

Asymmetrische forumkeuzes binnen de Franse rechtsfeer

Abstract

This article describes the legal uncertainty concerning asymmetric choice-of-court agreements referring to 'any other competent court' under the Brussels I Regulation that has arisen as a result of the Rothschild decision of the French Cour de Cassation. While the Rothschild decision seems to have been a mistake, legal uncertainty still exists about this kind of choice-of-court agreement within the French legal sphere according to the author. As becomes clear from an analysis of the ICH/Crédit Suisse and Apple/eBizcuss decisions of the Cour de Cassation, the Cour de Cassation appears to apply the CJEC's criterion on the validity of choice-of-court agreements as found in the CJEC's Coreck maritime/Handelsveem judgment in an incorrect manner. Furthermore, Article 25 of the Brussels I Regulation Recast has created room for national courts to apply grounds in substantive national law concerning the invalidity of agreements to choice-of-court agreements under the Brussel I Regulation Recast. French courts might use this room when French national law is applicable to an asymmetric choice-of-court agreement referring to 'any other competent court' in order to declare the choice-of-court agreement invalid. Recent changes in the French Code Civil provide French law with a ground to do so based on the abuse by one party of its economically dominant position. According to the author asymmetric choice-of-court agreements referring to 'any other competent court' therefore certainly still need to be avoided when they are subjugated to French national law.

1. Inleiding

Door het *Rothschild*-arrest van 26 september 2012 is commotie ontstaan over asymmetrische forumkeuzes binnen de EU.¹ In het *Rothschild*-arrest verklaarde de Franse Cour de Cassation de volgende asymmetrische forumkeuze ongeldig:²

* Mr. R.A.B. Cobussen was tijdens het schrijven van dit artikel werkzaam aan de Radboud Universiteit als docent privaatrecht. Thans is hij werkzaam aan de Universiteit Utrecht als docent privaatrecht.

- 1 Cour de Cassation 26 september 2012, nr. 11-26.022, ECLI:FR:CCASS:2012:C100983 (*Rothschild*). Voor de commotie, zie bijvoorbeeld: P. Ancel & G. Cuniberti, annotatie bij: Cour de Cassation 26 september 2012, Nr. 11-26.022, ECLI:FR:CCASS:2012:C100983, *Journal des Tribunaux Luxembourg* 2013, p. 7-12; R. Fentiman, 'Unilateral Jurisdiction Agreements in Europe', *Cambridge Law Journal* (72) 2013, p. 24-27; D. Kenny & R. Hennigan, 'Choice-of-Court Agreements, The Italian Torpedo, and the Recast of the Brussels I Regulation', *International and Comparative Law Quarterly* (64) 2015, p. 201; M. Keyes & B.A. Marshall, 'Jurisdiction Agreements: Exclusive, Optional and Asymmetrical', *Journal of Private International Law* (11) 2015, p. 346, 363-372; D. Martel, 'A la découverte de la clause attributive de juridiction potestative', *Recueil Dalloz* 2012, p. 2876-2879; Q. Forner-Delaygua, 'Changes to Jurisdiction Based on Exclusive Jurisdiction Agreements under the Brussels I Regulation Recast', *Journal of Private International Law* (11) 2015, p. 395, 402.
- 2 *Rothschild*-arrest: '...la clause (...) était contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I...'; Forumkeuzes zijn asymmetrisch wanneer de ene partij beperkter is

'Eventuele geschillen tussen de cliënt en de bank zijn onderworpen aan de exclusieve rechtsmacht van de gerechten van Luxemburg. De bank houdt zich desalniettemin het recht voor een procedure te starten voor het gerecht van de woonplaats van de cliënt of voor ieder ander bevoegd gerecht in afwijking van de voorgaande forumkeuze.'³

Asymmetrische forumkeuzes zoals in het *Rothschild*-arrest komen met enige regelmaat voor in de financieringspraktijk.⁴ In de Nederlandse rechtspraktijk komen asymmetrische forumkeuzes daarnaast in andere soorten overeenkomsten voor.⁵ In de Nederlandse rechtsliteratuur is tot op heden echter nauwelijks aandacht besteed aan het *Rothschild*-arrest.⁶ Dat is opmerkelijk aangezien de Cour de Cassation zich in het arrest heeft uitgelaten over een forumkeuze onder de Brussel I Verordening (verder: 'Brussel I')⁷ waarmee zij voor rechtsonzekerheid over de geldigheid van asymmetrische forumkeuzes onder deze verordening heeft gezorgd.⁸ Zo is in een geding voor de rechtbank Rotterdam al geprobeerd om de zienswijze uit het *Rothschild*-arrest ingang te doen vinden in de Nederlandse rechtspraak.⁹

Om deze leemte in de rechtsliteratuur op te vullen, wordt in paragraaf 2 de inhoud van het *Rothschild*-arrest en de kritiek daarop uiteengezet. Daarna wordt in paragraaf 3 ingegaan op het *ICH/Crédit Suisse*-arrest¹⁰ en het *Apple/eBizcuss*-arrest¹¹ waarin de Cour de Cassation genuanceerder lijkt te oordelen over asymmetrische forumkeuzes. Zoals ik zal betogen is daarmee de precedentenwerking binnen de EU van het *Rothschild*-arrest onder Brussel I afgenomen,

in de keuze van de fora waar zij een procedure kan starten dan de andere partij. Voor synoniemen van het begrip 'asymmetrisch', zie: M.E. Ancel, L. Marion & L. Wynaendts, 'Reflections on One-Sided Jurisdiction Clauses in International Litigation', *Banque & Droit* maart-april 2013, nr. 148, Engelse versie op www.ssrn.com, p. 7; D. Draguiev, 'Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability and Enforceability', *Journal of International Arbitration* (31) 2014, p. 19-20.

3 Vertaald door de auteur. De Franse tekst luidt: 'Les litiges éventuels entre le client et la banque seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux de Luxembourg. La banque se réserve toutefois le droit d'agir au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède.'

4 Fentiman 2013, p. 25 (zie noot 1); T.C. Hartley, *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, par. 1.3, p. 180; Keyes & Marshall 2015, p. 364 (zie noot 1); Y.T. Min, 'The Contractual Basis of the Enforcement of Exclusive and Non-Exclusive Choice of Court Agreements', *Singapore Academy of Law Journal* (17) 2015, p. 316-317.

De discussie over het gebruik van asymmetrische forumkeuzes in de financieringspraktijk binnen de EU kan wellicht door de Brexit kantelen.

5 Bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 16 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO4077, *NIPR* 2011, 52, r.o. 3.1, betreffende een garantieovereenkomst; HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8689, *NIPR* 2011, 348, r.o. 3.1, betreffende een internationale koopovereenkomst; Hof 's-Hertogenbosch 17 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4274, *NIPR* 2013, 379, r.o. 4.1, betreffende een distributieovereenkomst.

6 Wel in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem & A.A.H. van Hoek, 'Forumshopping', in: *Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Zutphen: Paris 2014, p. 34, 37-39, 57.

7 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1.

8 Beekhoven van den Boezem & Van Hoek 2014, p. 37-38 (zie noot 6).

9 Rb. Rotterdam 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7164, *NIPR* 2016, 108, r.o. 3.10: Het beroep op het potestatieve karakter van de forumkeuze is duidelijk gebaseerd op het *Rothschild*-arrest.

10 Cour de Cassation 25 maart 2015, nr. 13-27.264, ECLI:FR:CCASS:2015:C100415 (*ICH/Crédit Suisse*).

11 Cour de Cassation 7 oktober 2015, nr. 14-16.898, ECLI:FR:CCASS:2015:C101053 (*Apple/eBizcuss*).

maar blijft onzekerheid over de geldigheid van asymmetrische forumkeuzes binnen de Franse rechtssfeer bestaan. Dat is een gevolg van de wijze waarop de Cour de Cassation het Europees recht uit het *Coreck maritime/Handelsveem*-arrest¹² van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (verder: 'HvJ EG'/thans 'HvJ EU') lijkt toe te passen in deze latere arresten. Daarom wordt vervolgens in paragraaf 4 ingegaan op het belang van de jurisprudentielijn van de Cour de Cassation over asymmetrische forumkeuzes onder de inmiddels van kracht zijnde herschikte Brussel I Verordening (verder: 'Brussel Ibis').¹³ In deze paragraaf worden eveneens de voor de forumkeuze relevante recente veranderingen in het contractenrecht van de Code Civil belicht. Uiteindelijk concludeer ik dat het type asymmetrische forumkeuze zoals gebruikt in de financieringspraktijk nog steeds maar beter vermeden kan worden wanneer een band met de Franse rechtssfeer bestaat.

2. Het Rothschild-arrest

In het *Rothschild*-arrest waren de feiten als volgt. X had 1,7 miljoen euro belegd bij Edmond de Rothschild Private Banking in Luxemburg via de Franse tussenpersoon van deze bank, de Compagnie Financière Edmond de Rothschild, gevestigd te Parijs. X maakt een procedure aanhangig voor Le Tribunal de Grande Instance de Paris tegen beide rechtspersonen en stelt daarin dat zij door een fout van de Luxemburgse bank schade heeft geleden. De bank beroept zich op de forumkeuze zoals weergegeven in de inleiding en stelt dat de Franse rechter onbevoegd is.¹⁴ De Cour d'Appel Paris oordeelde in hoger beroep dat de forumkeuze als ongeschreven moest worden beschouwd aangezien de forumkeuze aan de bank de mogelijkheid liet om naar believen te kiezen voor een gerecht. Hierdoor was de forumkeuze volgens het hof in strijd met Brussel I.¹⁵

De Cour de Cassation bevestigde dit oordeel in het *Rothschild*-arrest en voegde daaraan toe dat de forumkeuze een potestatief karakter had waardoor de forumkeuze in strijd was met Brussel I.¹⁶ Dit oordeel van de Cour de Cassation is in de buitenlandse rechtsliteratuur bekritiseerd om zijn gebrek aan motivering.¹⁷ De vaststelling dat sprake was van potestativiteit waardoor strijdigheid met Brussel I ontstond, werd niet verder onderbouwd. Hierdoor is het onduidelijk of de Cour de Cassation met haar redenering over potestativiteit Frans nationaal recht heeft toegepast onder Brussel I of dat zij potestativiteit heeft willen introduceren als autonome Europese rechtsfiguur

12 HvJ EG 9 november 2000, C-387/98, ECLI:EU:C:2000:606, *NIPR* 2001, 30 (*Coreck maritime/Handelsveem*).

13 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1.

14 De beschermende bevoegdheidsregels voor consumenten uit Brussel I waren niet van toepassing: Ancel, Marion & Wynaendts 2013, p. 1 (zie noot 2).

15 Cour d'Appel Paris 18 oktober 2011, Nr. 11/03572: '...il n'autorise pas une clause à abandonner à une partie le choix d'une quelconque juridiction à sa discrétion,...'.

16 *Rothschild*-arrest: '...la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle revêtait un caractère potestatif à l'égard de la banque,...'.

17 Bijvoorbeeld: Fentiman 2013, p. 24-27 (zie noot 1).

onder de verordening.¹⁸ Beide mogelijk beoogde redeneringen zijn echter lastig te begrijpen/verdedigen.

2.1 Redenering één: Frans nationaal recht

Het ligt om verschillende redenen niet voor de hand dat de Cour de Cassation de nationale potestativiteitsregeling heeft toegepast. Om te beginnen gelet op de voorwaarden naar Frans recht voor potestativiteit in het licht van het betreffende forumkeuzebeding. Artikel 1170 van de Code Civil bevatte ten tijde van het geding de Franse potestativiteitsregeling:¹⁹

‘Een voorwaarde is potestatief wanneer die de uitvoering van de overeenkomst afhankelijk maakt van een gebeurtenis waarvan het al dan niet intreden onderworpen is aan de macht van één der contractsluitende partijen.’²⁰

In het destijds geldende artikel 1174 van de Code Civil werd vervolgens bepaald dat iedere verbintenis die onder een potestatieve voorwaarde wordt gesloten nietig is. De wilsovereenstemming van partijen over een *onvoorwaardelijke* forumkeuze stond in de *Rothschild*-zaak echter van begin af aan vast. De bank kreeg juist door het sluiten van een onvoorwaardelijk verbindende forumkeuzeovereenkomst een keuzemogelijkheid ten opzichte van haar cliënt. De binding van het forumkeuzebeding is daarmee niet afhankelijk van een toekomstige gebeurtenis die slechts de bank kan beïnvloeden. Met overtuiging kan dus worden beargumenteerd dat op grond van het Franse recht (artikel 1170 Code Civil destijds) simpelweg geen sprake is van potestativiteit in de forumkeuze uit het *Rothschild*-arrest. Het is daarom niet verbazingwekkend dat in de Franse rechtsliteratuur is aangekaart dat de toepassing van de Franse potestativiteitsregeling in casu niet vanzelfsprekend – of zelfs onjuist – is.²¹ Bovendien zou in casu eerder de Luxemburgse potestati-

18 Ancel & Cuniberti 2013, p. 8 (zie noot 1); D. Bureau, ‘Clause attributive de juridiction potestative et pluralité de défendeurs dans des actions fondées sur des lois différentes’, *Revue critique de droit international privé* 2013, randnr. 3, p. 258.

19 Tot 1 oktober 2016 gold het hier in vertaling weergegeven art. 1170 van de Code Civil. Na 1 oktober 2016 is de Franse potestativiteitsregeling in aangepaste vorm opgenomen in art. 1304-2 Code Civil: ratification de l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Projet de Loi Nr. 3928, 6 juli 2016, geraadpleegd op 27 september 2016 via <http://www.assembleenationale.fr/14/projets/pl3928.asp>; Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Journal Officiel de la République française* 2016, nr. 35, tekst nr. 26, art. 3, 1304-2, art. 9, geraadpleegd op 27 september 2016 via <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>.

20 Vertaald door de auteur. De Franse tekst luidt: ‘La condition potestative est celle qui fait dépendre l’exécution de la convention d’un événement qu’il est au pouvoir de l’une ou de l’autre des parties contractantes de faire arriver ou d’empêcher.’

21 Voor deze en andere kritiek: Ancel & Cuniberti 2013, p. 9-12 (zie noot 1); Bureau, randnr. 6, p. 259-260 (zie noot 18); H. Gaudemet-Tallon, ‘Compétence internationale: matière civile et commerciale: validité de la clause attributive de juridiction’, *Repertoire de droit international*, www.dalloz.fr, laatste actualisatie juni 2015, geraadpleegd op 22 juni 2016, section 3, art. 4, par. 2, nr. 120; Martel 2012, p. 2878-2879 (zie noot 1); L. Usunier, ‘Valse-hésitation à la Cour de cassation à propos du sort des clauses attributives de juridiction dissymétriques’, *La revue trimestrielle de droit civil* 2015, p. 844-845.

viteitsregeling van toepassing zijn geweest gezien de rechtskeuze voor Luxemburgs recht die aan de forumkeuze voorafging en het feit dat de gerechten van Luxemburg de enige direct duidelijk in de forumkeuze aangewezen gerechten zijn.²²

Zelfs als vanuit nationaal rechtelijk perspectief een potestativiteitsregeling wel toepasselijk zou zijn in het *Rothschild*-arrest, is het maar zeer de vraag of deze nationale regeling ook toepasbaar is onder Brussel I. In artikel 25 lid 1 Brussel Ibis is inmiddels de mogelijkheid tot toepassing van nationaal recht op een forumkeuzebeding uitgebreid (hierop wordt in paragraaf 4 verder ingegaan) maar voor toepassing van nationaal recht op een forumkeuzebeding bestaat onder Brussel I slechts zeer beperkt ruimte.²³ Vaststaat dat Brussel I autonoom de toelaatbaarheid van een forumkeuze en de vormvereisten die aan een forumkeuze gesteld worden bepaalt.²⁴ Het is tevens duidelijk dat op het gebied van de materiële eisen in bepaalde, door het HvJ EG nauw omschreven, situaties ruimte bestaat voor nationaal recht.²⁵ Het staat echter ter discussie in hoeverre er ruimte bestaat voor toepassing van materieel nationaal recht buiten deze omschreven situaties. Over het antwoord op de vraag of wilsovereenstemming autonoom of via nationaal recht dient te worden vastgesteld, bestaat bijvoorbeeld onduidelijkheid.²⁶ Uitgangspunt is dat de verordening zoveel mogelijk autonoom moet worden uitgelegd aangezien zij ten doel heeft om te voorkomen dat op de rechtsmachtvraag de uiteenlopende stelsels van nationaal recht van de lidstaten worden

-
- 22 Verschillende mogelijke theorieën over de vaststelling van toepasselijk nationaal recht onder art. 23 Brussel I leiden waarschijnlijk naar Luxemburgs recht, zie P.H.L.M. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht* (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2008, p. 402. De Luxemburgse Code Civil bevat echter exact dezelfde potestativiteitsregeling als de Franse Code Civil ten tijde van de *Rothschild*-uitspraak. Wellicht dat de Cour de Cassation daarom geen overweging wijdt aan de vraag welk nationaal recht van toepassing is: Code Civil Luxembourg, 19 maart 1803, versie geldend vanaf 24 februari 2012, <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/civil,art.1170>.
- 23 Art. 25 lid 1 eerste zin Brussel Ibis: '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.'
- 24 J. Kropholler & J. von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*, Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft 2011, randnr. 30, p. 423-424; Kuypers 2008, p. 401-402, 409 (zie noot 22); U. Magnus, 'Prorogation of Jurisdiction', in: U. Magnus & P. Mankowski (red.): *Brussels I Regulation*, München: Sellier European Law Publishers 2012, randnr. 88, p. 479; HvJ EG 24 juni 1981, C-150/80, ECLI:EU:C:1981:148 (*Elefanten Schuh/Jacqmain*), par. 25-26.
- 25 Bijvoorbeeld: In HvJ EG 19 juni 1984, C-71/83, ECLI:EU:C:1984:217, *NIPR* 1984, 326 (*Tilly Russ/Nova*), in par. 21, 24, is geoordeeld dat nationaal recht bepaalt of een derde treedt in de rechten en plichten van zijn rechtsvoorganger, waardoor die derde gebonden raakt aan een forumkeuze in een cognossement; in HvJ EG 11 november 1986, C-313/85, ECLI:EU:C:1986:423, *NIPR* 1987, 273 (*Iveco Fiat/Van Hool*), in par. 10, oordeelt het Hof dat het toepasselijke nationale recht bepaalt of een partij gebonden is aan een forumkeuze uit de overeenkomst na verlenging van de overeenkomst, wanneer die verlenging heeft plaatsgevonden in strijd met een vormvereiste uit de overeenkomst; en in het *Coreck maritime/Handelsveem*-arrest, in par. 26-27, wordt de regel uit het *Tilly Russ/Nova*-arrest bevestigd.
- 26 H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Parijs: Librairie générale de droit et de jurisprudence 2002, randnr. 152, p. 110-111; Kuypers 2008, p. 402-409 (zie noot 22); Magnus 2012, randnr. 75-76, 80, p. 473-476 (zie noot 24); L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2010, randnr. 47, 176, p. 41-42, 106.

toegepast.²⁷ Er kan dan ook worden betoogd dat de bepaling in het genoemde artikel 1170 van de destijds geldende Code Civil, die in feite de toelaatbaarheid van voorwaardelijke overeenkomsten beperkt, niet toepasbaar is op een forumkeuze onder Brussel I aangezien Brussel I de toelaatbaarheid zoals gezegd autonoom beheerst.²⁸

2.2 Redenering twee: potestativiteit als Europese rechtsfiguur

Als de Cour de Cassation een autonoom Europees potestativiteitsbegrip heeft willen formuleren dan heeft zij met deze uitspraak een erg ambitieuze, maar weinig overtuigende poging daartoe gedaan aangezien de uitspraak niet is gemotiveerd. Los van de vraag wat dit potestativiteitsbegrip precies zou moeten inhouden, kan een dergelijk begrip niet zomaar worden geïntroduceerd. Het bestaan van een Europees potestativiteitsbegrip is niet te beschouwen als een 'acte claire'. Daarom zou de Cour de Cassation gehouden zijn geweest om een prejudiciële vraag aan het HvJ EU te stellen.²⁹ Dit heeft de Cour de Cassation niet gedaan.

Het kan evenwel zijn dat de Cour de Cassation een prejudiciële vraag niet nodig achtte omdat de bepaling uit het EEX-Verdrag van 1968, die een asymmetrische forumkeuze expliciet toestond, is verwijderd uit Brussel I. Het EEX-Verdrag bepaalde in artikel 17 lid 4:³⁰

'Indien een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter slechts is gemaakt ten behoeve van een der partijen, behoudt deze het recht zich te wenden tot elk ander gerecht dat op grond van dit Verdrag bevoegd is.'

De bepaling is echter niet geschrapt uit Brussel I omdat de Europese wetgever deze vorm van asymmetrische forumkeuzes wilde verbieden. Aangenomen wordt dat in artikel 23 van Brussel I de niet-exclusieve forumkeuze in het algemeen is geaccepteerd, waardoor een expliciete bepaling over asymmetrische forumkeuzes niet meer nodig was.³¹ Asymmetrische forumkeuzes zijn immers een vorm van niet-exclusieve forumkeuzes. Zou de Europese wetgever de asymmetrische forumkeuze hebben willen verbieden, dan zou het voor de hand hebben gelegen enige opmerkingen aan dit nieuwe standpunt te wijden in bijvoorbeeld de preambule. Daarvan is geen sprake.³²

Doordat geen inhoudelijke wijziging is beoogd in de toegestane vormen van forumkeuzes, kan ervan worden uitgegaan dat jurisprudentie over forumkeuzebedingen gewezen onder het

27 HvJ EG 1 maart 2005, C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120, *NIPR* 2005, 152 (*Orwusu*), par. 43; HvJ EU 7 februari 2013, C-543/10, ECLI:EU:C:2013:62, *NIPR* 2013, 154 (*Refcomp/AXA*), par. 39.

28 Ancel, Marion & Wynaendts 2013, p. 5 (zie noot 2).

29 Keyes & Marshall 2015, p. 372 (zie noot 1).

30 Het EEG-Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Brussel 27 september 1968, *Trb.* 1969, 101, art. 17 alinea 4: De bepaling is blijven gelden tot aan de invoering van Brussel I.

31 Ancel & Cuniberti 2013, p. 9 (zie noot 1); Fentiman 2013, p. 25 (zie noot 1); Kropholler & von Hein 2011, randnr. 93, p. 456 (zie noot 24); Magnus 2012, randnr. 7, p. 445 (zie noot 24); Martel 2012, p. 2877-2878 (zie noot 1); Usunier 2015, p. 845 (zie noot 21).

32 Een mogelijke reden voor de verwijdering is dat in de praktijk moeilijk is vast te stellen welke partij de begunstigde is van een forumkeuze: Gaudemet-Tallon 2002, randnr. 157, p. 114-115 (zie noot 26); Magnus 2012, randnr. 7, p. 445 (zie noot 24); G.E. Schmidt, 'De EEX-verordening: de volgende stap in het Europese procesrecht', *NIPR* 2001, p. 160.

EEX-Verdrag ook nog geldig is onder Brussel I.³³ Ook het *Anterist/Crédit Lyonnais*-arrest van het HvJ EG is dus nog van belang. In dit arrest werd een forumkeuze zoals in het *Rothschild*-arrest als voorbeeld van een toegestane asymmetrische forumkeuze genoemd door het HvJ EG.³⁴ Mijns inziens is de toelaatbaarheid van een forumkeuze zoals in het *Rothschild*-arrest dus juist een ‘acte éclairé’.³⁵ De Cour de Cassation kon daarom zeker niet zonder het stellen van een prejudiciële vraag een autonome Europese potestativiteitsregeling invoeren ten aanzien van asymmetrische forumkeuzes zoals in de *Rothschild*-zaak.

2.3 Vergissing

Op geen enkele wijze is in te zien hoe de Cour de Cassation tot haar oordeel is gekomen dat een asymmetrische forumkeuze potestatief is en daarmee ontoelaatbaar/ongeldig. Het *Rothschild*-arrest is dus waarschijnlijk een vergissing geweest. In het *ICH/Crédit Suisse*-arrest en het *Apple/eBizcuss*-arrest lijkt dit vermoeden te worden bevestigd. De Cour de Cassation hanteert in deze twee arresten niet langer het potestativiteitsbegrip. In het *Apple/eBizcuss*-arrest werd een asymmetrische forumkeuze zelfs weer geldig bevonden. De precedentenwerking van het *Rothschild*-arrest is dus gering.³⁶ Een nadere beschouwing van deze latere arresten toont echter aan dat nog steeds rechtsonzekerheid bestaat.

3. De *ICH/Crédit Suisse*- en *Apple/eBizcuss*-arresten

De forumkeuze in het *ICH/Crédit Suisse*-arrest viel onder het, wat de forumkeuze betreft grotendeels gelijklopende, Verdrag van Lugano.³⁷ *Crédit Suisse* mocht, in afwijking van een forumkeuze voor de gerechten van Zürich of de gerechten in de plaats van de vestiging van de bank waarmee gecontracteerd werd, ieder ander bevoegd gerecht aanzoeken. De Cour d’Appel Angers keurde deze forumkeuze goed. In het *ICH/Crédit Suisse*-arrest vernietigde de Cour de Cassation de beslissing van de Cour d’Appel Angers omdat het hof had moeten onderzoeken op basis van welke objectieve elementen bepaalbaar was welke gerechten eventueel aangezocht zouden kunnen worden door *Crédit Suisse*. Door slechts te oordelen dat een disbalans in bevoegdheid tussen partijen geen reden is om strijdigheid van de forumkeuze met het Verdrag van Lugano aan te nemen, heeft het hof volgens de Cour de Cassation haar beslissing niet van een voldoende juridische basis voorzien.³⁸ Het lijkt dus alsof de Cour de Cassation in dit arrest oordeelde dat

33 Magnus 2012, randnr. 8, p. 445–446 (zie noot 24).

34 HvJ EG 24 juni 1986, C-22/85, ECLI:EU:C:1986:255, *NIPR* 1987, 449 (*Anterist/Crédit Lyonnais*), par. 14-15.

35 Vergelijk: Bureau 2013, randnr. 5, p. 259 (zie noot 18); Usunier 2015, p. 845 (zie noot 21).

36 Zie bijvoorbeeld recent in Engeland: High Court of Justice 12 Januari 2017, [2017] EWHC 161 (Comm), *Commerzbank AG v. Liquimar Tankers Management Inc*, r.o. 79-81.

37 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano 30 oktober 2007, *PbEU* 2007, L339/3: Dit arrest is door de bijna gelijklopende regeling relevant in de discussie over asymmetrische forumkeuzes binnen de Franse rechtssfeer onder Brussel I.

38 *ICH/Crédit Suisse*-arrest: ‘Qu’en se déterminant ainsi, sans rechercher si le déséquilibre dénoncé, en ce que la clause litigieuse réservait à la banque le droit d’agir contre l’emprunteur devant “tout autre tribunal compétent” et ne précisait pas sur quels éléments objectifs cette compétence alternative était fondée, n’était pas contraire à

de asymmetrische forumkeuze mogelijk geldig was, maar dat het vonnis van het hof leed aan een motiveringsgebrek. Wanneer het hof was ingegaan op de vraag of de forumkeuze objectieve elementen bevatte, dan zou de Cour de Cassation de forumkeuze wellicht wel als geldig hebben bestempeld.

In het daarop volgende *Apple/eBizcuss*-arrest van 7 oktober 2015 lijkt de Cour de Cassation op vergelijkbare wijze het oordeel van de Cour d'Appel Paris te toetsen. De Cour de Cassation oordeelde in dit arrest dat de Cour d'Appel Paris terecht heeft vastgesteld dat de forumkeuze in kwestie het mogelijk maakte om te bepalen welke gerechten mogelijk bevoegd waren waardoor de forumkeuze voldeed aan het voorzienbaarheidsvereiste.³⁹ Het lijkt erop dat de Cour de Cassation in dit geval oordeelde dat het hof haar oordeel wel voldoende heeft gemotiveerd.

3.1 *Het Coreck maritime/Handelsveem-criterium*

In beide zojuist behandelde arresten lijkt de Cour de Cassation zich te hebben geschikt naar Europees recht. In het *Coreck maritime/Handelsveem*-arrest bepaalde het HvJ EG dat een forumkeuze geldig is wanneer zij objectieve elementen bevat op basis waarvan partijen overeenstemming hebben bereikt over de keuze van gerechten. Die elementen moeten voldoende nauwkeurig zijn om de aangezochte rechter in staat te stellen te bepalen of hij bevoegd is en zij kunnen geconcretiseerd worden door de omstandigheden van het geval.⁴⁰ In de arresten lijkt de Cour de Cassation, weliswaar in haar eigen woorden, het Europeesrechtelijke toetsingscriterium te hanteren.⁴¹ Wanneer men in detail kijkt naar deze twee 'post *Rothschild*' arresten van de Cour de Cassation en de uitspraak van de Cour d'Appel Paris in de *Apple/eBizcuss*-zaak blijkt echter nog steeds een inhoudelijk oordeel van de Cour de Cassation zelf over de toelaatbaarheid van asymmetrische forumkeuzes in de arresten besloten te liggen.

Het *ICH/Crédit Suisse*-arrest betrof een asymmetrische forumkeuze uit een overeenkomst tussen een bank en een cliënt van dezelfde soort als in het *Rothschild*-arrest. In het *Apple/eBizcuss*-arrest stond een ander type asymmetrische forumkeuze uit een distributieovereenkomst centraal, namelijk het volgende:

l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique poursuivi par le texte susvisé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale.'

39 *Apple/eBizcuss*-arrest: 'Mais attendu qu'ayant relevé que la clause d'élection de for imposait à la société eBizcuss d'agir devant les juridictions irlandaises tandis qu'était réservée à son cocontractant, de manière optionnelle, la faculté de saisir une autre juridiction, la cour d'appel en a exactement déduit que cette clause, qui permettait d'identifier les juridictions éventuellement amenées à se saisir d'un litige opposant les parties à l'occasion de l'exécution ou de l'interprétation du contrat, répondait à l'impératif de prévisibilité auquel doivent satisfaire les clauses d'élection de for...'

40 *Coreck maritime/Handelsveem*-arrest, par. 15.

41 In de verschillende procedures wordt niet verwezen naar het arrest, maar inhoudelijk wordt het toetsingscriterium uit dit arrest wel toegepast. In het *ICH/Crédit Suisse*-arrest gebruikt de Cour de Cassation letterlijk 'objectieve elementen' als criterium (zie noot 38). In het *Apple/eBizcuss*-arrest lijkt de Cour de Cassation impliciet te oordelen dat de Cour d'Appel Paris de aanwezigheid van 'objectieve elementen' juist heeft vastgesteld, zie noten 39 en 43.

‘...partijen onderwerpen zich aan de rechtsmacht van de Ierse gerechten. Apple behoudt zich het recht voor om een procedure te starten tegen de distributeur voor de bevoegde gerechten in de plaats waar de distributeur is gevestigd of in elke rechtsmacht waar schade aan Apple wordt toegebracht.’⁴²

De Cour d’Appel Paris lijkt in haar *Apple/eBizcuss*-uitspraak vooral in dit inhoudelijke verschil tussen de forumkeuzes een reden te zien om de asymmetrische forumkeuze in deze zaak wel geldig te achten. Volgens de Cour d’Appel Paris bevat de forumkeuze in het contract tussen Apple en eBizcuss verschillende precieze criteria op basis waarvan bepaald kan worden welke gerechten bevoegd zijn en bevat de forumkeuze niet, zoals volgens haar het geval was in de *Rothschild*-zaak, de vrijheid voor Apple om naar believen te kiezen voor een gerecht.⁴³ Het hof lijkt dus van mening te zijn dat de forumkeuze in de *Apple/eBizcuss*-zaak wel aan het *Coreck maritime/Handelsveem*-criterium voldoet. Een forumkeuze zoals in de *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-arresten voldoet in haar ogen dus niet aan het criterium. Het hof concretiseert echter niet waarom in het *Apple/eBizcuss*-arrest wel sprake is van verschillende precieze criteria op basis waarvan voldoende bepaalbaar is welke gerechten eventueel aangezocht kunnen worden door Apple, maar stelt gewoonweg dat daarvan sprake is in de bewoording van deze forumkeuze.

De Cour de Cassation keurt in haar *Apple/eBizcuss*-arrest deze redenering van de Cour d’Appel Paris goed.⁴⁴ Daarmee lijkt de Cour de Cassation ook de redenering van de Cour d’Appel Paris, ertoe strekkende dat het type forumkeuze uit de *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-arresten niet aan het *Coreck maritime/Handelsveem*-criterium kan voldoen, goed te keuren. Deze interpretatie van het arrest vindt extra ondersteuning in een vergelijking van het oordeel van de Cour de Cassation in het *Apple/eBizcuss*-arrest met het oordeel van de Cour de Cassation in het *ICH/Crédit Suisse*-arrest (zie het begin van paragraaf 3). De Cour de Cassation lijkt in het *ICH/Crédit Suisse*-arrest vooral hoge eisen te stellen aan de motivering van het oordeel van de Cour d’Appel Angers over de bepaalbaarheid van mogelijk aan te zoeken gerechten op basis van de objectieve

42 Vertaald door de auteur. De Franse tekst luidt: ‘Le présent Contrat et les relations en découlant entre les parties seront régis par et interprétés conformément au droit de la République d’Irlande et les parties se soumettent à la compétence des tribunaux de la République d’Irlande. Apple se réserve le droit d’engager des poursuites à l’encontre du Revendeur devant les tribunaux dans le ressort duquel est situé le siège du Revendeur ou dans tout pays dans lequel Apple subit un préjudice.’

43 Cour d’Appel Paris 8 april 2014, nr. 13/21121: ‘...il ne peut être considéré que le choix de la juridiction compétente se trouve abandonné à la seule discrétion de ASI dès lors que seules les juridictions du lieu du siège social d’eBizcuss ou du lieu où le dommage a été subi par ASI peuvent être saisies ce qui exclut, au regard des critères précis édictés pour la détermination des juridictions compétentes, fussent elles multiples, tout caractère potestatif à l’égard de ASI de la prorogation de compétence stipulée en sa faveur laquelle ne recèle au surplus aucune contrariété avec les chefs de compétence édictés par le Règlement 44-2001 en matière contractuelle et délictuelle; Que dès lors, cette clause qui permet d’identifier les juridictions éventuellement amenées à se saisir d’un litige opposant les parties à l’occasion de l’exécution ou de l’interprétation du contrat, répond à l’impératif de prévisibilité auquel doivent répondre les clauses d’élection de for’. Met de bewoording ‘verschillende precieze criteria’ parafraseert het hof de objectieve elementen uit het *Coreck maritime/Handelsveem*-arrest. Zie noot 15 voor haar oordeel in de *Rothschild*-zaak.

44 *Apple/eBizcuss*-arrest: ‘...la cour d’appel en a exactement déduit que cette clause, qui permettait d’identifier les juridictions éventuellement amenées à se saisir d’un litige opposant les parties à l’occasion de l’exécution ou de l’interprétation du contrat, répondait à l’impératif de prévisibilité...’.

elementen.⁴⁵ In het *Apple/eBizcuss*-arrest stelt zij daarentegen geen hoge eisen aan de motivering van het oordeel van de Cour d'Appel Paris dat de mogelijk aan te zoeken gerechten bepaalbaar zijn. Daar was slechts het oordelen dat dit het geval was genoeg. Het verschil in uitkomst tussen het *ICH/Crédit Suisse*-arrest en het *Apple/eBizcuss*-arrest kan mijns inziens dus niet gebaseerd zijn op een verschil in motivering maar vindt haar grondslag dus waarschijnlijk in de toepassing van het *Coreck maritime/Handelsveem*-criterium door de Cour d'Appel Paris die de Cour de Cassation lijkt over te nemen.

3.2 Onjuist gebruik van het *Coreck maritime/Handelsveem*-criterium

Het is moeilijk te zeggen waar precies de grens ligt tussen een objectief element op basis waarvan bepaalbaar is waar geprocedeerd kan worden onder een forumkeuze en wanneer een forumkeuze te onbepaald is en dus tot rechtsonzekerheid leidt.⁴⁶ De Cour de Cassation lijkt de grens mijns inziens verkeerd te trekken. Van de forumkeuzes in de *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-arresten met de zinsnede 'ieder ander *bevoegd* gerecht/forum' kan volgens mij gezegd worden dat zij net zo goed een voldoende bepaalbaarheidsniveau hebben als de forumkeuze in het *Apple/eBizcuss*-arrest met de zinsnede 'elke rechtsmacht waar schade aan Apple wordt toegebracht'.⁴⁷ Beide typen asymmetrische forumkeuzes hanteren immers gangbare bevoegdheidsregels.

De forumkeuze uit het *Apple/eBizcuss*-arrest hanteert een criterium ('elke rechtsmacht waar schade aan Apple wordt toegebracht') waarmee kennelijk werd beoogd te wijzen op een aspect van de bevoegdheidsregel uit artikel 5 lid 3 Brussel I en artikel 7 lid 2 Brussel Ibis, in casu het begrip 'de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen', die de bevoegdheidsvraag in het geval van een onrechtmatige daad beheerst. De forumkeuze bevat dus een objectief element afkomstig uit de verordening op basis waarvan uiteraard bepaalbaar genoeg is welke gerechten bevoegd zijn. Dit betekent overigens niet dat deze bevoegdheidsregel voor de praktijk steeds duidelijk is.⁴⁸

Dat de forumkeuzes in de *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-arresten niet direct duidelijk maken welke gerechten bevoegd kunnen zijn, kan er dus niet toe leiden dat ze bij voorbaat ongeldig zijn. Het gaat erom of het bepaalbaarheidsniveau van de forumkeuze voldoende is.⁴⁹ De enige logische uitleg van het woordje 'bevoegd' in de zinsnede 'ieder ander bevoegd gerecht/forum' uit de *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-arresten is dat de bank slechts kan kiezen voor een gerecht

45 Zie noot 38.

46 Een compleet open forumkeuze inhoudende dat de bank mag procederen 'voor ieder forum naar haar keuze' zou bijvoorbeeld waarschijnlijk in strijd komen met de bepaalbaarheid en dus de rechtszekerheid, zie: Kropholler & von Hein 2011, randnr. 72, p. 445 (zie noot 24); Magnus 2012, randnr. 71, p. 470 (zie noot 24); Usunier 2015, p. 846 (zie noot 21).

47 Vergelijk: Ancel & Cuniberti 2013, p. 8-9 (zie noot 1); Bureau, randnr. 5, p. 259 (zie noot 18); Usunier 2015, p. 848 (zie noot 21).

48 HvJ EG 20 november 1976, C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166 (*Kalimijnen*); een van de laatste uitspraken: HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:36, *NIPR* 2015, 51; HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449, *NIPR* 2016, 298 (*Universal Music International Holding*). Zie voor de rechtspraak van het Hof in dit verband, J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen* (Praktijkreeks IPR nr. 16), Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2014, nr. 60 e.v.

49 Usunier 2015, p. 846 (zie noot 21).

op basis van de normale bevoegdheidsregels van – primair – Brussel I die gelden wanneer geen forumkeuze is gemaakt. Feitelijk wordt dus alleen de wederpartij van de bank gebonden aan een forumkeuze en kan de bank de normale bevoegdheidsregels van Brussel I hanteren. Dit leidt tot een verschil in rechten, maar ook bij dit type forumkeuze is mijns inziens voldoende bepaalbaar waar de bank kan procederen. Een dergelijke forumkeuze kan immers niet onbepaalbaar zijn – en daardoor strijdig met Brussel I – omdat zij aansluit bij de bevoegdheidsregels uit Brussel I. Het lijkt er dus op dat het verwerpen van dit type forumkeuze door de Cour de Cassation uiteindelijk niet gebaseerd is op een bezwaarlijk bepaalbaarheidsniveau maar op een inhoudelijk bezwaar tegen een groot verschil in rechten tussen partijen ten aanzien van hun forumkeuzebevoegdheid.⁵⁰

Een bezwaar van de Cour de Cassation tegen een groot verschil in rechten is begrijpelijk. De regeling over forumkeuzes uit artikel 23 Brussel I is echter in het leven geroepen om ruimte te geven aan de partijautonomie binnen de toelaatbaarheidsgrenzen van artikel 23 Brussel I. Zwakkere partijen worden in andere bepalingen van Brussel I beschermd tegen te bezwarende forumkeuzes.⁵¹ De Cour de Cassation kan dus niet eigenhandig een aanvullend beschermingsbeginsel in artikel 23 Brussel I introduceren. Daarnaast wijkt een dergelijke interpretatie ook nog eens af van de heersende opvatting in andere lidstaten van de Europese Unie. Daar lijken asymmetrische forumkeuzes van het *Rothschild*-en *ICH/Crédit Suisse*-type namelijk wel te worden geaccepteerd onder Brussel I.⁵² De Nederlandse rechter lijkt asymmetrische forumkeuzes die verwijzen naar een ‘bevoegde rechter’ bijvoorbeeld te accepteren.⁵³ De Nederlandse rechter ziet mijns inziens alleen geheel onbeperkte keuzemogelijkheden als problematisch.⁵⁴ Ook uit het *Anterist/Crédit Lyonnais*-arrest lijkt voort te vloeien dat het HvJ EU forumkeuzes van het *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-type als geldig beschouwt.⁵⁵ De Cour de Cassation lijkt haar afwijkende interpretatie echter wel te hanteren en zo haar eigen oordeel over de wenselijkheid van bepaalde contractuele verhoudingen in de plaats te stellen van het Europeesrechtelijke toetsingscriterium waardoor rechtsonzekerheid over asymmetrische forumkeuzes onder Brussel I blijft bestaan binnen de Franse rechtsfeer.

50 Een groot verschil in rechten tussen partijen is niet geheel toevallig precies waarover de Cour d'Appel Angers in de *ICH/Crédit Suisse*-zaak anders oordeelde dan de Cour de Cassation en de Cour d'Appel Paris lijken te doen in de *Rothschild*-zaak. Deze redenering van de Cour d'Appel Angers verwierp de Cour de Cassation vervolgens.

51 Magnus 2012, randnr. 1-6, p. 443-445 (zie noot 24); Ook onder Brussel Ibis: F. Garcimartín, 'Prorogation of Jurisdiction', in: A. Dickinson & E. Lein (red.), *The Brussels I Regulation Recast*, New York: Oxford University Press 2015, randnr. 9.91, p. 304; U. Magnus, 'Prorogation of Jurisdiction', in: U. Magnus & P. Mankowski (red.), *Brussels Ibis Regulation: Commentary*, Keulen: Otto Schmidt 2016, randnr. 3, p. 583.

52 Draguiev 2014, p. 27-32 (zie noot 2); Hartley 2015, par. 1.3, p. 180 (zie noot 4). In Bulgarije is een asymmetrische forumkeuze in een financieringsovereenkomst ook ongeldig verklaard. Dit betrof echter een nationale situatie: G. Cuniberti, 'Bulgarian Court Strikes Down One Way Jurisdiction Clause', *Conflict of Laws.net: News and Views in Private International Law*, 13 november 2012, geraadpleegd op 12 mei 2016 via <http://conflict of laws.net/2012/bulgarian-court-strikes-down-one-way-jurisdiction-clause/>; High Court of Justice 12 januari 2017, [2017] EWHC 161 (Comm), *Commerzbank AG v. Liquimar Tankers Management Inc*, r.o. 45-46.

53 Hof's-Hertogenbosch 17 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4274, r.o. 4.1, 4.9; Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:986, *NIPR* 2016, 200, r.o. 5.5.-5.6.

54 Rb. Rotterdam 22 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5293, *NIPR* 2015, 436, r.o. 3.6.

55 *Anterist/Crédit Lyonnais*-arrest, par. 14-15.

4. Asymmetrische forumkeuzes binnen de Franse rechtssfeer onder de herschikte Brussel I Verordening

Brussel Ibis bevat een regeling over de forumkeuze in artikel 25 die deels gelijk is gebleven aan de regeling uit artikel 23 Brussel I.⁵⁶ Nog steeds is een forumkeuze onder artikel 25 Brussel Ibis mogelijk in situaties waarin het maken van een forumkeuze niet in de verordening zelf is beperkt en er geen verdragsregeling voorrang heeft.⁵⁷ Ook regelt Brussel Ibis nog steeds autonoom de toelaatbaarheid van een forumkeuze en de vormvereisten gesteld aan een forumkeuze, maar wilsovereenstemming over de forumkeuze lijkt nu via nationaal recht te moeten worden vastgesteld door de rechters van de lidstaten.⁵⁸ Op basis van de wijzigingen in de regeling over de forumkeuze is er geen reden om aan te nemen dat de Franse toepassing van het *Coreck maritime/Handelsveem*-criterium zoals hiervoor uiteengezet niet meer mogelijk zal zijn onder Brussel Ibis.⁵⁹ De Franse rechter zal dus wellicht nog steeds naar eigen inzicht de geldigheid van het type asymmetrische forumkeuze zoals in de *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-arresten onder Brussel Ibis toetsen aan het *Coreck maritime/Handelsveem*-criterium.⁶⁰

Daarnaast is de wijziging in artikel 25 lid 1 van Brussel Ibis, waarin expliciet ruimte gecreëerd wordt voor nationaal recht, in het bijzonder relevant aangezien zij een expliciete toepassingsmogelijkheid biedt aan Frans nationaal recht. In artikel 25 lid 1 van Brussel Ibis is immers bepaald dat het recht van de lidstaat van het in de forumkeuze aangewezen gerecht de materiele nietigheid van de forumkeuze beheerst. Die beheersing geschiedt inclusief het IPR van die lidstaat.⁶¹ De Europese wetgever heeft met de wijziging in artikel 25 lid 1 Brussel Ibis willen aansluiten bij de bijna gelijklopende regeling uit het Haags Forumkeuzeverdrag.^{62,63} Daaruit kan worden afgeleid dat artikel 25 lid 1 Brussel Ibis ruimte geeft aan algemeen aanvaarde nationale

56 Voor een overzicht van de veranderingen: Garcimartín 2015, randnr. 9.04, p. 279 (zie noot 51); Magnus 2016, randnr. 7, p. 593-594 (zie noot 51).

57 Door exclusieve bevoegdheidsgronden of beschermingsregels zoals die zijn te vinden in verschillende artikelen van Brussel Ibis: zie noot 51. Voor verdragen die een regeling over de forumkeuze bevatten die voortgaan op de verordening, zie: Magnus 2016, randnr. 10-13a, p. 594-597 (zie noot 51).

58 Garcimartín 2015, randnr. 9.34, p. 286 (zie noot 51). Magnus 2016, randnr. 77-81h, 88, p. 626-631, 634-635 (zie noot 51); L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2015, randnr. 176, p. 115.

59 Arresten van het HvJ EG gewezen onder Brussel I blijven van belang: Garcimartín 2015, randnr. 9.71-9.80, p. 298-301 (zie noot 51); Magnus 2016, randnr. 79a, p. 627-628 (zie noot 51).

60 Wanneer een band met de Franse rechtssfeer bestaat is de Franse rechter waarschijnlijk bevoegd om zich over de geldigheid van de forumkeuze uit te laten: Kuypers 2008, p. 267-270 (zie noot 22). Bij een asymmetrische forumkeuze lijkt de regel uit art. 31 lid 2 van Brussel Ibis niet op te gaan. Daardoor is de kans op torpedo-acties voor de Franse rechter aanwezig.

Anders over het exclusieve karakter van een asymmetrische forumkeuze: High Court of Justice 12 Januari 2017, [2017] EWHC 161 (Comm), *Commerzbank AG v. Liquimar Tankers Management Inc*, r.o. 49-76. In de literatuur gaat men met regelmaat wel uit van het niet-exclusieve karakter van asymmetrische forumkeuzes: zie noot 31.

61 Zie noot 23 en par. 20 preambule.

62 Verdrag inzake bedingen van forumkeuze, 's-Gravenhage 30 juni 2005, *Trb.* 2009, 31.

63 Conclusie van advocaat-generaal Szpunar 7 april 2016, C-222/15 (*Höszig/Alstom Power*), par. 47, 49; Garcimartín 2015, randnr. 9.62, p. 295-296 (zie noot 51); C. Heinze, 'Choice of Court Agreements, Coordination of

regelingen die zien op materie als dwaling, bedrog, bedreiging en andere wilsgebreken.⁶⁴ Door deze erkenning van een rol voor nationaal recht zou Frans nationaal recht nu met een concrete juridische basis gebruikt kunnen worden om de geldigheid van asymmetrische forumkeuzes aan te testen.

4.1 Toepassing van Frans nationaal recht via artikel 25 lid 1 Brussel Ibis

De nieuwe regel uit artikel 25 lid 1 Brussel Ibis kan ertoe leiden dat een Franse rechter tot de conclusie komt dat via Frans recht de materiële nietigheid van de forumkeuze moet worden getoetst.⁶⁵ Die rechter zou vervolgens de Franse potestativiteitsregeling kunnen toepassen op basis van het *Rothschild*-arrest. Dat dit zal gebeuren lijkt mij echter onwaarschijnlijk gezien de beperkte precedentenwerking van het *Rothschild*-arrest (zie paragraaf 2).

Het voorgaande betekent niet dat artikel 25 lid 1 van Brussel Ibis niet op een andere wijze een probleem voor asymmetrische forumkeuzes kan opleveren wanneer de Franse rechter naar Frans recht over de materiële geldigheid van de forumkeuze oordeelt. In dit kader is de recente herziening van de Code Civil interessant. Op 6 juli 2016 is een voorstel tot herziening van de Code Civil op het terrein van contracten voorgelegd aan de Assemblée Nationale.⁶⁶ Deze herziene Code Civil is van kracht geworden op 1 oktober 2016.⁶⁷ In de herziene Code Civil (verder 'CC') valt in het kader van asymmetrische forumkeuzes vooral artikel 1171 CC op:

Proceedings an Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation', *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (75) 2011, p. 585.

- 64 M. Dogauchi & T.C. Hartley, *Explanatory Report on the Preliminary Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements*, Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, par. 125-126, p. 43; Garcimartín 2015, randnr. 6.69-6.70, p. 297-298 (zie noot 51); T.C. Hartley, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, Oxford: Oxford University Press 2013, randnr. 7.05, p. 130-131; Magnus 2016, randnr. 81g, p. 631 (zie noot 51).
- 65 Bij een asymmetrische forumkeuze is niet direct duidelijk via welk nationaal recht inclusief IPR het toepasselijk recht moet worden vastgesteld volgens de regel uit art. 25 lid 1 van Brussel Ibis omdat niet slechts één forum wordt aangewezen. Daarnaast is niet in alle lidstaten duidelijk hoe dit recht moet worden vastgesteld volgens het nationale IPR: *Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I*, JLS/C4/2005/03, 'Compilation of National reports Questionnaire 3', par. 2.2.25.2. Zo ook in Frankrijk: B. Audit & L. d'Avout, *Droit international privé*, Parijs: Economica 2013, randnr. 456, p. 407-408. (De Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEG* 2008, L 177/6 ('Rome I') is op deze vraag niet van toepassing volgens art. 1 lid 2 sub e van de verordening.) Het is dus moeilijk om te voorzien wanneer Frans nationaal recht daadwerkelijk van toepassing is op een asymmetrische forumkeuze.
- 66 Ratification de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Projet de Loi* Nr. 3928, 6 juli 2016, geraadpleegd op 27 september 2016 via <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3928.asp>.
- 67 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Journal Officiel de la République française* 2016, nr. 35, tekst nr. 26, art. 9, geraadpleegd op 27 september 2016 via <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>.

'Eder beding in algemene voorwaarden dat een beduidende onevenwichtigheid schept tussen de rechten en plichten van partijen bij een contract wordt beschouwd als ongeschreven. Een beoordeling van beduidende onevenwichtigheid kan niet het hoofddoel van het contract of de hoogte van de prijs in relatie tot de prestatie betreffen.'⁶⁸

Dit artikel lijkt welhaast geschreven voor forumkeuzebedingen zoals in de *Rothschild-* en *ICH/Crédit Suisse*-arresten. De nieuwe regeling heeft echter een beperkt toepassingsbereik aangezien een *lex specialis* over dit onderwerp bestaat voor consumenten in de Code de la Consommation evenals voor professionele partijen in de Code de Commerce.⁶⁹ Zelfs als de regeling van toepassing is op een contractuele relatie waarin een forumkeuze als in de *Rothschild-* en *ICH/Crédit Suisse*-arresten is opgenomen kan zij mijns inziens echter niet toegepast worden onder artikel 25 lid 1 Brussel Ibis. Artikel 1171 CC legt een beperking op aan het soort forumkeuzes dat overeengekomen kan worden via algemene voorwaarden. Extra toelaatbaarheidseisen van nationaal recht zijn echter niet toepasbaar onder Brussel Ibis. De bepaling maakt desalniettemin duidelijk dat ook de Franse wetgever niet welwillend staat tegenover de creatie van een verschil in rechten tussen partijen bij een contract.

4.2 Artikel 1143 Code Civil

Het nieuwe artikel 1143 CC leent zich wellicht wel voor toepassing onder artikel 25 lid 1 Brussel Ibis. Dit artikel luidt:

'Er is eveneens sprake van dwang wanneer een partij, doordat zij de afhankelijke staat waarin haar medecontractant zich bevindt misbruikt, haar medecontractant aanzet tot het aangaan van een verplichting waarmee niet zou zijn ingestemd in de afwezigheid van dergelijke dwang en zij daardoor een buitensporig voordeel geniet.'⁷⁰

Dwang is ingevolge artikel 1142 CC een reden tot vernietiging vanwege de gebrekkige wilsvorming waar hij toe leidt.⁷¹ Zoals hierboven vermeld geeft artikel 25 lid 1 Brussel Ibis ruimte aan nationale regelingen die zien op wilsgebreken. Het is uiteraard moeilijk te voorzien of de Franse rechter deze regeling zal gebruiken om asymmetrische forumkeuzes van het *Rothschild-* en *ICH/Crédit Suisse*-type te vernietigen. Daar bestaat gezien de bewoording van artikel 1143 CC enige ruimte voor omdat het artikel weinig concreet maakt wanneer bijvoorbeeld sprake is van een 'af-

68 Vertaald door de auteur. De Franse tekst luidt: 'Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.'

69 Over het toepassingsbereik van de nieuwe regeling bestaat discussie: X. Lagarde, 'Questions autour de l'article 1171 du code civil', *Recueil Dalloz* 2016, p. 2174-2179.

70 Vertaald door de auteur. De Franse tekst luidt: 'Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.'

71 Vernietigbaarheid valt ook onder art. 25 lid 1 Brussel Ibis: M.H. Ballesteros, 'The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast: the Solutions Adopted for Agreements on Jurisdiction', *Journal of Private International Law* (10) 2014, p. 302; Heinze 2011, p. 585 (zie noot 63).

hankelijke staat'.⁷² Aanwijzingen voor een antwoord op deze vraag zijn te vinden in de grondslag van het voorstel tot herziening van de Code Civil.

Zowel liberale als socialistische invloeden liggen ten grondslag aan de herziening.⁷³ In artikel 1143 CC is de socialistische grondslag duidelijk zichtbaar. Dit artikel is gericht op situaties van economische dwang en kan dus gebruikt worden om ongelijkheid, waar een groot verschil in economische verhoudingen toe kan leiden, te corrigeren.⁷⁴ Artikel 1143 CC lijkt dus ook gericht te zijn op verhoudingen tussen partijen zoals die waarvan sprake was in de *Rothschild-* en *ICH/Crédit Suisse*-arresten. Niet kan worden ontkend dat banken over het algemeen een sterkere onderhandelingspositie hebben dan hun cliënten. De cliënt dient de forumkeuze immers te accepteren wil hij van de diensten van de bank gebruik kunnen maken.⁷⁵ Uit het eerder gestelde in paragraaf 2 en 3 blijkt daarnaast dat de Franse rechter, althans de Cour de Cassation en de Cour d'Appel Paris, een verschil in rechten zoals in de asymmetrische forumkeuzes van het *Rothschild-* en *ICH/Crédit Suisse*-type niet gunstig gezind is. Het zou mij dus niet verbazen wanneer het socialistische element de overhand zal hebben in de uitleg door de Franse rechter van artikel 1143 CC onder artikel 25 lid 1 Brussel Ibis. Dat is mijns inziens niet per se wenselijk omdat een dergelijke uitleg eveneens, net als de Franse interpretatie van het *Coreck maritime/Handelsveem*-criterium, een beschermingsbeginsel lijkt te introduceren onder artikel 25 Brussel Ibis terwijl een beschermingsbeginsel alleen ten aanzien van bepaalde zwakkere partijen zoals omschreven in andere artikelen van Brussel Ibis lijkt op te gaan.⁷⁶ Bovendien kan men zich afvragen of bij deze Franse regeling sprake is van een algemeen aanvaard wilsgebrek.⁷⁷ Totdat duidelijk wordt in welke richting de jurisprudentie over artikel 25 lid 1 Brussel Ibis zich in combinatie met de herziene Code Civil en in het bijzonder artikel 1143 CC zal ontwikkelen, is het mijns inziens zeker raadzaam om asymmetrische forumkeuzes van het *Rothschild-* en *ICH/Crédit Suisse*-type te vermijden wanneer daarop Frans recht van toepassing is en de kans bestaat dat de Franse rechter dit recht toepast (tenzij men met een prejudicieel verzoek een uitspraak van het HvJ EU wil uitlokken).⁷⁸

72 N. Dissaux & C. Jamin, 'Le commentaire des articles 1100 à 1386-1', *Dalloz Code Civil*, article 1143, geraadpleegd 23 december 2016, www.dalloz.fr, zoek op: 1143 Code Civil; C.M.D.S. Pavillon, 'Een nieuw contractenrecht voor Frankrijk', *NTBR* 2015/11, p. 84-85.

73 S. van Loock, 'De hervorming van het Franse verbintenissenrecht: Le jour de gloire, est-il arrivé?', *Rechtskundig weekblad* 2014-2015, p. 1565-1566; Pavillon 2015, p. 78, 85 (zie noot 72).

74 B. Dondero, 'La Réforme du droits des contrats (ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016)', *Le Blog du professeur Bruno Dondero*, 12 februari 2016, geraadpleegd op 27 september 2016 via <https://brunodondero.com/2016/02/12/la-reforme-du-droit-des-contrats-ordonnance-n-2016-131-du-10-fevr-2016/>.

75 Deze forumkeuzes zijn echter in het algemeen ook in het belang van de wederpartijen van banken omdat deze forumkeuzes banken een grotere verhaalszekerheid verschaffen. Daardoor wordt krediet goedkoper: Fentiman 2013, p. 24 (zie noot 1).

76 Zie noot 51.

77 Het is de vraag of een nationale regeling over nietigheid op basis van economische dwang ook een regeling is waarvoor toepassingsruimte onder art. 25 lid 1 Brussel Ibis bestaat. In het toelichtend rapport op het Haags Forumkeuzeverdrag wordt immers gesteld dat ruimte bestaat voor *algemeen* aanvaarde nietigheidsgronden. Daarvan is bij een regeling op basis van economische dwang niet evident sprake: Dogauchi & Hartley, par. 126, p. 43 (zie noot 64).

78 Zie noot 65.

5. Conclusie

Op het *Rothschild*-arrest is veel kritiek geleverd. In haar latere arresten over asymmetrische forumkeuzes heeft de Cour de Cassation de term potestativiteit niet meer gehanteerd. Het *Rothschild*-arrest lijkt dus een vergissing te zijn geweest van de Cour de Cassation. Niettemin kan uit de wijze waarop de Cour de Cassation met asymmetrische forumkeuzes omgaat in de latere *ICH/Crédit Suisse*- en *Apple/eBizcuss*-arresten worden afgeleid dat zij ook na het *Rothschild*-arrest forumkeuzes die een partij een keuzebevoegdheid geven om te procederen voor ieder ander bevoegd gerecht problematisch vindt. Dit blijkt uit de wijze waarop de Cour de Cassation met het, uit het *Coreck maritime/Handelsveem*-arrest van het HvJ EG voortvloeiende, toetsingscriterium omgaat.

De Cour de Cassation lijkt van oordeel te zijn dat forumkeuzes van het *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-type niet aan het *Coreck maritime/Handelsveem*-criterium voldoen omdat zij geen objectieve elementen bevatten op basis waarvan bepaalbaar is welke gerechten aangezocht kunnen worden. Dit lijkt mij theoretisch onhoudbaar en deze redenering is ook niet in lijn met rechtspraak van andere lidstaten en met die van het HvJ EG/EU. Achter deze redenering van de Cour de Cassation gaat dan ook waarschijnlijk een andere opvatting schuil. De Cour de Cassation lijkt van mening te zijn dat forumkeuzes van het *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-type een te groot verschil in rechten tussen partijen creëren. De Europese wetgever heeft daarentegen speciale regelingen gegeven voor situaties waarin zij bescherming nodig achtte. Artikel 23 Brussel I en 25 Brussel Ibis zijn juist regelingen die de partijautonomie centraal stellen in de gevallen waarin dergelijke bescherming niet nodig werd geacht. Deze (mogelijke) redenering van de Cour de Cassation gebaseerd op een beschermingsgedachte is dus niet direct logisch onder Brussel I(bis). Aangezien de Cour de Cassation deze redenering wel lijkt te volgen dienen asymmetrische forumkeuzes van het *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-type onder Brussel Ibis nog steeds gemeden te worden wanneer enige kans bestaat dat de Franse rechter zich over de geldigheid van de forumkeuze zal buigen.

Door de rol die artikel 25 lid 1 Brussel Ibis geeft aan materieel nationaal recht kan Frans nationaal recht tegenwoordig gebruikt worden door de Franse rechter om asymmetrische forumkeuzes van het type *Rothschild* en *ICH/Crédit Suisse* ongeldig te verklaren wanneer Frans recht de materiële geldigheid van een forumkeuze beheerst. Het risico dat een Franse rechter hiertoe de nationale potestativiteitsregeling zal toepassen is niet groot. Het is eerder denkbaar dat een Franse rechter een andere grond in het nationale Franse recht vindt om dit doel te bereiken. De herziene Code Civil, deels gebaseerd op een socialistische grondslag, schept daar de mogelijkheid toe. Zo zou de wilsgebreenregeling uit de artikelen 1142 en 1143 CC wellicht gebruikt kunnen worden tegen asymmetrische forumkeuzes van het *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-type onder artikel 25 lid 1 Brussel Ibis. Gezien de beperking die de Franse wetgever in de vernieuwde Code Civil in artikel 1171 aan onevenwichtige bedingen stelt, artikel 1143 op economische dwang ziet (waarvan in de *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-arresten sprake zou kunnen zijn) en de Cour de Cassation ook eerder al niet schroomde om het nationale recht aan te wenden tegen asymmetrische forumkeuzes van dit type, is het naar mijn mening goed mogelijk dat de socialistische invloed op de oordeelsvorming van de Franse rechter over asymmetrische forumkeuzes van het *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-type het grootst zal zijn.

Dat dit type asymmetrische forumkeuze op deze wijze ongeldig wordt bevonden is niet per se wenselijk. Ook hier geldt dat zo een beschermingsgedachte ingang vindt onder een Europese

regeling die juist de partijautonomie voorop stelt. Daar staat tegenover dat de Europese wetgever onder Brussel Ibis het vaststellen van wilsgebreken aan de lidstaten zelf heeft willen overlaten. Hoewel daarbij lijkt te zijn gedacht aan algemeen aanvaarde wilsgebreken, is het niet ondenkbaar dat de Europese wetgever misschien ook ruimte heeft willen creëren voor rechtsopvattingen die niet in alle lidstaten gedeeld worden zoals de opvatting van de Franse rechter over asymmetrische forumkeuzes. Vanwege deze rechtsonzekerheid dienen asymmetrische forumkeuzes van het *Rothschild*- en *ICH/Crédit Suisse*-type onder Brussel Ibis voorlopig zeker vermeden te worden wanneer daarop Frans recht van toepassing is en de Franse rechter over de forumkeuze zal oordelen.