

van beroep in cassatie in algemene zin kan geschieden, dit ook voorafgaande aan het arbitraal geding, zoals bijvoorbeeld in algemene voorwaarden, moet onzes inziens worden aangenomen dat deze afstand ook krachtens een algemene bepaling in een arbitragereglement, zoals (thans) art. 35 lid 6 ICC Arbitration Rules 2017, effect kan sorteren.³² Juist omdat ingevolge art. 1064a lid 5 Rv van beroep in cassatie ook in algemene zin afstand kan worden gedaan, heeft de wetgever de afstand van beroep in cassatie niet toegelaten als een van de partijen een natuurlijk persoon is, niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Daarbuiten is geen beperking of bescherming nodig. Wij menen daarom dat een bepaling zoals art. 35 lid 6 ICC Arbitration Rules 2017 beroep in cassatie rechtsgeldig uitsluit en dat in de onderhavige zaak daarom geen beroep in cassatie openstaat.³³ Zulks zou uitzondering lijden, en daarvoor valt wel wat te zeggen, als op dit punt een materiële benadering van overgangsrecht wordt gevolgd en van belang wordt geacht of de uitsluiting van cassatieberoep ook al vóór 1 januari 2015 mogelijk was. Ofschoon wij zojuist hebben laten zien dat mag worden aangenomen dat dit laatste het geval is, moet wel worden opgemerkt dat vóór 1 januari 2015 niet precies duidelijk was op welke wijze beroep in cassatie kon worden uitgesloten. Nu vóór 1 januari 2015 niet precies duidelijk was dat dit (ook) mogelijk was in algemene termen krachtens een toepasselijk arbitragereglement, zoals nu volgens de wetgever ingevolge art. 1064a lid 5 Rv mogelijk lijkt, kan worden verdedigd dat in de onderhavige zaak de uitsluiting van het beroep in cassatie, die vóór 1 januari 2015 in alge-

mene termen via een arbitragereglement zou zijn gerealiseerd, geen effect sorteert.

prof. mr. G.J. Meijer
hoogleraar Arbitration & Dispute Resolution aan de Erasmus School of Law van de Erasmus Universiteit Rotterdam en advocaat te Amsterdam

mr. P.E. Ernste
onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat te Amsterdam

49

Beoordeling van de geldigheid van een forumkeuzebeding in een verlopen schriftelijke distributieovereenkomst die stilzwijgend is voortgezet

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
17 december 2019, nr. 200.236.286,
ECLI:NL:GHARL:2019:10863
(mr. Evers, mr. Stoutjesdijk, mr. Rinkes)
Noot mr. drs. ir. E.J.H. Zandbergen, mr. S. Lubberhuizen, deze noot heeft betrekking op «JBPr» 2020/37 en «JBPr» 2020/49

Forumkeuzebeding. Materiële geldigheid.

[Brussel I-bis Vo art. 25]

Het hof oordeelt in dit bevoegdheidsgeding over het antwoord op de vraag welk recht toepasselijk is op de rechtsgeldigheid van het forumkeuzebeding in een schriftelijke distributieovereenkomst die reeds vele jaren is verlopen. De handelsrelatie tussen partijen is nadien nog zestien jaar doorgezet. De materiële geldigheid van het forumkeuzebeding wordt volgens het hof ingevolge art. 25 Brussel I-bis Vo, in samenhang gelezen met considerans 20 van Brussel I-bis Vo, beheerst door het rechtsstelsel dat volgens het conflictenrecht van het gekozen forum op het forumkeuzebeding van toepassing is. Het hof meent dat, naast nietigheden wegens strijd met openbare orde, goede zeden en wilsgebreken, ook contractenrechtelijke aspecten als aanbod en aanvaarding worden beheerst door het rechtsstelsel dat volgens het con-

against an Award rendered there, this provision has been construed as requiring a specific exclusion agreement to this effect, which the relevant provision in the ICC Rules is not considered to satisfy?); vgl. ook Thomas Webster & Michael Bühler, *Handbook of ICC Arbitration*, Sweet & Maxwell 2018, p. 558.

32 Vgl. B.T.M. van der Wiel, 'Geheimhoudingsbedingen in geschillenbeslechtsreglementen: een wankele basis', *TvA* 2002/4, p. 131-133, die ervan uitgaat dat bepalingen in arbitragereglementen als algemene voorwaarden kunnen worden aangemerkt.

33 Vgl. omtrent art. 1064a lid 5 Rv in algemene zin ook G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1064a, aant. 6; H.J. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1064a, aant. 4.

flictenrecht van het gekozen forum op het forumkeuzebeding van toepassing is.

De vennootschap naar Frans recht,
Canson SAS te Annonay (Frankrijk),
appellante,
in eerste aanleg: gedaagde, verzoekster in het incident,
hierna: Canson,
advocaat: mr. T. Stouten,
tegen:
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid,
Koninklijke Talens B.V. te Apeldoorn,
geïntimeerde,
in eerste aanleg: eiseres, verweerster in het incident,
hierna: Talens,
advocaat: mr. J.W.B. van Till,

1. *Het geding in eerste aanleg*
(...; red.)

2. *Het geding in hoger beroep*
(...; red.)

2. *De vaststaande feiten*

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.8 van het vonnis in incident van 20 december 2017 (hierna: het vonnis).

3. *De motivering van de beslissing in hoger beroep*

3.1. In deze zaak gaat het om het volgende. Vanaf 1997 tot begin 2017 is Talens als exclusieve distributeur van Canson voor Nederland opgetreden. In maart 2017 heeft Canson de distributie-relatie met Talens met ingang van 1 april 2017 beëindigd. In verband daarmee heeft Talens Canson in september 2017 gedagvaard voor de rechtbank Gelderland. In deze procedure vordert Talens schadevergoeding van Canson vanwege het opzeggen van de langdurige distributierelatie zonder het in acht nemen van een redelijke opzegtermijn.

Canson heeft zich beroepen op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter. Zij wijst daarbij op een forumkeuze-beding dat is opgenomen in de tussen partijen van 1997 tot en met 2001 geldende schriftelijke distributieovereenkomst, waarin is vastgelegd dat de Franse rechter bevoegd is van geschillen tussen partijen kennis te nemen en deze dient te beoordelen naar Frans recht. Op

basis daarvan is volgens Canson de Franse rechter bevoegd van dit geding kennis te nemen en niet de Nederlandse rechter. Talens heeft zich daartegen verweerd door er op te wijzen dat de schriftelijke distributieovereenkomst op 31 december 2001 is geëindigd en dat partijen weliswaar daarna de handelsrelatie tot april 2017 hebben voortgezet, maar zonder dat een (nieuwe) forumkeuze is overeengekomen.

3.2. De rechtbank heeft in het vonnis het beroep van Canson op de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter verworpen. Naar het oordeel van de rechtbank werkt het forumkeuze-beding uit de overeenkomst van 1997 niet door in de daarop volgende (niet schriftelijk vastgelegde) handelsrelatie en is niet gesteld of gebleken dat partijen een nieuwe forumkeuze voor de Franse rechter zijn overeengekomen.

3.3. Canson is het niet eens met het vonnis van de rechtbank en heeft tussentijds hoger beroep ingesteld. De twee grieven die Canson aanvoert lenen zich voor gezamenlijke behandeling en beogen het geschil over de bevoegde rechter in volle omvang aan het hof voor te leggen.

Argumenten van partijen

3.4. Volgens Canson is het Franse recht van toepassing op grond van artikel 13.2 van de distributieovereenkomst in samenhang met artikel 3 lid 1 van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst van 19 juni 1980, Trb. 1980, 156 (hierna: EVO). Volgens Canson brengt het Franse recht met zich dat de schriftelijke distributieovereenkomst stilzwijgend is verlengd omdat partijen hun handelsrelatie ongewijzigd hebben voortgezet na de expiratiedatum van de schriftelijke distributieovereenkomst. Naar Frans recht heeft deze nieuwe overeenkomst dezelfde voorwaarden als de oorspronkelijke overeenkomst, zij het dat deze nieuwe overeenkomst geldt voor onbepaalde tijd. Volgens Franse wetgeving en jurisprudentie is een clause, waarin staat dat een overeenkomst automatisch eindigt na verloop van een bepaalde tijd, onvoldoende om stilzwijgende vernieuwing van de overeenkomst uit te sluiten, aldus Canson. Canson onderbouwt haar stellingen met een rapportage van de door haar ingeschakelde professor [A], deskundige op het gebied van dit onderdeel van het Franse recht. Canson zoekt voorts aansluiting bij het arrest van het HvJ EG in de zaak Iveco/Van Hool (HvJ EG 11 november 1986,

ECLI:EU:C:1986:423) en meer in het bijzonder op de volgende passage (onder punt 10) van dat arrest:

“Artikel 17 van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, moet aldus worden uitgelegd, dat wanneer een schriftelijke overeenkomst die een forumclausule bevat en die bepaalt dat zij enkel schriftelijk kan worden verlengd, verstreken is, doch verder tot juridische grondslag heeft gediend voor de voortgezette contractuele relaties tussen de partijen, die forumclausule aan de in genoemd artikel gestelde vormvereisten voldoet indien volgens het toepasselijke recht de partijen de oorspronkelijke overeenkomst geldig konden verlengen zonder de schriftelijke vorm in acht te nemen, of, zo dit volgens het toepasselijke recht niet mogelijk was, één der partijen de clausule of het geheel van stilzwijgend overgenomen bepalingen waarvan zij deel uitmaakt, schriftelijk heeft bevestigd, zonder dat de andere partij, die deze bevestiging heeft ontvangen, zich daartegen heeft verzet.”

Canson komt op basis daarvan tot de slotsom dat de handelsrelatie tussen partijen vanaf 2002 tot april 2017 (en daarmee dit geschil) nog steeds wordt beheerst door de bepalingen van de schriftelijke distributieovereenkomst van 26 februari 1997. Deze overeenkomst bevat een forumkeuze voor de Franse rechter. Hierdoor is volgens Canson de Nederlandse rechter onbevoegd.

Talens voert verweer. Volgens Talens is na de expiratiedatum nimmer sprake geweest van wils-overeenstemming over een forumkeuze voor de Franse rechter. Uit de bewoordingen van artikel 10.1 van de distributieovereenkomst volgt juist dat deze overeenkomst na de expiratiedatum (31 december 2001) niet langer als juridische basis voor de samenwerking tussen partijen tot 2017 had te gelden. Bij gebreke van een uitdrukkelijk overeengekomen forumkeuze, is de Nederlandse rechter bevoegd op grond het bepaalde in van artikel 7 lid 1 sub b van Verordening (EU) nr. 1215/2012, aldus Talens.

Juridisch kader

3.5. De vraag of de Franse dan wel de Nederlandse rechter bevoegd is van het door Talens ingeleide geschil kennis te nemen, wordt onder meer geregeld door de bepalingen van Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rech-

terlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van de beslissingen in burgerlijke en handelszaken, zoals laatstelijk gewijzigd op 26 november 2014 (PbEU 2015, L54), hierna te noemen: de herschikte Verordening. De herschikte Verordening is krachtens het bepaalde in artikel 66 van toepassing op rechtsvorderingen die vanaf 10 januari 2015 zijn ingeleid, zoals dit geschil waarin de dagvaarding in september 2017 is aangebracht.

De herschikte Verordening bepaalt, voor zover voor de beoordeling van dit geschil relevant:

Considerans onder 20:

“Of een forumkeuzebeding ten gunste van het gerecht of de gerechten van een bepaalde lidstaat nietig is wat haar materiële geldigheid betreft, dient te worden bepaald door het recht van die lidstaat, met inbegrip van het conflictenrecht van die lidstaat.”

Artikel 7 lid 1:

“Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat voor de volgende gerechten worden opgeroepen:

1. a) ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst, voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd;

b) voor de toepassing van deze bepaling is, tenzij anders is overeengekomen, de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt:
– *voor de koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken, de plaats in een lidstaat waar de zaken volgens de overeenkomst geleverd werden of geleverd hadden moeten worden;*

– *voor de verstrekking van diensten, de plaats in een lidstaat waar de diensten volgens de overeenkomst verstrekt werden of verstrekt hadden moeten worden;(...)”*

Artikel 25:

“1. Indien de partijen, ongeacht hun woonplaats, een gerecht of de gerechten van een lidstaat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die lidstaat bevoegd, tenzij de overeenkomst krachtens het recht van die lidstaat nietig is wat haar materiële geldigheid betreft. Deze bevoegdheid is exclusief, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. De overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht wordt gesloten:

a)	<i>hetzij bij een schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst;</i>
b)	<i>hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden;</i>
c)	<i>hetzij, in de internationale handel, in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen.</i>

2. Als 'schriftelijk' wordt tevens elke elektronische mededeling aangemerkt, waardoor de overeenkomst duurzaam geregistreerd wordt.

(...)

5. Een beding tot aanwijzing van een bevoegd gerecht dat deel uitmaakt van een overeenkomst, wordt aangemerkt als een beding dat los staat van de overige bepalingen van de overeenkomst.

De geldigheid van het beding tot aanwijzing van een bevoegd gerecht kan niet worden bestreden op grond van het enkele feit dat de overeenkomst niet geldig is."

3.6. De in artikel 25 lid 1 sub a van de herschikte Verordening bedoelde overeenkomst verlangt volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU dat de aangezochte rechter verplicht is te onderzoeken of tussen partijen wilsovereenstemming bestaat. Daarbij draagt het HvJ EU de aangezochte rechter op na te gaan of het forumkeuzebeding daadwerkelijk het voorwerp is geweest van wilsovereenstemming tussen partijen, die duidelijk en nauwkeurig tot uiting moet komen, waarbij de vormvereisten van artikel 25 lid 1 van de herschikte Verordening er in dat verband toe strekken te waarborgen dat de wilsovereenstemming inderdaad vaststaat (HvJ EU 8 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:173). Het begrip wilsovereenstemming moet daarbij verdragsautonoom worden uitgelegd en de voorwaarden van artikel 25 moeten aldus het HvJ EU in zijn arrest van 8 maart 2018 (punt 24) strikt worden uitgelegd.

De materiele geldigheid van het forumkeuzebeding dient volgens artikel 25 lid 1, gelezen in samenhang met punt 20 van de considerans bij de herschikte Verordening, te worden bepaald door het recht van de lidstaat van de als bevoegd aangewezen rechter, met inbegrip van het conflictenrecht van die lidstaat.

De zinsnede in artikel 25 lid 1 "tenzij de overeenkomst krachtens het recht van die lidstaat nietig is wat haar materiële geldigheid betreft" kwam niet voor in de voorlopers van de herschikte Verordening (Verordening (EG) nr. 44/2001 en het EEX-Verdrag).

3.7. De materiële geldigheid van het forumkeuzebeding, waaronder naar het oordeel van het hof, naast nietigheden wegens strijd met openbare orde, openbare zeden en wilsgebreken, ook contractenrechtelijke aspecten als aanbod en aanvaarding (juist ook in het licht van de door het HvJ EU in het geval van een forumkeuze vereiste duidelijk en nauwkeurig tot uitdrukking komende wilsovereenstemming) moeten worden begrepen, wordt aldus beheerst door het recht dat volgens het conflictenrecht van het gekozen forum op die overeenkomst van toepassing is. Een forumkeuzebeding valt buiten het (materiële) toepassingsgebied van het EVO (artikel 1 lid 2 sub d), zodat de geldigheid van een forumkeuzebeding in dit geval wordt beheerst door het door nationale conflictenrecht van de aangewezen rechter te bepalen toepasselijk recht.

3.8. Voor dit geschil betekent dat het volgende. Partijen verschillen van mening over de geldigheid van het in artikel 13.2 van de overeenkomst opgenomen forumkeuzebeding, waarin de Franse rechter als bevoegde rechter is aangewezen. Of de overeenkomst uit 1997 met inbegrip van het forumkeuzebeding, voortduurt zoals door Canson bepleit, dan wel dat aan de overeenkomst een definitief einde is gekomen op 31 december 2001, op basis van het bepaalde in artikel 10 lid 1 van de overeenkomst, zoals Talens bepleit, dient in dit geval dus te worden bepaald aan de hand van het toepasselijk recht, dat volgens Frans gemeen verwijsingsrecht op dat beding van toepassing is. Het hof verworpt de stelling van Canson dat in dit geval op grond van het arrest van het HvJ EU inzake Iveco/Van Hool (t.a.p.) reeds nu kan worden geconcludeerd dat Frans recht van toepassing is op de vraag of het forumkeuzebeding in artikel 13.2 van de overeenkomst nog geldig was voor de door partijen van 2002 tot 2017 voortgezette handelsrelatie. Met dat arrest heeft het HvJ EG uitleg gegeven aan artikel 17 van het EEX-Verdrag, een voorloper van de toepasselijke herschikte Verordening. Dat Verdrag kende echter niet de regel over de materiële geldigheid van het forumkeuzebeding, zoals deze thans in artikel 25 lid 1 van de herschikte Verordening is opgenomen. Datzelfde

geldt voor artikel 23 van Verordening (EG) nr. 44/2001, de directe voorloper van de herschikte Verordening.

Daarnaast volgt uit het Iveco/Van Hool arrest naar het oordeel van het hof niet zonder meer dat het HvJ EG met de zinsnede “toepasselijk recht” uit punt 7, 8 en 10 van dat arrest het in de overeenkomst gekozen recht heeft bedoeld, zoals Canson bepleit. Evenmin gaat het hof mee in de door Talens en de rechtbank gevolgde redenering dat met de in artikel 10 lid 1 genoemde expiratie-datum aan het forumkeuzebeding in dit geval, waarin partijen de handelsrelatie tot 2017 op dezelfde wijze hebben voortgezet, hoe dan ook geen werking mee toekomt. Naar het oordeel van het hof zal die vraag moeten worden beoordeeld aan de hand van het toepasselijk recht, dat volgens Frans conflictenrecht op dat beding van toepassing is.

3.9. Nu partijen het hof niet hebben voorgelicht over de vraag welk recht volgens het Frans conflictenrecht op het forumkeuzebeding en de (bestreden) geldigheid daarvan van toepassing is, is het hof voornemens zich terzake door een deskundige te laten voorlichten.

3.10. Het hof is voornemens daartoe als deskundige te benoemen Dr. [B] van de Stichting Internationaal Juridisch Instituut te Den Haag en haar de volgende vragen voor te leggen:

1. Welk recht is naar Frans conflictenrecht van toepassing op de beoordeling van de geldigheid van het forumkeuzebeding?

2. Indien het antwoord op vraag 1 Frans recht is: beheerst het forumkeuzebeding uit artikel 13.2 van de overeenkomst uit 1997 naar Frans recht de handelsrelatie zoals die tussen 2002 en 2017 tussen partijen heeft bestaan?

3. Kunt u, voor zover relevant voor de beantwoording van vraag 2, ingaan op het rapport van professor [A]?

4. Zijn er daarnaast op basis van uw deskundigheid andere opmerkingen die u wilt maken en die u relevant acht voor de beslissing van het hof?

Het door de voorgenomen deskundige in rekening te brengen voorschot bedraagt nihil. Het uurtarief van [B] bedraagt (in 2020): € 275,- per uur exclusief btw. Haar kosten zullen uiteindelijk ten laste worden gebracht van de partij die ten aanzien van de bevoegdheid door het hof in het ongelijk wordt gesteld.

3.11. Partijen zullen in de gelegenheid worden gesteld om zich uit te laten over de voorgestelde

persoon van de te benoemen deskundige, over de aan deze te stellen te vragen en over de hoogte van haar vergoeding. De zaak zal daartoe naar de rol worden verwezen voor het nemen van een akte, gelijktijdig door beide partijen. Indien een van partijen (of beide) niet kan (kunnen) instemmen met de door het hof voorgestelde deskundige, verzoekt het hof partijen tijdig met elkaar in overleg te treden en zo mogelijk gezamenlijk een persoon voor te dragen. Indien partijen daarover overeenstemming kunnen bereiken, kunnen zij daarvan bij de gelijktijdig te nemen akte mededeling doen aan het hof.

3.12. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden in afwachting van de voorgenomen opdracht aan de deskundige.

4. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep: verwijst de zaak naar de rol van 21 januari 2020 voor akte uitlating aan de zijde van beide partijen zoals bedoeld in rechtsoverweging 3.11; houdt verder iedere beslissing aan.

NOOT

Deze noot heeft betrekking op «JBPr» 2020/37 en «JBPr» 2020/49

1. De casus die aan onderhavig arrest ten grondslag ligt, is vrij overzichtelijk. Canson komt in 1997 een schriftelijke distributieovereenkomst overeen met Talens, op basis waarvan Talens als exclusieve distributeur voor Canson in Nederland optreedt. De distributieovereenkomst bevat een forumkeuzebeding waarin is bepaald dat de Franse rechter bevoegd is om van geschillen tussen partijen kennis te nemen. De schriftelijke distributieovereenkomst verloopt eind 2001, maar partijen hebben de distributierelatie tot 2017 stilzwijgend voortgezet zonder een nieuwe schriftelijke distributieovereenkomst c.q. verlenging van de oude schriftelijke distributieovereenkomst overeen te komen. Canson beëindigt vervolgens in april 2017 de distributierelatie, waarop Talens voor de Nederlandse rechter een procedure entameert waarin zij een schadevergoeding van Canson vordert vanwege het opzeggen van de langdurige distributierelatie zonder het in acht nemen van een redelijke opzegtermijn.

2. Canson beroept zich in eerste aanleg op het in de distributieovereenkomst opgenomen forumkeuzebeding, op grond waarvan de Nederlandse rechter onbevoegd zou zijn. De rechtbank heeft in haar vonnis in incident bepaald dat het beroep van Canson op het forumkeuzebeding niet opgaat, nu deze niet doorwerkt in de (niet in een schriftelijke overeenkomst vervatte) handelsrelatie van 2001 tot en met 2017. Canson heeft vervolgens (nu de rechtbank in het vonnis heeft bepaald dat tussentijds beroep mogelijk is) tussentijds beroep ingesteld tegen het vonnis in incident.

3. Het antwoord op de voornaamste vraag in dit geschil – zijnde de vraag of de forumkeuze uit de schriftelijke distributieovereenkomst geldig is voor de door partijen voortgezette handelsrelatie – dient te worden gevonden in art. 25 Verordening (EU) nr. 1215/2012 (Brussel I-bis Vo). Indien de forumkeuze onder het toepassingsgebied van Brussel I-bis Vo valt (inhoudende dat de rechtsverhouding voldoet aan het internationaliteitsvereiste en het geschil valt onder de reikwijdte van Brussel I-bis Vo, zoals uiteengezet in art. 1 Brussel I-bis Vo) en tevens valt onder de formele reikwijdte van art. 25 Brussel I-bis Vo (de forumkeuze wijst een rechter van een lidstaat aan), dan zal (tenzij verweerder verschijnt als bedoeld in art. 26 Brussel I-bis Vo) het forumkeuzebeding worden getoetst aan art. 25 Brussel I-bis Vo. Daarbij zij voor de volledigheid vermeld dat een forumkeuzebeding wordt gezien als een apart beding dat losstaat van de hoofdovereenkomst waarin het is vevat, waardoor een eventuele ongedigheid van de hoofdovereenkomst het forumkeuzebeding niet aantast.¹

4. Op grond van art. 25 Brussel I-bis Vo is voor een rechtsgeldige forumkeuze vereist dat, naast het vereiste dat deze betrekking heeft op een 'bepaalde rechtsbetrekking', er sprake is van wils-overeenstemming en daarnaast dient de forumkeuze aan een van de in art. 25 lid 1 sub a t/m c Brussel I-bis Vo vermelde vormvoorschriften te voldoen.² De vormvoorschriften beogen te waarborgen dat daadwerkelijk sprake is van wilsover-

eenstemming.³ Uit de rechtspraak van het HvJ EU kan worden afgeleid dat, behoudens tegenbewijs, wordt vermoed dat er sprake is van wils-overeenstemming indien aan een van voormelde vormvoorschriften is voldaan.⁴ Het begrip 'overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter' is een autonoom begrip en het bestaan van een dergelijke forumkeuze kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat aan voormelde vormvoorschriften is voldaan.⁵ De wilsovereenstemming en de vormvoorschriften dienen aldus door de geadieerde rechter verordeningsautonoom te worden beoordeeld. Zo heeft het HvJ EU bepaald dat een forumkeuzebeding in algemene voorwaarden aan de vormvereisten voldoet indien in de door partijen ondertekende overeenkomst uitdrukkelijk wordt verwezen naar deze algemene voorwaarden, de wederpartij bij een normale zorgvuldigheid deze verwijzing kan nagaan en tevens vaststaat dat deze algemene voorwaarden, met daarin het forumkeuzebeding, daadwerkelijk aan de wederpartij zijn meegedeeld.⁶ Aan de vormvereisten is volgens het HvJ EU ook voldaan indien bij online gesloten overeenkomsten op de website wordt geklikt op de knop inzake instemming met de algemene voorwaarden, mits dit gebeurde voorafgaande aan het aangaan van de overeenkomst (*click wrapping*).⁷ Verder heeft het HvJ EU bepaald dat algemene voorwaarden met een forumkeuzebeding die slechts op de uitgereikte facturen staan vermeld, niet aan de vereisten voldoen.⁸ Bovendien heeft het

1 Art. 25 lid 5 Brussel I-bis Vo.

2 P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 2008, par. 12.2.4.

3 HvJ EU 28 juni 2017, C-436/16, ECLI:EU:C:2017:497 (*Leventis en Vafias*), r.o. 34 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

4 L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2019, nr. 60 onder verwijzing naar HvJ EU 7 juli 2016, C222/15, ECLI:EU:C:2016:525, NIPR 2016/300 (*Höszig*) en HvJ EG 20 februari 1997, C-106/95, ECLI:EU:C:1997:70, NJ 1998/565 (*MSG/Gravières Rhénanes*).

5 HvJ EU 7 juli 2016, C-222/15, ECLI:EU:C:2016:525 (*Höszig*), r.o. 29-38 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

6 HvJ EU 7 juli 2016, C-222/15, ECLI:EU:C:2016:525 (*Höszig*), r.o. 39-40.

7 HvJ EU 21 mei 2015, C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334 (*El Majdoub*), r.o. 39-40.

8 HvJ EU 8 maart 2018, C-64/17, ECLI:EU:C:2018:173 (*Barbecook*), r.o. 27-29.

HvJ EU bepaald dat niet vereist is dat het forumkeuzebeding zodanig is geformuleerd dat louter op grond van de bewoordingen ervan kan worden bepaald welk gerecht bevoegd is, maar dat voldoende is dat het beding de objectieve elementen bevat waarover partijen overeenstemming hebben bereikt, waarbij die elementen (die voldoende nauwkeuring moeten zijn om de aangezochte rechter in staat te stellen te bepalen of hij bevoegd is) eventueel kunnen worden geconcretiseerd door de omstandigheden van het geval.⁹ Rome I is dan ook niet van toepassing op forumkeuzebedingen (art. 1 lid 2 aanhef en sub e Rome I Vo). Indien aan de vereisten is voldaan, is in beginsel sprake van een rechtsgeldige forumkeuze en is de in de forumkeuze aangewezen rechter in beginsel bevoegd.

5. Anders dan art. 23 Verordening (EG) nr. 44/2001 (Brussel I Vo), bevat art. 25 Brussel I-bis Vo vervolgens een tenzij-bepaling: de door de forumkeuze aangewezen rechter is bevoegd, tenzij de forumkeuze op basis van het recht van de lidstaat van de aangewezen rechter *nietig* is wat haar *materiële geldigheid* betreft. Of een forumkeuzebeding ten gunste van een gerecht van een lidstaat nietig is wat haar materiële geldigheid betreft, dient op grond van considerans 20 van Brussel I-bis Vo te worden bepaald door het recht van die lidstaat, met inbegrip van het conflictenrecht van die lidstaat. Een forumkeuze brengt daarmee impliciet op grond van voormelde tenzij-bepaling een rechtskeuze met zich die ziet op de eventuele nietigheid met betrekking tot de materiële geldigheid van de forumkeuze. In potentie worden daarmee drie verschillende rechtstelsels toepasselijk op de hoofdovereenkomst en de daarin vervatte forumkeuze, te weten (i) het recht dat (al dan niet op grond van een rechtskeuze) ziet op de hoofdovereenkomst, (ii) de verordeningsautonome interpretatie van het antwoord op de vraag of aan de vormvereisten van art. 25 Brussel I-bis Vo is voldaan en daarmee, behoudens tegenbewijs, of wilsovereenstemming met betrekking tot de forumkeuze bestaat en (iii) het recht dat ingevolge art. 25 Brussel I-bis Vo van toepassing is op de eventuele nietigheid van de forumkeuze (waaronder te-

vens het conflictenrecht van de lidstaat van het aangewezen gerecht).

6. Daarmee rijst de vraag welke aspecten van de forumkeuze onder de materiële geldigheid vallen en hoe het begrip materiële geldigheid zich verhoudt tot de eveneens voor art. 25 Brussel I-bis Vo vereiste wilsovereenstemming en de in art. 25 Brussel I-bis Vo vervatte vormvoorschriften. Brussel I-bis Vo geeft hiertoe geen enkele verduidelijking. Zo meent Strikwerda dat het begrip ‘materiële geldigheid’ ziet op nietigheid wegens strijd met de openbare orde en goede zeden en op andere contractenrechtelijke aspecten van het forumkeuzebeding, zoals de voorwaarden voor en de gevolgen van een beroep op wilsgebreken.¹⁰ Ibili meent dat ook de wilsovereenstemming onder het begrip ‘materiële geldigheid’ zou vallen.¹¹ Wij menen dat dit onaannemelijk is, nu daarmee de autonome vaststelling van de wilsovereenstemming terzijde zou worden geschoven.¹² Om dezelfde reden lijkt ons dit ook onaannemelijk ter zake van wilsgebreken. In geval van een wilsgebrek is weliswaar de wil wel gevormd, maar is deze gebrekkig tot stand gekomen.¹³ Een van de doelstellingen van art. 25 Brussel I-bis Vo is immers een ‘daadwerkelijke instemming van betrokken’ aangezien dit artikel strikt moet worden uitgelegd omdat het het algemene beginsel van art. 2 t/m 4 Brussel I-bis Vo en de bijzondere bevoegdheden van art. 7 t/m 9 Brussel I-bis Vo uitsluit.¹⁴

7. Naar ons idee leent deze uitleg van het begrip ‘materiële geldigheid’ zich dan ook voor enige nadere nuancering. Wij menen dat het (minst genomen) discutabel is of ook wilsovereenstemming en wilsgebreken onder de reikwijdte van het begrip ‘materiële geldigheid’ vallen. De ten-

9 HvJ EU 7 juli 2016, C-222/15, ECLI:EU:C:2016:525 (*Höszig*), r.o. 43 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

10 L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2019, nr. 60.

11 F. Ibili, commentaar op art. 25 Brussel I-bis Vo, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer, 2018 (online, bijgewerkt 1 januari 2020), nr. 15.

12 Zo ook L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2019, nr. 60.

13 Asser/Sieburgh 6-III 2018/208.

14 HvJ EU 21 mei 2015, C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334 (*El Majdoub*), r.o. 25 en 30 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

zij-bepaling van art. 25 Brussel I-bis Vo ziet immers (ook gelet op considerans 20) slechts op de eventuele *nietigheid* van de forumkeuze en lijkt daarmee niet tevens een eventuele vernietiging waarmee een wilsgebrek te omvatten. Daarnaast komt het ons vreemd voor indien allereerst aan de hand van een verordeningsautonome uitleg wordt vastgesteld of al dan niet sprake is van wilsovereenstemming (die in beginsel wordt afgeleid uit het voldoen aan de vormvereisten) en vervolgens aan de hand van het recht van een lidstaat (inclusief het conflictenrecht van die lidstaat) wordt geoordeeld of de wilsovereenstemming (vanwege een wilsgebrek) kan worden aangetaast.¹⁵ Een bevoegdheidsbeding, dat een procedurele functie heeft, wordt beheerst door de bepalingen van Brussel I-bis Vo, dat tot doel heeft eenvormige regels voor de internationale rechterlijke bevoegdheid in het leven te roepen alsmede om de rechtsbescherming te versterken door de eiser in staat te stellen om gemakkelijk te bepalen welk gerecht hij kan aanzoeken en de verweerder om redelijkerwijs te voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen.¹⁶ Een van de doelen van dit artikel is dus zekerheid voor de betrokken partijen en een zo eenvoudig mogelijke vaststelling van bevoegdheid zonder reeds inhoudelijk op het geschil in te gaan.¹⁷ Van belang is aldus dat op voorhand zo veel mogelijk eenduidig is of het forumkeuzebeding al dan niet rechtsgeldig is, zodat (na een relatief eenvoudige toetsing aan de vormvereisten (en overige voormelde criteria) van art. 25 Brussel I bis Vo) de bevoegde rechter zich kan buigen over het inhoudelijke geschil tussen partijen. Dit doel wordt naar onze mening niet, althans zeker niet eenvoudig, bereikt indien de geadeerde rechter eerst moet vaststellen of er in aanvulling op het voldoen aan de vormvereisten van art. 25 Brussel I bis Vo tevens sprake is van wilsovereenstemming en van afwezigheid van een wilsgebrek, waarbij deze wilsovereenstemming en dit wilsgebrek dienen

te worden beoordeeld naar het recht (inclusief conflictenrecht) van de lidstaat van de aangewezen rechter. Ook indien wilsovereenstemming wel verordeningsautonoom wordt beoordeeld (afgeleid van het voldoen aan de autonome vormvereisten), lijkt het ons om dezelfde reden niet gewenst dat wilsgebren alsnog naar het recht (inclusief conflictenrecht) van de lidstaat van de aangewezen rechter worden beoordeeld. De beoogde eenvoud en voorspelbaarheid komen dan in het geding en verder valt niet goed in te zien hoe een wilsgebrek een geobjectiveerde wilsovereenstemming kan aantasten, nu deze wilsovereenstemming wordt afgeleid uit het voldoen aan de eveneens objectieve vormvereisten. Daarbij kunnen we ons een wilsgebrek bij een forumkeuzebeding niet goed voorstellen. Voor zover een partij de gevolgen van een forumkeuzebeding verkeerd inschat, zal in principe sprake zijn van een rechtsdwaling, hetgeen (op enkele bijzondere uitzonderingen na) niet kan kwalificeren als een wilsgebrek. Bovendien, als er sprake is van een wilsgebrek, zal dit veelal zien op de hoofdovereenkomst zelf en zal de bevoegde rechter hierover dienen te oordelen. Maar op grond van art. 25 lid 5 Brussel I bis Vo staat het forumkeuzebeding los van de overige bepalingen van de overeenkomst en kan de geldigheid van een forumkeuzebeding niet worden bestreden op grond van het enkele feit dat de overeenkomst niet geldig is, juist omdat allereerst dient te worden vastgesteld welke rechter bevoegd is om over een dergelijk wilsgebrek of andere ongeldigheid van de hoofdovereenkomst te oordelen. Ons is dan ook geen relevante rechtspraak bekend waarin een forumkeuze werd vernietigd vanwege een wilsgebrek. Het lijkt ons dan ook dat enkel indien een forumkeuzebeding *nietig* is wat betreft haar materiële geldigheid betreft (wat naar onze mening erop lijkt te duiden dat de aangewezen rechter niet zijn eigen dwingend recht en zeker niet zijn eigen regels van openbare orde hoeft te negeren), het recht (inclusief conflictenrecht) van de lidstaat van de aangewezen rechter een uitzondering kan maken op het forumkeuzebeding. Mede gezien het doel van eenvoud en zekerheid, dient de geldigheid van het forumkeuzebeding en de intentie van partijen geen rol te

15 In gelijke zin P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer, 2008, par 12.5.

16 HvJ EG 3 juli 1997, C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337 (Benincasa), r.o. 25 en 26 (al zag dit nog op het Executieverdrag, welke geldt als voorloper van de Brussel I bis Vo).

17 HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, ECLI:EU:C:1999:142 (*Castelletti*), r.o. 48.

spelen.¹⁸ De toegevoegde tenzij-bepaling in art. 25 lid Brussel I bis Vo dient naar onze mening dan ook restrictief te worden uitgelegd. Dit lijkt ons ook in lijn met art. 5 lid 1 Haags Forumkeuzeverdrag, dat bepaalt dat een verdragsluitende staat die in een exclusief forumkeuzebeding is aangewezen, bevoegd is kennis te nemen van een geschil waarop het beding van toepassing is, tenzij het beding volgens het recht van die staat nietig is. Wij menen daarom, anders dan vernoemde schrijvers die aanknopend bij het recht van de geadieerde rechter dan wel de aangewezen rechter, dat ook wilsovereenstemming en wilsgebreken verordeningsautonom dienen te worden getoetst. Deze uitleg strookt ook met het gegeven dat het begrip 'overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter' verordeningsautonom dient te worden uitgelegd.¹⁹

8. Terug naar het onderhavige arrest. Allereerst valt op dat het hof meent dat niet alleen eventuele nietigheden wegens strijd met openbare orde en goede zeden²⁰ en wilsgebreken, maar ook contractenrechtelijke aspecten als aanbod en aanvaarding onder het begrip 'materiële geldigheid' vallen. Deze uitleg van het hof lijkt ons, zoals hierboven reeds uiteengezet, niet in lijn met hoe art. 25 Brussel I-bis Vo dient te worden geïnterpreteerd. Zoals reeds verduidelijkt, vallen naar onze mening noch de wilsovereenstemming noch eventuele wilsgebreken onder het begrip 'materiële geldigheid'. Het antwoord op de vraag of met betrekking tot de forumkeuze wilsovereenstemming is bereikt en of is voldaan aan de vormvoorschriften, dient door het hof aan de hand van art. 25 Brussel I-bis Vo verordeningsautonom te worden bepaald. Dit wordt door het hof ook zelf in rov. 3.6 overwogen,²¹ maar vervolgens stelt het hof toch dat de wilsovereenstemming met betrekking tot het forumkeuzebeding

aan de hand van Frans recht moet worden getoetst. Vervolgens menen wij dat het hof ook zelf verordeningsautonom had moeten onderzoeken of er inderdaad sprake is van wilsovereenstemming. Als gezegd, lijkt ons een wilsgebrek bij een forumkeuzebeding moeilijk voorstelbaar, maar er zou eventueel sprake kunnen zijn van tegenbewijs tegen het vermoeden dat uit het voldoen aan de vormvereisten een wilsovereenstemming kan worden afgeleid. Ervan uitgaande dat de forumkeuze is gebaseerd op wilsovereenstemming (die niet kan worden aangetast vanwege een wilsgebrek) en voldoet aan de vormvereisten van art. 25 Brussel I-bis Vo, zal ter zake van de bevoegdheid van de rechter enkel het antwoord op de vraag of de forumkeuze nietig is, moeten worden beoordeeld aan de hand van Frans recht.

9. Onze conclusie is dan ook dat de door het hof in r.o. 3.10 van het tussenarrest geformuleerde vragen aan de deskundige niet geheel juist althans te ruim geformuleerd zijn, nu het antwoord op die vragen slechts deels relevant horen te zijn. Het hof had naar onze mening zelf (verordeningsautonom) moeten beoordelen of voldaan is aan de vormvereisten van art. 25 Brussel I-bis Vo en of er sprake is van wilsovereenstemming met betrekking tot het forumkeuzebeding.

10. Hierbij speelt bovendien het feit dat in de schriftelijke overeenkomst weliswaar een forumkeuzebeding was opgenomen, maar dat deze schriftelijke overeenkomst is opgezegd en partijen zestien jaar lang de handelsrelatie hebben voortgezet. De vraag is dus of dit forumkeuzebeding van toepassing is op deze handelsrelatie. Canson beroept zich daarbij op het *Iveco/Van Hool*-arrest, waarin het HvJ EG onder meer – kort gezegd – heeft geoordeeld dat indien het toepasselijk recht van de oorspronkelijke overeenkomst mondelinge verlenging toestaat, partijen gebonden blijven aan alle bepalingen, inclusief een eventueel overeengekomen forumkeuzebeding.²² Het hof zal dus eerst dienen te bepalen welk recht op de handelsrelatie van toepassing is, nu dit bepaalt of het forumkeuzebeding nog van toepassing is. Bij verlenging van de overeenkomst zal ook de rechtskeuze naar Frans recht worden verlengd, maar indien er sprake is van

18 HvJ EG 16 maart 1999, C-159/97, ECLI:EU:C:1999:142 (*Castelletti*), r.o. 48-51.

19 L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2019, nr. 60 onder verwijzing naar HvJ EG 10 maart 1992, C-214/89, ECLI:EU:C:1992:115, NJ 1996/279 (*Powell Duffryn/Petereit*).

20 Het hof lijkt zich te verschrijven door te wijzen op strijd met 'openbare zeden'.

21 Het hof lijkt zich te verschrijven door de stellen dat het begrip wilsovereenstemming 'verdragsautonom' moet worden uitgelegd.

22 HvJ EG 11 november 1986, C-313/85, ECLI:EU:C:1986:423 (*Iveco/Van Hool*).

een nieuwe overeenkomst, is Nederlands recht van toepassing aangezien de distributeur Talens in Nederland is gevestigd (tenzij anders blijkt uit niet in het arrest vermelde feiten, lijkt het ons overigens onwaarschijnlijk dat andere voorwaarden zijn overeengekomen en er dus sprake zou zijn van een nieuwe overeenkomst). Als de deskundige bevestigt dat ook naar Frans recht mondelinge verlenging van een distributieovereenkomst mogelijk is, zal op grond van het *Iveco/Van Hool*-arrest naar verwachting het forumkeuzebeding nog van toepassing zijn, zodat enkel de nietigheid hiervan naar Frans recht nog dient te worden beoordeeld. Naar onze mening dient de deskundige louter te antwoorden op de vragen of naar Frans recht een distributieovereenkomst mondeling kan worden verlengd en of het forumkeuzebeding nietig is naar Frans recht. Alle andere vragen dient het hof te beantwoorden.

mr. drs. ir. E.J.H. Zandbergen
advocaat bij Stonewater te Amsterdam

mr. S. Lubberhuizen
advocaat bij Stonewater te Amsterdam

50

Vaststelling internationale bevoegdheid ten aanzien van een regresvordering jegens de erfgenamen van de schuldenaar

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
17 december 2019, nr. 200.242.761,
ECLI:NL:GHARL:2019:10869
(mr. Wattel, mr. Ter Heide, mr. Bronzwaer)
Noot mr. dr. C.G. van der Plas

IPR. Materiële reikwijdte. Rechtsmacht. Internationale bevoegdheid. Relatieve bevoegdheid. Samenhangende vorderingen. Onverenigbare beslissingen. Regres. Onrechtmatige daad. Handlungsort. Erfolgsoort. Erfrecht. Belastingenschuld.

[Brussel I bis art. 1 lid 2, 7 lid 1 en 2, 30;
Rome I art. 16; Rome II art. 20; BW art. 6:10]

Aan de orde in deze zaak is de materiële reikwijdte van Verordening Brussel Ibis, alsook de kwalificatie van een regresvordering in het kader van de bevoegdheidsregeling van diezelfde verordening. Het hof grondt zijn bevoegdheid op art. 7 lid 2 van deze verordening en sluit daarmee aan bij art. 20 Verordening Rome II op grond waarvan een regresvordering bij meervoudige aansprakelijkheid wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de onderliggende niet-contractuele verbintenis.

[Appellante] te [woonplaats],
appellante in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: eiseres in de hoofdzaak en verweerster in het incident,
hierna: [appellante],
advocaat: mr. B. Sujecki,
tegen:
1. [geïntimeerde sub 1],
en
2. [geïntimeerde sub 2],
beiden wonende te [woonplaats] (Polen),
geïntimeerden in het principaal hoger beroep,