaak heeft beziggehouden.

Trage procedures of een oneerlijke behandeling kunnen dus reden zijn voor een Nederlandse rechter om een buitenlandse rechterlijke instantie niet te vertrouwen. Het is de vraag of ook het feit dat een bepaald land bevoegdheidsbedingen niet erkent, of minder ruimhartig erkent dan Nederland, hiervoor al voldoende is. Naar mijn mening zijn bevoegdheidsbedingen internationaal inmiddels zo geaccepteerd,⁸⁴ dat erkenning hiervan door Nederland inderdaad vereist kan worden. Indien een partij een procedure begint in een land dat overeenkomsten tot forumkeuze of tot arbitrage in het geheel niet erkent, is dit reden om een bevel te geven de procedure te staken. Het is echter aan elke staat om de voorwaarden waaronder erkenning van dergelijke overeenkomsten plaatsvindt, te bepalen. De enkele reden dat deze vereisten afwijken van de Nederlandse, waardoor een in Nederland als geldig beschouwde overeenkomst mogelijkwel in dit land geen gevolgen heeft, is nog niet voldoende voor een procedeeverbod.

Gebrek aan vertrouwen in het buitenlandse rechtssysteem kan reden zijn een vordering tot nakoming van een bevoegdheidsovereenkomst toe te wijzen. Zijn er echter nog meer uitzonderingen mogelijk op het beginsel dat de Nederlandse rechter

83 Zie over de erkenning van buitenlandse uitspraken par. 11.6.3.2.

84 Zie Strikwerda 2008, p. 215, nr. 212; HR 1 februari 1985, *NJ* 1985, 698, m.nt. JCS (Piscator), r.o. 3.1. Zie in het kader van de vraag of een buitenlandse uitspraak in Nederland erkend kan worden ook Verheul 1989, p. 31-32; Rosner 2004, p. 36.

en arbiters zich niet mengen in buitenlandse procedures? Is een procedeeerverbod ook denkbaar met betrekking tot een staat waarvan de rechterlijke instanties wél vertrouwen verdienen? Te denken valt bijvoorbeeld aan een geval waarin een partij een procedure begint voor een buitenlands gerecht dat als gevolg van een bevoegdheidsovereenkomst overduidelijk onbevoegd is. De verweerder in de buitenlandse procedure heeft er waarschijnlijk een groot belang bij dat dit misbruik van procesrecht effectief wordt aangepakt, aangezien het voeren van een buitenlandse procedure hoge kosten mee kan brengen. Aan de andere kant dienen de Nederlandse rechter en arbiters nog voorzichtiger te zijn met het zich mengen in buitenlandse procedures dan in Nederlandse. Indien het procedeeerverbod namelijk beperkt blijft tot Nederland, maakt de Nederlandse rechter hierdoor weliswaar inbreuk op de bevoegdheid van een andere rechter, maar deze inbreuk wordt wel gelegitimeerd door de regels van Nederlands recht waar beide rechters aan gebonden zijn. Indien de Nederlandse rechter of een scheidsgerecht een verbod om in het buitenland te procederen oplegt, wordt daarmee inbreuk gemaakt op de rechtsmacht van deze buitenlandse rechter op basis van beginselen die wellicht niet door deze rechter worden gedeeld. Daarnaast geeft de beoordeling van de vraag of een buitenlandse rechter 'overduidelijk' onbevoegd is de nodige complicaties. Het is mogelijk dat de buitenlandse rechter die in Nederlandse ogen 'overduidelijk' onbevoegd is, daar heel anders over denkt. Het gevaar op tegenstrijdige uitspraken is dan ook aanwezig. Al met al is het beter dat de Nederlandse rechter en arbiters de aanpak van dergelijk misbruik van procesrecht aan de buitenlandse rechter overlaten. De aanname hier is immers dat sprake is van een rechter die vertrouwen verschuldigd is, zodat verwacht mag worden dat deze rechter zelf tegen het misbruik op zal treden.

11.3.8.3 *Tussenconclusie*

Als uitgangspunt geldt dat de Nederlandse rechter en arbiters in een arbitrage in Nederland zich niet mogen mengen in buitenlandse procedures, zodat een procedeeerverbod over het algemeen niet mogelijk is. Anders dan indien het een puur Nederlandse situatie betreft, is dit vertrouwen in het buitenlandse rechtssysteem echter geen onder alle omstandigheden vaststaand gegeven. Een partij heeft de mogelijkheid om aan te tonen dat dit vertrouwen in een specifiek geval niet gerechtvaardigd is. Indien het buitenlandse gerecht wel vertrouwen verdient, is een procedeeerverbod gebaseerd op een bevoegdheidsovereenkomst niet mogelijk. Het moet aan het buitenlandse gerecht worden overgelaten om het gedrag van een partij, die een procedure voor dit overduidelijk onbevoegde gerecht begint, aan te pakken.

11.4 **Nakoming van een verbintenis uit de overige procesovereenkomsten**

Hiervoor is gebleken dat een veroordeling tot nakoming van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst slechts onder omstandigheden mogelijk is. In hoeverre kan een partij veroordeeld worden tot nakoming van een verbintenis uit een van de andere procesovereenkomsten?

Ook hier geldt ten eerste dat sprake moet zijn van een voldoende belang. Over het algemeen zal een belang bij een vordering tot nakoming van een verbintenis uit

procesovereenkomst afwezig zijn. Naleving van de procesovereenkomst wordt over het algemeen immers reeds afgedwongen tijdens de procedure waarop de overeenkomst betrekking heeft. Indien partijen bijvoorbeeld zijn overeengekomen om geen pleidooi te houden, is het nogal omslachtig om in een aparte procedure te vorderen dat een partij wordt verboden om in de primaire procedure een verzoek in te dienen tot het houden van pleidooi. Indien deze partij daadwerkelijk, in de primaire procedure, om pleidooi verzoekt, kan haar wederpartij simpelweg wijzen op de overeenkomst van partijen, op basis waarvan de rechter het verzoek zal afwijzen.

Daarentegen kan een partij onder omstandigheden wel enig belang hebben bij een veroordeling tot nakoming van een verbintenis uit bewijsovereenkomst. Indien zij reden heeft te vrezen dat haar wederpartij bepaalde stukken, die op grond van een bewijsovereenkomst als bewijsmiddel zijn uitgesloten, als productie in het geding zal brengen, kan zij er belang bij hebben dit door middel van een verbod in kort geding te voorkomen. Ook al zal de bodemrechter de stukken immers niet als bewijs kunnen gebruiken, hij heeft, indien ze in het geding zijn gebracht, wel van de inhoud ervan kennis kunnen nemen. Deze kennis zou (onbewust) een rol kunnen spelen bij zijn beoordeling van het geschil.

Hoewel een partij dus belang kan hebben bij een vordering in kort geding tot nakoming van een bewijsovereenkomst, is denkbaar dat hier bezwaar tegen bestaat op grond van de wet, de aard van de verplichting of een rechtshandeling. In dit geval zijn (het stelsel van) de wet en de aard van de verplichting van belang. Als uitgangspunt heeft mijns inziens te gelden dat de procesorde in een procedure bepaald dient te worden door de rechter die de zaak behandelt.⁸⁵ Het is aan die rechter om te bepalen of een proceshandeling toelaatbaar is en het is dus ook aan hem om te beoordelen of bepaalde stukken in het geding kunnen worden gebracht. Ook uit de jurisprudentie blijkt dat het in principe aan de rechter die de zaak behandelt is, om de toelaatbaarheid van bewijsmateriaal te beoordelen. Een voorbeeld is een procedure voor de Kantonrechter Heerlen waarbij gedaagden om een voorlopige voorziening verzochten. Zij vorderden dat de eiseressen werden veroordeeld om bepaalde stukken aan gedaagden te retourneren en om deze stukken als bewijsmiddel aan de procedure te onttrekken. Deze vordering werd afgewezen:

'De door gedaagden ingestelde vorderingen hebben kennelijk echter ten doel om te voorkomen dat bij het nemen van een beslissing in de hoofdzaak rekening wordt of kan worden gehouden met de inhoud van de betreffende stukken; dat doel op zich is weliswaar niet ontoelaatbaar althans hoeft dat niet te zijn, maar zal moeten worden bereikt door *in die hoofdzaak zelf* met kracht van argumenten de rechter ervan te overtuigen dat en waarom een eventueel in en door die stukken te leveren bewijs ontoelaatbaar moet worden geoordeeld.'⁸⁶ (cursivering MWK)

In een andere zaak had een partij in kort geding gevorderd dat Aegon werd veroordeeld om originelen of kopieën van het door Aegon verzamelde materiaal aan haar af te geven en de overige kopieën van dat materiaal te vernietigen. Het

⁸⁵ Zie in deze zin ook Rb. Amsterdam (k.g.) 14 december 2004, *NJF* 2005, 27, r.o. 15.

⁸⁶ Rb. Maastricht (sector kanton Heerlen) 30 januari 2008, *NJF* 2008, 151, r.o. 2.

verzamelde materiaal zou namelijk onrechtmatig zijn verkregen. In hoger beroep oordeelde het hof dat de vorderingen er onmiskenbaar toe strekten het onmogelijk te maken dat de gegevens in de bodemprocedure werden gebruikt. De weging of en in hoeverre dit materiaal voor het bewijs kon worden gebezigd diende volgens het hof echter bij uitstek door de bodemrechter te worden verricht, zodat voor de gevorderde voorzieningen geen plaats was.⁸⁷ Dit oordeel van het hof bleef in cassatie in stand.⁸⁸

Het is dus in principe aan de rechter die de zaak behandelt, om te beoordelen of bepaalde stukken als bewijsmiddel gebruikt kunnen worden. Dit beginsel is echter mijns inziens niet zonder uitzonderingen. Probleem is dat een partij stukken in het geding kan brengen zonder hiervoor vooraf toestemming aan de rechter te vragen. De rechter in de bodemzaak heeft dan dus niet de mogelijkheid om te beoordelen in hoeverre deze handeling toelaatbaar is, aangezien hij voor een voldongen feit wordt geplaatst. Weliswaar kan hij de stukken als bewijs aan de kant schuiven, vaak zal hij reeds (per ongeluk) van de stukken kennis hebben genomen. Met behulp van een verbod in kort geding onder dwangsom kan dit worden voorkomen. Feitelijk wordt in een dergelijk geval niet of slechts in geringe mate afbreuk gedaan aan de vrijheid van de bodemrechter om zelf de procesorde te bepalen. De bodemrechter is immers niet gebonden aan het oordeel van de kortgedingrechter en kan alsnog tot de conclusie komen dat de stukken in het geding mogen worden gebracht. Voorkomen wordt met het verbod slechts dat de stukken direct ter kennis komen van de rechter, zonder dat hij zelf heeft kunnen oordelen of dit wenselijk is. Onder omstandigheden is een veroordeling tot nakoming van een bewijsovereenkomst in kort geding kortom mogelijk.

In geen van de uitspraken die hiervoor werden besproken, was sprake van een bewijsovereenkomst. Bovendien werd in deze zaken telkens afgifte van het bewijsmateriaal gevorderd. Een vordering waarbij de wederpartij slechts (tijdelijk) wordt verboden het materiaal in de bodemprocedure in te brengen, is uiteraard veel minder vergaand, omdat deze partij de beschikking houdt over het materiaal en dit alsnog in het geding kan brengen. Een dergelijke vordering zal naar verwachting dus eerder slagen.⁸⁹

Over het algemeen zal een partij kortom geen belang hebben bij een vordering tot nakoming van een verbintenis uit procesovereenkomst, aangezien naleving reeds afgedwongen kan worden tijdens de procedure waarop de overeenkomst betrekking heeft. Wel kan in sommige gevallen belang bestaan bij een vordering tot nakoming van een verbintenis uit bewijsovereenkomst. Denkbaar is dat een partij in kort geding verboden wordt om bepaalde stukken ter kennis van de bodemrechter te brengen.

87 Hof Amsterdam (k.g.) 18 mei 2000, opgenomen bij HR (k.g.) 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, m.nt. JBMV (K./Aegon), r.o. 4.11.

88 HR (k.g.) 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, m.nt. JBMV (K./Aegon). Zie verder bijv. Rb. Rotterdam (k.g.) 22 april 2010, *NJF* 2010, 234, m.n. r.o. 4.2-4.3. Ook in HR 1 juli 1982, *NJ* 1983, 682, m.nt. JCS was een vordering om bewijsmateriaal af te geven en niet in een procedure te gebruiken aan de orde.

89 Zie ook Vranken in zijn noot bij HR (k.g.) 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, m.nt. JBMV (K./Aegon), nr. 8.

11.5 Schadevergoeding

Kan een partij die een verbintenis uit procesovereenkomst schendt, veroordeeld worden de schade die hierdoor ontstaat te vergoeden? Kan artikel 6:74 BW in een dergelijk geval analoog worden toegepast?

Van belang is in dit verband dat in paragraaf 2.2 is gebleken dat procesovereenkomsten wel degelijk vermogensrechtelijke kenmerken hebben. Zo zijn zij er over het algemeen op gericht (een van de) partijen stoffelijk voordeel te verschaffen, bijvoorbeeld door het verminderen van de kosten van de procedure of het vergroten van de kansen op winst in de procedure. Volgens Bell zal een partij voor een gunstig forumkeuze- of arbitragebeding over het algemeen een prijs moeten betalen.⁹⁰ In geval van schending van een verbintenis uit procesovereenkomst zal de wederpartij over het algemeen dan ook schade lijden. Er lijkt kortom wel degelijk aanleiding voor analoge toepassing van artikel 6:74 BW. Onderzocht moet echter worden of uit de procesrechtelijke context bezwaren voortvloeien die hieraan in de weg staan.

Bij analoge toepassing geeft artikel 6:74 BW in geval van niet-nakoming van een verbintenis uit procesovereenkomst in principe recht op schadevergoeding. Artikel 6:74 BW vereist dat de niet-nakoming toerekenbaar is. In geval van een verbintenis uit procesovereenkomst zal een niet-nakoming de procespartij over het algemeen op grond van schuld of op grond van de in het verkeer geldende opvattingen kunnen worden toegerekend.⁹¹ Meijer is kennelijk een andere mening toegedaan, aangezien hij opmerkt dat een eiser die een geschil, ondanks een geldige overeenkomst tot arbitrage, aan de gewone rechter voorlegt oprecht kan menen dat de gedaagde zich niet op de overeenkomst zal beroepen.⁹² Een partij mag hier mijns inziens echter niet van uitgaan indien partijen in het kader van hun bevoegdheidsovereenkomst ervoor hebben gekozen ook de verbintenis aan te gaan om niet voor een andere dan de aangewezen instantie te procederen.

Voor aansprakelijkheid is niet vereist dat de schuldenaar eerst in gebreke wordt gesteld. Bij verbintenissen uit procesovereenkomst gaat het immers steeds om verbintenissen om niet te doen: een verbintenis om *niet* voor de overheidsrechter te procederen, een verbintenis om bepaalde stukken *niet* in het geding te brengen. Bij schending van een dergelijke verbintenis is nakoming steeds blijvend onmogelijk, zodat op grond van artikel 6:74 lid 2 BW de verzuimregeling niet van toepassing is.⁹³

Artikel 6:74 BW geeft, indien dit artikel analoog kan worden toegepast, in principe dus recht op schadevergoeding. Denkbaar is echter dat er, gezien de procesrechtelijke context, bezwaren zijn die aan het toekennen van schadevergoeding in de weg staan. Dit zal hierna worden onderzocht. Daarbij zal, evenals in het kader van de vordering tot nakoming, onderscheid gemaakt worden tussen bevoegdheidsovereenkomsten en overige procesovereenkomsten.

90 Bell 2003, p. 276. Zie ook Born 2010, p. 13; Wagner 1998, p. 307-308.

91 Zie in het kader van de onrechtmatige daad Van der Wiel 2004, p. 289 e.v.

92 Meijer 2011, p. 216.

93 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), p. 289-290, nr. 383; HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255, m.nt. JH (Schwartz/Gnjatovic), r.o. 3.4. Zie m.b.t. de overeenkomst tot arbitrage ook Meijer 2011, p. 216.

11.6 Schadevergoeding bij schending van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst

11.6.1 Inleiding

Een partij schendt een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst door een procedure voor de verkeerde rechter te beginnen. Dit kan op verschillende manieren schade meebrengen. Indien de rechter op grond van de bevoegdheidsovereenkomst weigert de zaak in behandeling te nemen (hij verklaart zich onbevoegd of de vordering niet-ontvankelijk), dan heeft de wederpartij enkel kosten moeten maken om zich in het bevoegdheidsincident te verweren. Indien de rechter daarentegen, ondanks de bevoegdheidsovereenkomst, de zaak *wel* in behandeling neemt, is de schade veel groter. Ten eerste zal de wederpartij in dat geval ook kosten moeten maken om zich inhoudelijk te verweren. Daarnaast is denkbaar dat deze partij schade lijdt doordat deze rechter het geschil inhoudelijk anders beoordeelt. Hoewel de schade in een dergelijk geval dus groter is, lijkt het toekennen van schadevergoeding ook problematischer. Het is in principe immers aan de aangezochte rechter om de geldigheid van de bevoegdheidsovereenkomst te beoordelen.

Hierna zal op de mogelijkheid tot schadevergoeding in deze verschillende situaties worden ingegaan. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen het geval dat een partij in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst een procedure voor een Nederlandse rechter aanhangig maakt, het geval dat zij in strijd met een dergelijke overeenkomst een procedure buiten het EEX-territoir begint en het geval dat zij in een EEX-staat procedeert.

Hierna zal ook gekeken worden naar het Engelse recht. In Engeland heeft een verweerder in principe recht op schadevergoeding in geval van schending van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage. Met betrekking tot de overeenkomst tot arbitrage blijkt dit uit het Mantovani-arrest van de Court of Appeal.⁹⁴ Over het algemeen wordt aangenomen dat het scheidsgerecht de bevoegde instantie is om over een dergelijke vordering te oordelen.⁹⁵ Met betrekking tot de overeenkomst tot forumkeuze is pas in een aantal vrij recente arresten erkend dat schending recht geeft op schadevergoeding.⁹⁶ Daarvóór werd in theorie schadevergoeding wel mogelijk geacht, maar was een dergelijke vordering in de rechtspraak nooit toegewezen.⁹⁷

94 *Mantovani v Carapelli SpA* [1980] 1 Lloyd's Rep. 375, CA. Zie verder bijv. *CMA CGM SA v Hyundai Mipo Dockyard Co Ltd* [2008] 2 CLC 687, QBD.

95 Mustill & Boyd 1989, p. 461; North Cohen & Wessel 2001, p. 68; *Mantovani v Carapelli SpA* [1978] 2 Lloyd's Rep. 63, QBD, p. 73.

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

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

Hoewel duidelijk is dat naar Engels recht schending van een overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze recht geeft op schadevergoeding, is de reikwijdte van dit recht onduidelijk. Over de vraag welke schadeposten precies voor vergoeding in aanmerking komen, bestaat discussie.⁹⁸ Hierop zal hierna nader worden ingegaan.

In Duitsland wordt schadevergoeding in de literatuur door sommige auteurs mogelijk geacht. Zo ziet Wagner mogelijkheden voor een vordering tot schadevergoeding indien een partij een bevoegdheidsovereenkomst schendt door een procedure in het buitenland te beginnen. In een interne Duitse zaak zal een dergelijke vordering naar zijn mening over het algemeen afstuiten op een gebrek aan belang.⁹⁹ Ook Schlosser acht een vordering tot schadevergoeding in internationale gevallen mogelijk. Daarbij ziet hij onder omstandigheden zowel ruimte voor vergoeding van proceskosten die een partij in het buitenland heeft moeten maken, als voor vergoeding van de schade die deze partij lijdt als gevolg van het feit dat de buitenlandse rechter tot een voor haar ongunstiger oordeel is gekomen.¹⁰⁰ In het navolgende blijft het Duitse recht verder buiten beschouwing.

11.6.2 Procedure in Nederland in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst

11.6.2.1 De rechter neemt de zaak niet in behandeling

Inleiding

Een partij kan in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst een procedure voor een Nederlandse rechter beginnen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien een partij, ondanks een overeenkomst tot prorogatie, een procedure aanhangig maakt bij de rechtbank. Ook is denkbaar dat een partij door voor een Nederlandse rechtbank te procederen in strijd handelt met een overeenkomst tot forumkeuze waarbij een buitenlandse rechter als bevoegd is aangewezen.

Indien de Nederlandse rechter in een dergelijk geval, wegens het bestaan van de bevoegdheidsovereenkomst, weigert de zaak in behandeling te nemen, staat daarmee vast dat sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst. Het oordeel van deze rechter heeft gezag van gewijsde nadat de uitspraak onherroepelijk is geworden. Om recht op schadevergoeding te krijgen, zal de wederpartij van diegene die de procedure is begonnen echter ook dienen aan te tonen dat partijen in het kader van hun bevoegdheidsovereenkomst de verbintenis in het leven hebben geroepen om enkel voor de aangewezen rechter te procederen. De schade als gevolg van schending van een dergelijke verbintenis zal bestaan uit de kosten die deze partij in het kader van de vraag naar de bevoegdheid of de ontvankelijkheid heeft moeten maken. Dit kunnen zowel proceskosten als buitengerechtelijke kosten zijn. Op dit punt rijst de vraag of het wettelijke stelsel van proceskostenvergoeding niet aan vergoeding van deze kosten in de weg staat.

⁹⁸ Dicey, Morris & Collins 2006, p. 546, nr. 12-143; Tan & Yeo 2003, p. 440.

⁹⁹ Wagner 1998, p. 254 e.v.

¹⁰⁰ Schlosser 2007, m.n. p. 115, p. 118 e.v.

Het wettelijke stelsel van proceskostenvergoeding houdt het volgende in. Op grond van artikel 237 e.v. Rv wordt de partij die in de procedure in het ongelijk wordt gesteld in de kosten van haar wederpartij veroordeeld. Onder deze kosten vallen onder meer griffierechten, deurwaarderskosten, getuigentaxen, salarissen en verschotten van deskundigen en het salaris en de verschotten van de advocaat.¹⁰¹ De veroordeling houdt echter geen volledige vergoeding in. De advocaatkosten worden berekend met behulp van het forfaitaire 'liquidatietarief', waarbij aan verschillende processuele verrichtingen een bepaalde puntenwaarde wordt toegekend.¹⁰² Hoewel het liquidatietarief niet bindend is, wordt dit tarief door de rechter over het algemeen wel toegepast.¹⁰³ De winnende partij krijgt dus slechts een deel van haar kosten vergoed. De proceskostenveroordeling berust dan ook niet op de grondslag dat de verliezende partij door te procederen onrechtmatig zou hebben gehandeld, maar op de wens tot een billijke verdeling van het procesrisico te komen.¹⁰⁴

Probleem is met name dat het stelsel van proceskostenvergoeding in principe exclusief is. Indien een partij als gevolg van een bepaalde gebeurtenis aansprakelijk is jegens haar wederpartij, staan ook de proceskosten die deze wederpartij heeft moeten maken om haar schade vergoed te krijgen in causaal verband met de gebeurtenis waarop aansprakelijkheid berust. Zonder de onrechtmatige daad of de wanprestatie zou de gelaedeerde deze kosten immers niet hebben hoeven maken. Toch kan deze partij deze kosten niet op grond van artikel 6:162 of 6:74 BW als schade vorderen. Artikel 241 Rv houdt namelijk in dat voor zover sprake is van proceskosten in de zin van artikel 237-240 Rv, deze kosten niet op grond van artikel 6:96 lid 2 BW voor vergoeding in aanmerking komen (zie ook artikel 6:96 lid 2 BW zelf). Enkel de regels betreffende proceskosten zijn in dat geval van toepassing. De winnende partij is dus in principe steeds gebonden aan het liquidatietarief en heeft niet de mogelijkheid om op andere grond alsnog een volledige vergoeding van haar kosten te verkrijgen.¹⁰⁵

Het is de vraag, of op dit exclusieve stelsel geen uitzondering gemaakt moet worden indien de procedure in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst is gevoerd. In dit verband is het interessant om te kijken naar de situatie in Engeland.

101 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 140, nr. 121; Burgerlijke rechtsvordering, E.J. Numann, art. 237 Rv, aant. 5.

102 Dit tarief is te vinden op www.rechtspraak.nl, onder 'Procedures', 'Landelijke regelingen', 'Sector civiel recht'.

103 Zie HR 3 april 1998, NJ 1998, 571 (Lindeboom/Beusmans), r.o. 3.3. Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 139, nr. 121; Burgerlijke rechtsvordering, E.J. Numann, art. 239 Rv, aant. 3; Van der Wiel 2004, p. 302.

104 HR 18 februari 2005, NJ 2005, 216 (A. c.s./Aegon), r.o. 5.3.2; Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 36; Van der Wiel 2004, p. 302.

105 Met het wetsvoorstel tot normering van incassokosten komt in dit stelsel gedeeltelijk wijziging. Zie wetsvoorstel 32 418 tot wijziging van Boek 6 Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de normering van de vergoeding voor kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Zie over dit wetsvoorstel o.a. Verheij 2011; Venhuizen 2011.

Engels recht

Naar Engels recht heeft de winnende partij normaal gesproken geen recht op vergoeding van haar volledige proceskosten.¹⁰⁶ Er bestaan op grond van de Civil Procedure Rules twee grondslagen waarop de proceskostenvergoeding kan worden berekend, namelijk de 'standard basis' en de 'indemnity basis'. Indien berekening plaatsvindt aan de hand van de 'standard basis' komen voor vergoeding in aanmerking de proceskosten die proportioneel zijn in verhouding tot de kwestie die aan de orde is, die op redelijke wijze zijn gemaakt en redelijk in hoogte zijn. De bewijslast dat de kosten op redelijke wijze zijn gemaakt en redelijk in hoogte zijn rust op de partij die de kosten ontvangt. Indien de kosten worden begroot op de 'indemnity basis', komen voor vergoeding in aanmerking de kosten die op redelijke wijze zijn gemaakt en redelijk in hoogte zijn. Het is aan de betalende partij om te bewijzen dat de kosten niet redelijk zijn.¹⁰⁷ Het verschil tussen de 'standard basis' en de 'indemnity basis' zit hem dus ten eerste in de bewijslast. Daarnaast vindt bij de begroting op de 'standard basis', anders dan bij de 'indemnity basis', ook nog een proportionaliteitstoets plaats. Begroting op de 'indemnity basis' heeft als doel een volledige of bijna volledige compensatie te bieden voor de gemaakte kosten, terwijl bij de 'standard basis' een partij niet volledig gecompenseerd wordt.¹⁰⁸ Colman wijst erop dat begroting op grond van de 'standard basis' het gevolg kan hebben dat niet alle kosten die op redelijke wijze zijn gemaakt en redelijk in hoogte zijn, vergoed worden.¹⁰⁹

Uitgangspunt voor begroting van de kosten is de 'standard basis'. Tot begroting op grond van de 'indemnity basis' wordt overgegaan indien dit gerechtvaardigd is op grond van het gedrag van de partij die proceskosten verschuldigd is. Over het algemeen is vereist dat deze partij zich onbetamelijk heeft gedragen bij het voeren van de procedure.¹¹⁰ De winnende partij krijgt dus niet per definitie een volledige vergoeding van haar proceskosten. Dit is anders indien haar wederpartij zich onbetamelijk heeft gedragen.

Schending van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage kan reden zijn om de kosten te begroten op grond van de 'indemnity basis', zo blijkt uit een uitspraak van de Commercial Court, *A v B & Ors*. In deze zaak was eiser in strijd met een overeenkomst tot arbitrage in Zwitserland een procedure in Engeland begonnen tegen verweerders. Verweerders beriepen zich in de Engelse procedure met succes op het arbitragebeding, zodat de procedure niet werd voortgezet.¹¹¹ Vervolgens was de

¹⁰⁶ Onder kosten kunnen mede preprocesuele kosten vallen; zie Huydecoper 2007, p. 11, met verwijzing naar 'Chère justice: Le risque du procès. La prise en charge des honoraires des conseils', Brussel: Bruylant 2005, p. 23 e.v.

¹⁰⁷ Zie art. 44.4 Civil Procedure Rules. Zie voor een beschrijving van het systeem van proceskostenvergoeding Zuckerman 2006, p. 1022-1025, nr. 26.63-26.67; *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2008] 1 Lloyd's Rep. 16, QBD, nr. 19, p. 22-23.

¹⁰⁸ Zuckerman 2006, p. 1024-1025, nr. 26.66-26.67. Verwezen wordt daar naar *Petrotrade Inc v Texaco Ltd* [2001] 4 All ER 853, CA en *Lownds v Home Office* [2002] EWCA Civ 365.

¹⁰⁹ *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2008] 1 Lloyd's Rep. 16, QBD, nr. 19, p. 23.

¹¹⁰ Zuckerman 2006, p. 1037-1038, nr. 26.98-26.99.

¹¹¹ B, die binnen Engeland was gedagvaard, had met succes om schorsing van het geding verzocht. De overige verweerders waren buiten de jurisdictie gedagvaard en hadden met succes verzocht dat een eerder gegeven toestemming van de rechtbank tot deze dagvaarding aan de kant werd gezet. Zie *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, QBD, nr. 1, p. 206.

vraag of de proceskosten op basis van de 'standard basis' of de 'indemnity basis' moesten worden begroot. De rechter, Colman, merkte in dit verband op dat het enige gevolg van schending van een overeenkomst tot arbitrage of tot forumkeuze kan zijn dat de wederpartij alle redelijke proceskosten vergoed krijgt. Er zijn volgens hem geen beleidsoverwegingen die tot een andere conclusie dwingen.¹¹² De proceskosten zullen volgens Colman normaal gesproken dan ook op grond van de 'indemnity basis' begroot moeten worden, tenzij zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen. Colman geeft als voorbeeld van een dergelijke uitzondering het geval waarin het gedrag van de succesvolle partij de wederpartij aanleiding gaf te geloven dat de jurisdictie-overeenkomst kon worden genegeerd.¹¹³

Het lijkt er kortom op dat, hoewel een winnende partij naar Engels recht normaal gesproken geen recht heeft op vergoeding van volledige proceskosten, dit anders is indien sprake is van schending van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage.¹¹⁴ Een partij kan naar Engels recht deze proceskosten echter niet vorderen in een aparte procedure. Dit is een gevolg van de uitspraak *Quartz Hill Consolidated Gold Mining Co v Eyre* (hierna: Quartz Hill). Op grond van deze uitspraak geldt dat indien een partij haar kosten niet vergoed heeft gekregen in de oorspronkelijke civiele procedure, zij deze ook niet als schadevergoeding kan vorderen in een volgende procedure. De reden is dat niet tweemaal een beslissing gevraagd kan worden met betrekking tot hetzelfde punt.¹¹⁵

In het arrest *Union Discount Co Ltd v Zoller* van de Court of Appeal is aangenomen dat deze regel niet geldt indien een partij een procedure in het buitenland is begonnen in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze. Reden is dat er in dat geval een aparte grondslag bestaat waarop schadevergoeding kan worden gebaseerd: de kostenveroordeling door de buitenlandse rechter berust op het feit dat de verweerder in deze procedure in het gelijk gesteld is, terwijl de schadevergoeding door de Engelse rechter berust op schending van de overeenkomst tot forumkeuze. Er wordt in een dergelijk geval dus niet twee keer een beslissing gegeven met betrekking tot hetzelfde punt.¹¹⁶

Dezelfde redenering wordt echter niet gehanteerd indien de eerste procedure in Engeland wordt gevoerd. Indien een partij in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage in Engeland een procedure aanhangig maakt, geldt dat de wederpartij de proceskosten niet in een aparte procedure op basis van schending

112 *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, QBD, nr. 10, p. 208.

113 *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, QBD, nr. 11, p. 208, nr. 15, p. 210-211.

114 Of dit inderdaad als regel van Engels recht heeft te gelden staat met deze uitspraak nog niet vast. In de uitspraak *C v D* laat de rechter bijv. expliciet in het midden of in een dergelijk geval de proceskostenvergoeding steeds begroot moet worden op grond van de 'indemnity basis'. Zie *C v D* [2007] 2 C.L.C. 930, QBD, nr. 31-33, p. 944-945.

115 Zie over deze uitspraak Merrett 2006, p. 324-325. Het gaat om *The Quartz Hill Consolidated Gold Mining Company v Eyre* (1883) 11 QBD 674, CA.

116 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, m.n. nr. 17, p. 1523-1524, nr. 26, p. 1525. Zie over deze uitspraak uitgebreid par. 11.6.3.3. Zie ook *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, nr. 439; Yeo & Tan 2003, p. 411-412. Zie verder North Cohen & Wessel 2001, p. 68, die benadrukken dat de regels over kosten heel anders van aard zijn dan de regels omtrent schadevergoeding.

van de overeenkomst kan vorderen. De Quartz Hill-regel geldt in dat geval onverkort.¹¹⁷ Het feit dat er sprake is van een aparte grondslag voor de vergoeding van deze kosten (namelijk de contractbreuk) wordt dan dus niet doorslaggevend geacht. De reden is dat de rechter in de oorspronkelijke procedure een proceskostenveroordeling kan toekennen.¹¹⁸ In deze procedure kan reeds rekening worden gehouden met de contractbreuk.¹¹⁹ De proceskostenveroordeling in de oorspronkelijke procedure berust dan ook niet enkel op het feit dat de verweerder in het gelijk gesteld is, maar mede op de contractbreuk, zodat wellicht ook niet langer gezegd kan worden dat zich een aparte grondslag voordoet.

Indien een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage wordt geschonden door een procedure in Engeland te beginnen, kan de Engelse rechter er kortom voor kiezen de proceskosten te begroten op grond van de 'indemnity basis'. De verweerder krijgt dan een volledige vergoeding van haar redelijke proceskosten. Een partij kan deze kosten echter niet in een aparte procedure vorderen, aangezien reeds bij de begroting van de proceskosten in de oorspronkelijke procedure met de contractbreuk rekening kan worden gehouden.

Beoordeling

Naar Engels recht kan de rechter een partij in geval van schending van een bevoegdheidsovereenkomst een volledige vergoeding van haar redelijke proceskosten toekennen. Het is de vraag of ook in Nederland in een dergelijk geval een uitzondering gemaakt moet worden op het beginsel dat een winnende partij niet haar volledige kosten vergoed krijgt.

Voor het aannemen van een dergelijke uitzondering pleit het feit dat dit ook gebeurt in geval van onrechtmatig procederen. De redenering die in dat geval wordt gebruikt is als volgt. Het stelsel van proceskostenvergoeding berust niet op de gedachte dat de verliezende partij, door te procederen, onrechtmatig heeft gehandeld. Procederen is in principe toegestaan en wegens het verbod op eigenrichting vaak zelfs aangewezen.¹²⁰ Doordat dergelijke kosten in principe dus rechtmatig worden toegebracht, kunnen deze kosten niet volledig verhaald worden, ook niet op grond van artikel 6:96 lid 2 BW. Deze argumentatie gaat niet op, indien in een bepaald geval het procederen *wel* onrechtmatig is te achten. Over het algemeen wordt dan ook aangenomen dat in een dergelijk geval op grond van artikel 6:162 BW wel een volledige vergoeding van de proceskosten kan worden gevorderd.¹²¹

Dezelfde redenering kan worden gevolgd indien het voeren van de procedure in strijd is met een verplichting uit bevoegdheidsovereenkomst. Ook dan is het voeren van een procedure immers *zelf* ongeoorloofd. Een uitzondering op het exclusieve stelsel van proceskostenveroordeling, dat berust op de gedachte dat procederen op

117 Zie *Carroll v Kynaston* [2010] EWCA Civ 1404, CA, nr. 23 e.v. (L.J. Ward). Zie ook Yeo & Tan 2003, p. 412-415, 427; *A v B & Ors* [2007] 2 C.L.C. 203, QBD, nr. 9, p. 208; *Mantovani v Carapelli SpA* [1980] 1 Lloyd's Rep. 375, CA, p. 384 (L.J. Megaw).

118 Zie *Carroll v Kynaston* [2010] EWCA Civ 1404, CA, m.n. nr. 30 (L.J. Ward).

119 Yeo & Tan 2003, p. 414.

120 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 36.

121 Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 36; Van der Wiel 2004, p. 303-304. Zie ook bijv. Rb. Utrecht 12 september 2007, *NJF* 2007, 502, r.o. 4.6.

zichzelf toegestaan is, is dan op haar plaats.¹²² Ook in Engeland is, zoals gezegd, het feit dat een partij zich onbehoorlijk heeft gedragen bij het voeren van de procedure reden om de volledige proceskosten te vergoeden.

Bezwaar tegen de mogelijkheid vergoeding van de volledige proceskosten te vorderen is wellicht dat het onwenselijk is dat er procedures enkel over proceskosten ontstaan. Het zou beter zijn indien de rechterlijke macht zich zou kunnen concentreren op de behandeling van inhoudelijke geschillen en zich niet zou hoeven bezig te houden met 'bijkomende' kwesties.¹²³ Hiertegen kan worden ingebracht dat in dit geval wel degelijk sprake is van een 'inhoudelijk' geschil: het gaat immers om schadevergoeding wegens schending van een verbintenis. Er is geen reden om schade als gevolg van een contractschending onvergoed te laten, enkel omdat het proceskosten betreft. Het kan bij proceskosten ook om grote bedragen gaan. Daarbij komt dat door toewijzing van schadevergoeding de nakoming van bevoegdheidsovereenkomsten kan worden bevorderd. Doordat een partij het risico loopt dat zij alle proceskosten van haar wederpartij zal moeten vergoeden, zal zij minder snel een gokje wagen en voor een onbevoegde rechter een procedure beginnen, wellicht in de hoop dat de rechter voorbij zal gaan aan de bevoegdheidsovereenkomst.¹²⁴

Uitgangspunt dient dan ook te zijn dat de schade die een partij lijdt als gevolg van schending van een verbintenis uit een bevoegdheidsovereenkomst volledig vergoed moet worden. Het gaat dan om alle proceskosten, voor zover het redelijk was deze kosten te maken en ook de omvang van deze kosten redelijk is. De kosten die niet redelijk zijn, dienen op grond van eigen schuld (artikel 6:101 BW) voor eigen rekening te blijven.¹²⁵

Wel is het inderdaad wenselijk dat het aantal procedures zo veel mogelijk wordt beperkt. Het zou daarom goed zijn indien de rechter reeds in de oorspronkelijke procedure bij de begroting van de proceskosten met de schending van de bevoegdheidsovereenkomst rekening zou houden.¹²⁶ Het liquidatietarief is niet bindend, zodat het de rechter vrijstaat hiervan af te wijken.¹²⁷ Op deze manier kan ook het probleem worden opgelost dat de Nederlandse rechter in geval van schending van een overeenkomst tot arbitrage in het buitenland of tot internationale forumkeuze vaak onbevoegd zal zijn de vordering tot schadevergoeding te beoordelen. Aangenomen kan immers worden dat het aan de aangewezen instantie is om zich hierover te buigen.¹²⁸

122 Anders Meijer 2011, p. 215-216; Kuypers 2008, p. 262 e.v.

123 Zie ook Van der Wiel 2005, p. 324.

124 Zo ook Kuypers 2008, p. 264.

125 Zie over de toepassing van art. 6:101 BW in geval van onrechtmatig procesgedrag Van der Wiel 2004, p. 311-312.

126 Zie in deze zin ook, m.b.t. onrechtmatig procesgedrag, Van der Wiel 2004, p. 332. Van der Wiel bespreekt ook andere mogelijkheden om de vordering tot schadevergoeding efficiënt af te wikkelen; Van der Wiel 2004, p. 312 e.v.

127 HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571 (Lindeboom/Beusmans), r.o. 3.3. In de literatuur wordt er echter op gewezen dat de bereidheid van de rechter om af te wijken van het liquidatietarief gering is te noemen; zie Van der Wiel 2005, p. 324; Van Schaick 2000, p. 315. Zie in dit verband bijv. Rb. Rotterdam 18 juli 2007, *NJF* 2007, 553. Zie echter ook Rb. Utrecht 12 september 2007, *NJF* 2007, 502, r.o. 4.6.

128 Zo m.b.t. het Engelse recht North Cohen & Wessel 2001, p. 68; *Mantovani v Carapelli SpA* [1978] 2 Lloyd's Rep. 63, QBD, p. 73.

Dit staat er echter naar mijn mening niet aan in de weg dat de rechter in het kader van de proceskostenveroordeling met de contractschending rekening houdt.¹²⁹

Indien een partij een verbintenis uit een bevoegdheidsovereenkomst schendt door een procedure te beginnen bij een rechter in Nederland, en deze rechter neemt de zaak op grond van de overeenkomst niet in behandeling, dan is deze partij kortom verplicht de schade van haar wederpartij te vergoeden. Het gaat daarbij om alle proceskosten, voor zover het redelijk was deze kosten te maken en de omvang van deze kosten redelijk is. De rechter in de oorspronkelijke procedure kan in het kader van de proceskostenveroordeling reeds met deze contractsschending rekening houden.

11.6.2.2 De rechter neemt de zaak wel in behandeling

Inleiding

Indien de Nederlandse rechter oordeelt dat geen sprake is van een geldige overeenkomst die hem onbevoegd maakt of die leidt tot niet-ontvankelijkheid en de zaak dan ook in behandeling neemt, is de situatie duidelijk: er bestaat geen recht op schadevergoeding. Dit is een gevolg van het gezag van gewijsde. Aan het oordeel dat geen sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst, zijn andere Nederlandse rechters gebonden. Daarmee staat vast dat de partij die de procedure is begonnen niet in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende verbintenis.

In uitzonderingsgevallen is het mogelijk dat een rechter de zaak in behandeling neemt, ondanks het feit dat naar zijn oordeel sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst. Dit doet zich voor indien een beroep op de overeenkomst volgens hem naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hiervan zal niet snel sprake zijn, zo is in paragraaf 10.5 gebleken. Indien de rechter de overeenkomst wel op deze grond buiten toepassing laat, doet zich de vraag voor of dan wél recht bestaat op schadevergoeding. Heeft de partij die de procedure ahangig heeft gemaakt in dat geval gehandeld in strijd met een verbintenis? Voor de beantwoording van deze vraag is het interessant om te kijken naar de Engelse rechtspraak en literatuur.

Engels recht

In Engeland is het mogelijk dat de rechter oordeelt dat weliswaar sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage, maar besluit nakoming van deze overeenkomst niet af te dwingen. Hij kan bijvoorbeeld afgifte van een 'anti-suit injunction' weigeren indien 'sterke redenen' dit rechtvaardigen.¹³⁰ Ook kan de rechter, indien hier sterke redenen voor bestaan, besluiten een Engelse procedure die de

¹²⁹ Zie over de vraag welke rechter bevoegd is ook Kuypers 2008, p. 263-264.

¹³⁰ Dicey, Morris & Collins 2006, p. 544, nr. 12-140; Ho 2003, p. 706; Males 1998, p. 547; Merrett 2006, p. 318; Peel 1998, p. 204, 205; Yeo & Tan 2003, p. 404; *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 96 (L.J. Millett); *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, nr. 24, p. 433 (L.J. Bingham); nr. 45, p. 439 (L.J. Hobhouse).

eisende partij in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage is begonnen, niet te schorsen, maar zelf af te handelen.¹³¹

Over het algemeen wordt in de literatuur aangenomen dat een weigering om de procedure te schorsen of om een 'anti-suit injunction' af te geven, niet aan schadevergoeding in de weg staat. Een dergelijke weigering hoeft namelijk niet te betekenen dat de rechter het gedrag van de partij die de procedure in strijd met de overeenkomst is begonnen goedkeurt, maar kan gebaseerd zijn op overwegingen van algemeen belang. Een voorbeeld is het geval dat een bevoegdheidsovereenkomst eraan in de weg staat dat samenhangende vorderingen tegelijk worden berecht. De rechter kan dan besluiten het publieke belang van een efficiënte afhandeling van geschillen te laten prevaleren. Dit betekent niet dat aan de private belangen van de verwerende partij in het geheel geen aandacht behoeft te worden besteed. Indien het nadelig voor deze partij is om voor een ander dan het contractuele forum te procederen, kan aan haar belangen worden tegemoetgekomen door aan haar schadevergoeding toe te kennen. Het feit dat op grond van het algemeen belang de overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage niet wordt afgedwongen, hoeft dus niet onverenigbaar te zijn met het toekennen van schadevergoeding wegens contractbreuk.¹³²

Overigens wordt in de literatuur aangenomen dat schadevergoeding niet in alle gevallen waarin de rechter weigert de overeenkomst af te dwingen, mogelijk is. Soms zal het toekennen van schadevergoeding wel degelijk onverenigbaar zijn met de redenen voor de weigering van de rechter. De Engelse rechter kan bijvoorbeeld van oordeel zijn dat de eiser in het overeengekomen forum geen eerlijk proces zou krijgen. Door vervolgens schadevergoeding toe te kennen aan de verweerder op grond van het feit dat dit forum tot een voor hem voordeliger oordeel zou zijn gekomen, zou de rechter zijn eigen ingrijpen weer tenietdoen.¹³³

Indien wel recht op schadevergoeding bestaat, komen volgens Yeo en Tan zowel de proceskosten, voor zover die hoger zijn dan in het contractuele forum, voor vergoeding in aanmerking, als de schade als gevolg van het feit dat de Engelse rechter tot een ander inhoudelijk oordeel is gekomen dan het overeengekomen forum zou zijn. Van vergoeding van deze laatste schade zijn zij niet werkelijk gecharmeerd, maar zij menen dat hier geen principiële bezwaren tegen bestaan.¹³⁴

Steun voor de opvatting dat schadevergoeding mogelijk is indien de Engelse rechter op grond van 'sterke redenen' de bevoegdheidsovereenkomst niet afdwingt, valt te ontleen aan het arrest *Donohue v Armco Inc.* In deze zaak weigerde de House of Lords een 'anti-suit injunction' af te geven, ondanks het feit dat Armco in strijd met

131 Bell 2003, p. 318, nr. 5.79; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 538, nr. 12-128; Yeo & Tan 2003, p. 404; Zie voor de richtinggevende uitspraak op dit gebied *Owners of Cargo Lately Laden on Board the Ship or Vessel Eleftheria v The Eleftheria (Owners) (The Eleftheria)* [1970] P. 94; [1969] 2. W.L.R. 1073. In deze uitspraak worden ook factoren genoemd die de rechter kan betrekken bij zijn overweging of hij zijn 'discretion' moet uitoefenen.

132 Merrett 2006, p. 321-322; Peel 1998, p. 224-225; Yeo & Tan 2003, p. 429-430; Tan & Yeo 2003, p. 438; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 545-546, nr. 12-142.

133 Tan & Yeo 2003, p. 439-440; Yeo & Tan 2003, p. 429; Ho 2003, p. 709-710.

134 Yeo & Tan 2003, p. 428-430. Zij wijzen er nog op dat de vordering tot schadevergoeding vaak wel op basis van buitenlands recht beoordeeld zal moeten worden, omdat op de overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage meestal geen Engels recht van toepassing zal zijn.

een forumkeuze voor de Engelse rechter een procedure in New York begonnen was. De reden was dat het om een zaak ging waarbij meerdere partijen betrokken waren, en dat de House of Lords een splitsing van procedures wilde voorkomen. In New York waren echter tegen Donohue zogenaamde 'RICO claims' ingesteld, die in Engeland geen kans van slagen zouden hebben. Donohue was in New York dus slechter af dan in Engeland. Armco had daarom aangevoerd dat Donohue in principe recht had op schadevergoeding wegens schending van de overeenkomst tot forumkeuze en dat Donohue vergoeding zou kunnen vorderen van de schade die hij zou lijden indien hij in New York verdergaand aansprakelijk zou worden gehouden of indien de procedure meer kosten voor hem zou meebrengen dan het geval zou zijn als de procedure in Engeland was gevoerd. De House of Lords accepteerde dit argument.¹³⁵

Beoordeling

Naar mijn mening ook naar Nederlands recht worden aangenomen dat schadevergoeding wegens schending van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst onder omstandigheden mogelijk is, ondanks het feit dat de niet-aangewezen rechter de zaak in behandeling heeft genomen. Het oordeel dat een beroep op de overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is immers sterk toegespitst op de omstandigheden van het geval: het is denkbaar dat een beroep op de overeenkomst in het kader van de bevoegdheid of ontvankelijkheid in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, maar dat een beroep hierop wel geoorloofd is in de context van een vordering tot schadevergoeding. Door op deze manier te differentiëren kan zo veel mogelijk met alle bij het geval betrokken belangen rekening worden gehouden. Uiteraard zal een vordering enkel mogelijk zijn, indien dit verenigbaar is met de beslissing van de rechter om de bevoegdheidsovereenkomst buiten toepassing te laten. Indien de bevoegdheidsovereenkomst buiten toepassing is gelaten omdat in het overeengekomen forum geen eerlijk proces te verwachten is, lijkt mij een beroep op schadevergoeding uitgesloten. Dit is anders indien de reden bijvoorbeeld het voorkomen van tegenstrijdige beslissingen is. Overigens is er, zoals gezegd, niet snel reden om een bevoegdheidsovereenkomst buiten toepassing te laten op grond van de redelijkheid en billijkheid (zie hierover paragraaf 10.5). De situatie dat de rechter ondanks een dergelijke overeenkomst de zaak in behandeling neemt, maar de eisende partij wel schadevergoeding verschuldigd is, zal zich dan ook slechts zelden voordoen.

Indien een dergelijke situatie zich wel voordoet, lijken mij voor vergoeding enkel de proceskosten, voor zover zij bij de aangewezen instantie lager zouden zijn geweest, in aanmerking te komen. Het feit dat de andere instantie wellicht tot een ander inhoudelijk oordeel was gekomen, kan geen grond voor schadevergoeding zijn. Dit zou er immers in sommige gevallen toe leiden dat de rechter zijn eigen uitspraak ongedaan zou moeten maken. Hij oordeelt bijvoorbeeld in conventie dat A aan B een som geld verschuldigd is, maar in reconventie dat A eenzelfde som geld wegens

¹³⁵ *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, HL, nr. 29, p. 435, nr. 36, p. 437 (L.J. Bingham); nr. 47-48, p. 439 (L.J. Hobhouse); nr. 74-75, p. 443 (L.J. Scott).

schending van de verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst terug kan vorderen.¹³⁶ Het ligt dan veel meer voor de hand dat de rechter reeds in *conventie* rekening houdt met de schending van de bevoegdheidsovereenkomst. Hij zou de vordering bijvoorbeeld kunnen beoordelen aan de hand van het recht dat door de aangewezen instantie zou zijn toegepast, ook al is op grond van het Nederlandse internationaal privaatrecht eigenlijk een ander recht van toepassing.

11.6.2.3 Tussenconclusie

Indien een partij in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst handelt door voor een bepaalde Nederlandse rechter te procederen, is zij in sommige gevallen verplicht de schade van haar wederpartij te vergoeden. Dit is ten eerste het geval indien de rechter de zaak wegens het bestaan van de overeenkomst weigert in behandeling te nemen. In dat geval dient deze partij alle redelijke proceskosten van haar wederpartij te vergoeden. Indien de rechter de zaak echter wel in behandeling neemt, staat daarmee in principe vast dat *geen* verbintenis is geschonden door het aanhangig maken van de procedure. Dit is slechts anders indien de rechter oordeelt dat weliswaar sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst, maar dat hierop in dit geval geen beroep kan worden gedaan omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Afhankelijk van de reden waarom strijd met de redelijkheid en billijkheid aan wordt genomen, zal de wederpartij dan vergoeding kunnen vragen van de extra proceskosten die zij heeft moeten maken doordat zij niet voor de aangewezen instantie heeft kunnen procederen.

11.6.3 Procedure in het buitenland (niet-EEX-land) in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst

11.6.3.1 Inleiding

Een partij kan door een procedure in het buitenland te beginnen een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst schenden. Het zal in dat geval over het algemeen gaan om schending van een verplichting uit een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage. In hoeverre is in dat geval schadevergoeding wegens wanprestatie mogelijk?

Bij beantwoording van deze vraag zal onderscheid gemaakt worden tussen de situatie dat de buitenlandse rechter zich onbevoegd verklaart en de situatie dat hij de zaak, ondanks de bevoegdheidsovereenkomst, toch in behandeling neemt. Voordat deze beide situaties worden besproken, zal eerst kort ingegaan worden op het systeem van erkenning van buitenlandse uitspraken. Het feit dat een buitenlandse uitspraak in Nederland moet worden erkend, kan in bepaalde gevallen namelijk in de weg staan aan een vordering tot schadevergoeding.

¹³⁶ Ook Yeo & Tan zien dit bezwaar, maar komen uiteindelijk tot de conclusie dat er geen principiële bezwaren tegen een dergelijke vordering bestaan. Zie Yeo & Tan 2003, p. 428-430.

11.6.3.2 *Erkenning van buitenlandse uitspraken*

In hoeverre dient een uitspraak van een buitenlandse rechter in Nederland te worden erkend? Indien het gaat om een uitspraak afkomstig van een rechter van een niet-EEX-staat, is over het algemeen sprake van erkenning buiten verdrag.¹³⁷ Op grond van jurisprudentie geldt in dat geval dat beslissingen erkend kunnen worden indien de buitenlandse rechter op een internationaal aanvaarde grond rechtsmacht toekwam, er een behoorlijke rechtspleging is geweest, het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan en de openbare orde in Nederland zich niet tegen erkenning verzet. Indien hieraan is voldaan, zal erkenning over het algemeen volgen.¹³⁸

Aan de voorwaarde dat de rechter op een internationaal aanvaarde grond rechtsmacht toekomt, is niet voldaan indien deze rechter rechtsmacht heeft aangenomen in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage.¹³⁹ Dit betekent dat de inhoudelijke beoordeling van het geschil die de rechter in een procedure in strijd met een dergelijke overeenkomst heeft gegeven, er niet aan in de weg zal staan dat de Nederlandse rechter schadevergoeding toekent.

Wel doet zich in dit verband een complicatie voor. Hoe dient de Nederlandse rechter namelijk vast te stellen of de buitenlandse rechter rechtsmacht heeft aangenomen in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage? Is hij daarbij gebonden aan de feitelijke oordelen die de buitenlandse rechter aan zijn bevoegdheidsoordeel ten grondslag heeft gelegd, of doet hij zelf onderzoek naar de feiten? Denkbaar is bijvoorbeeld dat de buitenlandse rechter heeft vastgesteld dat er geen wilsovereenstemming is bereikt. Onduidelijk is dan, of de Nederlandse rechter dit oordeel dient over te nemen.

In een uitspraak van de Hoge Raad uit 1959 kwam deze vraag aan de orde in het kader van een erkenningsverdrag tussen België en Nederland. Uit deze uitspraak blijkt dat de Nederlandse rechter bij de toetsing van de bevoegdheid van de Belgische rechter op grond van dit verdrag niet mocht treden in de feitelijke beslissingen die de Belgische rechter aan de beslissing omtrent zijn bevoegdheid ten grondslag had gelegd.¹⁴⁰ A-G Loeff geeft in zijn conclusie als argument hiervoor dat de vraag of tussen partijen wilsovereenstemming is bereikt, ook de *materiële* rechtsverhouding tussen partijen raakt. De strekking van het verdrag is nu juist aan de materiële inhoud van de buitenlandse uitspraak een groot vertrouwen toe te kennen.¹⁴¹ Volgens Verheul is hier echter sprake van een gedachtecronkel. Aangezien *voorwaarde* voor erkenning van de uitspraak is dat de rechter bevoegd is, zou voor de vaststelling van

137 Zie voor een overzicht van de verdragen waarbij Nederland partij is Verschuur 2000, p. 413 e.v.; Verheul 1989, p. 103 e.v.

138 Zie over het Nederlandse systeem van erkenning Rosner 2004, p. 5 e.v. Zie m.n. HR 14 november 1924, *NJ* 1925, 91 (bontmantel), p. 95. Zie ook de conclusie van A-G Vranken voor HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 350, m.nt. JCS (Esmil/PGSP), nr. 35 e.v.

139 Verschuur 2000, p. 407; Verheul 1989, p. 37. Onduidelijk is echter, op grond van welk criterium beoordeeld moet worden of de buitenlandse rechter in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst rechtsmacht heeft aangenomen. Dit kan Nederlands internationaal privaatrecht zijn, maar ook denkbaar is dat getoetst moet worden aan internationaal geaccepteerde algemene beginselen. Rosner bepleit het volgen van de laatste methode, volgens Verschuur geldt de eerste methode. Zie Rosner 2004, p. 425; Verschuur 2000, p. 407.

140 HR 26 juni 1959, *NJ* 1959, 595, p. 1316.

141 Conclusie A-G Loeff voor HR 26 juni 1959, *NJ* 1959, 595, p. 1317-1318.

die bevoegdheid niet reeds uitgegaan kunnen worden van het gezag van die buitenlandse uitspraak.¹⁴² Daarnaast lijkt het argument van A-G Loeff minder op te gaan in geval van erkenning buiten verdrag. Er is dan immers minder reden om aan de inhoud van een buitenlandse uitspraak zo maar een groot vertrouwen toe te kennen.

Al met al is zeer onduidelijk in hoeverre de Nederlandse rechter gebonden is aan het feitelijke oordeel van de buitenlandse rechter of sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst. Indien dit wel het geval is, dan zou de rechter slechts in weinig gevallen tot de conclusie kunnen komen dat sprake is van schending van een verbintenis uit een procesovereenkomst. Dit is dan slechts het geval indien de buitenlandse rechter of geen oordeel over de overeenkomst heeft gegeven maar zich zonder meer bevoegd heeft verklaard, of heeft geoordeeld dat weliswaar een geldige overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen maar deze overeenkomst hem naar zijn internationale privaatrecht niet onbevoegd maakt. Indien de Nederlandse rechter echter *niet* gebonden is aan het feitelijke oordeel, staat het hem vrij om in veel meer gevallen te oordelen dat de partij die de procedure in het buitenland is begonnen, een verbintenis heeft geschonden.

In het navolgende wordt ervan uitgegaan dat de Nederlandse rechter niet gebonden is aan de feitenvaststelling die de buitenlandse rechter aan zijn oordeel omtrent de bevoegdheid ten grondslag heeft gelegd. Op het eerste gezicht bestaat in dat geval de meeste ruimte voor een vordering tot schadevergoeding. Er zal echter blijken dat in veel gevallen wel andere bezwaren aan toewijzing van een dergelijke vordering in de weg staan.

11.6.3.3 De rechter neemt de zaak niet in behandeling

Inleiding

Indien de buitenlandse rechter de zaak niet in behandeling neemt op grond van een bevoegdheidsovereenkomst, zal de schade met name bestaan uit de proceskosten die de verweerder in de buitenlandse procedure heeft moeten maken. Wil deze schade voor vergoeding in aanmerking komen, dan zal in ieder geval vast moeten komen te staan dat ook naar Nederlands internationaal privaatrecht sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst. Bovendien zal moeten worden bewezen dat partijen ook verbintenissen in het leven hebben geroepen.

Als vast komt te staan dat tussen partijen inderdaad sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit om niet in het buitenland te procederen, is het de vraag of de proceskosten die de verweerder in het buitenland heeft gemaakt voor vergoeding in aanmerking komen. Vloeien uit de procesrechtelijke context bezwaren voort die aan toekenning van schadevergoeding in de weg staan? Het is bovendien de vraag of daarbij nog van belang is, dat in het buitenland reeds een gedeeltelijke proceskostenveroordeling is toegekend. In de Engelse rechtspraak en literatuur is uitgebreid op deze problematiek ingegaan.

¹⁴² Verheul 1989, p. 41.

Engels recht

Voor de vraag of een partij naar Engels recht vergoeding kan vorderen van de proceskosten die zij in een buitenlandse procedure heeft moeten maken wegens schending van een bevoegdheidsovereenkomst, is met name het arrest *Union Discount Co Ltd v Zoller* van de Court of Appeal van belang. In deze zaak had Union Cal bij de rechter in New York een succesvol beroep gedaan op onbevoegdheid wegens het bestaan van een exclusieve forumkeuze voor de Engelse rechter. Daarbij had Union Cal niet om een kostenveroordeling gevraagd, omdat naar het recht van de staat New York in deze omstandigheden een dergelijke veroordeling niet mogelijk was. In plaats daarvan was Union Cal naar de Engelse rechter gestapt om deze kosten vergoed te krijgen.

In de Engelse procedure namen beide partijen als uitgangspunt dat schending van een overeenkomst tot forumkeuze in principe recht geeft op schadevergoeding. Zoller c.s. voerden echter wel verschillende (beleids)argumenten aan, die eraan in de weg zouden staan dat proceskosten als schadevergoeding gevorderd zouden kunnen worden.

Van belang daarbij was met name het in Engeland geldende gesloten stelsel van proceskostenveroordeling. Op grond van de uitspraak *Quartz Hill Consolidated Gold Mining Co v Eyre* (hierna: Quartz Hill) geldt dat indien een partij haar kosten niet vergoed heeft gekregen in de oorspronkelijke civiele procedure, zij deze niet als schadevergoeding kan vorderen in een aparte procedure.¹⁴³ Het was de vraag of deze regel ook toegepast diende te worden indien de oorspronkelijke procedure in het buitenland is gevoerd. Lord Schiemann overweegt in *Union Discount Co Ltd v Zoller* dat dit ongetwijfeld het geval is indien de vordering van de eisende partij enkel berust op het feit dat zij in de oorspronkelijke procedure heeft gewonnen en haar wederpartij dus ten onrechte tegen haar heeft geprocedeerd. In dat geval lijdt zij namelijk 'damnum sine injuria', schade die niet het gevolg is van onrecht dat haar is aangedaan. Indien een partij echter een procedure in het buitenland is begonnen in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze, bestaat er een aparte grondslag waarop schadevergoeding kan worden gebaseerd. In dat geval is er immers sprake van contractbreuk.¹⁴⁴ Er is geen jurisprudentie die ertoe dwingt aan te nemen dat ook in een dergelijk geval een aparte vordering tot schadevergoeding uitgesloten is. Lord Schiemann acht het arrest Quartz Hill dus niet rechtstreeks van toepassing op dit geval. Het is volgens hem wel nodig om te kijken of er wellicht beleidsoverwegingen zijn die tot de conclusie dwingen dat schadevergoeding in dit geval moet worden geweigerd.¹⁴⁵

In dit verband is ten eerste het uitgangspunt van belang dat gerechten moeten voorkomen dat zij tweemaal uitspraak doen met betrekking tot dezelfde kwestie. Dit is ook de reden die ten grondslag ligt aan de regel uit Quartz Hill.¹⁴⁶ Door Lord

143 Zie over deze uitspraak Merrett 2006, p. 324-325. Het gaat om *The Quartz Hill Consolidated Gold Mining Company v Eyre* (1883) 11 QBD 674, CA.

144 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, m.n. nr. 17, p. 1523-1524.

145 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 19, p. 1524.

146 Zie *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 10, p. 1520-1522, waar Lord Schiemann de uitspraak *Berry v British Transport Commission* [1962] 1 QB 306, CA bespreekt.

Schiemann wordt er echter op gewezen dat in dit geval geen sprake is van twee keer een beslissing op hetzelfde punt. De vordering tot schadevergoeding in de tweede procedure is immers gebaseerd op een eigen, van de vordering in de eerste procedure losstaande grondslag.¹⁴⁷

Namens Zoller c.s. was verder een beroep gedaan op 'comity', het internationale wederzijdse respect dat landen elkaar verschuldigd zijn. Iedere staat kiest zijn eigen kostenregime op grond van bepaalde beleidsoverwegingen. Het zou in strijd zijn met 'comity' om het Engelse kostenregime op te dringen aan een ander land. Lord Schiemann verwierpt dit argument. Hij ziet geen reden waarom een buitenlands gerecht beledigd zou kunnen zijn vanwege het feit dat een andere staat schadevergoeding toekent wegens schending van een forumkeuze, nadat dit gerecht zelf zich op deze grond onbevoegd heeft verklaard.¹⁴⁸ Lord Schiemann wijst er daarnaast op dat partijen een forumkeuze voor de Engelse rechter zijn overeengekomen. Deze keuze kan mede zijn ingegeven door het kostenregime dat Engeland kent. Een partij moet niet kunnen ontsnappen aan dit kostenregime door in het buitenland te gaan procederen.¹⁴⁹

Een argument tegen het toekennen van schadevergoeding is nog dat voorkomen moet worden dat te vaak enkel over kosten geprocedeerd wordt. De faciliteiten van een staat zouden moeten worden ingezet om centrale vragen te behandelen, in plaats van bijkomende punten. Zogenaamde 'parasitic litigation' zou vermeden moeten worden. Lord Schiemann wijst erop dat hoewel dit standpunt aantrekkelijk lijkt, bedacht moet worden dat procedures over kosten soms kunnen gaan om grotere belangen dan in andere procedures aan de orde zijn.¹⁵⁰

Aangenomen wordt in deze zaak kortom dat er geen beleidsoverwegingen zijn die aan schadevergoeding in de weg staan. Wel van belang is dat deze uitspraak sterk beperkt is tot de feiten van het geval. Lord Schiemann overweegt dat aangezien schadevergoeding wegens niet-nakoming van een overeenkomst tot forumkeuze een geheel nieuw terrein is, voorzichtigheid gewenst is.¹⁵¹ Hij benadrukt dat de regels van het gerecht van New York slechts in uitzonderlijke omstandigheden proceskostenverhaal mogelijk maken en dat in dit geval ook geen proceskostenveroordeling is uitgesproken.¹⁵² Of schadevergoeding ook kan worden toegekend indien het buitenlandse forum wel een met Engeland vergelijkbaar kostenregime kent of indien een gedeelte van de kosten daadwerkelijk is toegewezen, wordt in *Union Discount Co Ltd v Zoller* uitdrukkelijk in het midden gelaten.¹⁵³

In latere jurisprudentie en in de literatuur wordt echter aangenomen dat ook in deze gevallen schadevergoeding kan worden toegekend.¹⁵⁴ Het zou er niet toe doen welk kostensysteem het buitenlandse forum kent. Partijen kunnen immers een forum

147 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 25, p. 1525.

148 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 21-24, p. 1524-1525.

149 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 31, p. 1526.

150 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 32, p. 1526.

151 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 35, p. 1526.

152 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 18, p. 1524.

153 *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 36, p. 1527.

154 *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, nr. 437 e.v.; *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797, QBD; Yeo & Tan 2003, p. 410-412; Tan & Yeo 2003, p. 440; Merrett 2006, p. 324-326.

hebben gekozen juist met het doel om de kostensystemen van andere fora te vermijden.¹⁵⁵ Bovendien wordt het beginsel van volledige schadeloosstelling niet aan de kant gezet door het feit dat een partij een alternatief rechtsmiddel ter beschikking staat.¹⁵⁶ Ook het feit dat in het buitenland reeds een kostenveroordeling is uitgesproken, staat niet aan schadevergoeding in de weg. Er is geen sprake van 'issue estoppel', aangezien deze kostenveroordeling is gebaseerd op een geheel andere grondslag; terwijl de kostenveroordeling door de buitenlandse rechter berust op het feit dat de procedure door de betreffende partij gewonnen is, berust de schadevergoeding door de Engelse rechter op schending van de bevoegdheidsovereenkomst.¹⁵⁷ Het feit dat de buitenlandse rechter al kosten heeft toegewezen, is enkel van invloed op de hoogte van de schade.¹⁵⁸

Indien een partij met succes de bevoegdheid van een buitenlandse rechter heeft betwist, komen haar proceskosten naar Engels recht dus voor vergoeding in aanmerking. In de zaak *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* werd door de Commercial Court bovendien geoordeeld dat de begroting van deze kosten in die zaak diende te geschieden op de 'indemnity basis'. Dit betekende dat alle kosten, voor zover zij op redelijke wijze zijn toegebracht en redelijk in hoogte zijn, voor vergoeding in aanmerking kwamen.¹⁵⁹ Volgens de rechter in deze zaak, Colman, zijn de proceskosten die een partij maakt om te voorkomen dat een procedure in strijd met een overeenkomst doorgezet wordt, redelijkerwijs voorzienbaar, zodat zij op het eerste gezicht voor vergoeding in aanmerking komen.¹⁶⁰ Omdat de partij een afzonderlijke grondslag voor haar vordering kan aanvoeren, is er geen reden waarom zij gebonden zou zijn aan de normale regels voor de begroting van proceskosten en niet haar volledige schade vergoed zou kunnen krijgen.¹⁶¹

Naar Engels recht kan een partij haar proceskosten kortom als schadevergoeding vorderen op grond van schending van een bevoegdheidsovereenkomst indien zij met succes de bevoegdheid van de buitenlandse rechter heeft betwist. Het feit dat het buitenlandse gerecht een proceskostenveroordeling heeft uitgesproken, is enkel relevant voor de vaststelling van de hoogte van de schade. Beide vorderingen berusten namelijk op een verschillende grondslag.

155 Yeo & Tan 2003, p. 410-411; zie ook *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 31, p. 1526.

156 *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, nr. 439.

157 *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2007] WL 1292702, QBD, nr. 439, nr. 441; Yeo & Tan 2003, p. 411-412; Briggs 2008, nr. 8.18, p. 309, nr. 8.22, p. 311. Zie ook North Cohen & Wessel 2001, p. 68, die benadrukken dat de regels omtrent kosten heel anders van aard zijn dan de regels omtrent schadevergoeding.

158 Tan & Yeo 2003, p. 440; Merrett 2006, p. 326; zie ook *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797, QBD, nr. 37.

159 Zie over het Engelse systeem van begroting van proceskosten nader par. 11.6.2.1.

160 *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2008] 1 Lloyd's Rep. 16, QBD, nr. 20, p. 23.

161 *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland* [2008] 1 Lloyd's Rep. 16, QBD, nr. 25, p. 25. Of inderdaad als regel van Engelse recht heeft te gelden dat de begroting van de kosten in een dergelijk geval plaats dient te vinden op grond van de 'indemnity basis' staat met deze uitspraak nog niet vast. Zie in dit verband *C v D* [2007] 2 C.L.C. 930, QBD, nr. 31-32, p. 944-945; Briggs 2008, p. 306, nr. 8.11, voetnoot 21.

Beoordeling

Ook naar Nederlands recht kan worden aangenomen dat, indien een buitenlandse rechter zich onbevoegd heeft verklaard op grond van een bevoegdheidsovereenkomst, de proceskosten die de wederpartij in deze procedure heeft gemaakt voor vergoeding in aanmerking komen. Het feit dat in het buitenland reeds een proceskostenveroordeling is uitgesproken, is geen bezwaar. Zoals bij de bespreking van het Engelse recht is gebleken, berusten beide vorderingen op een verschillende grondslag. De buitenlandse proceskostenveroordeling zal over het algemeen gebaseerd zijn op het feit dat de verweerder de procedure heeft gewonnen en dus niet op het feit dat het voeren van de procedure ongeoorloofd was. Aan de vordering tot schadevergoeding ligt daarentegen de niet-nakoming van de verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst ten grondslag.¹⁶² Uiteraard is het wel zo dat dezelfde kosten niet tweemaal vergoed kunnen worden, zodat de buitenlandse proceskostenveroordeling wel relevant is voor de hoogte van de schadevergoeding.¹⁶³ In uitzonderingsgevallen zal een buitenlandse proceskostenveroordeling *wel* aan een vordering tot schadevergoeding in de weg staan. Dit is het geval indien in het buitenland bij de proceskostenveroordeling reeds rekening is gehouden met de contractschending, zodat niet langer gezegd kan worden dat de vordering in Nederland op een andere grondslag berust.¹⁶⁴

Als bezwaar tegen het vergoeden van proceskosten die in de buitenlandse procedure zijn gemaakt, kan niet worden aangevoerd dat dit van gebrek aan respect voor de buitenlandse rechter zou getuigen of dat hierdoor inbreuk wordt gemaakt op zijn rechtsmacht. De toekenning van schadevergoeding is immers geheel in overeenstemming met het oordeel van deze rechter dat hij onbevoegd is.¹⁶⁵

Als bezwaar tegen het toekennen van een vergoeding voor proceskosten wordt in Engeland nog aangevoerd dat zogenaamde 'parasitic litigation' vermeden moet worden. Inderdaad is het niet erg wenselijk dat er te veel procedures enkel over proceskosten gevoerd worden.¹⁶⁶ Zoals in paragraaf 11.6.2.1 is aangegeven, is dit onvoldoende om vergoeding van proceskosten te weigeren indien sprake is van schending van een verbintenis uit overeenkomst. Juist indien een partij in het buitenland heeft moeten procederen, kunnen de proceskosten hoog zijn. Daarnaast bevordert het toekennen van schadevergoeding de nakoming van bevoegdheidsovereenkomsten. Een partij zal minder snel een procedure voor een onbevoegde rechter aanhangig maken, bijvoorbeeld in de hoop dat haar wederpartij geen beroep op onbevoegdheid zal doen, indien het gevaar bestaat dat zij alle proceskosten van haar wederpartij zal moeten vergoeden.¹⁶⁷

De procesrechtelijke context brengt kortom geen bezwaren mee die aan vergoeding van buitenlandse proceskosten in de weg staan. Deze kosten komen in principe

162 Zo ook, m.b.t. het Duitse recht, Schlosser 2007, p. 121-123.

163 Zie hierover Van der Wiel 2004, p. 310-311.

164 Zo ook, m.b.t. het Duitse recht, Schlosser 2007, p. 122-123.

165 Zie ook Tan & Yeo 2003, p. 441; *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2002] 1 W.L.R. 1517, CA, nr. 21-24, p. 1524-1525.

166 Zie ook Van der Wiel 2005, p. 324.

167 Zie ook Kuypers 2008, p. 264.

dan ook volledig voor vergoeding in aanmerking. Het gaat daarbij om alle proceskosten die in de buitenlandse procedure zijn gemaakt, voor zover deze kosten niet reeds in het buitenland vergoed zijn, het redelijk was deze kosten te maken en ook de omvang van de kosten redelijk is.

11.6.3.4 De rechter neemt de zaak wel in behandeling

Inleiding

Indien de buitenlandse rechter de zaak ondanks een bevoegdheidsovereenkomst *wel* in behandeling neemt, zal de schade die een partij lijdt kunnen bestaan uit hogere proceskosten die deze partij in de buitenlandse procedure heeft moet maken en schade als gevolg van het feit dat de buitenlandse rechter tot een voor haar minder gunstig oordeel is gekomen dan de aangewezen rechter zou zijn.

Door de Rechtbank Rotterdam is onlangs een vordering tot schadevergoeding wegens het feit dat een partij (naar Algerijns recht) onrechtmatig handelde door te procederen in Algerije, toegewezen geacht.¹⁶⁸ In de Algerijnse procedure had deze partij in eerste aanleg gelijk gekregen, terwijl het hoger beroep nog gaande was.¹⁶⁹ Toch stonden er naar het oordeel van de rechtbank kennelijk geen bezwaren aan toewijzing van de vordering in de weg. De vraag welke schadeposten precies vergoed dienden te worden, kwam in deze uitspraak niet aan de orde. Verwezen werd naar de schadestaatprocedure.¹⁷⁰

Of in een dergelijk geval inderdaad schadevergoeding mogelijk is, is echter de vraag. Hierna zal eerst worden gekeken naar het Engelse recht, voordat nader wordt ingegaan op deze problematiek.

Engels recht

Het is niet duidelijk in hoeverre naar Engels recht schadevergoeding kan worden toegewezen indien een buitenlands gerecht de zaak, ondanks een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage, inhoudelijk heeft behandeld. In de jurisprudentie is het recht op schadevergoeding in een dergelijke situatie een aantal malen in theorie erkend, maar er zijn slechts weinig zaken waarin ook daadwerkelijk schadevergoeding is toegewezen. In de literatuur wordt bovendien een aantal bezwaren tegen het toekennen van schadevergoeding aangevoerd.

Een voorbeeld van een zaak waarin wel schadevergoeding is toegewezen is de Mantovani-uitspraak. Partijen in deze zaak waren arbitrage in Engeland overeengekomen. Een van de partijen had, ter zekerheid van haar vordering, in Italië een vonnis verkregen om beslag te leggen op bepaalde goederen. Haar wederpartij vorderde vervolgens in een Engelse arbitrageprocedure schadevergoeding wegens schending van de overeenkomst tot arbitrage. De arbiters wezen deze vordering toe. Ook de Court of Appeal achtte een vordering tot schadevergoeding in een dergelijk

¹⁶⁸ Rb. Rotterdam 29 december 2010, *NJF* 2011, 151.

¹⁶⁹ Rb. Rotterdam 29 december 2010, *NJF* 2011, 151, r.o. 2.5.

¹⁷⁰ Rb. Rotterdam 29 december 2010, *NJF* 2011, 151, r.o. 5.11.

geval toewijsbaar.¹⁷¹ Het feit dat de Italiaanse rechter kennelijk geoordeeld had dat de overeenkomst tot arbitrage niet aan toewijzing van de voorlopige voorziening in de weg stond, werd dus niet relevant geacht. Op de berekening van de schadevergoeding werd in deze uitspraak niet ingegaan, zodat onduidelijk is welke schadeposten precies voor vergoeding in aanmerking kwamen.

Ook in de zaak *A/S D/S Svendborg, D/S Af 1912 A/S, Bodies Corporate Trading in Partnership as Maersk Sealand v Akar* (hierna: Akar) werd schadevergoeding toegevoegd. De verweerders, Akar c.s., waren in strijd met exclusieve overeenkomsten tot forumkeuze voor de Engelse rechter procedures begonnen in Hong Kong en Guinea. Sommige van deze procedures waren nog niet afgerond en het (definitieve) oordeel van deze rechters over hun bevoegdheid stond nog niet vast. Toch wees de Commercial Court de vordering tot vergoeding van de kosten die eisers in deze procedures hadden gemaakt en nog zouden maken toe.¹⁷² Kennelijk werd niet van belang geacht hoe de buitenlandse rechter zou oordelen over zijn bevoegdheid.¹⁷³ Van belang is overigens dat in de Engelse procedure de verweerders niet waren verschenen, zodat de vordering tot schadevergoeding niet was betwist.¹⁷⁴ Bovendien draaide deze zaak alleen om vergoeding van proceskosten, en was schadevergoeding wegens een inhoudelijk andere uitkomst van het geschil niet aan de orde.

Verder werd in een procedure tussen CMA CGM SA en Hyundai Mipo Dockyard Co Ltd door arbiters schadevergoeding toegekend wegens schending van een overeenkomst tot arbitrage. Voor vergoeding in aanmerking kwamen zowel het bedrag waartoe de verweerder in de buitenlandse procedure was veroordeeld, als de proceskosten die deze partij in die procedure had moeten maken.¹⁷⁵

Er zijn dus slechts weinig zaken waarin schadevergoeding daadwerkelijk is toegekend. Daarnaast is er nog wel een aantal uitspraken waarin schadevergoeding in theorie mogelijk werd geacht in gevallen waarin de buitenlandse rechter de zaak inhoudelijk had behandeld. Een voorbeeld is de zaak *Tracomina S.A. v Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (No. 1)*. In deze zaak hadden partijen in een koopovereenkomst een beding tot arbitrage in Engeland opgenomen. De kopers waren, in strijd met dit beding, een procedure in Zwitserland begonnen. Hierop verzochten de verkopers de Engelse rechter een 'anti-suit injunction' af te geven, zodat de Zwitserse procedure gestaakt zou worden. In het kader van de beoordeling of een dergelijk bevel op zijn plaats zou zijn, ging een van de rechters van de Court of Appeal, Donaldson, in op een mogelijk alternatief voor een 'anti-suit injunction', namelijk toekenning van schadevergoeding.

171 *Mantovani v Carapelli SpA* [1980] 1 Lloyd's Rep. 375, CA. De uitspraak van arbiters was in de vorm van een 'special case'. Dit betekent dat arbiters in hun uitspraak een rechtsvraag hadden geformuleerd, die werd voorgelegd aan de overheidsrechter. Zie over deze procedure, die inmiddels is afgeschaft, Mustill & Boyd 1989, p. 584-585.

172 *A/S D/S Svendborg D/S Af 1912 A/S Bodies Corporate trading in partnership as 'Maersk Sealand' v Akar* [2003] EWHC 797, QBD.

173 Zie in deze zin ook Tan & Yeo 2003, p. 441.

174 Ook Tham benadrukt dit; Tham 2004, p. 60.

175 Zie de uitspraak van de Commercial Court, waaraan in deze zaak op grond van art. 69 Arbitration Act 1996 bepaalde rechtsvragen waren voorgelegd die zich naar aanleiding van de uitspraak van arbiters hadden voorgedaan; *CMA CGM SA v Hyundai Mipo Dockyard Co Ltd* [2008] 2 CLC 687, QBD, nr. 10, p. 693-694.

In dit alternatieve scenario zou de Zwitserse procedure niet gestaakt worden, maar zouden de verkopers achteraf een vordering tot schadevergoeding in kunnen stellen bij arbiters. Arbiters zouden dan moeten vaststellen of zij, indien het beding was nageleefd, tot dezelfde conclusie zouden zijn gekomen als de Zwitserse gerechten. Volgens Donaldson betekende dit dus dat arbiters zouden moeten bepalen of de uitspraak van het Zwitserse gerecht juist of onjuist is, 'right or wrong', hetgeen hij een 'rather unseemly spectacle' noemde, een nogal ongepaste vertoning. Door een 'anti-suit injunction' af te geven zou dit kunnen worden voorkomen.¹⁷⁶ Hoewel Donaldson dus niet gecharmeerd is van schadevergoeding om een partij te compenseren voor een inhoudelijk 'verkeerde' buitenlandse uitspraak, lijkt hij het recht hierop in principe wel te erkennen.¹⁷⁷ Er wordt bij dit soort schade dan ook zelfs wel gesproken van 'Tracomin type damages'.¹⁷⁸

In 'The Angelic Grace' van de Court of Appeal wordt de uitspraak in Tracomin bevestigd. In het kader van de vraag of een 'anti-suit injunction' moet worden afgegeven noemt Lord Leggatt, onder verwijzing naar Tracomin, de procedure tot vaststelling van de schade onwenselijk.¹⁷⁹ Ook hij lijkt echter vergoeding van schade wegens een inhoudelijk andere beslissing in principe mogelijk te achten.

Ten slotte wordt ook in het arrest *Donohue v Armco* van de House of Lords schadevergoeding mogelijk geacht indien het buitenlandse gerecht de zaak inhoudelijk heeft behandeld (zie over dit arrest reeds paragraaf 11.6.2.2). In deze zaak betoogde Armco dat de vordering tot afgifte van een 'anti-suit injunction' moest worden afgewezen, ondanks het feit dat Armco in strijd met een forumkeuze voor de Engelse rechter een procedure in New York begonnen was. Armco voerde daartoe onder meer aan dat Donohue in principe vergoeding wegens schending van de overeenkomst tot forumkeuze zou kunnen vorderen van de schade die hij zou lijden indien hij in New York verdergaand aansprakelijk zou worden gehouden of indien de procedure meer kosten voor hem mee zou brengen dan het geval zou zijn als de procedure in Engeland was gevoerd. De House of Lords accepteerde dit argument.¹⁸⁰ Lord Scott ging daarbij alleen in op de proceskosten die Donohue in New York zou maken en daar niet vergoed zou kunnen krijgen.¹⁸¹ Lord Hobhouse gaf een dergelijke beperking niet, maar gaf wel aan niet te diep in te zullen gaan op het punt van schadevergoeding, omdat het een complex vraagstuk betreft. Hij wees er daarbij onder andere op dat het toewijzen van schadevergoeding kan leiden tot omslachtige procedures.¹⁸² Hoewel de House of Lords in dit arrest schadevergoeding mogelijk acht ook indien de buitenlandse rechter de zaak inhoudelijk heeft behandeld, moet goed de beperkte betekenis van dit oordeel in ogenschouw worden genomen. Van belang is ten eerste dat het recht op schadevergoeding niet door de wederpartij werd betwist,

176 *Tracomin S.A. v Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (No.1)* [1983] 1 W.L.R. 1026, CA, m.n. p. 1036-1037.

177 Zie in deze zin ook Merrett 2006, p. 320; Males 1998, p. 550.

178 Yeo & Tan 2003, p. 423; *Industrial Maritime Carriers (Bahamas) Inc. v Sinoca International Inc., (The 'Eastern Trader')* [1996] 2 Lloyd's Rep. 585, QBD, p. 602.

179 *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 94 (L.J. Leggatt).

180 *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, HL, nr. 29, p. 435, nr. 36, p. 437 (L.J. Bingham); nr. 47-48, p. 439 (L.J. Hobhouse); nr. 74-75, p. 443 (L.J. Scott).

181 *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, HL, nr. 75, p. 443 (L.J. Scott).

182 *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, HL, nr. 48, p. 439 (L.J. Hobhouse).

maar juist werd verdedigd. Bovendien ging de procedure zelf niet over schadevergoeding, maar kwam dit punt slechts zijdelings aan de orde.¹⁸³

De Engelse jurisprudentie wijst er kortom op dat schadevergoeding ook toegekend kan worden indien de buitenlandse rechter de zaak in behandeling neemt, maar de precieze reikwijdte van dit recht op schadevergoeding is nog niet uitgekristalliseerd. In de literatuur bestaat dan ook discussie over deze reikwijdte. Met name de vergoeding van schade als gevolg van het feit dat de buitenlandse rechter tot een ander inhoudelijk oordeel is gekomen, wordt als problematisch ervaren.¹⁸⁴

Van belang daarbij is dat het feit dat de buitenlandse rechter een oordeel heeft gegeven over het inhoudelijke geschil, in principe niet aan het toewijzen van schadevergoeding in de weg staat. Een uitspraak van een buitenlandse rechter in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage wordt op grond van artikel 32 Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 namelijk niet erkend. Of sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage wordt door de Engelse rechter zelf beoordeeld. Hij is daarbij dus niet gebonden aan bijvoorbeeld de feitelijke overweging van de buitenlandse rechter dat tussen partijen geen wilsovereenstemming is bereikt. Artikel 32 Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 gaat echter niet op in geval van 'submission': vereist is dat de partij zich niet aan het oordeel van de buitenlandse rechter heeft onderworpen.¹⁸⁵ Op grond van artikel 33 Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 geldt het betwisten van de rechtsmacht van een gerecht niet als 'submission'. Een partij kan zich voor de buitenlandse rechter dus zonder gevaar beroepen op de aanwezigheid van een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage. Het zich verdedigen in de daaropvolgende procedure levert daarentegen in principe wel 'submission' op.¹⁸⁶ In de literatuur bestaat discussie over de vraag of dit ook betekent dat indien een partij heeft deelgenomen aan de behandeling van het inhoudelijke geschil, geen recht op schadevergoeding bestaat.¹⁸⁷ Wellicht moet het zich verdedigen voor het buitenlandse forum juist als schadebeperking worden gezien.¹⁸⁸

Een belangrijk bezwaar dat wordt genoemd tegen toewijzing van schadevergoeding indien de buitenlandse rechter de zaak inhoudelijk heeft behandeld is de inbreuk die hierdoor gemaakt wordt op 'comity', het internationale wederzijdse respect. Van een dergelijke inbreuk zou sprake zijn doordat de toewijzing van schadevergoeding

183 Ook Tham benadrukt dit; Tham 2004, p. 59-60.

184 Zie bijv. Mustill & Boyd 1989, p. 461, voetnoot 14; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 546, nr. 12-143; Bell 2003, p. 203, nr. 4.151; Yeo & Tan 2003, p. 415-426.

185 Zie over deze bepaling Merrett 2006, p. 319; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 608-609, nr. 14-091 – 14-092.

186 Zie hierover Dicey, Morris & Collins 2006, p. 595 e.v., nr. 14-062 e.v.; p. 608-609, nr. 14-091.

187 Zie over deze vraag Yeo & Tan 2003, p. 422-426; Tan & Yeo 2003, p. 443; Briggs 2008, p. 316, nr. 8.32-8.34, p. 317 e.v., nr. 8.35 e.v.; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 546, nr. 12-143. In de zaak *Akar* wordt er kennelijk van uitgegaan dat het feit dat een partij ook verweer voert m.b.t. het inhoudelijke geschil niet aan schadevergoeding in de weg staat. Er wordt namelijk een vergoeding van proceskosten toegekend, zonder onderscheid tussen de proceskosten die betrekking hebben op het bevoegdheidsincident en de proceskosten die zien op het inhoudelijke geschil. Zo ook Tan & Yeo 2003, p. 443.

188 Dicey, Morris & Collins 2006, p. 546, nr. 12-143; Briggs 2008, p. 313, nr. 8.26; Yeo & Tan 2003, p. 425-426; zelf menen Yeo en Tan echter dat van een partij niet kan worden gevergd dat zij op deze manier haar schade beperkt.

de uitspraak van de buitenlandse rechter niet aanvult, maar hiermee juist in tegenspraak lijkt. De Engelse rechter komt immers tot een geheel andere conclusie met betrekking tot de geldigheid en gevolgen van de bevoegdheidsovereenkomst dan de buitenlandse rechter.¹⁸⁹ Daarnaast wordt inbreuk gemaakt op 'comity' doordat de rechter bij de begroting van de schade dient te bepalen of de buitenlandse rechter tot de juiste beslissing is gekomen. In de zaak *Tracomin S.A. v Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (No. 1)* noemt Donaldson zoals gezegd de beoordeling of de uitspraak van de buitenlandse rechter 'right or wrong' is een nogal ongepaste vertoning.¹⁹⁰ Hiertegen is ingebracht dat het bij de begroting van deze schade niet gaat om de vraag of de buitenlandse rechter de *verkeerde* beslissing heeft genomen, maar of hij een *andere* beslissing heeft genomen dan de Engelse rechter of een scheidsgerecht zou hebben gedaan. Het is immers mogelijk dat het buitenlandse gerecht andere regels op het geschil dient toe te passen, bijvoorbeeld doordat het internationale privaatrecht van deze staat een ander toepasselijk recht aanwijst. Het oordeel dat de Engelse rechter of het scheidsgerecht een *andere* beslissing zou hebben genomen, betekent dus niet per se dat de uitspraak van de buitenlandse rechter 'onjuist' was.¹⁹¹ Ten slotte is sprake van strijd met 'comity' doordat de uitspraak van de buitenlandse rechter door het toekennen van schadevergoeding feitelijk ongedaan gemaakt wordt. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de buitenlandse rechter A veroordeelt om € 100.000 aan B te betalen en de Engelse rechter vervolgens B veroordeelt om € 100.000 aan A te betalen wegens schending van de bevoegdheidsovereenkomst. Weliswaar blijft de buitenlandse uitspraak dan in stand, feitelijk heeft hij geen effect.¹⁹² Tegen dit argument wordt wel ingebracht dat schadevergoeding een minder vergaande inbreuk maakt op 'comity' dan een 'anti-suit injunction'. Anders dan een 'anti-suit injunction' laat schadevergoeding de procedure in het buitenland ongemoeid. De eiser kan ongestoord zijn vordering voor de buitenlandse rechter voortzetten zonder dat hij hierdoor in strijd handelt met een rechterlijk bevel.¹⁹³ Om deze reden wordt schadevergoeding ook wel bepleit als alternatief voor een 'anti-suit injunction'.¹⁹⁴

Naast het bezwaar dat schadevergoeding inbreuk zou maken op 'comity' wordt wel aangevoerd dat het toekennen hiervan leidt tot eindeloze procedures en eraan in de weg staat dat een einde komt aan het geschil. Om te kunnen bepalen of de Engelse rechter of het scheidsgerecht tot een andere conclusie was gekomen, moet de procedure die partijen in het buitenland hebben gevoerd immers over worden gedaan. Het is niet efficiënt dat voor verschillende gerechten over dezelfde kwestie wordt geprocedeerd.¹⁹⁵ Volgens Yeo en Tan wordt door een procedure tot vaststelling

189 Tan en Yeo lijken dit als bezwaar tegen toekenning van schadevergoeding te zien; Tan & Yeo 2003, p. 441.

190 *Tracomin S.A. v Sudan Oil Seeds Co. Ltd. (No.1)* [1983] 1 W.L.R. 1026, CA, m.n. p. 1037. Zie ook *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v Pagnan S.P.A. (The 'Angelic Grace')* [1995] 1 Lloyd's Rep. 87, CA, p. 94 (L.J. Leggatt); Bell 2003, p. 203, nr. 4.151.

191 Yeo & Tan 2003, p. 417; Merrett 2006, p. 321.

192 Yeo & Tan 2003, p. 419-420; Tan & Yeo 2003, p. 439; Briggs 2008, p. 320, nr. 8.41.

193 Tan & Yeo 2003, p. 439; Peel 1998, p. 209.

194 Peel 1998, p. 207-210.

195 Yeo & Tan 2003, p. 405-406, 418-419, 430; Bell 2003, p. 203, nr. 4.151; Dicey, Morris & Collins 2006, p. 546, nr. 12-143; Briggs 2008, p. 320-321, nr. 8.42; *Donohue v Armco Inc* [2002] 1 Lloyd's Rep. 425, HL, nr. 48, p. 439 (L.J. Hobhouse).

van schadevergoeding echter geen vicieuze cirkel gecreëerd. Het is namelijk niet zo dat de procedure in het buitenland in zijn geheel overgedaan behoeft te worden. Over het algemeen zal de Engelse rechter ervan uit kunnen gaan dat hij tot dezelfde feitenvaststelling zou zijn gekomen als de buitenlandse rechter, en hoeft hij enkel te kijken waartoe de toepassing van de relevante rechtsregels leidt. Van partijen wordt dan ook niet verlangd dat zij hetzelfde bewijs als in de procedure voor het buitenlandse gerecht naar voren brengen, maar dat zij zich concentreren op het bewijs waarom het Engelse gerecht tot een andere conclusie zou zijn gekomen. Enkel indien de bewijsregels van het Engelse en het buitenlandse forum verschillen, zou opnieuw feitelijk onderzoek kunnen worden gedaan.¹⁹⁶

In de literatuur wordt bovendien opgemerkt dat het feit dat schade lastig te begroten is naar Engels recht over het algemeen niet gezien wordt als voldoende grond om schadevergoeding af te wijzen. Moeilijkheid bij het vaststellen van de hoogte van de schade is niet voldoende om de schuldenaar van zijn verplichting te ontheffen. Het feit dat de rechter dient vast te stellen wat de uitkomst van een geschil zou zijn geweest als voor een ander gerecht was geprocedeerd, is niet uniek. Ook in andere gevallen, zoals bij beroepsaansprakelijkheid van een advocaat, dient de rechter dit te doen.¹⁹⁷

Hoewel Yeo en Tan in hun algemeenheid de bezwaren tegen schadevergoeding weerleggen, menen zij wel dat het een beleidsvraag is in hoeverre men wil toestaan dat een partij, nadat een uitspraak is gekregen van een buitenlandse rechter, de mogelijkheid moet hebben om het geschil te heropenen voor de Engelse rechter. Zij erkennen dat de begroting van schade zoals hier aan de orde, ingewikkeld is. Het is de vraag in hoeverre de middelen van een gerecht dienen te worden ingezet om een buitenlandse procedure terug te draaien.¹⁹⁸ Zij bespreken daarom verschillende methoden die gebruikt zouden kunnen worden om het recht op schadevergoeding te reguleren en nader in te perken. Een van deze methoden is het enkel mogelijk maken van schadevergoeding indien dit niet in tegenspraak is met de buitenlandse uitspraak, maar deze uitspraak hierdoor wordt aangevuld. Op grond van deze methode zou schadevergoeding over het algemeen in het geheel niet mogelijk zijn indien de buitenlandse rechter de zaak inhoudelijk heeft behandeld. De buitenlandse rechter heeft dan immers kennelijk geoordeeld dat er geen sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage die van toepassing is op dit geschil. Volgens Tan en Yeo zou in uitzonderlijke gevallen echter van deze regel afgeweken kunnen worden, bijvoorbeeld indien het gedrag van de partij die de procedure in het buitenland is begonnen zeer laakbaar is. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn indien deze partij een procedure in het buitenland begonnen is zonder de verweerder hiervan voldoende op de hoogte te stellen.¹⁹⁹

Geconcludeerd kan worden dat naar Engels recht schadevergoeding in principe ook toegekend kan worden indien de buitenlandse rechter de zaak inhoudelijk heeft behandeld. Het recht hierop wordt in de jurisprudentie erkend, maar de precieze

196 Yeo & Tan 2003, p. 417-418.

197 Yeo & Tan 2003, p. 408-409, 417; Tan & Yeo 2003, p. 438-439; Merrett 2006, p. 320-321.

198 Yeo & Tan 2003, p. 418-419

199 Tan & Yeo 2003, p. 441.

reikwijdte van dit recht is niet duidelijk. In de literatuur wordt een aantal bezwaren tegen het toekennen van schadevergoeding in dergelijke gevallen naar voren gebracht. Met name het vergoeden van schade wegens het feit dat de buitenlandse rechter tot een andere inhoudelijke beslissing is gekomen, wordt als problematisch gezien.

Beoordeling

In hoeverre is naar Nederlands recht schadevergoeding mogelijk indien een buitenlandse rechter de zaak in strijd met een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage in behandeling heeft genomen?

In paragraaf 11.6.3.2 is gebleken dat de buitenlandse uitspraak die tot stand is gekomen in strijd met een dergelijke overeenkomst over het algemeen in Nederland niet wordt erkend. Het buitenlandse oordeel over het inhoudelijke geschil staat dus niet aan het toekennen van schadevergoeding in de weg. Bovendien is in die paragraaf tot uitgangspunt genomen dat de Nederlandse rechter niet gebonden is aan de feitenvaststelling die de buitenlandse rechter aan zijn bevoegdheidsoordeel ten grondslag heeft gelegd. Aangenomen wordt dus dat de Nederlandse rechter zelfstandig kan beoordelen of partijen bijvoorbeeld wilsovereenstemming over een forumkeuze hebben bereikt. In deze opvatting bestaat op het eerste gezicht de meeste ruimte voor een vordering tot schadevergoeding. Ook indien de buitenlandse rechter heeft geconcludeerd dat geen overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen, staat het de Nederlandse rechter vrij om te oordelen dat wel van een geldige overeenkomst sprake is waaruit verbintenissen voor partijen voortvloeien.

Erkenning van de buitenlandse uitspraak levert dus geen probleem op. Onderzocht moet echter worden, of er geen andere bezwaren bestaan die aan het toekennen van schadevergoeding in de weg staan. Een eerste bezwaar dat tegen het toekennen van schadevergoeding kan worden aangevoerd hangt samen met het in paragraaf 11.3.8.2 behandelde beginsel dat de Nederlandse rechter en arbiters zich niet behoren te mengen in de rechtsmacht van de buitenlandse rechter. Het is aan het buitenlandse gerecht om te bepalen welke zaken het in behandeling neemt en hoe het deze zaken behandelt.

Door schadevergoeding toe te kennen wordt echter inbreuk gemaakt op dit beginsel. Aan dit oordeel ligt immers de opvatting ten grondslag dat de buitenlandse rechter 'onterecht' de zaak in behandeling heeft genomen. In principe behoren de Nederlandse rechter en arbiters het echter aan de buitenlandse rechter zelf te laten om te oordelen welke zaken hij behandelt.

Daarnaast wordt inbreuk gemaakt op dit beginsel doordat bij de begroting van de schade vastgesteld dient te worden of de buitenlandse rechter tot de 'juiste' beslissing is gekomen. Weliswaar gaat het er in theorie niet om of de beslissing van de buitenlandse rechter juist is, maar om de vraag of deze beslissing anders is dan de beslissing waartoe de aangewezen instantie zou zijn gekomen. Er kunnen objectieve verklaringen zijn voor een verschil in uitkomst, zoals het feit dat het internationaal privaatrecht een ander toepasselijk recht aanwijst of dat de buitenlandse rechter nationale regels van dwingend recht dient toe te passen. Toch zal bij de buitenlandse rechter wellicht het gevoel bestaan dat hij iets 'verkeerd' heeft gedaan

indien geoordeeld wordt dat een partij recht heeft op schadevergoeding als gevolg van een uitspraak die hij heeft gewezen.

Ten slotte wordt inbreuk gemaakt op dit beginsel, doordat de uitspraak van de buitenlandse rechter door het toekennen van schadevergoeding feitelijk ongedaan gemaakt wordt. Het is natuurlijk zo dat de buitenlandse uitspraak in principe niet erkend zal worden, aangezien de buitenlandse rechter in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst rechtsmacht heeft aangenomen. Het feitelijk ongedaan maken van de uitspraak van de buitenlandse rechter gaat echter nog een stap verder dan het niet erkennen van de uitspraak. Indien een buitenlandse uitspraak niet erkend wordt, betekent dit dat deze uitspraak in Nederland niet ten uitvoer kan worden gelegd. In het buitenland zelf kan de uitspraak wel geëxecuteerd worden, voor zover daar voldoende verhaalsmogelijkheden zijn. Door echter schadevergoeding toe te kennen, kan deze werking feitelijk ongedaan gemaakt worden, natuurlijk ook hier weer voor zover deze uitspraak ten uitvoer gelegd kan worden.

Naast het bezwaar dat door het toekennen van schadevergoeding inbreuk wordt gemaakt op de rechtsmacht van de buitenlandse rechter geldt ook het bezwaar dat partijen door het toekennen van schadevergoeding de mogelijkheid krijgen om het in het buitenland gevoerde geding nog eens over te doen. Het is wenselijk dat op een gegeven moment een einde komt aan het procederen. Bovendien vindt geen efficiënte inzet van overheidsmiddelen plaats, indien twee instanties hetzelfde geschil behandelen. In theorie is het natuurlijk zo dat het niet gaat om 'hetzelfde' geschil. In de tweede procedure is de vraag aan de orde wat er gebeurd zou zijn indien de procedure voor de aangewezen instantie was gevoerd, hetgeen een andere rechtsvraag is dan in de eerste procedure aan de orde was. Bovendien zal in sommige gevallen in de tweede procedure kunnen worden volstaan met een beperkt onderzoek, doordat van de feitenvaststelling van de buitenlandse rechter uitgegaan kan worden. Dit is echter niet het geval indien in het buitenland heel andere bewijsregels gelden of er sprake is van andere grote verschillen in het procesrecht. In beide procedures zullen feitelijk bovendien vaak wel degelijk dezelfde kwesties aan de orde zijn.

Tegenover deze bezwaren staat het belang dat door het toekennen van schadevergoeding de nakoming van bevoegdheidsovereenkomsten wordt bevorderd. Een partij zal minder snel een procedure voor een onbevoegde rechter beginnen, omdat zij hiermee een groot risico neemt: zij loopt het gevaar een hoog bedrag aan schadevergoeding verschuldigd te raken en bovendien niets te hebben aan de uitkomst van de procedure voor de onbevoegde rechter, omdat deze door de in de overeenkomst aangewezen instantie volledig ongedaan gemaakt wordt. Partijen zullen dus naar verwachting vaker hun bevoegdheidsovereenkomsten nakomen, zodat er minder over de bevoegdheid geprocedeerd hoeft te worden. Op den duur is het toekennen van schadevergoeding dus wellicht efficiënter.

Toch kan dit belang naar mijn mening niet opwegen tegen de bezwaren die aan het toekennen van schadevergoeding zijn verbonden. In principe moet het aan de aangezochte rechter overgelaten worden om de bevoegdheidsovereenkomst af te dwingen. Het is aan hem om te beoordelen of sprake is van een geldige overeenkomst die hem onbevoegd maakt. Het feit dat een partij, indien deze rechter zich onbevoegd verklaart, het risico loopt dat zij de volledige proceskosten als schadevergoeding dient

te betalen, moet voldoende afschrikwekkend zijn. Dat een nog grotere afschrikwekkende werking wordt bereikt door de mogelijkheid van toekenning van schadevergoeding indien de buitenlandse rechter zich *wel* bevoegd verklaart, kan de inbreuk die hierdoor gemaakt wordt op de rechtsmacht van deze rechter niet rechtvaardigen. De Nederlandse rechter of een scheidsgerecht behoort kortom enkel schadevergoeding toe te wijzen indien dit in overeenstemming is met het oordeel van de buitenlandse rechter.

Wel is in bepaalde gevallen een uitzondering op het voornoemde mogelijk. Zoals in paragraaf 11.3.8.2 is gebleken, berust het beginsel dat men de rechtsmacht van de buitenlandse rechter dient te respecteren op vertrouwen in het buitenlandse rechtssysteem en de buitenlandse rechterlijke instanties. Indien dit vertrouwen niet gerechtvaardigd blijkt, moet van het uitgangspunt dat men zich niet behoort te mengen in de buitenlandse procedure kunnen worden afgeweken. Een voorbeeld is het geval dat in het buitenland geen eerlijk proces heeft plaatsgevonden of het proces zeer lang heeft geduurd. In dergelijke gevallen zal naar mijn mening dan ook wel schadevergoeding toegewezen kunnen worden, ook al heeft de buitenlandse rechter zich bevoegd verklaard.

Het is aan de partij die schadevergoeding vordert om aan te tonen dat het vertrouwen in een bepaald buitenlands gerecht niet gerechtvaardigd is gebleken. Zij zal dit moeten aantonen met betrekking tot het specifieke geval: niet voldoende is dat de procedures in dit land in hun algemeenheid zeer lang duren of niet eerlijk verlopen, maar aannemelijk moet worden gemaakt dat deze partij hiervan ook in het concrete geval slachtoffer is geworden.

Indien een bepaald land bevoegdheidsovereenkomsten in het geheel niet erkent, is dit reden om het vertrouwen te onthouden (zie paragraaf 11.3.8.2).²⁰⁰ Hetzelfde geldt indien de buitenlandse rechter zonder motivering geheel voorbijgaat aan een bevoegdheidsovereenkomst. Aangenomen kan in dat geval immers worden dat de behandeling met betrekking tot de bevoegdheidsovereenkomst niet eerlijk is geweest. In dergelijke gevallen is er reden voor het toekennen van schadevergoeding. Het enkele feit dat op grond van het buitenlandse recht bevoegdheidsovereenkomsten onder andere voorwaarden worden erkend dan naar Nederlands recht is nog niet voldoende om vertrouwen in het gerecht te onthouden.

In principe komen voor vergoeding zowel de hogere proceskosten die een partij in de buitenlandse procedure heeft moeten maken, als de schade die zij lijdt doordat de buitenlandse rechter het geschil anders heeft beoordeeld, voor vergoeding in aanmerking. Daarbij is niet van belang of deze partij in de buitenlandse procedure is verschenen of niet. Het zich verdedigen in de buitenlandse procedure heeft niet te gelden als afstand van recht, maar moet als een legitieme methode worden gezien om de schade te beperken.

Wel geldt dat de inbreuk die door het toekennen van schadevergoeding gemaakt wordt op de rechtsmacht van de buitenlandse rechter zo beperkt mogelijk dient te

²⁰⁰ Naar mijn mening zijn bevoegdheidsbedingen internationaal inmiddels zo geaccepteerd, dat erkenning hiervan door Nederland inderdaad vereist kan worden. Zie par. 11.3.8.2; Strikwerda 2008, p. 215, nr. 212; HR 1 februari 1985, *NJ* 1985, 698, m.nt. JCS (Piscator), r.o. 3.1. Zie in het kader van de vraag of een buitenlandse uitspraak in Nederland erkend kan worden ook Verheul 1989, p. 31-32; Rosner 2004, p. 36.

blijven. Dit kan meebrengen dat in een concreet geval geoordeeld wordt dat bepaalde schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. Indien de reden voor het oordeel dat het vertrouwen in het buitenlandse gerecht niet gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld is dat de procedure in dit gerecht buitengewoon lang heeft geduurd, kan dit aanleiding zijn om enkel schadevergoeding toe te kennen wegens de extra proceskosten die de gedaagde in het buitenland heeft moeten maken. Omdat de procedure voor het overige wel eerlijk is geweest, kan geoordeeld worden dat er geen reden is om ook schadevergoeding wegens een eventuele andere inhoudelijke uitkomst van het geding toe te wijzen. Er dient geen onnodige inbreuk te worden gemaakt op de bevoegdheid van de buitenlandse rechter om zelf te oordelen over geschillen die aan hem worden voorgelegd.

Geconcludeerd kan worden dat indien de buitenlandse rechter de zaak ondanks een overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage toch inhoudelijk behandelt, over het algemeen geen schadevergoeding toegewezen kan worden. Nederland dient geen inbreuk te maken op de bevoegdheid van de buitenlandse rechter om zelf te bepalen welke zaken hij in behandeling neemt en hoe hij deze zaken behandelt. Dit beginsel berust op het vertrouwen in buitenlandse rechtssystemen en buitenlandse rechterlijke instanties. Indien het vertrouwen in een buitenlands gerecht in een concreet geval niet gerechtvaardigd is gebleken, bijvoorbeeld doordat geen eerlijk proces heeft plaatsgevonden, is schadevergoeding wel mogelijk.

11.6.3.5 Tussenconclusie

Indien een partij een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst heeft geschonden door in het buitenland te procederen, is het toekennen van schadevergoeding enkel mogelijk indien dit in overeenstemming is met het oordeel van de buitenlandse rechter omtrent zijn bevoegdheid. Verklaart de buitenlandse rechter zich wegens het bestaan van de overeenkomst onbevoegd, dan is vergoeding van de in het buitenland gemaakte proceskosten mogelijk. Neemt de buitenlandse rechter de zaak *wel* in behandeling, dan is schadevergoeding daarentegen in principe uitgesloten. Dit is alleen anders, indien het vertrouwen in dit gerecht niet gerechtvaardigd is gebleken, doordat bijvoorbeeld geen eerlijke procedure heeft plaatsgevonden.

11.6.4 Procedure in een EEX-staat in strijd met een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst

11.6.4.1 Inleiding

Een partij kan, door een procedure te beginnen voor een rechter van een andere EEX-staat, een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst schenden. Voordat de vraag behandeld wordt in hoeverre in een dergelijk geval schadevergoeding mogelijk is, wordt eerst kort ingegaan op het systeem van erkenning van uitspraken onder de EEX-verordening.

11.6.4.2 Erkenning

Uit artikel 33 lid 1 EEX-Vo blijkt dat de in een lidstaat gegeven beslissingen in de overige lidstaten worden erkend zonder vorm van proces. In artikel 34 en 35 EEX-Vo is een beperkt aantal gronden genoemd waarop erkenning geweigerd kan worden. De bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat van herkomst mag niet worden getoetst (zie artikel 35 lid 3 EEX-Vo), al geldt er een aantal uitzonderingen. Het feit dat het buitenlandse gerecht bevoegdheid heeft aangenomen in strijd met een bevoegdheidsovereenkomst is dus geen reden om erkenning te onthouden.

Het is de vraag of onder een 'beslissing' die op grond van artikel 33 EEX-Vo erkend dient te worden, ook een beslissing valt over de vraag of tussen partijen een geldige overeenkomst tot forumkeuze tot stand is gekomen. Aangenomen kan worden dat de feitenvaststelling die de buitenlandse rechter aan de beslissing omtrent zijn bevoegdheid ten grondslag heeft gelegd inderdaad ook voor erkenning in aanmerking komt.²⁰¹ De beslissing bijvoorbeeld dat tussen partijen sprake is van wilsovereenstemming, is immers een beslissing omtrent de rechtsverhouding van partijen. In dit verband is ook artikel 35 EEX-Vo van belang. Uit lid 1 van dit artikel volgt dat erkenning van een buitenlandse uitspraak kan worden geweigerd indien bepaalde bevoegdheidsregels zijn geschonden. Lid 2 bepaalt echter dat bij de toetsing of dit het geval is, het aangezochte gerecht of de aangezochte autoriteit gebonden is aan de feitelijke overwegingen op grond waarvan het gerecht van de lidstaat van herkomst zijn bevoegdheid heeft aangenomen. Ook dit biedt steun aan het standpunt dat de beslissing van een andere EEX-rechter dat sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze in Nederland dient te worden erkend.

Met betrekking tot de beslissing of een overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen, ligt dit anders. Arbitrage valt immers buiten het toepassingsgebied van de EEX-verordening (zie artikel 1 lid 1 sub d EEX-Vo), zodat aannemelijk is dat een dergelijk oordeel niet erkend behoeft te worden.²⁰²

11.6.4.3 De rechter neemt de zaak niet in behandeling

Een partij kan in strijd handelen met een bevoegdheidsovereenkomst door een procedure voor een gerecht van een andere EEX-staat te beginnen. Indien de buitenlandse rechter de zaak in dat geval niet in behandeling neemt op grond van de bevoegdheidsovereenkomst, zal de schade bestaan uit de proceskosten die de partij heeft moeten maken in dit bevoegdheidsincident.

Het oordeel van de buitenlandse rechter dat sprake is van een geldige overeenkomst tot forumkeuze dient in Nederland te worden erkend, zo is hiervoor aangenomen. De vraag of sprake is van een geldige overeenkomst tot arbitrage zal daarentegen door de Nederlandse rechter of door arbiters zelfstandig beoordeeld kunnen worden. Om schadevergoeding toe te kunnen wijzen, zal daarnaast moeten worden vastgesteld of partijen in het kader van deze overeenkomsten verbintenissen in het leven hebben geroepen.

²⁰¹ Zie in deze zin ook Merrett 2006, p. 334; Briggs 2008, p. 332, nr. 8.66, p. 334, nr. 8.70.

²⁰² Zie ook Briggs 2008, p. 503, nr. 12.59.

Wordt dit vastgesteld, dan komen de proceskosten voor vergoeding in aanmerking. Uit de procesrechtelijke context vloeien geen bezwaren voort die hieraan in de weg staan. Geen inbreuk wordt hierdoor gemaakt op de rechtsmacht van de buitenlandse rechter om over zijn eigen bevoegdheid te oordelen. De toekenning van schadevergoeding is immers juist in overeenstemming met de eerdere beslissing van de buitenlandse rechter.

Ook het feit dat door de buitenlandse rechter reeds een gedeeltelijke proceskostenveroordeling is uitgesproken, vormt geen bezwaar. Deze proceskostenveroordeling dient op grond van artikel 33 EEX-Vo door Nederland te worden erkend.²⁰³ Dit staat er echter niet aan in de weg dat indien een deel van de kosten onvergoed is gebleven, dit deel op grond van wanprestatie voor vergoeding in aanmerking komt. De vordering tot schadevergoeding berust immers op een eigen grondslag, die losstaat van de veroordeling in de proceskosten (zie in dit verband ook paragraaf 11.6.2.1 en 11.6.3.3). Enkel indien de andere EEX-rechter in het kader van de proceskostenveroordeling reeds rekening heeft gehouden met de schending van de overeenkomst tot forumkeuze of tot arbitrage, is dit anders.

Uit de procesrechtelijke context vloeien kortom geen bezwaren voort die aan toekenning van schadevergoeding in de weg staan.

11.6.4.4 De rechter neemt de zaak wel in behandeling

Verklaart de rechter van de andere EEX-staat zich bevoegd en gaat hij over tot een inhoudelijke behandeling van de zaak, dan is een vordering tot schadevergoeding wegens schending van een verbintenis uit een bevoegdheidsovereenkomst uitgesloten.

Wat de overeenkomst tot forumkeuze betreft, geldt dat als de buitenlandse rechter heeft geoordeeld dat tussen partijen geen overeenkomst tot stand is gekomen, de Nederlandse rechter aan dit oordeel gebonden is. Hij kan in dat geval dus niet meer tot de conclusie komen dat de partij die de procedure in het buitenland aanhangig heeft gemaakt hierdoor in strijd heeft gehandeld met een bevoegdheidsovereenkomst. Denkbaar is wel dat de buitenlandse rechter weliswaar heeft geoordeeld dat sprake is van een geldige overeenkomst tussen partijen, maar dat deze overeenkomst hem niet onbevoegd maakt. Briggs acht in een dergelijk geval een vordering tot schadevergoeding wellicht mogelijk. Dat een overeenkomst tot forumkeuze niet leidt tot prorogatie of derogatie op grond van artikel 23 EEX-Vo betekent volgens hem namelijk niet dat een dergelijke overeenkomst geen enkele gevolgen heeft. Denkbaar is dat een dergelijke overeenkomst wel een verplichting voor partijen in het leven roept om niet voor een bepaalde buitenlandse rechter te procederen.²⁰⁴ Dit standpunt kan echter niet worden aanvaard. De EEX-verordening werpt hier belemmeringen op, waarop zo dadelijk wordt ingegaan.

Wat de overeenkomst tot arbitrage betreft, geldt dat het oordeel van een buitenlandse rechter dat tussen partijen geen overeenkomst tot stand is gekomen, in

²⁰³ Zie art. 32 EEX-Vo. Zie ook Zilinsky 2005, p. 84.

²⁰⁴ Briggs 2008, p. 334-335, nr. 8.70-8.71.

Nederland niet erkend behoeft te worden. De Nederlandse rechter of een scheidsrecht kan in een dergelijk geval dus wel degelijk tot de conclusie komen dat de buitenlandse procedure in strijd was met een overeenkomst tot arbitrage. Toch is ook in dit geval de toekenning van schadevergoeding niet mogelijk. Het systeem van de EEX staat hieraan in de weg.

Van belang daarbij is ten eerste dat op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie geldt dat het aan de eerst aangezochte rechter is om zich over zijn bevoegdheid uit te laten en dat rechters van andere lidstaten zich daar niet in mogen mengen (zie paragraaf 11.3.5). Door echter schadevergoeding toe te kennen wegens het feit dat een partij voor de buitenlandse rechter procedeert, mengt de rechter zich wel in deze vraag. Daarbij is niet van belang dat in theorie geen oordeel over de bevoegdheid wordt gegeven, maar enkel een beoordeling plaatsvindt van het gedrag van de partij die de procedure is begonnen. In het arrest *Turner/Grovit c.s.* verwerpt het Hof van Justitie dit argument door te overwegen dat wanneer aan een partij het verwijt wordt gemaakt dat zij een beroep doet op de rechtsmacht van een gerecht van een andere lidstaat, dit een beoordeling inhoudt van de relevantie van het instellen van een vordering voor dat gerecht.²⁰⁵ Er bestaat naar mijn mening in dit verband geen verschil tussen een 'anti-suit injunction' en het toekennen van schadevergoeding. In beide gevallen ligt hieraan immers het oordeel ten grondslag dat een partij ten onrechte voor de buitenlandse rechter heeft geprocedeerd.

Ook de verplichting tot erkenning van de inhoudelijke uitspraak van de buitenlandse rechter op grond van artikel 33 EEX-Vo staat aan het toekennen van schadevergoeding in de weg. Peel denkt hier anders over, aangezien naar zijn mening in de procedure tot schadevergoeding een andere vraag beantwoord wordt dan de vraag die in de oorspronkelijke procedure aan de orde was. Het gaat in de procedure tot schadevergoeding om de vraag wat de uitkomst van de procedure zou zijn geweest als eiser de bevoegdheidsovereenkomst was nagekomen. Deze vraag kan niet door de buitenlandse rechter beantwoord zijn.²⁰⁶ Het toekennen van schadevergoeding lijkt mij echter wel degelijk strijdig met de doelstellingen van de EEX-regeling. Indien Nederland de buitenlandse uitspraak erkent waarbij A aan B € 300.000 dient te betalen, maar vervolgens B veroordeelt om € 300.000 schadevergoeding te betalen aan A wegens schending van de bevoegdheidsovereenkomst, wordt wellicht naar de letter aan de vereisten van artikel 33 EEX-Vo voldaan, maar feitelijk wordt de uitspraak van de buitenlandse rechter ongedaan gemaakt. Dit valt niet te rijmen met de doelstelling van de EEX-regeling om eenvoudige erkenning van elkaars gerechtelijke uitspraken mogelijk te maken.²⁰⁷

Indien de rechter van een andere EEX-staat de zaak in behandeling heeft genomen, staat de EEX-verordening kortom aan toewijzing van een vordering tot

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

206 Peel 1998, p. 207-209; zie ook *CMA CGM SA v Hyundai Mipo Dockyard Co Ltd* [2008] 2 CLC 687, QBD, nr. 37 e.v., p. 703 e.v.

207 Zie nr. 2, 10, 16 van de preambule bij de verordening. Zie ook Merrett 2006, p. 334; Briggs 2008, p. 336-337, nr. 8.74.

schadevergoeding wegens schending van een bevoegdheidsovereenkomst door de Nederlandse rechter of door arbiters in de weg.²⁰⁸

11.7 Schadevergoeding bij schending van overige procesovereenkomsten

Indien een partij een verbintenis uit een andere procesovereenkomst dan een bevoegdheidsovereenkomst schendt, zal de schade vaak enkel bestaan uit proceskosten. De rechter in de primaire procedure zal de procesovereenkomst immers in principe afdwingen en hierdoor voorkomen dat meer schade ontstaat. Een voorbeeld is het royement. Partijen kunnen zelf de gevolgen van het royement bepalen en kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat de procedure hierdoor definitief is geëindigd. Indien een van de partijen de zaak vervolgens toch weer op de rol wil plaatsen, zal de rechter, indien de wederpartij een beroep doet op de overeenkomst, dit weigeren. De schade bestaat in dat geval dus enkel uit de proceskosten die deze wederpartij in het incident heeft moeten maken. In dergelijke gevallen komen de proceskosten in principe volledig voor vergoeding in aanmerking. Zij kunnen in een aparte procedure gevorderd worden. Het is echter verreweg het meest wenselijk indien de rechter bij de proceskostenveroordeling in de hoofdprocedure al met deze contractschending rekening houdt. Van een partij mag verwacht worden dat zij reeds in dit verband op deze schending een beroep doet.

In sommige gevallen zullen zich naast proceskosten nog andere schadeposten voordoen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien een partij de verbintenis schendt om vrijwillig, zonder dagvaarding, in kort geding te verschijnen. De schade zal ten eerste bestaan uit de kosten die worden gemaakt doordat alsnog gedagvaard moet worden. Daarnaast lijdt de wederpartij schade als gevolg van het feit dat de voorlopige voorziening pas op een later tijdstip kan worden verkregen. Beide posten komen voor vergoeding in aanmerking.

In geval van schending van een verbintenis uit bewijsovereenkomst zal de schade vaak enkel bestaan uit proceskosten. Soms is zelfs onduidelijk of er wel schade is geleden. Dit doet zich voor indien partijen zijn overeengekomen om bepaalde stukken niet in het geding te brengen, en een van de partijen doet dit toch. De rechter zal de stukken in dat geval niet als bewijs gebruiken. Of de rechter de stukken wel onbewust in zijn beoordeling betreft, zal over het algemeen niet vast te stellen zijn. Er is in dat geval dus geen (aantoonbare) schade. Schade is nog wel denkbaar indien de wederpartij andere belangen bij geheimhouding heeft dan enkel winst in de procedure. Deze partij wil bijvoorbeeld voorkomen dat derden van bepaalde gegevens op de hoogte raken. Dergelijke schade komt in principe voor vergoeding in aanmerking.

208 Aannemelijk is dat op grond van de EEX de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis waarbij in een dergelijk geval schadevergoeding is toegekend geweigerd dient te worden. Weigeringsgrond is in dat geval strijd met de openbare orde of de goede zeden (zie art. 1063 lid 1 Rv).

11.8 Conclusie

In dit hoofdstuk is onderzocht in hoeverre nakoming gevorderd kan worden van verbintenissen uit procesovereenkomst en in hoeverre schadevergoeding wegens schending van deze verbintenissen toewijsbaar is. Gebleken is dat een veroordeling tot nakoming van een verbintenis uit procesovereenkomst slechts zelden mogelijk is. Het zal daarbij immers steeds gaan om het opleggen van een verbod met betrekking tot bepaald procesgedrag. In principe is het aan de rechter bij wie het materiële geschil aanhangig is om te beoordelen welke procesgedrag toelaatbaar is. Een andere rechter behoort zich daar niet in te mengen. Op dit uitgangspunt geldt echter een beperkt aantal uitzonderingen. Ten eerste kan aan een partij soms wel, ter afdwining van een verbintenis uit bevoegdheidsovereenkomst, een verbod worden opgelegd om voor een buitenlandse rechter te procederen. Dit is het geval indien de wederpartij aantoont dat vertrouwen in dit gerecht niet gerechtvaardigd is. Daarnaast is denkbaar dat een partij op grond van een verbintenis uit bewijs-overeenkomst in kort geding wordt verboden om bepaalde stukken ter kennis van de bodemrechter te brengen (paragraaf 11.2-11.4).

Toewijzing van een vordering tot schadevergoeding wegens schending van een verbintenis uit procesovereenkomst is in een aantal gevallen mogelijk. In geval van een bevoegdheidsovereenkomst is het toekennen van schadevergoeding over het algemeen enkel mogelijk indien dit in overeenstemming is met het oordeel van de rechter bij wie de zaak in strijd met de overeenkomst aanhangig is gemaakt. Verklaart deze rechter zich wegens het bestaan van de overeenkomst onbevoegd, dan komen de in deze procedure gemaakte proceskosten voor vergoeding in aanmerking. Neemt deze rechter de zaak echter *wel* in behandeling, dan is schadevergoeding in principe uitgesloten (paragraaf 11.5-11.6).

Op dit uitgangspunt geldt een aantal uitzonderingen. De belangrijkste uitzondering doet zich voor indien het een buitenlandse rechter van een niet EEX-staat betreft. Schadevergoeding is dan namelijk mogelijk indien wordt aangetoond dat vertrouwen in dit gerecht niet gerechtvaardigd is, bijvoorbeeld doordat geen eerlijke procedure heeft plaatsgevonden (paragraaf 11.6.3.4).

Daarnaast is schadevergoeding toch mogelijk indien de reden dat de rechter de zaak in behandeling neemt niet is dat geen sprake is van een geldige bevoegdheidsovereenkomst, maar dat een beroep op deze overeenkomst in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Afhankelijk van de reden waarom strijd met de redelijkheid en billijkheid aan wordt genomen, zal de wederpartij dan vergoeding kunnen vragen van de extra proceskosten die zij heeft moeten maken doordat zij niet voor de aangewezen instantie heeft kunnen procederen (paragraaf 11.6.2.2).

Indien een partij een verbintenis uit een andere procesovereenkomst dan een bevoegdheidsovereenkomst schendt, zal de schade over het algemeen bestaan uit proceskosten. Deze kosten komen in principe voor vergoeding in aanmerking (paragraaf 11.7).