



Datum van
inontvangstneming

:

11/04/2016

Zaak C-136/16

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

7 maart 2016

Verwijzende rechter:

Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

2 februari 2016

Verzoekende partij:

Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento SA (Região Autónoma da Madeira, Portugal)

Verwerende partij:

Banco Santander Totta SA

Voorwerp van het hoofdgeding

Verzoek tot nietigverklaring van de contracten betreffende financiële derivaten („swap”-contracten) die zijn gesloten met verweerster, Banco Santander Totta SA, of, subsidiair, ontbinding van deze contracten wegens gewijzigde omstandigheden of, uiterst subsidiair, civielrechtelijke aansprakelijkstelling van verweerster wegens de schade die aan verzoekster is berokkend en dientengevolge, ingeval een van deze verzoeken wordt toegewezen, terugbetaling aan verzoekster van het bedrag van 6 767 255,19 EUR, te vermeerderen met verdragingsrente.

De door de verwijzende rechter te beantwoorden vraag ziet niet op de grond van de zaak zoals die is aangebracht in eerste aanleg, maar het is enkel van belang te weten of in de omstandigheden van de onderhavige zaak de clause (forumkeuzebeding) die in de tussen partijen gesloten contracten rechtsmacht inzake de beslechting van gedingen toekent aan de Engelse rechterlijke instanties,

van toepassing is zodat de Portugese rechterlijke instanties onbevoegd zijn, zoals is geoordeeld in de uitspraak in eerste aanleg en in het bestreden arrest.

Derhalve is de juiste uitlegging van het bepaalde in artikel 23, lid 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000, zoals thans van toepassing (verordening Brussel I), onontbeerlijk.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging van de verordeningen (EG) nr. 44/2001 en (EU) nr. 1215/2012 teneinde te bepalen of het forumkeuzebeding dat als bijlage is gevoegd bij het ISDA-contract [contracten ISDA (International Swap and Derivatives Association) betreffende derivaten en swaps die normaliter worden gesloten samen met financieringscontracten] dat tussen de partijen is gesloten tot waarborging van de contracten ter financiering van verzoeksters activiteiten, geldig is.

Prejudiciële vragen

1 – Vormt in een geding tussen twee binnenlandse ondernemingen van een lidstaat over overeenkomsten het bestaan, in die overeenkomsten, van een forumkeuzebeding ten gunste van een andere lidstaat een grensoverschrijdend bestanddeel dat voldoende is opdat verordeningen (EG) nr. 44/2001 en (EU) nr. 1215/2012 toepassing vinden teneinde de internationale rechtsmacht te bepalen, of is het noodzakelijk dat wordt vastgesteld dat ook andere grensoverschrijdende bestanddelen bestaan?

2 – Kan een forumkeuzebeding buiten toepassing worden gelaten indien de keuze voor de gerechten van een andere lidstaat dan die van de nationaliteit van de partijen voor een van de partijen ernstig ongemak oplevert zonder dat een beschermenswaardig belang voor de andere partij die keuze rechtvaardigt?

Ingeval wordt besloten dat naast het forumkeuzebeding andere grensoverschrijdende bestanddelen moeten bestaan:

3 – Bevatten de swapcontracten tussen Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, SA en Banco Santander Totta voldoende grensoverschrijdende bestanddelen opdat verordeningen (EG) nr. 44/2001 en (EU) nr. 1215/2012 toepassing vinden teneinde met betrekking tot gedingen over die contracten de internationale rechtsmacht te bepalen wanneer:

a) deze entiteiten onderdanen zijn van een lidstaat, Portugal, en in Portugal twee swapcontracten hebben afgesloten, bestaande uit één ISDA Master Agreement en twee „confirmations”, waarover de autonome regio Madeira als

vertegenwoordiger van Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, SA heeft onderhandeld;

b) de autonome regio Madeira, bijgestaan door Banco BPI, SA en door een advocatenkantoor, tijdens deze onderhandelingen meer dan één internationale bank heeft verzocht om voorstellen, waaronder JP Morgan;

c) Banco Santander Totta, SA volledig in handen is van Banco Santander, met zetel in Spanje;

d) Banco Santander Totta, SA als internationale bank actief is, met dochterondernemingen in verschillende lidstaten en onder een enkele merknaam, Santander;

e) Banco Santander Totta, SA in de ISDA Master Agreement werd beschouwd als een Multibranch Party, die met betrekking tot om het even welke verrichting betalingen kon uitvoeren en ontvangen via haar dochterondernemingen in Londen of Luxemburg;

f) ingevolge de ISDA Master Agreement de partijen in bepaalde gevallen hun rechten en plichten kunnen overdragen aan andere vertegenwoordigingskantoren of dochterondernemingen;

g) de partijen bij de swapcontracten het Engelse recht als toepasselijk recht hebben gekozen en forumkeuzebedingen hebben gesloten, waarbij de Engelse rechterlijke instanties exclusieve en volledige rechtsmacht wordt toegekend;

h) de contracten in het Engels zijn opgesteld en daarin Angelsaksische terminologie en begrippen worden gebruikt;

i) de swapcontracten zijn gesloten ter afdekking van het risico van rentevoetschommelingen van twee financieringsovereenkomsten, die beide in het Engels zijn opgesteld en werden gesloten met buitenlandse entiteiten (een met zetel in Nederland en een andere met zetel in Italië), waarbij in een van de financieringsovereenkomsten is bepaald dat de kredietnemers de betalingen moeten verrichten op een bankrekening van HSBC Bank Plc, te Londen, op data die zijn bepaald onder verwijzing naar de tijdzone van Londen, en deze contracten zijn onderworpen aan het Engelse recht en de Engelse rechterlijke instanties;

j) Banco Santander Totta, SA als tussenpersoon op de internationale markt heeft gehandeld en in de context van de internationale markt symmetrische risicodekkingscontracten heeft gesloten?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Verordening (EG) nr. 44/2001; artikel 23, lid 1

Verordening (EU) nr. 1215/2012

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 94 van de Código Processo Civil (wetboek burgerlijke rechtspleging)

„1. De partijen kunnen overeenkomen welke rechter bevoegd is voor de beslechting van een bepaald geding, of van de gedingen die kunnen ontstaan uit een bepaalde rechtsverhouding, op voorwaarde dat deze rechtsverhouding met meer dan een rechtsorde een aanknopingspunt vertoont.

2. Het forumkeuzebeding kan inhouden dat exclusieve bevoegdheid of in voorkomend geval slechts concurrerende bevoegdheid wordt toegekend aan de Portugese rechters, met dien verstande dat in geval van twijfel de Portugese rechters bij uitsluiting bevoegd zijn.

3. De forumkeuze is slechts geldig indien cumulatief aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) de forumkeuze betreft een geding over overdraagbare rechten;
- b) de forumkeuze is toegestaan naar het recht van het gekozen forum;
- c) de forumkeuze is gerechtvaardigd door een ernstig belang van beide partijen of van een van de partijen, mits zij niet leidt tot ernstig ongemak voor de andere partij;
- d) het geding valt niet onder de exclusieve bevoegdheid van de Portugese rechters;
- d) de forumkeuze wordt schriftelijk overeengekomen of bevestigd, met een uitdrukkelijke vermelding van de bevoegde rechter.

4. Voor de toepassing van het bepaalde in het vorige lid wordt een overeenkomst geacht schriftelijk te zijn wanneer zij blijkt uit een door partijen ondertekend document of verwoord is in uitwisseling van brieven, telexberichten, telegrammen of een ander communicatiemiddel dat schriftelijk bewijs oplevert, hetzij omdat deze akten direct de overeenkomst bevatten, hetzij omdat zij een beding bevatten dat verwijst naar een document met een dergelijke overeenkomst.”

Artikel 19, onder g), van wetsdecreet 446/85 van 25 oktober 1985 (regeling inzake algemene contractbedingen)

„Voorwaardelijk verboden bedingen

Verboden zijn, overeenkomstig het gestandaardiseerde onderhandelingskader, met name de volgende algemene contractbedingen:

[...]

g) forumkeuzebedingen die voor een van de partijen ernstig ongemak veroorzaken, zonder dat de belangen van de andere partij dat rechtvaardigen;

[...]”

Korte uiteenzetting van de feiten en procedure in het hoofdgeding

- 1 Verzoekster, Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento SA, is een regionaal overheidsbedrijf van de Região Autónoma da Madeira (autonome regio Madeira; hierna: „RAM”) (Portugal), met de rechtsvorm van een naamloze vennootschap die volledig met staatsmiddelen is gefinancierd, dat diensten van openbaar belang verricht, en valt onder de bepalingen van het handelsrecht en haar statuten, goedgekeurd bij regionaal wetgevend decreet nr. 21/2001/M van 4 augustus 2001.
- 2 Verzoeksters maatschappelijk doel bestaat in „het ontwerp, de promotie, de bouw en het beheer van projecten, acties en ondernemingen die integraal bijdragen tot de economische, sociale, sportieve en culturele ontwikkeling van de gemeenten Câmara de Lobos, Funchal, Santa Cruz en Machico in de Região Autónoma da Madeira.
- 3 Verzoekster heeft als kredietnemer de volgende financieringsovereenkomsten aangegaan:
 - financieringsovereenkomst van 13 december 2002 (gewijzigd op 17 januari 2003), met als medekredietnemers van verzoekster: de vennootschappen Sociedade Ponta do Oeste, Sociedade de Promoção e Desenvolvimento da Zona Oeste da Madeira, SA, Sociedade de Desenvolvimento do Porto Santo, SA, Sociedade de Desenvolvimento do Norte da Madeira, SA en Madeira Parques Empresariais, Sociedade Gestora, SA, en met als kredietgever Zarco Finance BV (hierna: „Zarco”), voor een bedrag van 190 000 000 EUR en met een looptijd tot in 2022;
 - financieringsovereenkomst van 30 oktober 2007, met als medekredietnemers van verzoekster: Empresas Públicas Regionais, en met als kredietgevers Banco Efisa, SA (hierna: „Banco Efisa”) en Banco OPI, SpA (hierna: „Banco OPI”), voor een bedrag van 125 000 000 EUR en met een looptijd tot in 2032.
- 4 De financieringsovereenkomst met Zarco is voorbereid door het advocatenkantoor Allen & Overy, met zetel te Londen.

- 5 Ingevolge beding 8.1 van deze overeenkomst moeten de kredietnemers de betalingen verrichten op een bankrekening van HSBC Bank in Londen.
- 6 De data van betaling aan de kredietgevers zijn bepaald onder verwijzing naar de tijdzone te Londen.
- 7 Ingevolge punt 19 van het financieringscontract met Zarco moet elke kennisgeving die krachtens de overeenkomst wordt gedaan, worden opgesteld in het Engels en moeten alle documenten die worden afgegeven krachtens de overeenkomst of ermee verband houden, in het Engels worden opgesteld of vergezeld gaan van een eensluidend verklaarde kopie in het Engels.
- 8 Partijen hebben de rechtbanken van Engeland aangewezen als de rechterlijke instanties bevoegd voor mogelijke geschillen die voortvloeien uit de financieringsovereenkomst met Zarco.
- 9 Overeenkomstig het bepaalde in de financieringsovereenkomst met Zarco wordt deze overeenkomst beheerst door het Engelse recht.
- 10 Banco OPI is een Italiaanse bank, met zetel te Rome.
- 11 De met Banco OPI gesloten financieringsovereenkomst is volledig in het Engels opgesteld.
- 12 In deze context heeft de Secretaria Regional do Plano e Finanças [regionale secretaris voor planning en financiën] verschillende financiële instellingen verzocht om voorstellen te doen, in wezen, ter vermindering van het risico van een hogere rentelast voor de overheidsschuld van de regio in het kader van de uitvoering van deze financieringsovereenkomsten.
- 13 Op 24 maart 2006 heeft de regionale regering van Madeira, bij monde van de Secretaria Regional do Plano e Finanças, aan Banco Santander Totta meegedeeld dat deze bank was uitgekozen „om een offerte te doen voor de financiële transacties met het oog op het beheer van de overheidsschuld van de regio (...), waaronder leningen die rechtstreeks door de Autonome Regio Madeira zijn aangegaan (...) of door entiteiten die uitsluitend met overheidskapitaal zijn gefinancierd”. Bij deze mededeling was de structuur van de te contracteren „swap” gevoegd.

„Swap” van 2006

- 14 Op 11 mei 2006 hebben verzoekster en verweerster een contract voor financiële derivaten („swap”; hierna: „swap van 2006”) ondertekend.
- 15 De swap van 2006 bevat de volgende contractuele bedingen die zijn terug te vinden onder de „Confirmation”:

„6. Definities en aanvullende bepalingen

Toepasselijk recht: De onderhavige transactie wordt beheerst door en uitgelegd overeenkomstig het Engelse recht.

Rechtsmacht: Binnen de grenzen gesteld door het toepasselijke recht verbindt elke partij zich onherroepelijk ertoe om:

(i) elk geschil, elke vordering of elke procedure in verband met deze transactie voor te leggen aan de Engelse rechterlijke instanties, en

(ii) te verzaken aan elk bezwaar dat zij op enig moment kan hebben betreffende de rechtsmacht die is toegekend in verband met de procedures die zijn ingesteld bij deze rechterlijke instanties, te verzaken aan enige aanspraak dat deze procedures zijn ingesteld bij een onbevoegd forum en bovendien te verzaken aan het recht om in verband met deze procedures als exceptie op te werpen dat deze rechterlijke instantie geen rechtsmacht over haar heeft.”

- 16 De swap van 2006 was gebaseerd op een kaderovereenkomst [volgens het model dat is opgesteld door International Swaps and Derivatives Association Inc., („ISDA”)], die op 13 juni 2006 door partijen is ondertekend.
- 17 Op basis van deze kaderovereenkomst („Master Agreement”) konden de partijen verschillende transacties aangaan (doorgaans per telefoon of elektronisch), die vervolgens op schrift werden gesteld in een document waarin de respectieve voorwaarden moesten worden vastgesteld („Confirmation”).
- 18 Elke transactie maakte aldus deel uit van één enkele overeenkomst, de Master Agreement, die alle tussen de partijen aangegane transacties regelde, alsof het om één enkel contract ging.
- 19 De ISDA Master Agreement van 13 juni 2006 bevatte, volgens hetgeen is aangegeven in de bijlage, dezelfde bedingen als de swap van 2006 betreffende het toepasselijke recht, de rechtsmacht van de Engelse rechterlijke instanties en het verzaken door de partijen aan enig bezwaar tegen de rechtsmacht van deze rechterlijke instanties.
- 20 De Master Agreement van 13 juni 2006 bepaalde bovendien dat elke partij met betrekking tot zichzelf, haar inkomsten en activa (ongeacht het gebruik of bedoelde gebruik daarvan) verzaakte aan immuniteit op grond van soevereiniteit of enige andere grond voor (i) gerechtelijke procedures, (ii) de rechtsmacht van enige rechter, (iii) redres via injuncties, specifieke tenuitvoerlegging of terugvordering van goederen, (iv) inbeslagname van haar activa (hetzij vóór hetzij na een rechterlijke uitspraak) en (v) tenuitvoerlegging of uitvoering van een rechterlijke uitspraak waarop zij, haar inkomsten of activa aanspraak kan maken in een procedure voor enige rechterlijke instantie van een rechtsmacht, en ermee instemde zich niet op deze immuniteit te beroepen in enige procedure.

- 21 Op 13 juni 2009 hebben verzoekster en Banco Santander Totta de voorafgaande bevestiging van een renteswap ondertekend, waarbij zij de swap van 2006 hebben geherstructureerd, en op 14 december 2009 hebben zij de herstructurering van de swap van 2006 geformaliseerd door de respectieve „Confirmation” te ondertekenen.
- 22 Deze „Confirmation” bevatte in wezen dezelfde bepalingen als de ISDA Master Agreement van 13 juni 2006 betreffende de toepasselijkheid van het Engelse recht, de rechtsmacht van de Engelse rechterlijke instanties en het verzaken van de partijen aan enig bezwaar.
- 23 Bij de onderhandelingen over en de ondertekening van de swap-contracten met Banco Santander Totta werd RAM technisch bijgestaan door Banco BPI en juridisch bijgestaan door het advocatenkantoor Abreu, Cardigos & Asociados.

„Swap” van 2008

- 24 Op 10 maart 2008 heeft RAM Banco Santander Totta ervan in kennis gesteld dat zij wenste het risico van de financiering die was aangegaan met het consortium Banco Efisa/Banco OPI, te dekken.
- 25 Op 12 maart 2008 heeft Banco Santander Totta voorstellen gedaan ter dekking van het risico van deze financieringsovereenkomst.
- 26 Op 8 mei 2008 heeft de verzoekende partij en Banco Santander Totta de structuur van de te sluiten swap vastgelegd in de voorafgaande bevestiging van het renteswapcontract en op 9 juni 2008 hebben zij een contract voor financiële derivaten (hierna: „swap van 2008”) geformaliseerd door de respectieve „Confirmation” te ondertekenen.
- 27 Deze „Confirmation” bevatte in wezen dezelfde bepalingen als de ISDA Master Agreement van 13 juni 2006 (swap van 2006) en de „Confirmation” van 14 december 2009 betreffende de toepassing van het Engelse recht, de rechtsmacht van de Engelse rechterlijke instanties en het verzaken van partijen aan elk bezwaar.
- 28 Op 22 maart 2011 heeft Banco Santander Totta voorstellen voor de herstructurering van de swap van 2008 toegezonden.
- 29 Op 28 maart 2011 heeft RAM Banco Santander Totta ervan in kennis gesteld dat na onderzoek van de verschillende voorstellen was gebleken dat het door deze bank gedane voorstel van herstructurering het best beantwoordde aan de doelstellingen.

- 30 Op 4 mei 2011 hebben verzoekster en Banco Santander Totta de voorafgaande bevestiging ondertekend van de eerste wijziging van het renteswapcontract, waarbij de swap van 2008 werd geherstructureerd.

Procedure

- 31 Op 2 april 2014 heeft verzoekster, Sociedade Metropolitana de Desenvolvimento, SA, bij het Tribunal Judicial te Lissabon een gemeenrechtelijke declaratoire vordering tegen Banco Santander Totta SA ingesteld, met het verzoek de genoemde contracten betreffende financiële derivaten nietig te verklaren of, subsidiair, deze contracten wegens gewijzigde omstandigheden te ontbinden of, uiterst subsidiair, verweerder civielrechtelijk aansprakelijk te stellen voor de schade die aan verzoekster is berokkend en dientengevolge, ingeval een van deze verzoeken wordt toegewezen, terugbetaling aan verzoekster te gelasten van het bedrag van 6 767 255,19 EUR, te vermeerderen met vertragsrente.
- 32 Bij beschikking heeft het Tribunal Judicial te Lissabon zich onbevoegd verklaard en de vordering niet-ontvankelijk verklaard.
- 33 Tegen deze uitspraak heeft verzoekster hoger beroep ingesteld bij het Tribunal da Relação, dat op 8 september 2015 het hoger beroep ongegrond heeft verklaard en de uitspraak in eerste aanleg heeft bevestigd.
- 34 Tegen deze uitspraak heeft verzoekster hogere voorziening ingesteld bij het Supremo Tribunal de Justiça, waarbij zij heeft verzocht de internationale rechtsmacht van de Portugese rechterlijke instanties te erkennen en, mocht het noodzakelijk zijn het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing te verzoeken, een voorstel van een prejudiciële vraag heeft gedaan, dat in wezen is overgenomen in de door de verwijzende rechter geformuleerde prejudiciële vragen.
- 35 Als verweer heeft Banco Santander Totta SA de bevestiging van het bestreden arrest gevorderd, op grond dat de Portugese rechterlijke instanties onbevoegd zijn doordat het forumkeuzebeding deze rechterlijke instanties rechtsmacht ontzegt, en heeft daarbij voorgesteld, in geval van een prejudiciële verwijzing, om bepaalde vragen te stellen, die in wezen zijn overgenomen in de door de verwijzende rechter geformuleerde prejudiciële vragen.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 36 **Verzoekster** is van mening dat de Portugese rechterlijke instanties bevoegd zijn om het geding te beslechten, in wezen op grond dat, hoewel ingevolge een forumkeuzebeding de Engelse rechterlijke instanties bevoegd zijn voor de beslechting van een geding inzake de geldigheid, uitlegging en uitvoering van de tussen de partijen gesloten overeenkomsten, dat forumkeuzebeding niet binnen de

werkingsfeer valt van artikel 23, lid 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000, zoals gewijzigd, aangezien de betrokken rechtsverhouding geen enkel grensoverschrijdend bestanddeel bevat daar alle bestanddelen in Portugal zijn gelegen, zodat om dezelfde redenen niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 94 van de Código de Processo Civil.

- 37 Verzoekster stelt eveneens dat ook al was dat niet geval, het forumkeuzebeding ongeldig is op grond van artikel 19, onder g), van de regeling inzake algemene contractbedingen die is vervat in wetsdecreet 446/85, aangezien de keuze van de Engelse rechterlijke instanties verzoekster ernstig ongemak oplevert, zonder dat voor verweerster een beschermenswaardig belang bestaat dat deze keuze rechtvaardigt.
- 38 Gedaagde of **verweerster**, Banco Santander Totta, werpt een exceptie van onbevoegdheid van de Portugese rechter op, aangezien uit de gesloten overeenkomsten blijkt dat rechtsmacht is toegekend aan de Engelse rechterlijke instanties, waarbij verzoekster zelf verweerster heeft voorgesteld de ISDA Master Agreement en de bijhorende Schedule te ondertekenen en de ondertekening van deze overeenkomst bovendien een voorwaarde vormde voor verzoeksters verzoek om offertes en het door verzoekster aan verweerster gedane verzoek om een prijsofferte voor de betrokken transacties, zodat de stelling dat het beding nietig is, rechtsmisbruik door verzoekster uitmaakt.
- 39 Verweerster stelt voorts dat forumkeuzebedingen zijn toegestaan onder verordening (EG) nr. 44/2001 en dat, ook al wordt aangenomen dat een grensoverschrijdend bestanddeel vereist is, deze aanknopingspunten zowel objectief als subjectief kunnen zijn, zoals het feit dat verweerster een dochteronderneming van een internationale bank is, verzoekster een internationale bank voorstellen heeft gevraagd, de swaps zelf bedoeld waren ter dekking van financieringsovereenkomsten die zelf ook internationaal zijn, ook door het Engelse recht worden beheerst en waarvoor ook de Engelse rechters rechtsmacht hebben en met betalingen die op de bankrekening van een bank in Londen moesten worden verricht, waarbij het in verzoekster belang is om het toepasselijke recht en de rechtsmacht inzake de financieringsovereenkomsten en de swaps te doen samenvallen.
- 40 Ten slotte betoogt verweerster dat de overeenkomsten in het Engels zijn opgesteld, worden beheerst door het Engelse recht, dat verzoekster nuttig werd bijgestaan door een advocatenkantoor en een gekwalificeerd investeerder is, zodat, gelet op de context waarin is onderhandeld, het beding nietig is.
- 41 In repliek voert **verzoekster** als tegenargument aan dat er geen sprake is van enig grensoverschrijdend bestanddeel zodat niet is voldaan aan de voorwaarde voor toepassing van verordening nr. 44/2001, waardoor dat beding nietig is naar Portugees recht.

- 42 Bovendien stelt verzoekster dat de ISDA-overeenkomst een standaardcontract vormt dat de partijen niet kunnen wijzigen, dat vooraf is opgesteld door een entiteit die niet aan de onderhandelingen heeft deelgenomen, en dat het betrokken beding niet door haar is voorgesteld.