

Tijdschrift@ipr.be
Revue@dipr.be



Revue de droit international privé, 2^{ième} année, n° 4 (octobre 2003)

Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht, 2^{de} jaargang, nr. 4 (oktober 2003)

Redactie – Rédaction:

Frans Bouckaert (emerit. KULeuven), Johan Erauw (U Gent), Marc Fallon (UC Louvain la Neuve), Erna Guldix (VU Brussel), Johan Meeusen (U Antwerpen), Paul Torremans (U Nottingham en U Gent), Marta Pertegás Sender (U Antwerpen), Hans van Houtte (KU Leuven), Herman Verbist (U Gent), Nadine Watté (UL Bruxelles) en Patrick Wautelet (U Liège)

Waarom wij er zijn

Het internationaal privaatrecht vormt een niche binnen het Belgische rechtslandschap. Een gespecialiseerd tijdschrift bestond niet. Wij menen nochtans dat er een plaats is voor dergelijk tijdschrift, en daarom hebben wij begin 2002 het initiatief genomen dit tijdschrift te lanceren.

Uw bijdragen

Bijdragen om in het tijdschrift op te nemen zijn welkom, en kunnen via e-mail worden toegezonden op het adres: tijdschrift@ipr.be. Het tijdschrift werkt met "peer-review". Publicatie gebeurt alleen na controle door de redactieraad. Een weigering moet niet worden gemotiveerd.

Citeerwijze

Tijdschrift@ipr.be, 2003, nr.p. ...

Pourquoi une nouvelle revue?

Le droit international privé occupe une place particulière dans le paysage juridique belge. Il lui manquait encore une revue spécialisée. Début 2002, nous avons pris l'initiative de combler cette lacune en lançant cette nouvelle revue.

Vos contributions

Nous sommes heureux de recevoir vos contributions. Celles-ci peuvent être envoyées par courrier électronique à l'adresse suivante: Revue@dipr.be

La revue fonctionne selon le système de "peer review". La publication est soumise à l'accord du comité de rédaction. Un éventuel refus ne doit pas être motivé.

Mode de citation

Revue@dipr.be, 2003, n°, p. ...

Inhoud/Contenu

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Cour de Justice, affaire C-87/01 P, Commission des Communautés européennes contre Conseil des communes et régions d'Europe, arrêt du 10 juillet 2003

Cour de Justice, affaire C- 266/01, Préservatrice foncière TIARD SA contre Staat der Nederlanden, arrêt du 15 mai 2003

Hof van Cassatie, eerste kamer, Franse afdeling, arrest van 29 maart 2001 (nr. C.00.00190.F)

Hof van Beroep Antwerpen, arrest van 7 mei 2003

Cour du travail de Mons, arrêt du 18 octobre 2002

RECHTSLEER/DOCTRINE

Sara Zambelli - Licensing and Mandatory Rules in Developing Countries

Marc Fallon - Compensation légale de créances en dip et ses effets dans l'ordre juridique communautaire - Observations sous CJCE, aff. 87/01P, 10 juillet 2003 (Commission contre Conseil des Communes et Régions d'Europe - CCRE)

Frans Bouckaert - Echtscheidingsgevolgen, onderhoudsgeld en "renvoi" - Kantmeldingen bij het arrest van het Hof van Cassatie van 17 oktober 2002

Herman Verbist - Arbitrage in bouwzaken en aanbestedingsdossiers: aspecten bekeken vanuit een Belgisch en Europeesrechtelijk perspectief

Caroline Clijmans - Een nieuwe Belgische IPR bepaling inzake cessie van schuldvorderingen.

ACTUALITEIT / ACTUALITÉ

Het Instituut de Droit International was bijeen te Brugge en formuleerde Resoluties over *forum non conveniens* en *anti-suit injunctions*; en gaf een Verklaring over meerpartijenarbitrage.



Bart Volders - Enforcement of international contracts in the European Union, convergence and divergence between 'Brussels I' and 'Rome I'

Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II")

De Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot ging opnieuw van start



INHOUDSOPGAVE/TABLE DE MATIÈRES

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE 7

Cour de Justice, affaire C-87/01 P, Commission des Communautés européennes contre Conseil des communes et régions d'Europe, arrêt du 10 juillet 2003..... 7

Créances réciproques entre la Commission Européenne et un opérateur économique – compensation – 1° influence des principes d'efficacité du droit communautaire, de bonne gestion financière et de bonne administration de la justice – 2° créances régies par deux ordres juridiques distincts – exigences des deux ordres juridiques doivent être respectées 7

Wederzijdse vorderingen tussen de Europese Commissie en een marktdeelnemer – schuldvergelijking – 1° invloed van de principes van doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht, goed financieel beheer en goede rechtsbedeling – 2° vorderingen beheerst door twee verschillende rechtsorden – vereisten van beide rechtsorden moeten vervuld zijn 7

Cour de Justice, affaire C- 266/01, Préservatrice foncière TIARD SA contre Staat der Nederlanden, arrêt du 15 mai 2003 22

Convention de Bruxelles – champ d'application – article 1er – 1 matière civile et commerciale - matière douanière – demande d'un État contractant fondée sur un contrat de droit privé de cautionnement exigé par cet État contractant– 2° matière douanière - cautionnement destiné à garantir le paiement d'une dette douanière 22
EEX-verdrag – toepassingsgebied – artikel 1 – 1° burgerlijke en handelszaken – vordering van een Lidstaat gebaseerd op een privaatrechtelijke borgtochtovereenkomst, door die Lidstaat verplicht gesteld – 2° douanezaken – borgtochtovereenkomst ter garantie van een douaneschuld..... 22

Hof van Cassatie, eerste kamer, Franse afdeling, arrest van 29 maart 2001 (nr. C.00.00190.F)..... 32

EEX-verdrag – toepassingsgebied – artikel 1, tweede lid, 1° - hoofdeis die de staat van personen betreft – nevens tot het bekomen van een onderhoudsgeld - invloed van artikel 5, 2 32

Convention de Bruxelles – champ d'application – article 1er, deuxième alinéa, 1° - action relative à l'état des personnes – demande accessoire d'aliments – influence de l'article 5, 2..... 32

Hof van Beroep Antwerpen, arrest van 7 mei 2003 37

Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van de ontvoering van kinderen (Den Haag, 25 oktober 1980) – overbrenging in strijd met het gezagsrecht – 1° artikel 13 – lichamelijk of geestelijk gevaar – lang verblijf en inburgering – 2° draagwijdte



van de verplichte terugkeer – geen uitspraak over de invulling van het gezag of de concrete verblijfplaats bij terugkeer	37
Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (La Haye, le 25 octobre 1980) – déplacement en violant le droit de garde – 1° article 13 – danger physique ou psychique – résidence de longue durée et intégration – 2° portée d'un retour ordonné – ni le droit de garde, ni le lieu précis du retour ne sont affecté	37
Cour du travail de Mons, arrêt du 18 octobre 2002	46
Jugement étranger - répudiation – effets en Belgique - article 570, alinéa 2, du Code Judiciaire - droits de la défense	46
Buitenlandse beslissing - verstoting – gevolgen in België - artikel 570, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek – rechten van verdediging	46
RECHTSLEER/DOCTRINE	50
Sara Zambelli - Licensing and Mandatory Rules in Developing Countries	50
<i>I. Introduction</i>	50
<i>II. Prevailing laws, regulations and practices in Developing Countries before TRIPS</i> ..	51
A. The WIPO Licensing Guide for Developing Countries (1977)	51
B. Controls on the transfer of technology in Developing countries in the period since the publication of the WIPO <i>Licensing Guide</i>	54
a) General evolution of the prevailing laws, regulations and practices in developing countries since the 1970s.....	54
b) Controls on the transfer of technology.....	55
<i>III. The UNCTAD Draft Code of Conduct</i>	58
<i>IV. TRIPS and Developing Countries</i>	59
A. Legal and political background of the negotiations leading to TRIPS.....	59
B. Summary of the provisions of the TRIPS Agreement most relevant to developing countries	61
C. Assessments of TRIPS and of the issues remaining after TRIPS.....	62
<i>V. Conclusions</i>	65
Marc Fallon - Compensation légale de créances en dip et ses effets dans l'ordre juridique communautaire - Observations sous CJCE, aff. 87/01P, 10 juillet 2003 (Commission contre Conseil des Communes et Régions d'Europe - CCRE)	68
Frans Bouckaert - Echtscheidingsgevolgen, onderhoudsgeld en “renvoi” - Kantmeldingen bij het arrest van het Hof van Cassatie van 17 oktober 2002.....	71



Herman Verbist - Arbitrage in bouwzaken en aanbestedingsdossiers: aspecten bekeken vanuit een Belgisch en Europeesrechtelijk perspectief	76
1. Inleiding	76
2. <i>Situatie van arbitrage in de Bouwnijverheid in Nederland</i>	76
3. <i>Situatie van arbitrage in de Bouwnijverheid in België</i>	78
4. <i>Beoordeling van arbitrage door gebruikers in België</i>	79
(i) De bedrijfsjuristen	79
(ii) Enquête over het gebruik van arbitrage in de bouwsector	80
5. <i>Kunnen arbiters prejudiciële vragen stellen aan het Europees Hof van Justitie?</i>	83
Caroline Clijmans - Een nieuwe Belgische IPR bepaling inzake cessie van schuldvorderingen.	88
I. <i>Achtergrond: de draagwijdte van Artikel 12 EVO</i>	88
II. <i>Het Cessiestatuut</i>	90
III. <i>Draagwijdte van artikel 145 van de Wet van 2 augustus 2002</i>	91
IV. <i>Uniforme interpretatie van het EVO :Vergelijking met het HANSA arrest</i>	91
V. <i>Conclusie</i>	92
ACTUALITEIT / ACTUALITÉ	94
Het Institut de Droit International was bijeen te Brugge en formuleerde Resoluties over <i>forum non conveniens</i> en <i>anti-suit injunctions</i> ; en gaf een Verklaring over meerpartijenarbitrage.	94
I. <i>Het Institut de Droit International</i>	94
II. <i>Forum non conveniens et anti-suit injunctions</i>	95
III. <i>Le règlement arbitral impliquant plus de deux parties</i>	97
Bart Volders - Enforcement of international contracts in the European Union, convergence and divergence between ‘Brussels I’ and ‘Rome I’	99
Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (“Rome II”)	101
De Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot ging opnieuw van start....	102



Cour de Justice, affaire C-87/01 P, Commission des Communautés européennes contre Conseil des communes et régions d'Europe, arrêt du 10 juillet 2003¹

Créances réciproques entre la Commission Européenne et un opérateur économique – compensation – 1° influence des principes d'efficacité du droit communautaire, de bonne gestion financière et de bonne administration de la justice – 2° créances régies par deux ordres juridiques distincts – exigences des deux ordres juridiques doivent être respectées

Wederzijdse vorderingen tussen de Europese Commissie en een marktdeelnemer – schuldvergelijking – 1° invloed van de principes van doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht, goed financieel beheer en goede rechtsbedeling – 2° vorderingen beheerst door twee verschillende rechtsordenen – vereisten van beide rechtsordeningen moeten vervuld zijn

Dans l'affaire C-87/01 P,

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. P. Oliver et H. M. H. Speyart, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg, partie requérante, ayant pour objet un pourvoi formé contre l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes (quatrième chambre) du 14 décembre 2000, CCRE/Commission (T-105/99, Rec. p. II-4099), et tendant à l'annulation de cet arrêt, l'autre partie à la procédure étant:

Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE), ayant son siège à Paris (France), représenté par M^{es} F. Herbert et F. Renard, avocats, ayant élu domicile à Luxembourg, partie demanderesse en première instance,

LA COUR,

composée de M. G. C. Rodríguez Iglesias, président, MM. M. Wathelet et R. Schintgen, présidents de chambre, MM. C. Gulmann, A. La Pergola (rapporteur), P. Jann et V. Skouris, Mme N. Colneric, MM. S. von Bahr, J. N. Cunha Rodrigues et A. Rosas, juges,

avocat général: M. P. Léger,

greffier: M. H. von Holstein, greffier adjoint,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les parties en leur plaidoirie à l'audience du 25 juin 2002,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 17 septembre 2002,

¹ Voyez les observations de M. FALLON dans ce numéro.



rend le présent

Arrêt

1. Par requête déposée au greffe de la Cour le 21 février 2001, la Commission des Communautés européennes a, en vertu de l'article 49 du statut CE de la Cour de justice, formé un pourvoi contre l'arrêt du Tribunal de première instance du 14 décembre 2000, CCRE/Commission (T-105/99, Rec. p. II-4099, ci-après l'«arrêt attaqué»), par lequel celui-ci a accueilli le recours de l'association de droit français Conseil des communes et régions d'Europe (ci-après le «CCRE») tendant à l'annulation de la décision de la Commission, contenue dans sa lettre du 15 février 1999 (ci-après la «décision litigieuse»), d'opposer au CCRE une compensation de leurs créances réciproques.

Les faits à l'origine du litige et l'arrêt attaqué

2. Les faits à l'origine du litige sont décrits dans les termes suivants aux points 1 à 10 de l'arrêt attaqué:

«1 Les 11 février 1994 et 25 avril 1995, le Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE), association de droit français regroupant des associations nationales de pouvoirs locaux et régionaux d'Europe, l'association Agence pour les réseaux transmédiaiterranéens (ARTM) et l'association de droit français Cités unies développement (CUD) ont conclu trois contrats d'assistance technique avec la Commission.

2 Ces contrats concernaient deux programmes de coopération régionale adoptés sur la base du règlement (CEE) n° 1763/92 du Conseil, du 29 juin 1992, relatif à la coopération financière intéressant l'ensemble des pays tiers méditerranéens (JO L 181, p. 5), et dénommés MED-URBS et MED-URBS MIGRATION (ci-après les contrats MED-URBS'). Selon les articles 8 desdits contrats, ces derniers sont soumis à la loi belge, une clause attributive de compétence en faveur des juridictions civiles de Bruxelles étant également prévue dans ces conventions dans l'hypothèse de l'échec du règlement amiable d'un litige survenu entre les parties.

3 Après avoir contrôlé les comptes du CCRE, la Commission a conclu que la somme de 195 991 écus devait être recouvrée à l'encontre de celui-ci, dans le cadre des contrats MED-URBS. Dès lors, le 30 janvier 1997, elle a établi la note de débit n° 97002489N pour ce montant et a demandé au CCRE le remboursement par lettre du 7 février 1997.

4 Dans cette lettre, qui n'est parvenue au [CCRE] que le 23 février 1997, la Commission invoquait, d'une manière générale, le non-respect des clauses contractuelles pour justifier la demande de remboursement.

5 Sur demande du CCRE, la Commission a précisé, dans une lettre du 25 juillet 1997, que les budgets afférents à chaque contrat n'avaient pas été respectés, des dépenses excédant les limites budgétaires ayant été effectuées sans autorisation écrite préalable de sa part.



6 Le [CCRE] a contesté le bien-fondé de la position prise par la Commission dans diverses lettres ainsi qu'à l'occasion de plusieurs entretiens et a refusé de payer la somme réclamée.

7 Par lettre recommandée du 19 novembre 1998, la Commission a invité le CCRE à s'acquitter du montant en question dans les 15 jours à compter de la réception de ladite lettre.

8 Par lettre du 3 décembre 1998, la Commission a mis en demeure le CCRE de procéder au remboursement de la somme de 195 991 écus et a évoqué la possibilité d'un recouvrement de ce montant par compensation sur les sommes [dues au CCRE] au titre de toute contribution communautaire ou encore par toute voie de droit, tant en principal qu'en intérêts'.

9 En réponse à cette lettre, dans son courrier du 18 décembre 1998, le CCRE a contesté le caractère certain de sa prétendue dette et s'est opposé à la compensation.

10 Par lettre du 15 février 1999, la Commission a fait savoir au CCRE que la créance en question [présentait] bien les caractères de certitude, de liquidité et d'exigibilité permettant d'opérer une compensation'. Elle informait, en outre, le [CCRE] de sa décision (ci-après la décision litigieuse' [.]) de procéder au recouvrement du montant de 195 991,00 euros par compensation sur les sommes [...] dues au titre des contributions communautaires' relatives à certaines actions (ci-après les actions litigieuses'). Elle ajoutait encore: [L]es paiements [...] sont à considérer comme perçus par le CCRE avec les obligations qui en découlent, que le paiement constitue une avance, un acompte, ou bien un paiement final.»

3. Le 20 avril 1999, le CCRE a saisi le Tribunal de première instance de Bruxelles (Belgique), conformément à la clause attributive de juridiction contenue dans les contrats MED-URBS, afin de contester le bien-fondé de la prétendue créance de la Commission dans le cadre desdits contrats et démontrer, par là même, l'absence de réunion des conditions prévues par la loi belge pour éteindre des obligations contractuelles par voie de compensation.

4. Le 28 avril 1999, le CCRE a introduit, devant le Tribunal, un recours tendant à l'annulation de la décision litigieuse.

5. Il a invoqué quatre moyens à l'appui de ce recours tirés, respectivement, du défaut de base juridique de la décision litigieuse, de la violation du principe de sécurité juridique, de la violation du principe de confiance légitime et de la violation de l'obligation de motivation prévue à l'article 190 du traité CE (devenu article 253 CE).

6. Au point 23 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a tout d'abord rejeté l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission, en jugeant qu'il résultait clairement de la requête que le recours du CCRE concernait la décision de la Commission, contenue dans la lettre du 15 février 1999, d'opérer une compensation, et non, comme le soutenait la Commission, la note de débit n° 97002489N du 30 janvier 1997, et que ledit recours avait dès lors été introduit dans le délai prévu à l'article 173, cinquième alinéa, du traité CE (devenu, après modification, article 230, cinquième alinéa, CE).



7. Sur le fond, le Tribunal, statuant sur le moyen tiré du défaut de base juridique, a annulé la décision litigieuse pour les motifs suivants:

«54 Il y a lieu de rappeler, d'une part, que le présent recours a pour objet l'annulation de la décision de la Commission, contenue dans sa lettre du 15 février 1999, d'opposer au [CCRE] une compensation de leurs créances réciproques, et, d'autre part, que les parties ont donné compétence aux juridictions civiles de Bruxelles pour connaître des litiges survenant à propos des contrats MED-URBS. Ainsi, le Tribunal ne doit examiner que la légalité de la décision susmentionnée au regard de ses effets tenant à l'absence de versement effectif des sommes litigieuses au [CCRE].

55 Ensuite, il y a lieu de constater que, en son état actuel, le droit communautaire ne comporte pas de règles expresses relatives au droit de la Commission, en tant qu'institution responsable de l'exécution du budget communautaire conformément à l'article 205 du traité CE (devenu[, après modification,] article 274 CE), d'opposer une compensation à des entités créancières de fonds communautaires mais également débitrices de sommes ayant une origine communautaire.

56 Toutefois, la compensation relative à des fonds communautaires est un mécanisme juridique dont l'application a été considérée par la Cour comme conforme au droit communautaire dans les arrêts [du 1^{er} mars 1983,] DEKA/[Conseil et Commission, (250/78, Rec. p. 421)], [du 15 octobre 1985,] Continental Irish Meat[, (125/84, Rec. p. 3441),] et [du 19 mai 1998,] Jensen [et Korn- og Foderstofkompagniet, (C-132/95, Rec. p. I-2975)] [.]

57 Cette jurisprudence de la Cour ne contient pas, néanmoins, tous les éléments permettant de trancher la présente affaire.

58 Par ailleurs, il convient de relever qu'il serait préférable que les problèmes soulevés par la compensation soient réglés par des dispositions générales établies par le législateur et non par des décisions individuelles adoptées par le juge communautaire dans le cadre des litiges qui lui sont soumis.

59 En l'absence de règles expresses en la matière et pour déterminer si la décision litigieuse a une base juridique, il est nécessaire de se reporter aux règles de droit communautaire applicables à l'action de la Commission et à la jurisprudence précitée. Dans ce contexte, il y a lieu, en particulier, de prendre en considération le principe d'efficacité du droit communautaire auquel cette jurisprudence s'est référée (arrêt Jensen [et Korn- og Foderstofkompagniet, précité], points 54 et 67) et le principe de bonne gestion financière.

60 Le principe d'efficacité du droit communautaire implique que les fonds de la Communauté doivent être mis à disposition et utilisés conformément à leur destination.

61 Par conséquent, en l'espèce, la Commission était tenue, avant d'effectuer la compensation, de vérifier si, malgré cette dernière opération, l'utilisation des fonds en question pour les fins prévues et la réalisation des actions ayant justifié l'attribution des sommes litigieuses restaient assurées.

62 À cet égard, il y a lieu de rappeler que la compensation est un mode d'extinction de deux obligations réciproques. En l'espèce, la compensation aurait éteint, selon la



Commission, la créance qu'elle invoque à l'encontre du CCRE à propos des contrats MED-URBS ainsi que, du moins partiellement, celle du CCRE à l'égard de l'institution au titre de subventions communautaires devant être versées à celui-ci dans le cadre des actions litigieuses. Il convient, en outre, d'observer que, dans la lettre du 15 février 1999, la Commission a précisé que les paiements effectués par le biais de la compensation devaient être considérés comme perçus par le CCRE avec les obligations qui en découlent'. Ce faisant, la Commission a exprimé son exigence de voir le [CCRE] respecter son obligation de réaliser les actions litigieuses.

63 Cependant, en l'absence du versement effectif des sommes destinées à l'exécution de cette dernière obligation, il est évident que celles-ci ne seraient pas utilisées conformément à leur destination et qu'ainsi les actions litigieuses risquaient de ne pas être réalisées, ce qui est contraire à l'efficacité du droit communautaire et, plus particulièrement, à l'effet utile des décisions d'octroi des sommes litigieuses.

64 La position de la Commission impliquait que le CCRE avait toujours à sa disposition les fonds attribués au titre des contrats MED-URBS et réclamés par elle, et que, une fois la compensation opérée, le CCRE allait pouvoir utiliser ces fonds pour réaliser les actions litigieuses.

65 Or, à l'évidence, si le CCRE n'avait plus à sa disposition les fonds précités, il ne pouvait plus financer la réalisation des actions litigieuses.

66 Ainsi, la décision litigieuse a eu pour effet de déplacer le problème du recouvrement d'une prétendue créance de la Commission dans le cadre de l'exécution des contrats MED-URBS à la réalisation des actions litigieuses, qui correspondent à un intérêt communautaire, dorénavant menacé par la compensation.

67 Or, les sommes litigieuses n'étaient pas destinées à payer des dettes du CCRE, mais à réaliser des actions auxquelles ces sommes avaient été affectées. Il y a lieu, à cet égard, de souligner que dans la présente affaire, au contraire de celle ayant donné lieu à l'arrêt Jensen [et Korn- og Foderstofkompagniet, précité] (points 38 et 59), dans lequel le règlement en question visait à assurer un certain revenu aux agriculteurs, les sommes litigieuses ne pouvaient être utilisées que pour la réalisation des actions aux fins desquelles ces sommes étaient destinées.

68 À cet égard, il y a lieu de considérer que, malgré les déclarations faites par son représentant à l'audience, la Commission n'a pas été en mesure de prouver qu'avant d'effectuer la compensation elle avait, tout au moins, examiné le risque que le non-versement effectif des sommes litigieuses au [CCRE] entraînait pour la réalisation des actions correspondantes.

69 S'agissant du principe de bonne gestion financière, conformément auquel la Commission doit exécuter le budget communautaire en vertu de l'article 205 du traité, son application en l'espèce confirme l'analyse précédente.

70 En effet, en ce qui concerne le recouvrement de la dette que le [CCRE] aurait à l'égard de la Commission, il y a lieu de signaler que, le CCRE n'étant pas en état d'insolvabilité, cette institution aurait pu en demander le paiement devant le tribunal belge compétent.



71 En outre, afin de garantir la bonne utilisation des sommes litigieuses, si la Commission avait des doutes quant à la gestion des fonds communautaires par le CCRE, elle aurait pu envisager la suspension, à titre préventif, du versement de ces sommes à cette association ainsi qu'elle l'a fait pour d'autres fonds qui étaient également dus à cette dernière.

72 De cette manière, la Commission aurait pu, d'une part, obtenir le recouvrement de la dette relative aux contrats MED-URBS et, d'autre part, s'assurer que les sommes litigieuses, en cas de versement au CCRE, seraient effectivement utilisées pour la réalisation des actions litigieuses.

73 En définitive, le principe de bonne gestion financière ne doit pas être réduit à une définition purement comptable qui tiendrait pour essentielle la simple possibilité de considérer une dette comme formellement payée. Au contraire, une correcte interprétation de ce principe doit inclure une préoccupation sur les conséquences pratiques des actes de gestion financière, ayant comme référence, notamment, le principe d'efficacité du droit communautaire.

74 Il résulte de tout ce qui précède que la Commission n'était pas en droit d'adopter la décision litigieuse, sans s'assurer préalablement qu'elle n'entraînait pas un risque pour l'utilisation des fonds en question aux fins desquelles ils étaient destinés et pour la réalisation des actions litigieuses, alors qu'elle aurait pu agir autrement sans mettre en cause le recouvrement de la prétendue dette du [CCRE] à son égard et la bonne utilisation des sommes litigieuses.»

Le pourvoi

8. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

- annuler l'arrêt attaqué et tirer de cette annulation toutes conséquences de droit;
- condamner le CCRE aux dépens du pourvoi.

9. Elle soulève trois moyens à l'appui de son pourvoi tirés, respectivement, de la violation du principe communautaire de la notion de compensation de créances, de la violation du principe d'efficacité du droit communautaire et de la violation des principes de bonne gestion financière et de bonne administration de la justice.

10. Le CCRE conclut à ce qu'il plaise à la Cour rejeter le pourvoi comme étant en partie irrecevable et en partie non fondé, subsidiairement comme étant non fondé dans sa totalité, et condamner la Commission aux dépens. À titre plus subsidiaire encore et dans l'éventualité où il serait fait droit au pourvoi, le CCRE demande à la Cour de statuer elle-même définitivement sur le litige en faisant droit aux conclusions qu'il a présentées en première instance.

Sur la recevabilité

11. Le CCRE soutient que le pourvoi devrait être déclaré partiellement irrecevable. Il estime, plus précisément, que le premier moyen de la Commission ne répond pas aux exigences posées par l'article 51 du statut CE de la Cour de justice, à savoir, en l'occurrence, être tiré de



la violation du droit communautaire. En effet, selon lui, le principe de la notion de compensation de créances, dont la Commission invoque la violation, n'existerait pas en droit communautaire.

12. Selon le CCRE, l'irrecevabilité du premier moyen serait, en outre, susceptible d'avoir des conséquences en ce qui concerne les première et troisième branches du deuxième moyen ainsi que le troisième moyen du pourvoi, dans la mesure où la Commission aurait elle-même souligné que ceux-ci présentent des liens avec le premier moyen.

13. À cet égard, il suffit de constater que, ainsi que la Commission l'a fait valoir à juste titre, l'existence ou la non-existence d'un principe communautaire autorisant la compensation de créances constitue précisément l'une des questions juridiques ayant opposé les parties en première instance et continuant de les diviser au stade du pourvoi, si bien que cette question ne saurait être traitée, le cas échéant, que dans le cadre de l'examen au fond du pourvoi.

14. Il s'ensuit que le pourvoi doit être déclaré recevable.

Sur le moyen tiré de la violation du principe d'efficacité du droit communautaire

Arguments des parties

15. À titre liminaire, la Commission soutient qu'il découle de la jurisprudence de la Cour (arrêts précités DEKA/Conseil et Commission, Continental Irish Meat et Jensen et Korn- og Foderstofkompagniet) que la compensation, en tant que modalité de paiement et mécanisme opérant l'extinction simultanée de deux créances réciproques, peut intervenir en vertu d'un principe de droit communautaire inspiré des principes communs à tous les États membres, même en l'absence de disposition expresse.

16. Sous le bénéfice de cette précision, la Commission fait valoir en substance, par son deuxième moyen, dont les trois branches peuvent être réunies, que le Tribunal aurait commis une erreur de droit en jugeant, au point 61 de l'arrêt attaqué, que le principe d'efficacité du droit communautaire exigeait que, avant d'effectuer la compensation, la Commission vérifiât si, malgré cette dernière opération, l'utilisation des fonds communautaires en cause pour les fins prévues et la réalisation des actions litigieuses ayant justifié l'attribution desdits fonds restaient assurées.

17. Ce faisant, le Tribunal aurait en réalité considéré, ainsi qu'il ressortirait notamment du point 54 de l'arrêt attaqué, que la compensation devait être distinguée, au niveau de ses effets, du paiement par versement effectif. Or, selon la Commission, une telle distinction n'est pas fondée sur le plan juridique, puisque tant la compensation que le versement effectif opéreraient extinction d'une obligation juridique. Ladite distinction ne serait pas davantage fondée sur le plan comptable, puisque le paiement par versement effectif et celui intervenant par compensation ont un effet identique sur le bilan comme sur la solvabilité de celui qui en bénéficie, en générant, dans le premier cas, un accroissement de l'actif de ce dernier, dans le second, une réduction de son passif.



18. L'obligation de vérification préalable ainsi formulée par le Tribunal méconnaîtrait par ailleurs les conditions propres à garantir un recouvrement efficace des créances de la Communauté, en exigeant du créancier qu'il n'agisse qu'en fonction des disponibilités financières de son débiteur, et ce, qu'il s'agisse de procéder à une compensation ou à d'autres formes de recouvrement.

19. La formulation d'une telle obligation serait en outre peu pertinente au vu de la circonstance que, une fois payée par versement effectif, une somme d'argent peut faire l'objet d'autres formes d'actions en recouvrement tout aussi préjudiciables aux actions communautaires concernées, telle une saisie.

20. Ainsi qu'il ressortirait des points 63 à 65 de l'arrêt attaqué, le principe ainsi posé par le Tribunal serait du reste fondé sur la prémisse erronée que les actions communautaires concernées ne peuvent être financées qu'au moyen des fonds communautaires qui ont été affectés à leur réalisation, ce qui méconnaîtrait le caractère fongible de l'argent.

21. Aux mêmes points de l'arrêt attaqué, le Tribunal aurait, enfin, dénaturé les faits ou omis de motiver ses observations. Il n'apparaîtrait pas, en effet, pour quels motifs le CCRE ne devait plus avoir à sa disposition les fonds perçus au titre des contrats MED-URBS, ni pourquoi il n'aurait pas disposé d'avoirs suffisants pour exécuter les actions litigieuses, le Tribunal relevant, au contraire, au point 70 de cet arrêt, que le CCRE n'était pas en état d'insolvabilité

22. Pour sa part, le CCRE considère que le Tribunal a, à juste titre, opéré, au point 54 de l'arrêt attaqué, une distinction stricte entre l'appréciation de la compensation réalisée par la Commission, qui relèverait, en l'occurrence, du seul droit belge et de la compétence exclusive des juridictions belges, et le non-versement effectif des sommes litigieuses, qui constituerait l'acte faisant grief susceptible d'être déféré à la censure du juge communautaire en ce qui concerne son impact au regard des objectifs poursuivis par la réglementation communautaire en cause.

23. Cette distinction serait, en effet, parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour dont il résulterait, d'une part, que la question de la compensation n'est pas réglée par le droit communautaire mais est soumise à un ordre juridique national et, d'autre part, que la réglementation nationale applicable à la compensation ne saurait avoir pour effet de porter atteinte à l'efficacité du droit communautaire (arrêt Jensen et Korn- og Foderstofkompagniet, précité, points 37, 38, 41 et 54).

24. Ladite jurisprudence légitimerait dès lors pleinement l'exigence que la Commission procède à un examen préalable visant à s'assurer que la compensation envisagée n'a pas pour effet de porter atteinte à l'efficacité du droit communautaire.

25. À la différence des sommes en cause dans l'affaire Jensen et Korn- og Foderstofkompagniet, précitée, qui auraient poursuivi un objectif général de relèvement du revenu des agriculteurs, les montants dont la Commission a prétendu s'acquitter par voie de compensation dans le cadre de la présente affaire devaient être affectés par le CCRE à la réalisation d'actions communautaires particulières, si bien qu'une compensation était effectivement susceptible de porter atteinte à l'effectivité desdites actions.



26. En effet, à défaut d'avoir un effet sur le bilan de la partie à laquelle elle est opposée, la compensation serait susceptible de créer des difficultés de trésorerie dans le chef de celle-ci, et partant, de mettre en péril les actions communautaires concernées.

27. Quant à l'impératif d'efficacité du recouvrement des créances de la Communauté, invoqué par la Commission, il ne serait pas de nature à justifier une mise en péril des actions communautaires confiées au CCRE, en particulier lorsque la prétendue créance à recouvrer fait, comme en l'espèce, l'objet de contestations.

28. S'agissant, enfin, de l'argument selon lequel le Tribunal aurait considéré à tort que les actions communautaires litigieuses se trouvaient mises en péril du fait de la compensation, puisque la solvabilité non contestée du CCRE lui permettait en réalité de faire face à ses obligations, ce dernier estime qu'il revient à admettre qu'un créancier pourrait se dispenser d'honorer ses engagements contractuels sous prétexte que son débiteur dispose de fonds suffisants pour exécuter ce pour quoi il aurait dû être rémunéré.

Appréciation de la Cour

29. Aux fins de statuer sur le deuxième moyen du pourvoi, il suffit de constater que, à la supposer effectivement autorisée à certaines conditions par le droit communautaire, la compensation extrajudiciaire ne saurait, en tout cas, et contrairement à ce que le Tribunal a jugé aux points 60 et 61 de l'arrêt attaqué, être subordonnée à une obligation préalable de s'assurer que l'utilisation des fonds concernés pour les fins prévues et la réalisation des actions ayant justifié l'attribution desdits fonds resteront assurées malgré la compensation envisagée.

30. En faisant découler une telle obligation d'un principe d'efficacité du droit communautaire qui impliquerait que les fonds communautaires doivent être mis à disposition et utilisés conformément à leur destination, le Tribunal a commis une erreur de droit.

31. En effet, l'affirmation d'un tel principe paraît fondée sur une double prémisse. D'une part, les montants consacrés par la Communauté à des actions communautaires seraient susceptibles, une fois versés à un tiers en charge desdites actions, de demeurer individualisés au sein du patrimoine de ce dernier et d'y être exclusivement affectés aux actions communautaires concernées, ce qui garantirait la bonne exécution de ces dernières. D'autre part, la mise à disposition de ces montants par versement effectif se distinguerait d'une mise à disposition par le recours éventuel à d'autres formes de paiement, parmi lesquelles, à la supposer admise, la compensation.

32. Or, ainsi que l'a soutenu à juste titre la Commission, de telles prémisses sont erronées à divers titres. En premier lieu, elles méconnaissent la fongibilité de l'argent au sein du patrimoine. En deuxième lieu, elles méconnaissent la circonstance, rappelée par M. l'avocat général au point 91 de ses conclusions, que le patrimoine constitue le gage des créanciers, si bien qu'une fois les montants communautaires versés au partenaire de la Communauté, ceux-ci ne sont a priori aucunement à l'abri de mesures d'exécution forcée de la part de créanciers



de ce dernier. En troisième lieu, elles ignorent la circonstance que la forme qu'emprunte un paiement est neutre en termes d'effets sur le patrimoine de l'intéressé.

33. Il s'ensuit que le Tribunal ne pouvait annuler la décision litigieuse du chef de la méconnaissance par la Commission d'une prétendue obligation de s'assurer préalablement que l'utilisation des fonds concernés pour les fins prévues et la réalisation des actions ayant justifié l'attribution desdits fonds resteraient assurées en cas de compensation, si bien que le deuxième moyen de la Commission doit être déclaré fondé.

Sur le moyen tiré de la violation des principes de bonne gestion financière et de bonne administration de la justice

34. Par son troisième moyen, la Commission soutient que le Tribunal a en outre méconnu les principes de bonne gestion financière et de bonne administration de la justice.

35. En jugeant, au point 70 de l'arrêt attaqué, que la Commission aurait pu demander le paiement de sa créance devant le tribunal belge compétent, le Tribunal aurait méconnu la raison d'être de la compensation, qui vise précisément à une économie de frais et de procédure, tant dans les relations entre parties et au titre de la bonne gestion financière que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

36. Le Tribunal aurait encore méconnu les exigences du principe de bonne gestion financière en suggérant, aux points 70 et 73 de l'arrêt attaqué, que, lorsque la Commission poursuit le recouvrement de sommes devant une juridiction nationale à l'encontre d'un cocontractant, elle devrait, néanmoins, verser à ce dernier les sommes qu'elle lui doit à un autre titre.

37. À cet égard, il convient de relever que, ainsi qu'il ressort du point 73 de l'arrêt attaqué, le Tribunal n'a en définitive, selon ses propres termes, été amené à conclure à la violation du principe de bonne gestion financière que dans la mesure où, selon lui, l'interprétation correcte de ce principe exige que l'autorité concernée se préoccupe des conséquences pratiques de ses actes de gestion financière en prenant comme référence, notamment, le principe d'efficacité du droit communautaire. C'est en se référant notamment à ce dernier constat, que le Tribunal a conclu, au point 74 de l'arrêt attaqué, que la Commission n'était pas en droit d'adopter la décision litigieuse sans vérifier préalablement qu'elle n'entraînait pas un risque pour l'utilisation des fonds communautaires en cause pour les fins prévues et pour la réalisation des actions ayant justifié l'attribution desdits fonds, avant d'annuler ladite décision de ce chef.

38. Or, ainsi qu'il ressort des points 29 à 33 du présent arrêt, en formulant une telle exigence de vérification préalable, le Tribunal a commis une erreur de droit.

39. L'annulation de la décision litigieuse par le Tribunal reposant entièrement sur la circonstance que la Commission se serait illégalement abstenue de procéder à une telle vérification préalable, et une telle vérification n'étant nullement requise au titre du droit communautaire, il s'ensuit que l'arrêt attaqué doit être annulé de ce chef, sans qu'il soit nécessaire d'examiner plus avant les arguments de la Commission tirés d'une prétendue violation des principes de bonne gestion financière et de bonne administration de la justice.



40. Il peut toutefois être observé que, ainsi que l'a fait valoir à juste titre la Commission, si l'exigence de vérification préalable posée par le Tribunal était admise, il s'ensuivrait logiquement qu'elle devrait trouver à s'appliquer non seulement en cas de paiement par compensation, mais, plus généralement, avant tout paiement de fonds communautaires quelle qu'en soit la forme, ainsi qu'avant tout exercice éventuel d'une action en recouvrement à l'encontre d'une partie en charge de la réalisation d'actions communautaires. Or, de telles conséquences seraient, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 94 de ses conclusions, difficilement conciliables avec le principe de bonne gestion financière.

Sur le moyen relatif à la méconnaissance de la notion de compensation

41. L'arrêt attaqué devant être annulé pour les raisons exposées au point 39 du présent arrêt, il n'est pas nécessaire d'examiner le premier moyen du pourvoi tiré de la prétendue méconnaissance par le Tribunal de la notion de compensation de créances.

Le recours en première instance

42. Conformément à l'article 61 du statut de la Cour de justice, l'affaire étant en état d'être jugée, il y a lieu de statuer au fond sur la demande d'annulation de la décision litigieuse présentée par le CCRE en première instance.

43. À titre liminaire, il convient, aux fins de compléter la description du cadre dans lequel s'inscrit le litige, de relever que, statuant sur le recours évoqué au point 3 du présent arrêt, le Tribunal de première instance de Bruxelles a, par jugement du 16 novembre 2001, dit pour droit que la Commission ne disposait d'aucune créance à l'encontre du CCRE au titre des contrats MED-URBS. Appel de cette décision a toutefois été interjeté par la Commission devant la Cour d'appel de Bruxelles (Belgique).

44. Il y a lieu, de même, de préciser que, ainsi qu'il ressort notamment des explications fournies par les parties, le droit belge admet trois formes de compensation, celle-ci pouvant être conventionnelle, judiciaire ou légale. La compensation légale qui opère par le seul effet de la loi requiert notamment que les deux créances en présence soient certaines.

Sur la recevabilité du recours

45. Ainsi que le Tribunal l'avait jugé à bon droit, au point 23 de l'arrêt attaqué, la recevabilité du recours formé par le CCRE doit être admise dans la mesure où il ressort clairement de la requête que ce recours concerne la décision de la Commission, contenue dans la lettre du 15 février 1999, d'opérer une compensation, si bien que ledit recours a bien été introduit dans le délai prévu à l'article 173, cinquième alinéa, du traité.

Sur le premier moyen



Arguments des parties

46. Dans sa requête, le CCRE présente un premier moyen d'annulation tiré de ce que la décision litigieuse aurait été adoptée nonobstant l'absence de fondement juridique général ou spécifique autorisant la compensation litigieuse. D'une part, il n'existerait, notamment au vu de la jurisprudence de la Cour, aucun principe général de droit communautaire sur lequel la Commission pourrait se fonder pour opérer une compensation entre une créance qu'elle détient à l'encontre d'un organisme et des dettes qu'elle a contractées à un autre titre vis-à-vis du même organisme. D'autre part, il ne pourrait, en tout état de cause, être admis que la Commission effectue une compensation entre des dettes découlant d'obligations de nature réglementaire et une créance de nature contractuelle régie par le droit d'un État membre, en l'occurrence le droit belge.

47. À ce dernier égard, le CCRE fait également valoir, dans sa réplique devant le Tribunal, qu'une telle compensation ne saurait, en particulier, intervenir par la seule volonté de la Commission et aux conditions que cette dernière jugerait appropriées, et ce, au mépris des règles sur la compétence et le droit applicable.

48. Insistant sur la circonstance que les créances en cause relèvent en l'occurrence de deux ordres juridiques distincts, le CCRE estime, notamment, que, à supposer envisageable un paiement par compensation dans la présente affaire, ce seraient nécessairement les conditions prévues par l'ordre juridique belge qui devraient gouverner toute compensation éventuelle, à défaut pour l'ordre juridique communautaire de comporter de telles conditions. À cet égard, le CCRE a précisé, en réponse à une question posée par la Cour, que, en présence de deux créances gouvernées par des ordres juridiques différents, une compensation ne saurait intervenir que pour autant qu'il soit satisfait aux conditions posées par l'un et l'autre ordres juridiques.

49. Or, l'une des conditions prévues par le droit belge pour que puisse intervenir une compensation qui ne soit ni judiciaire ni conventionnelle ne serait pas remplie dans la présente espèce. En effet, la prétendue créance de la Commission au titre des contrats MED-URBS ne présenterait pas le caractère certain requis par le droit belge pour que puisse s'opérer une compensation légale, puisque ladite créance faisait l'objet d'une contestation sérieuse entre les parties, comme en attesteraient tant les échanges intervenus entre la Commission et le CCRE que la saisine du Tribunal de première instance de Bruxelles.

50. À cet égard, le CCRE a fait valoir, à l'occasion des débats devant la Cour, que la circonstance que le Tribunal de première instance de Bruxelles a, dans son jugement du 16 novembre 2001, dit pour droit que la Commission ne disposait d'aucune créance à l'encontre du CCRE au titre des contrats MED-URBS, confirmerait que la condition relative au caractère certain des créances exigée par les règles de droit belge sur la compensation n'était pas remplie.

51. La Commission considère, en revanche, qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour, et plus particulièrement des arrêts précités DEKA/Conseil et Commission, Continental Irish Meat ainsi que Jensen et Korn- og Foderstofkompagniet, que le droit d'effectuer une compensation constitue un principe général de droit communautaire, dont seules les



conditions d'exercice demandent encore à être précisées par la Cour en s'inspirant des solutions existant dans les ordres juridiques des États membres.

52. À ce dernier égard, la Commission fait valoir qu'il peut être déduit d'un tel examen comparatif que la compensation doit être autorisée au titre du principe général susmentionné pour autant que les deux créances sont fongibles, liquides et exigibles, ce qui serait le cas dans la présente espèce puisque les créances en présence portaient sur des choses de même espèce, en l'occurrence des sommes d'argent, que leurs montants respectifs étaient déterminés et qu'elles étaient exigibles, puisque leur paiement était dû au moment de la compensation.

53. Lors de l'audience devant la Cour, la Commission a par ailleurs indiqué qu'elle considérait, à l'instar du CCRE, qu'une compensation intervenant entre deux créances soumises, l'une, au droit communautaire, l'autre, au droit d'un État membre, devait remplir les exigences posées par l'un et l'autre ordres juridiques.

54. S'agissant des règles de droit belge gouvernant la compensation, la Commission ne conteste pas qu'une compensation légale est exclue lorsque la créance fait l'objet d'une contestation sérieuse.

55. Elle est toutefois d'avis que les créances au titre des contrats MED-URBS ne faisaient pas l'objet d'une telle contestation sérieuse. S'agissant du jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles du 16 novembre 2001, dont la Commission souligne qu'il est frappé d'appel, celle-ci considère que, étant intervenu postérieurement à la décision litigieuse, il ne remet pas en cause le fait qu'elle pouvait, à l'époque où est intervenue la compensation, estimer que sa créance n'était pas sérieusement contestée et qu'elle présentait dès lors le caractère certain requis par le droit belge.

Appréciation de la Cour

56. Il convient tout d'abord de rappeler que la Cour a déjà jugé que la réglementation communautaire peut faire naître, entre une autorité et un opérateur économique, des créances réciproques qui se prêtent à la compensation, précisant que, dans le cas d'un opérateur insolvable, une telle compensation peut constituer la seule voie utile ouverte à l'autorité en vue de récupérer des sommes versées indûment (arrêt DEKA/Conseil et Commission, précité, points 13 et 14).

57. Au point 20 de l'arrêt DEKA/Conseil et Commission, précité, la Cour a ainsi constaté l'extinction d'une créance en indemnité dont disposait un opérateur économique à l'encontre de la Communauté à la suite d'un arrêt de la Cour, par compensation avec une créance en remboursement de restitutions à l'exportation et de montants compensatoires monétaires indûment payés audit opérateur qui avait été cédée à la Commission par les autorités allemandes.

58. En l'occurrence, il suffit, toutefois, de constater que, indépendamment des prescriptions éventuelles du droit communautaire en la matière, une compensation telle que celle à laquelle a procédé la décision litigieuse était en toute hypothèse exclue, compte tenu de la circonstance



que les règles de droit belge applicables à l'une des créances en présence n'autorisaient manifestement pas la compensation envisagée, ce qui suffit à justifier l'annulation de ladite décision.

59. En effet, il convient de rappeler que, ainsi que les parties s'accordent à le reconnaître, la compensation opère l'extinction simultanée de deux obligations existant réciproquement entre deux personnes.

60. En l'occurrence, les créances en présence sont régies, comme s'accordent à le reconnaître les parties, l'une, par le droit belge, en vertu des contrats MED-URBS, et les autres, par le droit communautaire.

61. Or, en tant qu'elle opère l'extinction simultanée de deux obligations, une compensation extrajudiciaire entre des créances gouvernées par deux ordres juridiques distincts ne saurait intervenir que pour autant qu'elle satisfait aux exigences des deux ordres juridiques en présence. Plus précisément, toute compensation de cette nature requiert de s'assurer, en ce qui concerne chacune des créances concernées, que les conditions en matière de compensation que prévoit l'ordre juridique dont elles relèvent, respectivement, ne se trouvent pas méconnues.

62. Quant à la circonstance que, dans la présente affaire, l'un des ordres juridiques en présence est l'ordre juridique communautaire et l'autre celui de l'un des États membres, il y a lieu d'observer qu'elle demeure sans incidence à cet égard. En particulier, l'égalité de vocation desdits ordres juridiques à gouverner une éventuelle compensation ne saurait être mise en doute sur le fondement de considérations liées à la primauté du droit communautaire. En effet, il importe de souligner que la circonstance que les contrats MED-URBS sont soumis au droit belge est la conséquence du libre choix des parties, choix exprimé dans le respect des traités qui admettent la possibilité pour une institution communautaire de soumettre ses relations contractuelles au droit d'un État membre.

63. Ainsi que le CCRE l'a fait valoir à juste titre, l'une des conditions prévues par le droit belge pour que puisse intervenir une compensation qui ne soit ni judiciaire ni conventionnelle, à savoir le caractère certain des créances concernées, n'était manifestement pas satisfaite. En effet, ainsi que le Tribunal l'avait déjà relevé au point 6 de l'arrêt attaqué, il ressort du dossier que le CCRE a, par divers courriers et à l'occasion d'entretiens avec les services de la Commission, contesté l'existence même de la créance que la Commission prétend détenir en vertu des contrats MED-URBS. En outre, il convient d'ajouter, à cet égard, que, quelle que soit l'issue de l'appel introduit par la Commission à l'encontre du jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles du 16 novembre 2001, la circonstance que cette dernière juridiction, compétente en vertu de la clause compromissoire contenue dans les contrats MED-URBS, a conclu, dans ledit jugement, à l'absence de toute créance dans le chef de la Commission au titre desdits contrats confirme à son tour pleinement que les contestations élevées par le CCRE à l'encontre des prétentions de la Commission présentaient un caractère à tout le moins sérieux.

64. Il s'ensuit que, ayant été adoptée alors même que les règles de l'ordre juridique gouvernant l'une des créances en présence excluaient manifestement toute extinction de celle-ci au moyen



de la compensation effectuée, la décision litigieuse doit être annulée pour défaut de fondement juridique, sans même qu'il y ait lieu de l'examiner au regard des règles, en l'occurrence communautaires, gouvernant l'autre créance.

Sur les deuxième, troisième et quatrième moyens

65. Le premier moyen du CCRE ayant ainsi été accueilli et la décision attaquée étant annulée de ce chef, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres moyens invoqués par le CCRE.

Sur les dépens

66. Selon l'article 122, premier alinéa, du règlement de procédure, lorsque le pourvoi est fondé et que la Cour juge elle-même définitivement le litige, elle statue sur les dépens. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du même règlement, rendu applicable à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 118, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.

67. En l'occurrence, il convient de relever que, bien que le pourvoi de la Commission soit déclaré fondé et l'arrêt attaqué annulé, le présent arrêt accueille le recours du CCRE et annule la décision de la Commission. Il s'ensuit qu'il y a lieu de condamner la Commission à supporter les dépens exposés par le CCRE tant en première instance que dans le cadre du pourvoi, conformément aux conclusions de ce dernier.

Par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

- 1) L'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 14 décembre 2000, CCRE/Commission (T-105/99), est annulé.
- 2) La décision de la Commission des Communautés européennes, contenue dans sa lettre du 15 février 1999, opposant au Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE) une compensation de leurs créances réciproques, est annulée.
- 3) La Commission est condamnée à supporter les dépens exposés par elle-même et par le Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE) tant en première instance que dans le cadre du pourvoi.

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 10/07/03.



Cour de Justice, affaire C- 266/01, Préservatrice foncière TIARD SA contre Staat der Nederlanden, arrêt du 15 mai 2003

Convention de Bruxelles – champ d’application – article 1er – 1^o matière civile et commerciale - matière douanière – demande d’un État contractant fondée sur un contrat de droit privé de cautionnement exigé par cet État contractant– 2^o matière douanière - cautionnement destiné à garantir le paiement d’une dette douanière

EEX-verdrag – toepassingsgebied – artikel 1 – 1^o burgerlijke en handelszaken – vordering van een Lidstaat gebaseerd op een privaatrechtelijke borgtochtvereenkomst, door die Lidstaat verplicht gesteld – 2^o douanezaken – borgtochtvereenkomst ter garantie van een douaneschuld

Dans l'affaire C-266/01,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application du protocole du 3 juin 1971 relatif à l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, par le Hoge Raad der Nederlanden (Pays-Bas) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre Préservatrice foncière TIARD SA et Staat der Nederlanden, une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 1^{er} de la convention du 27 septembre 1968, précitée (JO 1972, L 299, p. 32), telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 304, p. 1, et - texte modifié - p. 77), par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique (JO L 388, p. 1) et par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise (JO L 285, p. 1),

LA COUR (cinquième chambre),

composée de M. M. Wathelet, président de chambre, MM. D. A. O. Edward, A. La Pergola, P. Jann (rapporteur) et A. Rosas, juges,

avocat général: M. P. Léger,

greffier: M^{me} L. Hewlett, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

- pour le gouvernement néerlandais, par M^{me} H. G. Sevenster, en qualité d'agent,

- pour la Commission des Communautés européennes, par M^{me} A.-M. Rouchaud et M. H. van Vliet, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de Préservatrice foncière TIARD SA, représentée par M^c R. S. Meijer, advocaat, du gouvernement néerlandais, représenté par M. N. A. J. Bel, en qualité d'agent, et de la Commission, représentée par M^{me} A.-M. Rouchaud et M. H. van Vliet, à l'audience du 17 octobre 2002,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 5 décembre 2002,



rend le présent

Arrêt

1. Par arrêt du 18 mai 2001, parvenu à la Cour le 5 juillet suivant, le Hoge Raad der Nederlanden a posé, en application du protocole du 3 juin 1971 relatif à l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, deux questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 1^{er} de cette convention (JO 1972, L 299, p. 32), telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 304, p. 1, et - texte modifié - p. 77), par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique (JO L 388, p. 1) et par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise (JO L 285, p. 1, ci-après la «convention de Bruxelles»).

2. Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant l'État néerlandais à la compagnie d'assurances de droit français Préservatrice foncière TIARD SA (ci-après «PFA»), au sujet de l'exécution d'un contrat de cautionnement par lequel PFA s'est engagée à acquitter les droits de douane dont les associations néerlandaises de transporteurs habilitées par l'État néerlandais à délivrer des carnets TIR ont à répondre.

Le cadre juridique

La convention de Bruxelles

3. L'article 1^{er}, premier alinéa, de la convention de Bruxelles dispose:

«La présente convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives.»

La convention TIR

4. La convention douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert de carnets TIR (ci-après la «convention TIR») a été signée à Genève le 14 novembre 1975. Le royaume des Pays-Bas est partie à cette convention. Elle a également été approuvée au nom de la Communauté européenne par le règlement (CEE) n° 2112/78 du Conseil, du 25 juillet 1978 (JO L 252, p. 1).

5. La convention TIR prévoit, notamment, que les marchandises transportées sous le régime TIR, qu'elle établit, ne sont pas assujetties au paiement ou à la consignation des droits et des taxes à l'importation ou à l'exportation aux bureaux de douane de passage.

6. Pour la mise en oeuvre de ces facilités, la convention TIR exige que les marchandises soient accompagnées, tout au long de leur transport, par un document uniforme, le carnet TIR, qui sert à contrôler la régularité de l'opération. Elle requiert également que les transports aient



lieu sous la garantie d'associations agréées par les parties contractantes, conformément aux dispositions de son article 6.

7. L'article 6, paragraphe 1, de la convention TIR, qui figure dans le chapitre II intitulé «Délivrance des carnets TIR - Responsabilité des associations garantes», dispose, dans sa version applicable à la date des faits au principal:

«Sous les conditions et garanties qu'elle déterminera, chaque partie contractante pourra habiliter des associations à délivrer les carnets TIR, soit directement, soit par l'intermédiaire d'associations correspondantes, et à se porter caution.»

8. En cas d'irrégularité dans le déroulement de l'opération TIR, en particulier en cas de non-décharge du carnet TIR, les droits et les taxes à l'importation ou à l'exportation deviennent exigibles. Le titulaire du carnet TIR - en principe le transporteur - en est directement redevable. Lorsqu'il n'acquitte pas les sommes dues, l'association nationale garante est, selon l'article 8, paragraphe 1, de la convention TIR, tenue au paiement en tant que «conjointement et solidairement» responsable.

Le litige au principal

9. Par arrêté du 5 mars 1991, le secrétaire d'État aux Finances néerlandais a, conformément à l'article 6 de la convention TIR, habilité trois associations néerlandaises de transporteurs à délivrer des carnets TIR (ci-après les «associations néerlandaises habilitées»). Selon l'article 1^{er} de cet arrêté, celles-ci s'engagent inconditionnellement à acquitter les droits et taxes exigibles des titulaires des carnets TIR délivrés, dont elles deviennent solidairement responsables. L'article 5 prévoit que les associations néerlandaises habilitées doivent fournir une garantie couvrant le respect de leurs obligations. Ce même article indique que celui qui fournit la garantie doit s'engager à verser tous les montants réclamés par le ministre des Finances néerlandais aux associations néerlandaises habilitées. L'article 19 précise qu'il n'entrera en vigueur que lorsque le ministre des Finances néerlandais aura accepté la garantie visée à son article 5.

10. Cette garantie a été fournie par PFA. Par différents actes, elle s'est engagée vis-à-vis de l'État néerlandais, en tant que caution et débiteur solidaire, à acquitter comme une dette propre les droits et taxes à l'importation ou à l'exportation imposés, au titre des dispositions légales en matière de douane et accises, aux titulaires des carnets TIR délivrés par des associations nationales de transporteurs.

11. Le 20 novembre 1996, l'État néerlandais a assigné PFA devant le Rechtbank te Rotterdam (Pays-Bas) en vue de l'entendre condamner à lui verser la somme de 41 917 063 NLG, majorée des intérêts légaux. Cette action était fondée sur les engagements de caution pris par PFA envers l'État néerlandais et avait pour objet le paiement des droits et taxes à l'importation ou à l'exportation dus par les associations néerlandaises habilitées.

12. PFA a soulevé l'incompétence du Rechtbank te Rotterdam au motif que le litige relevait du champ d'application de la convention de Bruxelles et que le tribunal compétent devait être déterminé conformément aux dispositions de celle-ci.



13. Le Rechtbank te Rotterdam et, en appel, le Gerechtshof te 's-Gravenhage (Pays-Bas) ont rejeté l'exception d'incompétence. Cette dernière juridiction a considéré que, en habilitant des associations de transporteurs à délivrer des carnets TIR sous réserve de l'acceptation de la garantie constituée par ces dernières, l'État néerlandais avait agi dans le cadre d'une compétence de droit public et que la conclusion par cet État du contrat de cautionnement avec PFA s'inscrivait dans le prolongement de cette compétence. Elle a également estimé que les dettes que PFA devait acquitter constituaient des dettes douanières.

14. Doutant du bien-fondé de cette analyse, le Hoge Raad der Nederlanden, saisi par PFA sur pourvoi, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions suivantes:

«1) Faut-il considérer comme une matière civile ou commerciale, au sens de l'article 1^{er} de la convention de Bruxelles, l'action que l'État intente au titre d'un contrat de droit privé de cautionnement qu'il a conclu pour remplir une condition qu'il a posée au titre de l'article 6, paragraphe 1, de la convention TIR de 1975 et donc dans l'exercice de la puissance publique?»

2) Faut-il considérer un litige engagé par l'État, qui a pour objet un contrat de droit privé de cautionnement, comme étant une matière douanière au sens de l'article 1^{er} de la convention de Bruxelles au motif que la partie citée peut soulever des moyens de défense qui imposent d'examiner et d'apprécier l'existence et les termes des dettes douanières sur lesquelles ce contrat porte?»

Sur la première question préjudicielle

15. Par cette question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 1^{er}, premier alinéa, de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que relève de la notion de «matière civile et commerciale», au sens de la première phrase de cette disposition, une action par laquelle un État contractant poursuit, auprès d'une personne de droit privé, l'exécution d'un contrat de droit privé de cautionnement qui a été conclu en vue de permettre à une autre personne de fournir une garantie exigée et définie par cet État.

Observations soumises à la Cour

16. PFA, le gouvernement néerlandais et la Commission s'accordent à reconnaître que la notion de «matière civile et commerciale» au sens de l'article 1^{er} de la convention de Bruxelles doit être définie de manière autonome. De même, ils s'accordent à souligner que les litiges opposant l'administration publique à un particulier peuvent entrer dans le champ d'application de la convention de Bruxelles, pour autant que ladite administration n'a pas agi dans l'exercice de la puissance publique.

17. Toutefois, leurs observations divergent quant à l'application de ces principes au litige au principal.

18. Le gouvernement néerlandais reprend l'analyse du Gerechtshof te 's-Gravenhage. Selon lui, il existe un lien entre l'acte de cautionnement et le régime des taxes et droits dont il tend à garantir le paiement, qui ressort du fait que le cautionnement était une condition sans la



satisfaction de laquelle les rapports de droit public entre l'État et les associations néerlandaises habilitées n'auraient pas vu le jour. Le contenu de l'acte de cautionnement découlerait directement d'une réglementation de droit public, ainsi que le démontrerait le fait que les clauses y figurant reproduisent presque littéralement les dispositions de l'arrêté du 5 mars 1991, portant agrément d'associations nationales de transporteurs. En le concluant, PFA se serait engagée à participer au système de droit public de perception des droits et taxes mis en place par la convention TIR. Au regard de ces éléments, le fait que l'acte ait pris la forme d'un contrat de cautionnement de droit privé serait sans importance.

19. En revanche, selon PFA et la Commission, l'État néerlandais n'a pas, dans sa relation avec PFA, agi dans l'exercice de la puissance publique. L'État néerlandais n'aurait imposé aucune obligation à PFA, qui aurait conclu le contrat de cautionnement de son plein gré et qui serait libre d'y mettre fin au terme d'un délai de préavis. Le droit de créance de l'État néerlandais à l'égard de PFA aurait uniquement sa source dans le contrat de cautionnement, qui relèverait du droit privé.

Réponse de la Cour

20. Selon une jurisprudence constante, l'article 1^{er} de la convention de Bruxelles servant à indiquer le champ d'application de cette dernière, il importe - en vue d'assurer, dans la mesure du possible, l'égalité et l'uniformité des droits et obligations qui découlent de celle-ci pour les États contractants et les personnes intéressées - de ne pas interpréter les termes de cette disposition comme un simple renvoi au droit interne de l'un ou de l'autre des États concernés. Il y a donc lieu de considérer la notion de «matière civile et commerciale» comme une notion autonome qu'il faut interpréter en se référant, d'une part, aux objectifs et au système de la convention et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux (arrêts du 14 octobre 1976, LTU, 29/76, Rec. p. 1541, point 3; du 22 février 1979, Gourdain, 133/78, Rec. p. 733, point 3; du 16 décembre 1980, Rüffer, 814/79, Rec. p. 3807, point 7; du 21 avril 1993, Sonntag, C-172/91, Rec. p. I-1963, point 18, et du 14 novembre 2002, Baten, C-271/00, non encore publié au Recueil, point 28).

21. La Cour a précisé que cette interprétation conduit à exclure certaines décisions juridictionnelles du champ d'application de la convention de Bruxelles en raison des éléments qui caractérisent la nature des rapports juridiques entre les parties au litige ou l'objet de celui-ci (arrêts précités LTU, point 4, et Baten, point 29).

22. La Cour a ainsi considéré que, si certaines décisions rendues dans des litiges opposant une autorité publique à une personne de droit privé peuvent entrer dans le champ d'application de la convention de Bruxelles, il en est autrement lorsque l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique (arrêts précités LTU, point 4; Rüffer, point 8, et Baten, point 30).

23. Afin d'appliquer ces principes dans une affaire telle que celle en cause au principal, il y a donc lieu d'identifier le rapport juridique existant entre les parties au litige et d'examiner le fondement et les modalités d'exercice de l'action intentée (voir, en ce sens, arrêt Baten, précité, point 31).



24. À titre liminaire, il convient d'observer que, ainsi que le gouvernement néerlandais le souligne, PFA ne s'est pas engagée seulement en qualité de caution, mais également en qualité de débiteur solidaire tenu de payer les droits et taxes dus comme une dette propre.

25. La question de savoir si une stipulation de solidarité change la nature d'un engagement de cautionnement, ou modifie seulement certains de ses effets, est une question qui relève du droit national.

26. En tout état de cause, il y a lieu de constater que, dans la présente affaire, la juridiction de renvoi, à qui il incombe d'analyser la nature de la relation qui lie PFA à l'État néerlandais, s'est uniquement référée, dans les questions préjudicielles qu'elle a soumises à la Cour, à un contrat de «cautionnement». Dès lors, aux fins de répondre à ces questions, il y a lieu de raisonner sur la base de l'hypothèse que PFA n'est poursuivie qu'en sa qualité de caution et non de débiteur solidaire.

27. Selon les principes généraux qui se dégagent des systèmes juridiques des États contractants, un contrat de cautionnement se présente comme une opération triangulaire, par laquelle la caution s'engage vis-à-vis du créancier à satisfaire aux obligations souscrites par le débiteur principal, au cas où celui-ci n'y satisfait pas lui-même.

28. Un tel contrat crée une obligation nouvelle, à la charge de la caution, de garantir l'exécution de l'obligation principale dont est tenu le débiteur. La caution ne se substitue pas au débiteur, mais garantit seulement le paiement de la dette de ce dernier, selon les conditions précisées au contrat de cautionnement ou prévues par la loi.

29. L'obligation ainsi créée présente un caractère accessoire, en ce sens que, d'une part, la caution ne peut être poursuivie par le créancier que si la dette cautionnée est exigible et, d'autre part, l'obligation assumée par la caution ne peut être plus étendue que celle du débiteur principal. Ce caractère accessoire ne signifie toutefois pas que le régime juridique applicable à l'obligation assumée par la caution doit être en tous points identique au régime juridique applicable à l'obligation principale (voir, en ce sens, arrêt du 23 mars 2000, Berliner Kindl Brauerei, C-208/98, Rec. p. I-1741).

30. Afin de répondre à la première question, il y a donc lieu de rechercher si le rapport juridique entre l'État néerlandais et PFA, tel qu'il résulte du contrat de cautionnement, est marqué par une manifestation de puissance publique de la part de l'État créancier, en ce qu'il correspondrait à l'exercice de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers (sur ce critère, voir arrêt Sonntag, précité, point 22).

31. S'il appartient à la juridiction de renvoi de procéder à cette appréciation, il apparaît toutefois utile que la Cour apporte, à la lumière des observations qui ont été déposées devant elle, certaines précisions quant aux éléments susceptibles d'être pris en considération.

32. En premier lieu, il convient de constater que la relation juridique entre l'État néerlandais et PFA n'est pas régie par la convention TIR. Si le chapitre II de cette convention définit les obligations d'une association nationale garante habilitée par un État contractant en vertu de l'article 6 de la convention, cette dernière, dans sa version applicable à la date des faits au



principal, ne contient pas de dispositions définissant l'étendue des engagements éventuels d'une caution qu'un État a imposée comme condition pour une décision d'habiliter des associations nationales garantes.

33. En deuxième lieu, il convient de tenir compte des circonstances ayant entouré la conclusion du contrat. Dans l'affaire au principal, il ressort du dossier que l'engagement de PFA vis-à-vis de l'État néerlandais a été librement consenti. Selon les informations dont la Commission a fait état, sans être contredite par le gouvernement néerlandais, PFA a fixé librement avec les débiteurs principaux, c'est-à-dire les associations néerlandaises habilitées, le montant de sa rémunération pour la fourniture du cautionnement. PFA et la Commission ont également souligné, lors de l'audience, que PFA est libre de mettre fin au contrat de cautionnement à tout moment, sous réserve de respecter un délai de préavis de trente jours.

34. En troisième lieu, il convient de prendre en considération les stipulations du contrat définissant l'étendue de l'engagement de la caution. À cet égard, la coïncidence, relevée dans le litige au principal par le gouvernement néerlandais, entre les dispositions de l'arrêté du 5 mars 1991, portant agrément d'associations nationales de transporteurs, d'une part, et les clauses du contrat définissant l'obligation de garantie assumée par PFA, d'autre part, ne saurait être considérée comme une preuve de l'exercice de la puissance publique par l'État néerlandais vis-à-vis de la caution. Le fait que l'obligation principale et l'engagement de la caution coïncident découle, en effet, du caractère accessoire du contrat de cautionnement. Dans l'affaire au principal, il importe peu que l'étendue de l'engagement de PFA soit déterminée par référence aux obligations des associations néerlandaises habilitées, dès lors qu'il est constant que cet engagement n'a pas été imposé à PFA, mais résulte d'une manifestation de volonté de sa part.

35. S'agissant du fait, allégué par le gouvernement néerlandais, que PFA aurait renoncé à se prévaloir de certaines dispositions du code civil néerlandais, comme celles prévoyant l'exception de compensation ainsi que les bénéfices de discussion et de division, il y a lieu de relever que de telles stipulations sont de pratique courante dans les relations commerciales. Elles ne pourraient constituer une manifestation de puissance publique de la part de l'État néerlandais vis-à-vis de la caution que si elles dépassaient les limites de la liberté reconnue aux parties par la loi applicable au contrat, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'établir.

36. À la lumière de l'ensemble de ces considérations, il y a lieu de répondre à la première question que l'article 1^{er}, premier alinéa, de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que relève de la notion de «matière civile et commerciale», au sens de la première phrase de cette disposition, une action par laquelle un État contractant poursuit, auprès d'une personne de droit privé, l'exécution d'un contrat de droit privé de cautionnement qui a été conclu en vue de permettre à une autre personne de fournir une garantie exigée et définie par cet État, pour autant que le rapport juridique entre le créancier et la caution, tel qu'il résulte du contrat de cautionnement, ne correspond pas à l'exercice par l'État de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers.

Sur la seconde question préjudicielle



37. Par cette question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 1^{er}, premier alinéa, de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que relève de la notion de «matières douanières», au sens de la seconde phrase de cette disposition, une action par laquelle un État contractant poursuit l'exécution d'un contrat de cautionnement destiné à garantir le paiement d'une dette douanière, lorsque la caution peut soulever des moyens de défense qui imposent d'examiner l'existence et le contenu de la dette douanière.

38. À cet égard, il convient de rappeler que la seconde phrase de l'article 1^{er}, premier alinéa, de la convention de Bruxelles a été ajoutée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention de Bruxelles, afin de préciser, par voie d'exemples, les matières n'entrant pas dans le champ d'application de la convention de Bruxelles (voir rapport sur cette convention présenté par M. Schlosser, JO 1979, C 59, p. 71, point 23). Cette phrase vise seulement à souligner que les «matières douanières» ne relèvent pas de la notion de «matière civile et commerciale». Cette précision n'a toutefois eu pour conséquence ni de limiter ni de modifier la portée de cette dernière.

39. Il s'ensuit que le critère permettant de fixer les limites de la notion de «matières douanières» doit être analogue à celui appliqué à la notion de «matière civile et commerciale».

40. Il y a donc lieu de considérer, ainsi qu'il a été indiqué au point 36 du présent arrêt, qu'entre dans la notion de «matière civile et commerciale» une action par laquelle un État contractant poursuit, auprès d'une personne de droit privé, l'exécution d'un contrat de droit privé de cautionnement qui a été conclu en vue de garantir le paiement d'une dette douanière dont une autre personne est redevable envers cet État, pour autant que le rapport juridique entre le créancier et la caution, tel qu'il résulte du contrat de cautionnement, ne correspond pas à l'exercice de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers.

41. Cette analyse ne saurait être modifiée par la possibilité que la caution puisse soulever des moyens de défense qui imposent d'examiner l'exigibilité de la dette douanière dont le contrat de cautionnement garantit le paiement.

42. En effet, pour déterminer si un litige relève du champ d'application de la convention de Bruxelles, seul l'objet de ce litige doit être pris en compte. Il serait contraire au principe de la sécurité juridique, qui constitue l'un des objectifs de cette convention, que l'applicabilité de cette dernière puisse varier au gré de l'existence d'une question préalable, qui peut être soulevée à tout moment par les parties (voir, en ce sens, arrêts du 25 juillet 1991, Rich, C-190/89, Rec. p. I-3855, points 26 et 27, et du 20 janvier 1994, Owens Bank, C-129/92, Rec. p. I-117, point 34).

43. Dès lors qu'un litige a pour objet l'exécution d'une obligation de garantie due par une caution dans des conditions qui permettent de considérer que cette obligation relève du champ d'application de la convention de Bruxelles, la circonstance que la caution puisse soulever des moyens de défense ayant trait à l'exigibilité de la dette cautionnée, tirés de matières exclues



du champ d'application de la convention de Bruxelles, est sans incidence sur l'inclusion du litige lui-même dans le champ d'application de ladite convention.

44. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'article 1^{er}, premier alinéa, de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que ne relève pas de la notion de «matières douanières», au sens de la seconde phrase de cette disposition, une action par laquelle un État contractant poursuit l'exécution d'un contrat de cautionnement destiné à garantir le paiement d'une dette douanière, lorsque le rapport juridique entre l'État et la caution, résultant de ce contrat, ne correspond pas à l'exercice par l'État de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers, et ce, même si la caution peut soulever des moyens de défense qui imposent d'examiner l'existence et le contenu de la dette douanière.

Sur les dépens

45. Les frais exposés par le gouvernement néerlandais et par la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (cinquième chambre),

statuant sur les questions à elle soumises par le Hoge Raad der Nederlanden, par arrêt du 18 mai 2001, dit pour droit:

L'article 1^{er}, premier alinéa, de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique et par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise, doit être interprété de la manière suivante:

- relève de la notion de «matière civile et commerciale», au sens de la première phrase de cette disposition, une action par laquelle un État contractant poursuit, auprès d'une personne de droit privé, l'exécution d'un contrat de droit privé de cautionnement qui a été conclu en vue de permettre à une autre personne de fournir une garantie exigée et définie par cet État, pour autant que le rapport juridique entre le créancier et la caution, tel qu'il résulte du contrat de cautionnement, ne correspond pas à l'exercice par l'État de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers;

- ne relève pas de la notion de «matières douanières», au sens de la seconde phrase de cette disposition, une action par laquelle un État contractant poursuit l'exécution d'un contrat de cautionnement destiné à garantir le paiement d'une dette douanière, lorsque le rapport juridique entre l'État et la caution, résultant de ce contrat, ne correspond pas à l'exercice par l'État de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans



les relations entre particuliers, et ce, même si la caution peut soulever des moyens de défense qui imposent d'examiner l'existence et le contenu de la dette douanière.

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 15 mai 2003.

www.ipr.be



www.dipr.be

Hof van Cassatie, eerste kamer, Franse afdeling, arrest van 29 maart 2001 (nr. C.00.00190.F)

EEX-verdrag – toepassingsgebied – artikel 1, tweede lid, 1° - hoofdeis die de staat van personen betreft – nevenis tot het bekomen van een onderhoudsgeld - invloed van artikel 5, 2

Convention de Bruxelles – champ d’application – article 1er, deuxième alinéa, 1° - action relative à l’état des personnes – demande accessoire d’aliments – influence de l’article 5, 2

H. M.,
Mr. John Kirkpatrick, advocaat bij het Hof van Cassatie,
tegen
G. C.
Mr. Philippe Gérard, advocaat bij het Hof van Cassatie.

HET HOF,

Gehoord het verslag van raadsheer Matray en op de conclusie van advocaat-generaal De Riemaecker;

Gelet op het bestreden vonnis, op 15 september 1999 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te D.;

Over de door verweerder opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid, hieruit afgeleid dat de voorziening buiten de wettelijke termijn is ingeleid:

Overwegende dat verweerder betoogt dat het bestreden vonnis op 2 december 1999 aan eiseres is betekend op haar woonplaats te V., en dat het cassatieberoep, dat door eiseres op 19 april 2000 is betekend, laattijdig is;

Overwegende dat eiseres aanvoert dat de betekening van het bestreden vonnis door rechtsmisbruik is aangetast;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid aldus een feitelijke vraag opwerpt die het Hof kan onderzoeken, aangezien de regelmatigheid van de voorziening ervan afhangt;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat:

- verweerdere verzet van 26 december 1997 tegen het vonnis van 16 oktober 1997 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te D. die de tenuitvoerlegging toestond van een beslissing van de kanton-rechtbank te Siegburg in Duitsland, is betekend aan "juffrouw H. O., (...) wettelijk vertegenwoordigd door haar moeder, mevrouw M. H., beiden met woonplaats in Duitsland, S., A., nr. 30, waar in het exploit van betekening van 28 november 1977 keuze van woonplaats wordt gedaan op het kabinet van Mr. Nicole Tilquin, advocate te Namen";



- dezelfde vermeldingen komen voor in een verzoekschrift dat eiser heeft neergelegd voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dinant op grond van artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek;
- zowel in haar oorspronkelijk verzoekschrift tot tenuitvoerlegging als in haar aanvullende conclusie heeft eiseres vermeld dat zij keuze van woonplaats had gedaan op het kabinet van haar raadsheer te Namen;
- het bestreden vonnis vermeldt dat recht wordt gesproken in de zaak van verweerder tegen "juffrouw O. H., geboren te Siegen op 30 maart 1984, wettelijk vertegenwoordigd door haar moeder, mevrouw M. H., beiden woonachtig in Duitsland, te S., A.”;

Dat geen enkel processtuk een vermelding naar eiseres' woonplaats te V. bevat;

Dat verweerder, hoewel hij het bestreden vonnis op 2 december 1999 heeft doen betekenen, dat vonnis een tweede keer heeft doen betekenen op 24 januari 2000 op de gekozen woonplaats van eiseres;

Dat uit de niet betwiste beweringen van eiseres blijkt dat verweerder wist dat zij niet in V. woonde;

Overwegende dat uit al die gegevens blijkt dat, gelet op de omstandigheden van de zaak, de betekening van 2 december 1999 rechtsmisbruik inhoudt;

dat die betekening dus niet kan dienen als aanvang van de bij art. 1073 van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde termijn;

dat de voorziening, ingesteld bij een op 21 april 2000 neergelegd verzoekschrift, ontvankelijk is;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

Over het middel :

schending van de artikelen 1, tweede lid, 1°, 5, 2°, 55 en 56, eerste lid, van het Verdrag van het op 27 september 1968 tussen de Lid-Staten van de Europese Economische Gemeenschap getekende Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, goedgekeurd bij de wet van 13 januari 1971, zoals dat Verdrag is gewijzigd bij het op 9 oktober 1978 te Luxemburg ondertekende Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland bij het voormelde Verdrag van 27 september 1968, goedgekeurd bij de wet van 31 juli 1986,

doordat het kantongerecht van Siegburg, door een eerste vonnis van 6 augustus 1993, vastgesteld heeft dat verweerder de natuurlijke vader is van de dochter van eiseres en hem veroordeeld heeft om een maandelijkse uitkering tot levensonderhoud te betalen vanaf de geboortedatum van het kind tot haar achttiende verjaardag, zonder het bedrag ervan te bepalen; dat het kantongerecht van Siegburg, door een tweede beslissing van 9 juni 1994, de bedragen van het levensonderhoud heeft bepaald die eiser diende te betalen ; dat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dinant, op verzoek, eiseres qualitate qua heeft gemachtigd de tenuitvoerlegging van het vonnis van 6 augustus 1993 op Belgisch grondgebied voort te zetten; dat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dinant die beschikking bij vonnis van 18 juni 1997 heeft ingetrokken; dat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dinant, op verzoek, eiseres qualitate qua bij beslissing van 16 oktober 1997 heeft gemachtigd de tenuitvoerlegging van het vonnis van 9 juni 1994 op Belgisch grondgebied voort te zetten; dat het bestreden vonnis,



op verweerders verzet tegen die beslissing van 16 oktober 1997, die beslissing intrekt, op grond dat het vonnis van 9 juni 1994 van de rechtbank van Siegburg "slechts het logische gevolg is van het vonnis van 6 augustus 1993 van die zelfde rechtbank van Siegburg ; dat de redenen die het (door het vonnis van 18 juni 1997 van de rechtbank van Dinant) aan dat vonnis verleende exequatur verantwoorden, te dezen ipso facto van toepassing zijn, zodat dit verzet moet worden toegewezen";

terwijl het vonnis van 18 juni 1997, waarvan de gronden aldus door het bestreden vonnis overgenomen worden, de intrekking van de beslissing van de rechtbank van Dinant tot exequatur van de beslissing van 6 augustus 1993 van de rechtbank van Siegburg op de volgende gronden verantwoordt : (1) die beslissing "doet zowel uitspraak over het bestaan van een afstammingsband tussen O. H. en (verweerder) als over het beginsel van een verplichting tot levensonderhoud die laatstgenoemde heeft ten aanzien van zij van wie bewezen is dat zij wel degelijk zijn dochter is" ; "het exequatur van de litigieuze beslissing kan alleen worden toegekend op grond van de Belgisch-Duitse Overeenkomst van 30 juni 1958 en (niet) ten gevolge van de vereenvoudigde procedure bepaald in het Verdrag van Brussel van 27 september 1968, aangezien die overeenkomst de beslissingen betreffende de staat van personen en de afstamming uit zijn toepassingsgebied uitsluit ; dat de rechtbank van Siegburg, gelet op artikel 4,§1, van de Belgisch-Duitse Overeenkomst, niet bevoegd was om kennis te nemen van de aanspraken van O.H., die door haar moeder vertegenwoordigd werd en wiens vordering uitdrukkelijk betrekking had op de vaststelling van een verwantschapsband als een absolute voorafgaande vereiste voor elke andere vordering betreffende, onder meer, de toekenning van een uitkering tot levensonderhoud, aangezien verweerder (...) bij de inleiding van het geding voor het Duitse gerecht te Siegburg over de Belgische nationaliteit beschikte en in België woonde; beide bestanddelen van de beslissing van de rechtbank van Siegburg van 6 augustus 1993, die zowel betrekking heeft op een verwantschapsband als op een uitkering tot levensonderhoud, (niet) helemaal kunnen worden losgekoppeld, aangezien die beslissing volledig past binnen het kader van de beginselen waarbij van het bestaan van een verwantschapsband een conditio sine qua non wordt gemaakt voor de erkenning van een verplichting tot bijdrage aan het onderhoud van een kind, wiens afstamming aldus bewezen wordt, zonder daarom evenwel op concrete en precieze wijze het bedrag van de uitkering tot levensonderhoud te bepalen die daaruit noodzakelijkerwijs moet voortvloeien en te dezen zou worden bepaald door een latere beslissing van de rechtbank van Siegburg, welke op 5 oktober 1994 is uitgesproken; de rechtbank, gelet op die omstandigheden, alleen de gevolgtrekkingen kan maken die onvermijdelijk voortvloeien uit artikel 2 (1, 3°) van de Belgisch-Duitse Overeenkomst van 1958, krachtens hetwelk het exequatur moet worden geweigerd als het gerecht dat het vonnis heeft gewezen waarvan het exequatur wordt gevorderd, niet bevoegd is", (2) "dezelfde redenering niet zomaar kan worden toegepast op de beslissing van 9 juni 1994 van de rechtbank van Siegburg, die daadwerkelijk de bedragen bepaalt van de uitkering tot levensonderhoud die (verweerder) voor zijn dochter O. verschuldigd is" ; het bestreden vonnis, door op grond van de hiervoor uiteengezette redenen (1) het exequatur van het vonnis van 9 juni 1994 van de rechtbank van Siegburg te weigeren, de in de aanhef van het middel bedoelde bepalingen schendt ; immers, hoewel artikel 1 van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968, in beginsel, de staat van natuurlijke personen uit het toepassingsgebied van dat verdrag uitsluit, artikel 5, 2°, van dat verdrag, als gewijzigd bij het Verdrag van 9 oktober



1978, van dat beginsel afwijkt op grond dat "de verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat, in een andere Verdragsluitende Staat kan worden opgeroepen: (...) 2° ten aanzien van onderhoudsverplichtingen voor het gerecht van de plaats, waar de tot onderhoud gerechtigde zijn woonplaats of zijn gewone verblijfplaats heeft of, indien het een bijkomende eis is die verbonden is met een vordering betreffende de staat van personen, voor het gerecht dat volgens zijn eigen wet bevoegd is daarvan kennis te nemen, behalve in het geval dat deze bevoegdheid uitsluitend berust op de nationaliteit van een der partijen" ; artikel 55 van dat verdrag bepaalt dat dit verdrag de tussen twee of meer van die Staten gesloten verdragen en overeenkomsten vervangt, inzonderheid "de Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Bondsrepubliek Duitsland betreffende de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, scheidsrechterlijke uitspraken en authentieke akten in burgerlijke zaken of handelszaken, gesloten te Bonn op 30 juni 1958" ; de voormelde Belgisch-Duitse Overeenkomst van 30 juni 1958, krachtens artikel 56, eerste lid, van dat Verdrag van Brussel van 27 september 1968, alleen van kracht blijven ten aanzien van onderwerpen waarop het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 niet van toepassing is ; het bestreden vonnis, door, te dezen, met aanneming van de redenen van het vonnis van 18 juni 1977 op absolute wijze te beslissen dat het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 "de beslissingen betreffende de staat van personen en de afstamming uit zijn toepassingsgebied uitsluit", artikel 5, 2°, van het voormelde Verdrag van Brussel schendt, waaruit blijkt dat dit verdrag van toepassing is "ten aanzien van onderhoudsverplichtingen", "indien het een bijkomende eis is die verbonden is met een vordering betreffende de staat van personen"; de volgende redenen uit het vonnis van 8 juni 1997, die door het bestreden vonnis overgenomen worden, de weigering om het voormelde Verdrag van Brussel toe te passen niet naar recht verantwoord: (a) de aan de rechtbank van Siegburg voorgelegde vordering "had uitdrukkelijk betrekking op de vaststelling van een verwantschapsband als een absolute voorafgaande vereiste voor elke andere vordering betreffende de toekenning van een uitkering tot levensonderhoud" (wat uitgerekend de hypothese is die bedoeld wordt in artikel 5, 2°, van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968, als gewijzigd bij het Verdrag van 9 oktober 1978) ; (b) het vonnis van 6 augustus 1993 van de rechtbank van Siegburg "dat zowel betrekking heeft op een verwantschapsband als op een uitkering tot levensonderhoud", "volledig past binnen het kader van de beginselen, waarbij van het bestaan van een verwantschapsband een *conditio sine qua non* wordt gemaakt voor de erkenning van een verplichting tot bijdrage aan het onderhoud van een kind, wiens afstamming aldus bewezen wordt, zonder daarom evenwel op volledige en precieze wijze het bedrag van de uitkering tot levensonderhoud te bepalen die daaruit noodzakelijkerwijs moet voortvloeien en te dezen zou worden bepaald door een latere beslissing van de rechtbank van Siegburg, welke op 5 oktober 1994 is uitgesproken" ; de bestreden beslissing dus niet naar recht is verantwoord:

Overwegende dat artikel 1, tweede lid, 1°, van het te Brussel ondertekende Verdrag van 27 september 1968 tussen de Lid-Staten van de Europese Economische Gemeenschap betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, de staat van personen uit het toepassingsgebied van dat verdrag uitsluit; dat artikel 56, eerste lid, van dat verdrag bepaalt dat de in artikel 55 vermelde verdragen en overeenkomsten ten aanzien van dat onderwerp van kracht blijven;

Overwegende dat, krachtens artikel 5, 2°, van het Verdrag van Brussel, de verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van Verdragsluitende Staat, wat de



onderhoudsverplichting betreft, in een andere Verdragsluitende Staat voor het gerecht kan worden opgeroepen van de plaats waar de tot onderhoud gerechtigde zijn woonplaats of zijn gewone verblijfplaats heeft of, indien het een bijkomende eis is die verbonden is met een vordering betreffende de staat van personen, voor het gerecht dat volgens zijn eigen wet bevoegd is om daarvan kennis te nemen, behalve in het geval dat deze bevoegdheid uitsluitend berust op de nationaliteit van een der partijen;

Overwegende dat, hoewel het Verdrag van Brussel, in beginsel, van toepassing is op een vordering tot uitkering van levensonderhoud, zelfs als zij een bijkomende eis is die verbonden is met een vordering betreffende de staat van personen, uit geen enkele bepaling van artikel 5, 2°, van dat Verdrag volgt dat, met afwijking van de uitsluiting bedoeld in artikel 1, tweede lid, 1°, dat Verdrag van toepassing zou zijn op de staat van personen;

Dat, in het bijzonder, de regel van de bevoegdheid, bedoeld in het tweede gedeelte van de zin van het voormelde artikel 5, 2°, die het gerecht dat volgens zijn eigen wet bevoegd is om kennis te nemen van een rechtsvordering inzake de staat van personen, uitspraak te doen over een vordering tot uitkering van levensonderhoud die er een bijkomende eis van is, ertoe strekt te voorkomen dat die rechtbank zich onbevoegd moet verklaren om kennis te nemen van de vordering tot uitkering van levensonderhoud wegens de ongelijkheid van de bevoegdheidsregels van de lex fori, die van toepassing zijn op de rechtsvordering inzake de staat van personen, en de bevoegdheidsregels van het Verdrag van Brussel, die van toepassing zijn op de verplichting tot levensonderhoud, maar de rechtbank niet aanwijst die bevoegd is om van de rechtsvordering inzake de staat van personen kennis te nemen;

Dat het middel, volgens hetwelk artikel 5, 2°, de voormelde bevoegdheidsregel vermeldt en zodoende afwijkt van het beginsel dat de staat van personen uit het toepassingsgebied van het Verdrag van Brussel uitgesloten wordt, en volgens hetwelk het bestreden vonnis dat artikel schendt door op absolute wijze te beslissen dat het voormelde verdrag "de beslissingen betreffende de staat van personen en de afstamming uit zijn toepassingsgebied uitsluit", faalt naar recht;

OM DIE REDENEN,

Verwerpt de voorziening ;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

Aldus geoordeeld door het Hof van Cassatie, eerste kamer, te Brussel, door waarnemend voorzitter Parmentier, de raadsheren Echement, Storck, Mathieu, Matray, en in openbare terechtzitting van negenentwintig maart tweeduizend en een uitgesproken door waarnemend voorzitter Parmentier, in aanwezigheid van advocaat-generaal Werquin, met bijstand van griffier Massart.

Vertaling opgemaakt onder toezicht van voorzitter Verougstraete en overgeschreven met assistentie van griffier Van Geem.



Hof van Beroep Antwerpen, arrest van 7 mei 2003

Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van de ontvoering van kinderen (Den Haag, 25 oktober 1980) – overbrenging in strijd met het gezagsrecht – 1° artikel 13 – lichamelijk of geestelijk gevaar – lang verblijf en inburgering – 2° draagwijdte van de verplichte terugkeer – geen uitspraak over de invulling van het gezag of de concrete verblijfplaats bij terugkeer

Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (La Haye, le 25 octobre 1980) – déplacement en violant le droit de garde – 1° article 13 – danger physique ou psychique – résidence de longue durée et intégration – 2° portée d'un retour ordonné – ni le droit de garde, ni le lieu précis du retour ne sont affecté

Samenvatting (Katja Jansegers)

1. De feiten en procedurele antecedenten

De ouders van twee kinderen (allen met de Nederlandse nationaliteit en woonplaats in Nederland) scheidden in 1999 uit de echt. Aangezien de vordering van de moeder tot het bekomen van exclusief ouderlijk gezag over de kinderen werd afgewezen door de rechtbank te Roermond, behielden de echtgenoten het gezamenlijk ouderlijk gezag over hun beide kinderen. Dit vonnis werd in hoger beroep bevestigd.

Aanvankelijk woonden de kinderen in Nederland bij hun moeder. De moeder weigerde steeds het omgangsrecht van de kinderen met hun vader. Over dit omgangsrecht is een procedure ten gronde hangende bij de rechtbank in Roermond.

Zonder rechterlijke toestemming en zonder toestemming van de vader is de moeder in 2001 met de kinderen verhuisd naar haar ouders in België.

Binnen het jaar na deze ongeoorloofde overdracht vorderde de Belgische Centrale Autoriteit (op grond van art. 12 Haagse Kinderontvoeringsverdrag¹) de onmiddellijke terugkeer van de kinderen naar Nederland.

¹ Sinds 1 mei 1999 is dit verdrag voor België in werking getreden. Wet van 10 augustus 1998 houdende instemming met het Verdrag betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, opgemaakt te 's Gravenhage op 25 oktober 1980, B.S. 24 april 1999. De stand van ratificaties kan steeds nagekeken worden op de website van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht: <http://www.hcch.net>.



De moeder betwistte deze vordering aangezien de kinderen zouden blootgesteld worden aan een lichamelijk of geestelijk gevaar in de zin van art. 13b van het Haagse Kinderontvoeringsverdrag. Volgens haar waren er ernstige indicaties van misbruik van gezag en grensoverschrijdend gedrag vanwege de vader. Zij stelde incidenteel hoger beroep in en vorderde de aanstelling van een kinderpsychiater met ondermeer als opdracht “de haalbaarheid van de praktische uitvoering van een eventuele omgangsregeling met de vader te onderzoeken”.

2. Korte samenvatting van de uitspraak van het Hof

Het Hof oordeelde dat het zich enkel kon uitspreken over de terugkeer van de kinderen naar Nederland.

De vordering van de vader om de terugkeer van de kinderen bij hem te bevelen of deze aan hem af te geven, werd afgewezen. De argumentatie van de moeder omtrent de weigeringsgrond van art. 13 (misbruik van gezag en grensoverschrijdend gedrag) werd tevens door het Hof afgewezen. De beoogde terugkeer zou volgens het Hof immers niet inhouden dat de kinderen bij de vader zouden moeten verblijven, nu door de terugkeer geen afbreuk zou worden gedaan aan de gezagsregeling. Bovendien was het niet noodzakelijk om de precieze plaats in Nederland aan te duiden waar de kinderen zouden dienen te verblijven, aangezien dit door de ouders zelf of door de bevoegde Nederlandse rechter zou moeten ingevuld worden (in de procedure ten gronde die nog in Roermond hangende is).

Ten overvloede ging het Hof nog in op de juistheid van de beweringen van de moeder over het gedrag van de vader. Het Hof oordeelde dat de moeder elk objectief onderzoek door een neutrale instantie onmogelijk had gemaakt door nooit haar loyale medewerking te verlenen aan de diverse onderzoeken met betrekking tot de kinderen die door de Nederlandse rechtbanken aan neutrale instanties (ondermeer de Raad voor Kinderbescherming en FORA) was opgedragen. Volgens het Hof had de vordering van de moeder tot aanstelling van een kinderpsychiater een louter dilatoir karakter en had de verhuis van de kinderen naar België als enige doel het onttrekken van de kinderen aan de Nederlandse jurisdictie en het bemoeilijken van de totstandkoming van een omgangsregeling.

Het feit dat de kinderen al geruime tijd in België woonden en er ingeburgerd waren, hield volgens het Hof niet in dat zij door hun terugkeer zouden blootgesteld worden aan een lichamelijk of geestelijk gevaar of in een ondraaglijke toestand zouden worden gebracht. Het Hof beval dan ook de onmiddellijke terugkeer van de kinderen naar Nederland.

Gelet op de houding van de moeder in het verleden werd bovendien de vordering van de vader tot het opleggen van een dwangsom gegrond verklaard. Gelet op het feit dat nog voldoende tijd moest gelaten worden om in Nederland de nodige opvangmaatregelen voor de kinderen te nemen, voorzag het arrest dat de dwangsom pas kon ingevorderd worden drie maanden na de betekening van het arrest.

Katja Jansegers
Assistent Internationaal Privaatrecht UGent
Advocaat Balie Gent



Arrest

HET HOF;

Gelet op de door de wet vereiste processtukken, in behoorlijke vorm overgelegd, waaronder het bestreden vonnis, waarvan geen akte-betekening wordt voorgelegd, alsmede het verzoekschrift neergelegd op 13.05.2002, waarmee een naar vorm en termijn regelmatig en ontvankelijk hoger beroep werd ingesteld;

Overwegende dat het beperkt hoger beroep ertoe strekt, bij hervorming van het bestreden vonnis,

“In hoofdorde alle nodige en nuttige maatregelen te nemen teneinde de toepassing van het verdrag van 's Gravenhage dd. 25.10.1980 te waarborgen, en aldus in de zin van artikel 1 van het verdrag de onmiddellijke terugkeer naar Nederland, meer bepaald naar hun vader R. J. J. J., Nederlander, geboren op 16.04.1962, en wonende te H., gemeente M., H. 2, te bevelen van de kinderen R. C. en R. M., die op ongeoorloofde wijze overgebracht zijn en vastgehouden worden in België, desnoods met behulp van de openbare macht.

Te zeggen voor recht dat de kinderen R. C. en R. M. dienen te verblijven bij hun vader, R. J. J. J., wonende te H., M., H. 2.

Mevrouw V. C. te veroordelen om binnen de 24 uur na betekening van dit arrest op haar adres te T., G. B. 96, over te gaan tot de afgifte van de kinderen R. C. en R. M. aan hun vader, R. J., en dit onder verbeurte van een dwangsom van 375 euro per kind en per dag vertraging in de afgifte.

Ondergeschikt, alle nodige en nuttige maatregelen te nemen teneinde de toepassing van het verdrag van 's Gravenhage dd. 25.10.1980 te waarborgen, en aldus in de zin van artikel 1 van het verdrag de onmiddellijke terugkeer naar Nederland, meer bepaald naar hun vader R. J. J. J., Nederlander, geboren op 16.04.1962, en wonende te H., M., H. 2, te bevelen van de kinderen R.C. en R. M., die op ongeoorloofde wijze overgebracht zijn en vastgehouden worden in België, desnoods met behulp van de openbare macht, en dit onder de uitdrukkelijke verplichting dat de heer R. samen met de Raad voor Kinderbescherming, vestiging R., binnen de drie dagen na de terugkeer van de kinderen in Nederland, aan de bevoegde Kinderrechter een verzoek richt tot het nemen van voorlopige maatregelen van kindbescherming.

Te zeggen voor recht dat de kinderen R. C. en R. M. dienen te verblijven bij hun vader, R. J. J. J., wonende te H., M., H. 2.

Mevrouw V. C. te veroordelen om binnen de 24 uur na betekening van dit arrest op haar adres te T., G. B. 96 over te gaan tot de afgifte van de kinderen R. C. en R. M. aan hun vader, R. J., en dit onder verbeurte van een dwangsom van 375 euro per kind en per dag vertraging in de afgifte.

Meest ondergeschikt, voorzover het Hof de vordering van concluant (lees: appellanten) tot het bevelen van de onmiddellijke terugkeer van de kinderen naar hun vader zou afwijzen als zijnde ongegrond, quod certe non, akte te nemen van de door concluant geformuleerde eisuitbreiding, deze eisuitbreiding ontvankelijk en gegrond te verklaren en diensvolgens Mevrouw V.C. te bevelen om zich binnen de 24 uren na betekening van het arrest onder verbeurte van een dwangsom van 750 euro per dag vertraging samen met de kinderen van partijen te vestigen in Nederland, teneinde de uitvoering van alle nodige en nuttige maatregelen in de toepassing van het verdrag van 's Gravenhage dd. 25.10.1980 te waarborgen, en aldus in de zin van artikel 1 van het verdrag de onmiddellijke terugkeer naar Nederland, meer bepaald naar hun moeder te bevelen van de kinderen R. C. en R. M., die op ongeoorloofde wijze overgebracht zijn en vastgehouden worden in België, desnoods met behulp van de openbare macht.

De vorderingen van geïntimeerde af te wijzen als zijnde onontvankelijk, minstens ongegrond.

Geïntimeerde te veroordelen tot de kosten van het geding.”;



Dat geïntimeerde als volgt concludeert :

“I. IN HOOFDORDE:

Het eerste vonnis te bevestigen voor wat de nietigverklaring betreft van het verzoekschrift dd. 15.02.02.

Het beroep m.b.t. de uitspraak gesteund op verzoekschrift dd. 21.02.02 als ongegrond van de hand te wijzen.

Dienvolgens alle verdere aanspraken tot onmiddellijke terugkeer als ongepast en niet uitvoerbaar van de hand te wijzen.

Ook de vordering in ondergeschikte orde dient om dezelfde redenen te worden verworpen.

INCIDENTEEL BEROEP:

Concluante stelt dan ook incidenteel beroep in op grond dat zij de zienswijze m.b.t. de motiveringen van de eerste rechter niet kan weerhouden, daar waar deze zegt:

- *dat het gedrag van de vader niet grensoverschrijdend zou zijn;*
- *dat de woning “zou verkocht zijn”, daar waar hoger werd aangetoond dat de woning wel degelijk door de grootouders van de kinderen werd verkocht;*

Bovendien vraagt zij dat, in afwachting van een eventuele beschikking van de rechter omtrent de terugkeer, een kinderpsychiater aan te duiden met een wel bepaalde opdracht, waarin o.m. dient gestipuleerd:

- 1. de concrete omstandigheden waarin de kinderen thans verblijven;*
- 2. de familiale en sociale context waarin de kinderen opgroeien;*
- 3. een grondig onderzoek omtrent de houding van C. m.b.t. de vaderfiguur en de haalbaarheid van de praktische uitvoering van een eventuele omgangsregeling;*

II. IN ONDERGESCHIKTE ORDE :

Alle eisen van appellanten af te wijzen als zijnde ongepast en ongegrond m.b.t. de terugkeer naar Nederland, evenzeer hun eis tot verplichte woonst van concluante in Nederland. De kosten ten laste te leggen van appellant, minstens deze voor te behouden, ¼”;

Overwegende dat het beperkt hoger beroep van appellanten er niet toe strekt het bestreden vonnis te hervormen voor zover deze de vordering vervat in het op 15.02.2002 ter griffie van de eerste rechter neergelegde verzoekschrift onontvankelijk verklaarde; dat de argumentatie van geïntimeerde dienaangaande bijgevolg irrelevant is;

Overwegende dat tweede appellant en geïntimeerde, beiden van Nederlandse nationaliteit, gehuwd zijn te B. (N.) op 01.12.1989; dat uit hun huwelijk twee kinderen geboren werden, m.n. C. (°15.08.1996) en M. (°13.05.1998) R.; dat zij uit de echt gescheiden zijn ingevolge beschikking d.d. 16.12.1999 van de Arrondissementsrechtbank te Roermond, ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand op 29.02.2000;

Overwegende dat er geen betwisting over bestaat dat beide ouders het gezamenlijk ouderlijk gezag hebben over de beide minderjarige kinderen; dat beide ouders na de echtscheiding belast gebleven zijn met het gezamenlijk ouderlijk gezag over C. en M.; dat de Arrondissementsrechtbank te Roermond bij beschikking d.d. 21.06.2001 het verzoek van geïntimeerde om het ouderlijk gezag over de beide kinderen alleen aan haar toe te wijzen afwees evenals de tegenvordering van tweede appellant tot ondertoezichtstelling van de kinderen; dat deze beschikking bekrachtigd werd bij beschikking d.d. 21.11.2001 van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch;



Overwegende dat de beide kinderen bij de moeder wonen en tot bij hun overbrenging naar België steeds in Nederland gewoond hebben; dat er geen omgang is tussen de vader en de kinderen en er een omgangsprocedure loopt bij de Arrondissementsrechtbank te Roermond; dat geïntimeerde het principieel omgangsrecht van tweede appellant niet betwist maar stelt dat de uitvoering ervan zich in concreto niet kan realiseren;

Dat geïntimeerde in mei 2001 met de kinderen in T. (België) is komen wonen bij haar ouders; Dat de Centrale Autoriteit voor België, in toepassing van het Verdrag van 's-Gravenhage d.d. 25.10.1980, op 21.02.2002, dus binnen het jaar, voor de eerste rechter vorderde de onmiddellijke terugkeer van de kinderen te bevelen naar hun laatste verblijfplaats in Nederland; dat deze vordering door de eerste rechter in het bestreden vonnis werd afgewezen;

Overwegende dat beide ouders evenals de beide kinderen van Nederlandse nationaliteit zijn; dat de gezags- en omgangsregeling beheerst wordt door de nationale wet van hun persoonlijk statuut, in casu de Nederlandse; dat, zoals hoger reeds gesteld, vaststaat en overigens niet betwist wordt dat beide partijen het gezamenlijk gezag hebben over de kinderen; dat eveneens vaststaat en evenmin betwist wordt dat beslissingen in belangrijke aangelegenheden, zoals het vestigen van de kinderen in het buitenland, vallen onder het gezamenlijk ouderlijk gezag; dat blijkt dat geïntimeerde zich met de kinderen in België gevestigd heeft zonder de toestemming van tweede appellant of zonder een rechtelijke machtiging; dat de overbrenging van de kinderen aldus plaatsvond in strijd met het gezagsrecht dat daadwerkelijk werd uitgeoefend zoals bedoeld in art. 3 van het Verdrag;

Dat verder blijkt dat de vordering tot terugkeer werd ingediend binnen het jaar na de overbrenging van de kinderen naar België, zodat de inburgering van de kinderen in België geen beletsel vormt voor de terugkeer (art. 12 2^{de} lid Verdrag);

Dat de toepassingsvoorwaarden voor onmiddellijke terugkeer in de zin van artikel 12 van het Verdrag van 's-Gravenhage d.d. 25.10.1980 dan ook vervuld zijn;

Overwegende dat geïntimeerde de vordering betwist voorhoudend dat de kinderen door hun terugkeer worden blootgesteld aan een lichamelijk of geestelijk gevaar, dan wel op enige andere wijze in een ondraaglijke toestand zouden worden gebracht, en zich hiertoe beroept op de weigeringsgrond voorzien in art. 13 B van het Verdrag;

Dat geïntimeerde hiertoe voorhoudt dat er ernstige indicaties van misbruik van gezag en grensoverschrijdend gedrag vanwege de vader opzichtsens de kinderen, minstens opzichtsens één van de kinderen zouden zijn; dat zij, gelet op het feit dat tweede appellant dit betwist, een deskundigenonderzoek door een kinderpsychiater vordert met de hierboven vermelde opdracht;

Overwegende dat het voormeld Verdrag tot doel heeft de onmiddellijke terugkeer te verzekeren van kinderen die ongeoorloofd zijn overgebracht of worden vastgehouden in een Verdragsluitende Staat en het in een Verdragsluitende Staat bestaande recht betreffende het gezag en het omgangsrecht in de andere Verdragsluitende Staten daadwerkelijk te doen eerbiedigen (art. 1 Verdrag);

Dat de Rechter van de Verdragsluitende staat die gevat wordt door een vordering tot terugkeer op grond van artikel 12 van het Verdrag zich evenwel niet kan uitspreken over het gezagsrecht ten gronde (zie o.m. art. 16 en 19 Verdrag);

Dat het Hof zich dus in casu niet kan uitspreken over de concrete invulling van dit gezagsrecht;



dat de vorderingen van appellanten om de terugkeer van de kinderen bij hun vader te bevelen of deze aan hem af te geven bijgevolg niet kunnen ingewilligd worden;

Dat om dezelfde reden de argumentatie van geïntimeerde m.b.t. de door haar aangevoerde weigeringsgrond irrelevant is; dat de terugkeer in de zin van het Verdrag immers geenszins inhoudt dat de kinderen bij de vader zullen dienen te verblijven, nu door de beoogde terugkeer geenszins afbreuk wordt gedaan aan de gezagsregeling; dat niets geïntimeerde belet om, in het belang van de kinderen, met hen terug te keren naar Nederland; dat partijen zich desgevallend tot de bevoegde Nederlandse Rechter kunnen wenden om de gepaste maatregelen te nemen om de opvang van de kinderen te verzekeren;

dat, zelfs indien de beweringen van geïntimeerde opzichtsens de vader bewezen zouden zijn, quod non, de terugkeer naar Nederland dan ook geen ernstig risico inhoudt dat de kinderen worden blootgesteld aan een lichamenlijk of geestelijk gevaar of op enige ander wijze in een ondragelijke toestand worden gebracht;

Dat, in tegenstelling met wat gesteld wordt in het bestreden vonnis, het dan ook geenszins noodzakelijk is om de preciese plaats in Nederland aan te duiden waar de kinderen zullen dienen te verblijven, nu dit hetzij door de ouders zelf, hetzij door de Nederlandse bevoegde Rechter zal dienen ingevuld;

Overwegende dat er ten overvloede op dient gewezen dat uit geen enkel voorgebracht objectief element de juistheid van de beweringen van geïntimeerde m.b.t. het door haar voorgehouden grensoverschrijdend gedrag van tweede appellant t.o.v. de kinderen blijkt; dat, naar het oordeel van het Hof, ook uit de voorgebrachte rapportage van de door geïntimeerde eenzijdig aangezochte psycholoog, mevr. drs. R., hoegenaamd geen overtuigend gegeven voor dergelijk gedrag kan gevonden worden; dat, gezien deze psycholoog eenzijdig door geïntimeerde werd aangezocht, haar rapportage met de nodige omzichtigheid dient benaderd wegens mogelijk gebrek aan objectiviteit; dat deze kennelijk zwaar tilt aan de paniek die bij C. ontstond toen het woord "papa" viel nadat deze voor het eerst sinds lange tijd met tweede appellant werd geconfronteerd; dat evenwel geenszins uit de voorgelegde stukken blijkt in hoeverre nagegaan werd of die reactie het gevolg was van het gedrag van tweede appellant dan wel van een (mogelijk onbewuste dan wel doelbewuste) conditionering door de omgeving van het kind, laat staan of dit het geval is; dat er eveneens de, naar het oordeel van het Hof, bevreemdende reactie van deze psycholoog is t.o.v. de Raad voor de Kinderbescherming om slechts een gesprek met de Raad te laten plaatsvinden tegen betaling; dat deze gegevens dan ook geenszins volstaan voor de toepassing van art. 13 B van het Verdrag;

Overwegende dat anderzijds dient vastgesteld dat geïntimeerde ieder objectief onderzoek door een neutrale instantie onmogelijk maakte; dat uit de voorgebrachte objectieve gegevens immers blijkt dat geïntimeerde geenszins haar loyale medewerking heeft verleend aan diverse onderzoeken m.b.t. de kinderen die door de Nederlandse Rechtbanken aan neutrale instanties, o.m. de Raad voor Kinderbescherming en FORA, werden opgedragen;

Dat blijkt dat de Raad voor de Kinderbescherming te Roermond, op vraag van de Arrondissementsrechtbank te Roermond een onderzoek poogde op te starten naar de mogelijkheden van contactherstel tussen de vader en de kinderen, maar hier niet in slaagde; dat het schrijven d.d. 20.04.2000 van de Raad aan de Arrondissementsrechtbank dienaangaande verhelderend is;

dat hieruit blijkt dat geïntimeerde zich verzette tegen een rechtstreeks contact van de interne gedragsdeskundige van de Raad met de kinderen en meende dat er slechts via de door haar eenzijdig aangezochte kinder- en jeugdpsycholoog, mevr. drs. R., kon gehandeld worden; dat



er verder uit blijkt dat mevr. R. slechts tot dergelijk gesprek bereid was tegen betaling; dat in dit schrijven wordt geconcludeerd:

“Gezien het belang van de kinderen heeft de Raad geprobeerd gedurende de afgelopen 7 maanden tot concrete afspraken te komen om een goed en gedegen onderzoek uit te voeren. Tot op heden is dit niet gelukt. Uit de verschillende verhalen van de ouders blijkt dat zij op alle vlakken met elkaar strijden. Zo ook over de omgangsregeling. De Raad heeft geen enkele mogelijkheid gezien om hier met de ouders op een constructieve manier mee om te gaan. We hebben ervaren dat vader zijn medewerking constant heeft verleend en een rustige afwachtende houding heeft aangenomen. Daarnaast hebben we ervaren dat moeder een wat vijandige houding heeft aangenomen t.a.v. de Raad voor de Kinderbescherming. Dit heeft als resultaat dat we op geen enkele manier zicht hebben kunnen krijgen op de ontwikkeling van C. Ook de verslaglegging van mw. R. draagt daar niet toe bij. Vandaar dat de Raad van mening is dat er geen contra-indicaties zijn voor een deelonderzoek naar de mogelijkheden van contactherstel tussen vader en C.

Wat betreft M. hebben beide ouders voorheen aangegeven dat er geen zorgen zijn over haar ontwikkeling. Er zijn dus ook voor haar geen redenen om niet te starten met het deelonderzoek. Vervolgens heeft moeder gezegd dat zij niet wil dat er contact tussen M. en vader is zolang er geen duidelijkheid is over dat wat mogelijk gebeurd kan zijn tussen vader en de kinderen. De Raad concludeert dat moeder enerzijds aangeeft graag onderzocht te willen hebben waardoor de angsten van C. zijn veroorzaakt. Anderzijds staat zij niet open voor een onderzoek van de Raad. Dat heeft tot consequentie dat zowel C. als M. geruime tijd geen contact meer hebben gehad met hun vader. Vandaar dat de Raad van mening is dat een advies aan uw Rechtbank op dit moment niet gegeven kan worden. ondanks het gegeven dat de Raad geen contra-indicaties ziet om een onderzoek op te starten naar de mogelijkheden van contactherstel tussen vader en de kinderen. Ook naar de toekomst toe verwacht de Raad gezien de hevige strijd tussen de ouders en de houding van moeder dat een gedegen onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming niet tot de mogelijkheden zal behoren. tenzij daar ter zitting een nieuwe basis voor gecreëerd kan worden. Indien het wantrouwen t.o.v. de Raad voor de Kinderbescherming blijft bestaan kan wellicht elders onderzoek verricht worden.”;

dat de door geïntimeerde t.a.v. de Raad voor de Kinderbescherming geuite grieven louter eenzijdige beweringen zijn die door geen enkel voorgebracht objectief gegeven worden onder-steund;

Dat de Arrondissementsrechtbank te Roermond vervolgens bij beschikking d.d. 19.04.2001 een verzoek richtte aan het onderzoeksbureau FORA tot rapport en advies m.b.t. een omgangsregeling tussen de kinderen en hun vader; dat in deze beschikking eveneens vermeld is:

“De rechtbank verzoekt het FORA het onderzoek te starten met een gesprek met kinderpsycholoog mevrouw drs. R., omtrent haar bevindingen met betrekking tot C.. Op uitdrukkelijk verzoek van de moeder verzoekt de rechtbank vooralsnog C. niet persoonlijk bij het onderzoek te betrekken. Tegen observatie van C., zonder dat zij dat zelf merkt, bijvoorbeeld middels cameraopnamen, bestaat zijdens moeder geen bezwaar. Voorts is ter zitting afgesproken dat partijen alleen, indien nodig, op initiatief van het FORA zullen worden gehoord.”;

dat FORA, in een brief d.d. 04.09.2001 aan de raadsman van geïntimeerde o.m. liet weten :

“In een brief d.d. 24. en 27 augustus 2001 aan de heer R. en mevrouw van C. heeft Fora hen ieder apart uitgenodigd voor een eerste gesprek, met als doel kennis te maken met hen, van beide ouders instemming te verkrijgen over de aan de Rechtbank geschetste opzet en invulling van het onderzoek en de achtergrondinformatie te verkrijgen die voor FORA relevant kan zijn in relatie tot het gesprek met onder meer mevrouw R.. In uw brief d.d. 3 september 2001 bericht u ons dat mevrouw van C. er niet mee kan instemmen dat er in het kader van het onderzoek gesprekken zullen plaatsvinden met haar of met de heer R.. ... Uw laatste brief (en dat maakt het nog ongebruikelijker) voegt hier nu expliciet aan



toe dat wij niet alleen niet met de kinderen, maar ook niet met de betrokken volwassenen een rechtstreeks contact zouden mogen of kunnen hebben. De vragen met betrekking tot de persoon van deze volwassene(n) zouden eveneens beantwoord kunnen worden vanuit de verklaring van mevrouw R.. Wij maken hier uit op dat er voor FORA in dat geval niet veel meer te doen is dan als doorgeefluik te dienen voor de verklaring van mevrouw R.. Logisch zou dan ook zijn dat FORA zich nu uit het onderzoek terugtrekt en dat u aan mevrouw R. vraagt om een eigen rapportage op te stellen voor de Rechtbank en haar te verzoeken daarin tevens de in de beschikking geformuleerde onderzoeksvragen te beantwoorden”;

dat FORA in een brief d.d. 13.09.2001 aan de Arrondissementsrechtbank te Roermond liet weten :

“In deze brief laat mr v. d. P. weten dat mevrouw V. C. volhardt in haar eerder ingenomen standpunt met betrekking tot de manier waarop het onderzoek ingericht moet worden. Zij onderschrijft de suggestie dat FORA terugtreedt en eerst mevrouw R. haar werk laat doen. Zij verzoekt FORA dit zelf aan de Rechtbank voor te leggen. Wij willen hier graag gehoor aan geven. De manier waarop mevrouw V. C. meent dat het onderzoek verricht moet worden, druist in tegen alle regels die hiervoor gesteld zijn vanuit de Richtlijnen voor extern deskundigenonderzoek (Ministerie van Justitie) en de beroepscodes van de beroepsverenigingen voor psychologen en pedagogen. Onder deze omstandigheden kan FORA niet anders dan de onderzoeksopdracht aan u terug te geven.”;

dat in de beschikking d.d. 21.11.2001 van het Gerechtshof van 's-Hertogenbosch er eveneens op gewezen werd dat het onderzoek dat door de Arrondissementsrechtbank te Roermond aan de Raad voor de Kinderbescherming werd verzocht niet van de grond is gekomen, *“daar de vrouw niet openstond voor een onderzoek door de raad, doch heeft volstaan met een verwijzing naar de door haar ingeschakelde jeugdpsychologe mevr. R..”* en m.b.t. het onderzoek dat door dezelfde rechtbank aan het FORA werd gevraagd *“De vrouw weigert echter iedere medewerking aan dit onderzoek en wenst enkel dat mevrouw R. informatie geeft.”;*

Dat aldus vaststaat dat geïntimeerde ieder neutraal onderzoek door een door de Arrondissementsrechtbank aangestelde objectieve instantie onmogelijk heeft gemaakt, nu zij eiste dat de onderzoeksverrichtingen, zelfs t.a.v. de partijen zelf, steeds via de door haar eenzijdig aangezochte kinder- en jeugdpsycholoog – waarmee de Raad voor de Kinderbescherming slechts tegen betaling een gesprek zou kunnen hebben - dienden plaats te vinden; dat haar vraag om thans een onderzoek te gelasten door een kinderpsychiater dan ook geenszins als oprecht kan beschouwd worden en kennelijk een louter dilatoir karakter heeft; dat het eveneens duidelijk is dat geïntimeerde met de kinderen in België is komen wonen met het doel de kinderen te onttrekken aan de Nederlandse jurisdictie en de totstandkoming van een omgangsregeling, zelfs een objectief onderzoek naar haar eigen beweringen opzichthens appellant, nog verder te bemoeilijken;

Overwegende dat het feit dat de kinderen inmiddels reeds geruime tijd in België wonen en er ingeburgerd zouden zijn niet inhoudt dat zij door hun terugkeer naar Nederland zouden blootgesteld worden aan een lichamelijk of geestelijk gevaar of in een ondragelijke toestand zouden worden gebracht;

Overwegende dat bijgevolg de onmiddellijke terugkeer van de beide kinderen naar Nederland dient bevelen;



Overwegende dat, gelet op de houding die geïntimeerde in het verleden heeft aangenomen, kan ingegaan worden op de vordering van appellanten tot het opleggen van een dwangsom; dat, gelet op het feit dat voldoende tijd dient geboden om de nodige maatregelen te nemen om een gepaste opvang van de kinderen in Nederland te verzekeren, deze dwangsom slechts kan ingaan drie maanden na de betekening van dit arrest;

OM DIE REDENEN:

HET HOF, na beraad,

Recht sprekend op tegenspraak en binnen de perken van het hoger beroep;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935;

Ontvangt het incidenteel beroep doch verklaart dit ongegrond;

Ontvangt het hoger beroep en verklaart dit gegrond in de hierna bepaalde mate;

Doet het bestreden vonnis te niet binnen de perken van het hoger beroep;

Opnieuw wijzend :

Beveelt de onmiddellijke terugkeer naar Nederland van de minderjarige kinderen van partijen:

- C. R., geboren te Tilburg op 15.08.1996 en
- M. R., geboren te s' Hertogenbosch op 13.05.1998,

en veroordeelt geïntimeerde om hiertoe alle nodige maatregelen te nemen;

Veroordeelt geïntimeerde tot betaling aan appellanten van een dwangsom van DRIEHONDERD VIJFENZEVENTIG euro (375,00 EUR) per dag vertraging dat zij nalaat om op enige wijze aan de voormelde veroordeling gevolg te geven binnen de drie maanden na de betekening van dit arrest;

Verwijst geïntimeerde in de gedingkosten van beide instanties, in hoofde van appellanten begroot op 111,55 EUR rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg, 186,00 EUR rolrecht en 223,10 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.



Cour du travail de Mons, arrêt du 18 octobre 2002

Jugement étranger - répudiation – effets en Belgique - article 570, alinéa 2, du Code Judiciaire - droits de la défense

Buitenlandse beslissing - verstoting – gevolgen in België - artikel 570, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek – rechten van verdediging

en cause de :

L'OFFICE NATIONAL DES PENSIONS, en abrégé O.N.P., établissement public dont le siège administratif est établi à 1060 Bruxelles, Tour du Midi, 7, Appelant, comparaisant par ses conseils Maître Belle, avocat à Mons et Maître Lejeune loco Me Van Drooghenbroeck, avocat à Charleroi;

contre :

E. H., S., Intimé, défaillant;

La Cour du travail, après en avoir délibéré, rend ce jour l'arrêt suivant:

Vu, produites en forme régulière, les pièces de la procédure légalement requises;

Vu l'appel interjeté contre le jugement prononcé par défaut à l'égard de l'appelant le 28 septembre 1993 par le tribunal du travail de Liège, appel formé par requête déposée au greffe de la Cour du travail de Liège le 28 octobre 1993;

Vu l'arrêt prononcé contradictoirement par la Cour du travail de Liège le 21 octobre 1994, confirmant le jugement entrepris en toutes ses dispositions;

Vu l'arrêt prononcé le 11 décembre 1995 par la troisième chambre de la Cour de cassation, cassant l'arrêt de la Cour du travail de Liège et renvoyant la cause devant la Cour de céans;

Vu l'acte de signification de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 1996, déposé au greffe de la Cour de céans le 26 avril 1996;

Vu l'omission d'office de la cause du rôle général (RG 13831) le 15 décembre 1999 en application de l'article 730, § 2, a), du Code judiciaire, et sa réinscription en date du 7 septembre 2001 (RG 17659);

Vu le dossier administratif de l'appelant versé au dossier de la procédure le 25 septembre 2001;

Vu le dossier de l'information du ministère public versé au dossier de la procédure le 3 octobre 2001;

Vu la fixation de la cause à l'audience publique du 17 mai 2002 en application de l'article 751 du Code judiciaire;

Vu les conclusions après cassation de l'appelant reçues au greffe le 21 février 2002;

Entendu les conseils de l'appelant, en leurs dires et moyens, à l'audience publique du 17 mai 2002;

Vu le dossier de l'appelant déposé à cette audience;

Entendu le ministère public en la lecture de son avis écrit déposé à l'audience publique du 21 juin 2002;

Vu les conclusions en réplique de l'appelant déposées au greffe le 6 septembre 2002, soit dans le délai imparti conformément à l'article 766, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire;

Attendu que l'appel, régulier en la forme et introduit dans le délai légal, est recevable;

Attendu que les faits et antécédents de la cause peuvent être ainsi résumés:

L'intimé, de nationalité marocaine, a accompli en Belgique une carrière professionnelle qui lui a ouvert le droit à une pension de retraite d'ouvrier mineur (30/30) ; il avait épousé au



Maroc F. Z., également de nationalité marocaine, le 12 novembre 1991, par acte dressé à Nador (Maroc), il a déclaré la répudier ;

Par décision du 21 janvier 1993, l'appelant a accordé à chacun des conjoints la moitié de la pension de retraite calculée au taux « ménage » et ce, à partir du 1^{er} décembre 1991, en application de l'article 74 de l'arrêté royal du 21 décembre 1967 portant règlement général du régime de pension de retraite et de survie des travailleurs salariés ; l'appelant a en effet considéré que les époux n'étaient pas valablement divorcés;

Le tribunal du travail de Liège a, par jugement du 28 septembre 1993, mis à néant la décision administrative querellée et invité l'appelant à prendre une décision rectificative reconnaissant le divorce de l'intimé et fixant au 1^{er} janvier 1992 sa pension de retraite au taux d'isolé; le tribunal considéra que l'intimé établissait valablement le divorce par la production du certificat d'inscription au registre de la population de Liège délivré le 27 janvier 1993;

Par arrêt prononcé le 21 octobre 1994, la Cour du travail de Liège confirma le jugement entrepris, considérant que la décision de répudiation répondait aux conditions de l'article 570, alinéa 2, du Code judiciaire;

Statuant sur le pourvoi formé par l'appelant, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour du travail de Liège pour violation de l'article 570, alinéa 2, 2^o, du Code judiciaire ;

Attendu que l'appelant demande de déclarer son appel recevable et fondé, de mettre à néant le jugement du tribunal du travail de Liège du 28 septembre 1993 et de confirmer la décision administrative du 21 janvier 1993 ; qu'il fait valoir que la décision de répudiation ne remplit pas les conditions de l'article 570, alinéa 2, 1^o et 2^o du Code judiciaire;

Attendu que les jugements régulièrement rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état des personnes, produisent leurs effets en Belgique, indépendamment de toute décision d'exequatur, sauf si l'on s'en prévaut pour des actes d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes ; qu'ils ne sont toutefois tenus, en Belgique, pour régulièrement rendus que s'ils satisfont aux conditions énoncées dans l'article 570, alinéa 2, du Code judiciaire;

Que pour produire ses effets non soumis à exequatur, le jugement étranger doit répondre auxdites conditions, soumises au contrôle du juge;

qu'il y a lieu de vérifier en conséquence:

- si la décision ne contient rien de contraire aux principes d'ordre public, ni aux règles du droit public belge;
- si les droits de la défense ont été respectés;
- si le juge étranger n'est pas uniquement compétent à raison de la nationalité du demandeur;
- si, d'après la même loi, l'expédition qui en est produite réunit les conditions nécessaires à son authenticité;

Attendu qu'en l'espèce il n'est pas contesté que l'épouse répudiée n'a été ni convoquée ni entendue lors de la procédure de répudiation, à laquelle est intervenu un juge marocain;

que les droits de la défense n'ont pas été respectés;

qu'à cet égard, est sans incidence la circonstance que l'épouse n'aurait pu empêcher la rupture du lien conjugal;



Que seul le jugement étranger qui satisfait à toutes les conditions de l'article 570, alinéa 2, du Code judiciaire jouit en Belgique de l'autorité de la chose jugée *erga omnes* ;
qu'à défaut de remplir l'une de ces conditions, il ne peut produire d'effets en Belgique ;
qu'en vue de la solution du litige soumis à la Cour, il est surabondant d'examiner si la décision de répudiation est également contraire à l'alinéa 2, 1°, de l'article 570 du Code judiciaire;

Qu'en cas de contestation des mentions apposées par l'officier de l'état civil dans les registres de population, celles-ci ne s'imposent pas aux cours et tribunaux qui sont compétents pour vérifier le respect des conditions énoncées dans l'article 570, alinéa 2, du Code judiciaire et, partant, pour dire si la décision étrangère concernant l'état des personnes produira ses effets en Belgique;

Que c'est dès lors à tort que le tribunal du travail de Liège a fait droit au recours originaire en se fondant sur le certificat d'inscription au registre de la population de Liège délivré le 27 janvier 1993;

Que la décision de répudiation ayant été prise en violation des droits de la défense, elle ne pouvait produire d'effets en Belgique;

Attendu que l'appel est fondé ; qu'il convient de rétablir la décision administrative querellée;

Attendu qu'à l'audience publique du 17 mai 2002 les conseils de l'appelant ont requis l'application de l'article 751 du Code judiciaire ; que les formalités prévues par cette disposition ayant été accomplies, il y a lieu de statuer par un arrêt réputé contradictoire;

PAR CES MOTIFS,

La Cour du travail,

Statuant par arrêt réputé contradictoire à l'égard de l'intimé,

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, notamment l'article 24;

Entendu Monsieur Dominique Hautier, Substitut de l'Auditeur du travail à Mons, délégué par ordonnance du 9 septembre 2002 (prorogeant celles du 10 décembre 2001 et 27 mars 2002) de Monsieur le Procureur général pour exercer les fonctions de Substitut général près la Cour du travail de Mons du 1^{er} octobre au 31 décembre 2002, en la lecture de son avis écrit déposé à l'audience publique du 21 juin 2002;

Reçoit l'appel;

Le dit fondé;

Réforme le jugement entrepris sauf en ce qu'il a reçu la demande originaire et statué quant aux dépens;

Dit la demande originaire non fondée;

Rétablit la décision administrative du 21 janvier 1993;

En application de l'article 1017, alinéa 2, du Code judiciaire, condamne l'appelant aux frais et dépens de l'instance d'appel s'il en est;

Ainsi jugé et prononcé, en langue française, à l'audience publique extraordinaire du 18 octobre 2002 par la 6^{ème} Chambre de la Cour du travail de Mons, où siégeaient:



Madame J. BAUDART, Conseiller président la Chambre;
Messieurs: CL. ISTASSE, Conseiller social au titre d'employeur, J.C. TURU, Conseiller social au titre de travailleur ouvrier,
et Madame N. ZANEI, Greffier.

Application de l'article 779 du Code judiciaire :

Par ordonnance de Madame J. BAUDART, Conseiller à la Cour du travail de Mons, prise en date du 18 octobre 2002, Messieurs J.C. TURU, Conseiller social au titre de travailleur ouvrier et CL. ISTASSE, Conseiller social au titre d'employeur à la Cour du travail de Mons, ont été désignés pour remplacer respectivement Messieurs A. DANIAUX, Conseiller social au titre de travailleur employé et J. DELROISSE, Conseiller social au titre d'employeur à la Cour du travail de Mons, qui ayant assisté aux débats et participé au délibéré, se sont trouvés légitimement empêchés d'assister au prononcé et dans l'impossibilité de signer le présent arrêt.



Sara Zambelli¹ - Licensing and Mandatory Rules in Developing Countries

I. Introduction

This paper will explore the use made of licensing and mandatory rules by developing countries, also known as less developed countries (LDCs), in relation to Intellectual Property Rights (IPRs). Specifically, the issues relating to the transfer of technology from multinational enterprises (MNEs) towards LDCs' concerns and enterprises will be explored.

The approach will be essentially historical, first tracing the evolution in the practices and concerns of LDCs since the 1970s, and then moving on to an examination of the significance and likely impact of the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Agreement of 1994.

The starting point will be the 1977 WIPO Licensing Guide for Developing Countries, which provides a very useful snapshot of the main issues and concerns relating to licensing agreements and technology transfers at that date, mainly from the point of view of LDCs. Next, the evolution in the practices and regulations in LDCs generally in the 1980s and 1990s will be looked at.

The UNCTAD draft code will then be briefly examined. This draft was the subject of negotiations between LDCs, developed countries, and socialist countries from the late 1970s and through the 1980s. These negotiations were inconclusive and were in effect superseded in the 1990s by the negotiations leading to TRIPS. Nevertheless, the UNCTAD draft code was useful both in establishing some common general principles which all parties could agree to and in identifying clearly the lines of tension between the interests and concerns of LDCs and those of the major developed countries.

Finally the significance of TRIPS will be examined, both in the section dealing with TRIPS and in the general conclusion.

¹ Ghent University, Master of Laws in European and Comparative Law, 2002-2003, E-mail: zambelli.s@libero.it.



II. Prevailing laws, regulations and practices in Developing Countries before TRIPS

A. The WIPO Licensing Guide for Developing Countries (1977)

In 1977 the WIPO² (World Intellectual Property Organisation) published a *Licensing Guide for Developing Countries*³. Although the WIPO *Guide* has never had any validity as a regulatory document, it was nevertheless clearly intended to be at least a *normative* authority by becoming, through the systematic description of what constituted normal or, indeed, recommended practice in negotiating industrial property licenses and technology transfer transactions, the main reference tool for the negotiators and legislators of developing countries. The *Guide* also describes extensively the ways in which LDCs were using laws and regulations in the 1970s in order to limit, not only the abuse of intellectual property rights (IPRs) by foreign multinational enterprises (MNEs), but also the damage which technology acquirers from LDCs could inflict upon themselves, through a lack of information and expertise, when negotiating technology transfer transactions.

The full title of the *Guide*⁴ states clearly that it is meant to be “*appropriate to the needs of developing countries*”. In other words, it is not impartial, but rather deliberately aimed at redressing the perceived imbalance in the expertise and consequent bargaining power between MNE and LDC negotiators. The purpose of the WIPO *Guide* is further detailed thus:

“§50. *This Guide is intended primarily for use by potential licensees and technology recipients in developing countries. It aims to assist such licensees or technology recipients in identifying the legal problems which are likely to arise in the negotiation and preparation of an industrial property license or technology transfer agreement (...)*

§51. *This Guide may also prove helpful to government officials of developing countries whose responsibilities in the course of the administration of laws controlling the flow of technology, foreign investment and foreign exchange are to review industrial property licenses or technology transfer agreements and to give advice to licensees or technology recipients (...)*

§52. *The Guide may also assist officials of a government which is planning to adopt new legislation or to strengthen its existing laws controlling the flow of technology, foreign investment and foreign exchange (...)* “

The WIPO *Guide* is in four parts: (I) the introduction; (II) background information on the process of negotiating an agreement or license; (III) extensive and detailed point-by-point

² A country's decision to join any WIPO convention may be taken as a signal that its laws recognised at least minimal standards, such as national treatment and minimum period of protection.

³ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), *Licensing Guide for Developing Countries, A Guide on the Legal Aspects of the Negotiation and Preparation of Industrial Property Licenses and Technology Transfer Agreements Appropriate to the Needs of Developing Countries*, Geneva, 1977, pp. 1-177.

⁴ WIPO, op. cit.



explanatory notes and examples on every aspect of the negotiation and preparation of an agreement or license; (IV) an “aide-mémoire” or check-list of all the points covered in part III.

“§76 The explanatory notes in Part III contain a descriptive treatment of the issues suggested by the diverse points in the check-list, the legal aspects and the possible solutions, including those reflected in the examples, which may ultimately find their way into the license or the agreement.”

The *Guide* was thus conceived as a descriptive document and a practical tool useful to LDC negotiators, private or public, or to government officials. It is clearly conceived with a view to defending the interests of these parties. As such it is, for our purposes, a useful description, not only of the state of things in the 1970s, in terms of existing legislations and prevailing practices, but also of the perceived best interest of acquirers of technology in developing countries, and of the problems attending these interests.

Section U of Part III, *Explanatory notes and examples*, deals in particular with the approval of government authorities in licenses and agreements. As with most of the other parts of the *Guide*, many points are fairly unremarkable, providing only routine technical guidance through the best ways to draft a license or agreement⁵, both so as to avoid later administrative problems, e.g. by making sure that the dates stated in a document are coherent with one another as well as with local notification and approval requirements, and to make sure that the document will provide appropriate legal protection for the signatories in case of later disputes either between them or with the authorities. In such instances the *WIPO Guide* can be said to function virtually as a pedagogical tool, enabling developing countries’ negotiators of licenses and transactions to be better equipped to defend their own interests despite their frequent lack of expertise.

Problems of conflicting jurisdictions, which can be quite complex, are also explored by the *WIPO Guide*⁶. At one point the comment is made that, in view of the complexity of the jurisdiction problems that can arise, “*even reasonable minds may differ as to what is the “proper law” of the industrial property licensing or technological transfer transaction or of any of its elements.*”⁷

Different types of controls, direct or indirect, exercised over the inflow of technology by various LDC governments, are also explained, different practices being compared when they differ from country to country.⁸

⁵ Thus for example paragraphs 615 to 621 of *WIPO*, op. cit.

⁶ *WIPO*, op. cit., paragraphs 626-639.

⁷ *WIPO*, op. cit., paragraph 633.

⁸ *WIPO*, op. cit.:

§ 602. Many developing countries have adopted some form of control over the outflow and inflow of technology, either as such, or as an element of a financial, commercial or investment transaction.

§ 604. In developing countries, the inflow of technology may be subject to a variety of controls. In some countries, these controls are part of a more comprehensive system of laws dealing with foreign investment in the country. In others, the controls result from the foreign exchange regulations which are directed at the flow of payments abroad, whether as dividends, royalties, or income in other forms or as the return of capital. Indirectly, import regulations, particularly lower tariff rates or exemptions on products embodying needed technology, may



Thus, for example, in some countries the approval process prescribed by national laws is described as enabling state authorities to withhold approval in cases where the import of new technology is seen by government or regulatory authorities as detrimental to national interests for social, economic or industrial policy reasons⁹, because of the way it might affect consumption patterns or the redistribution of income. This kind of control was of course very much in line with the *dirigiste* kind of philosophy that was still prevalent in the 1970s, not only in the policies of developing countries, but also in those of many developed countries. Another kind of control described in the *Guide* is that taking the form, not of *ex post facto* approval or disapproval of licenses or transactions on policy grounds, but rather of prescribed or, on the contrary, prohibited clauses, on which the validity of a license or agreement depend¹⁰.

While the *dirigiste* kind of control can be costly administratively, and does not correspond with the more liberal current thinking on policy-making that became prevalent in the 1980s and 90s, this latter type of control is very much in line with recent trends (cf. the commentators quoted regarding the TRIPS agreement in section 3 of this text), which tend to

also have an effect on the inflow of technology. In still other developing countries, legal systems have been devised specifically to control the transfer of technology to, or within, the country. These systems include the requirement that industrial property licenses and technology transfer agreements be notified to government authorities or be registered or approved by them in accordance with criteria established by the legislation or set forth in regulations or guidelines issued by appropriate governmental bodies.

§ 605. These controls relate to the following matters: the origin of technology, the categories of legal persons and the kinds of technology transfer transactions and the types of legal arrangements that fall within the scope of the laws, the terms and conditions of the legal arrangements and the nature of the technology that are subject to control, the persons that may apply for registration and approval of the legal arrangements and the legal consequences of the failure to register or obtain approval of the legal arrangements.

§ 611. Under the laws in certain countries governing the transfer of technology, in addition to approving the terms and conditions of the industrial property license or technology transfer agreement, the designated government authority exercises a degree of control over the nature of the technology that is the subject of the license or agreement. Under the laws in some of these countries that control includes a review of the technology to determine whether its acquisition would run counter to the objectives of national policies or plans in matters of technology and development or would have an adverse effect on consumption patterns or the redistribution of income or would not promote technical, economic and social progress. An assessment might also be made of whether the technology will meet the particular sectorial policies and needs and whether it can be adequately absorbed by the licensee or technology recipient and, further, whether the same, similar or alternative technology is readily within the country.

§ 613. Under the laws in some of the countries, only the party who is a natural person or legal entity, resident, domiciled or legally established in the country is qualified to apply for registration or approval of the legal arrangement while in others the licensor or technology supplier who is resident abroad may also apply for the registration or approval of legal arrangements to which it is a party.

⁹ See in footnote 9, § 611.

¹⁰ WIPO, *op. cit.*, these two kinds of content controls, positive or negative, together with the approval requirements, are summarized thus.:

§622 (...) Attention is directed to the laws in certain countries on industrial property which provide that the license must contain certain stipulations, otherwise the license is null and void.

§623. Similarly (...) laws in certain countries governing the transfer of technology provide that an industrial property license or technology transfer agreement must contain certain provisions and may not include certain others and that the approval by the government authorities of a license or agreement which meets these requirements is a prerequisite to its validity (...).



favour policies that regulate themselves either through market competition or through judicial dispute settlements rather than through direct administrative control.

In general, it may be said that the “model patent law” implicitly described or suggested by the *WIPO Guide* aimed to limit the use of patents and licenses in ways which would restrict competition, without infringing on the exclusive right of the patent owner.

B. Controls on the transfer of technology in Developing countries in the period since the publication of the *WIPO Licensing Guide*

In order to favour the growth of international technology transfers, to the benefit of both IPR exporters and buyers, there is obviously a need, ultimately, for better protection of IPRs, both through local legislation and through a better integration of competing jurisdictions. Yet many developing countries still resist such changes. Advocates for their attitude tend to defend what could be referred to as the “LDC Model”, which consists in a) a reserved attitude to the protection of intellectual property rights coupled with b) the adoption of specialized technology transfer laws. The question of developing countries’ reservations concerning the protection of IPRs will be discussed more fully in the sections dealing with UNCTAD and TRIPS, while that of technology transfer laws will be discussed here.

a) General evolution of the prevailing laws, regulations and practices in developing countries since the 1970s

As we have seen, the *WIPO Licensing Guide for Developing Countries*, published in 1977, already provided a fairly complete picture of the practices and rules prevailing at the time in connection with technology transfers, albeit from the somewhat partial point of view of developing countries’ interests. In many ways this picture has remained valid since then. For this reason some aspects of the problems analysed in the following paragraphs will have cropped up already in connexion with the *WIPO Licensing Guide for Developing Countries*, e.g. the use by developing countries of legislatively predetermined terms (also called mandatory terms) in contracts and licenses in order to protect their national interests. Nevertheless it is important to keep a historical perspective so as to realise that what may *seem* to be identical practices may have in fact evolved significantly over the quarter-century or so that has passed since the publication of the *WIPO Guide*. Thus while some of the methods used by developing countries to control technology transfers may have remained similar in form, the aims motivating these controls, and the range and depth of the concerns behind these aims, may have evolved significantly in many countries.¹¹

¹¹ Much of this analysis is based on sources cited in section 4 of this text concerning TRIPS.



Faced with the accelerating rate of change in technology and the growth of international trade in IPRs, linked with the increasing pressure coming from developed countries and MNEs for reinforced patent rights, and being unable to establish the kind of complex and costly antitrust machinery that has become normal in developed countries, many developing countries have tended to evolve from a *dirigiste*, anti-competitive approach to the problem of protecting national interests, towards a more mixed, and to some extent pro-competitive, approach, based less on a direct administrative control of the inflow and use of technology and aiming more at maximising this inflow while minimising its costs through the protection of local recipients of technology transfers from the unfavourable or indeed abusive conditions that MNEs sometimes seek to attach to licenses or technology transfer agreements¹². Another concern has been to limit the ways in which MNEs' internal structures might be used to circumvent local regulations and taxes.

In some cases, developing countries have even used an *absence* of regulations, notably over patent rights, especially for pharmaceuticals, to foster more competition and hence lower consumer prices. This last aspect will be explored more fully in the section on TRIPS.

b) Controls on the transfer of technology

There are, in many developing countries, regulations which subject contracts for the transfer of technology to government control. Controls are usually limited to transactions between foreign transferor and a local recipient.

Technology transfer laws share many features in common with other areas of law applicable to MNEs, i.e. foreign investment screening laws, antitrust laws, and foreign exchange and tax laws; indeed they are often integrated with such laws. They usually include restrictions on the freedom to contract; the contract may be required by law to include certain conditions, while other conditions may be prohibited. Often a supervisory authority may have review powers before approval and require changes in the contractual clauses, or may order the inclusion of new clauses.

The objective of this legislation is to protect the technology transferee, not only against the foreign technology transferor, but also against himself, for he is often insufficiently informed about the existing technology and its procurement conditions on the international markets.

If an unauthorized contract is implemented, the sanctions vary from country to country. In some countries the contract might be void. In others the obtainment of a foreign exchange license, which is a necessary condition for enabling payments to the technology supplier, can be dependent upon the authorization of the contract.

¹² Intentional technology transfer comes through three channels: FDI, joint ventures, and licenses. In KEITH E. MASKUS, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Institute for International Economics, August 2000, p. 137.



Restrictions on the transfer of technology may take different forms¹³; they usually have as their target specific issues. They may be focused on a) the subject matter, b) the parties to the transaction, or c) the terms of the transaction.

i) Subject Matter Restrictions:

Restrictions and controls vary depending on whether they relate to patents, trademarks, known-how or services. Where patents are concerned, restrictions and controls are meant to correct alleged inequities in the international patent system, which is perceived in many developing countries as favouring the developed market economies. The aim of restrictions and controls on patents is usually to increase the bargaining power of local licensees. Some countries require the registration of patent licenses. The royalties for these are then controlled, in some countries by being payable, by law, only if the patent remains enforced domestically and is actually working, and in others by being controlled administratively.

ii) Restrictions related to the parties to the transaction:

There are basically two kinds of concerns and of controls where parties to the transaction are concerned.

Firstly, developing countries often seek to protect national licensees against oppressive terms and what is viewed as the excessive bargaining power of foreign licensors. Concern over oppressive terms in the transfer contract has grown with increased competition and as more information has become available on existing technology and on the international operation of MNE's. This has underlined the importance of a problem already underlined in the WIPO *Licensing Guide*, namely, that most local licensees are not well equipped to understand and evaluate either the technology or the terms and methods of transmission.

Secondly, most technology licenses are in fact connected with multinational enterprises (MNEs) and take place *within* the MNE system. Licensing agreements and the income flow they generate (royalties, etc.) are a convenient way to allocate profits within an MNE. It also happens that, for this purpose, contracts are made for the fictitious transfer of technology. In this context, MNEs may seek to use internal technology transfer transactions (e.g. patent licenses granted by one subsidiary of an MNE to another subsidiary of the same) to subvert various national objectives or simply to avoid paying local taxes.

Regarding the first point, concerning the fear of abusive terms and of asymmetrical bargaining powers, different methods are used to protect local licensees, depending on the countries concerned. Some of the protections take the form of legislatively predetermined terms designed to dampen the imbalance in bargaining power. Others are carried out through an administrative review process by requiring the approval and registration of licensing agreements.

Regarding the second point, the prevention of abuses connected with the transfer of technology within enterprises, basically two methods are used.

¹³ KOJO YELPAALA, DONALD R. WORLEY AND DENNIS CAMPBELL, *Licensing Agreements: Patents, Know-How, Trade Secrets and Software*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988, pp. 243 ff.



- The fiscal authorities may use the concept of “economic reality” and rule that the interconnected companies in fact are just one single entity. Royalties and other remunerations for the transfer of technology paid out between the interconnected companies will then not be tax deductible and will be taxed as profits.
- The approval of technology transactions between interconnected companies are often subject to various conditions: no royalties can be owed for the use of a trade mark; the amount payable must be in reasonable proportion to the value of the technology transferred; the contract must include, in accordance to the so-called “arm’s length principle”, obligations and conditions equivalent to those which are customary between truly independent concerns .

iii) Restrictions on the terms of the transaction:

Developing countries have introduced a number of restrictions on the terms of technology transfer contracts.

Price. Firstly there are restrictions related to the rental price on technology transfer. The price of technology has become a major issue in international licensing agreements. In the view of many developing countries, the amount of royalties that technology earns is not determined only by economics, accounting, or market place value. It is also determined by ideology, by bargaining power (perceived or real), by the available information, and by notions of equity and fairness. Developing countries therefore tend to insist that the price of technology cannot be purely market-driven, because the market for technology is at best imperfect and has several uncertainties.¹⁴

Compulsory clauses. Some clauses (so-called “positive clauses”) are often compulsory and have to be included in a patent license agreement. Such compulsory clauses usually concern:

- the term of the contract;
- the obligation of the transferor of technology to communicate to the recipient all the necessary information for the understanding and use of the technology;
- the obligation of the transferor to give notice during the term of the contract about improvements to technology;
- the obligation of the recipient to actively exploit the technology;
- the duty to pay taxes on the remuneration for the technology

Prohibited clauses. Other clauses (so-called “negative clauses”) are often prohibited because they restrict the autonomy of the recipient of technology and the profitability of his investment. In practice, supervisory authorities have often tended to be pragmatic in their application of the rules: some clauses which by law should be prohibited are often permitted when the contract clearly benefits the country concerned.

The provisions that are usually prohibited are the following:

- quantitative restrictions on production and/or sales;
- the fixing of sales prices;

¹⁴ KOJO YELPAALA, DONALD R. WORLEY AND DENNIS CAMPBELL, op. cit., pp. 243 ff.



- restrictions on the industrial sectors in which the technology may be applied;
 - territorial restrictions on export; an exemption from this restriction is possible if the technology transferor preserves exclusive access to his own country's market, or had ceded already, before the contract was entered into, exclusive rights to third parties for the countries to which the export prohibition applies;
1. exonerating clauses whereby the transferor excludes his liability for claims in relation to defects in the transferred technology;
 2. obligations on the transferee to purchase raw materials, semi-finished products and/or machinery from an identified enterprise, or to employ personnel appointed by the transferor;
 3. restrictions on the transferee's R&D activities;
 4. prohibitions on the acquisition of additional technology from third parties;
 5. any obligation to hand over to the transferor improvements introduced to the transferred technology;
 6. any obligation to hand over the management of the transferee's operation to the transferor;
 7. any obligation to sell the manufactured products exclusively to one particular customer, for instance, to the transferor of technology himself;
 8. Stipulated prices and performances which are not in proportion to the value of the technology supplied or which are impossible or unreasonably difficult for the transferee's undertaking or for the national economy to sustain;
 9. the appointment of foreign courts for the settlement of disputes between the parties.

III. The UNCTAD Draft Code of Conduct

The primary objective of the inconclusive UNCTAD draft Code of Conduct, which was debated inconclusively through the 1970s and 1980s, was the internationalization of rules regarding intellectual property licensing¹⁵. The draft Code was basically an exercise in international bargaining and negotiations of which the achievement cannot be overlooked.¹⁶

During negotiations three groupings were established:

1. the group of 77¹⁷, which included most developing countries,
2. the group B¹⁸, made up of developed countries,

¹⁵ CARLOS M. CORREA AND ABDULQAWI A. YUSUF, *Intellectual Property and International Trade*, Kluwer International, 1998, p. 293.

¹⁶ Most of the information on the UNCTAD Draft Code contained in this section comes from the following source KOJO YELPAALA, *op. cit.*

¹⁷ The group of 77 was composed of essentially 120 Third World countries and exhibited the widest disparity and variety in its membership. It was composed of countries from Africa, Asia and Latin America. The group of 77 included the rich Newly Industrialized Countries (NICs), the Middle Income Countries (MICs) and the Least Income Countries (LICs).



3. the group D and Mongolia¹⁹, made up of COMECON countries.

The Preamble concerns important declarations concerning the role of science and technology to the development of the Third World. It also recognizes the importance of technology to the progress of mankind and the benefits of a code on technology transfer to the Third World. Chapter 2 addresses the general objective and principles²⁰ embodied in the draft code. An important aspect of these principle is the freedom of nation state to regulate technology transfer transaction domestically. Significantly, there was substantial consensus among the groups concerning the principles and objectives of the code; controversy only arose over the precise ways to achieve these objectives.

One of the most controversial sections of the UNCTAD draft code is chapter 4, of which even the title was subject to discussion. The debate centered on the list of restrictive practices in agreements involving the transfer of technology which should be prohibited or regulated. At least 20 of these were proposed by the of group 77 and discussed, but only 14 were acceptable in some form to Group B countries, and even then usually with reservations on the exact terminology.

There was, however, unanimous agreement that there should be a *per se* or outright prohibition on five of those practices.

However, due to the deadlock over a number of critical issues, no further process has been negotiated. Hence, issues that remained to be settled in the draft Code are the regulation of restrictive business practices in technology transfer agreement, the issue of applicable law and that of the settlement of disputes.

IV. TRIPS and Developing Countries

A. Legal and political background of the negotiations leading to TRIPS

In the 1980s new conflicts appeared in international trade, linked to the increasing importance of Intellectual Property Rights (IPRs). IPRs based on local laws and regulations became increasingly inadequate to the need to sell intellectual property on a global scale.²¹

¹⁸ The group B was composed substantially of developed market economies including USA, Canada, the EC, Japan, the rest of the OECD countries and NATO members. This group presented a common front on major issue.

¹⁹ The group D consisted of the former URSS, other Eastern Block countries and Mongolia (the so called COMECON). One basic characteristic of these countries was that the economies of its members were centrally based on some socialistic principle.

²⁰ The objective and principles includes establishing general and equitable standards, promoting mutual confidence in the parties and establishing a code which is universally applicable.

²¹ KEITH E. MASKUS, op. cit., p. 266.



Before the Uruguay Round, GATT rules concerning IPRs were limited to the right of contracting parties to prevent imports of counterfeit goods, as established in Articles IX and XX of GATT. Consequently, the starting point for the TRIPS negotiations was practically a *tabula rasa* and the negotiating mandate established at the beginning of the Uruguay Round was extremely wide.²²

The negotiators were instructed to examine “*the need to promote effective and adequate protection of intellectual property rights*”²³ so as to reduce obstacles and distortions in international trade. However the negotiators were very divided in their objectives, essentially along North/South lines²⁴, with the USA, the EU and Japan, on the one hand, supporting broad discussions aimed at developing clear and binding IPR rules within the GATT, and Argentina, Brazil, Egypt and India, on the other hand, resisting such a development, and asserting that any discussion of IPRs should rather be the domain of the WIPO, not the GATT. India and Brazil went further, arguing that IPRs were intrinsically anti-competitive and restrictive of trade.

Objections to the strengthening of IPRs were mainly of two kinds. Firstly there were pragmatic reasons: given the socio-economic conditions prevailing in developing countries, it seemed more realistic to many countries to use a *laissez-faire* approach whereby lax or non-existent patent protection was deliberately used to foster competition in the domestic market so as to keep prices low for certain products which would otherwise have been beyond the reach of many citizens. This policy was used especially for pharmaceutical products, notably in Argentina, Brazil, India, Mexico, the Republic of Korea and Taiwan.

Secondly there were, as we have seen, objections on principle; these objections were raised mostly in connection to the issue of technology transfer, the fear being that IPRs might be used to impose costly or restrictive conditions on the use of new technology.²⁵

Developing countries therefore demanded that the protection and enforcement of IPRs be balanced by measures aimed at promoting technological development and the transfer of technology. To this end, they sought the right for members to take measures to prevent the abuse of IPRs and, in general, to prevent practices which adversely affect trade or the international transfer of technology. These demands were detailed in two draft documents, entitled “Objectives” and “Principles”, submitted in May 1990 by a group of 14 countries.

The developing countries’ insistence on these matters led directly to the inclusion in TRIPS of Article 7, entitled “Objectives”, Article 8, entitled “Principles”, and Article 40, entitled “Control of Anti-Competitive practices in Contractual Licenses”.²⁶

²² BRIAN HOCKING AND STEVEN MCGUIRE, *Trade politics, International domestic and regional perspective*, Routledge, 1999, p. 84.

²³ Quoted in JOHN CROOME, *Reshaping the World Trading System: A History of the Uruguay Round*, World Trade Organisation, Geneva.

²⁴ NIKOLAUS THUMM, *Intellectual Property Rights*, Physica-Nerlangheidelberg, 2000, pp. 44 ff.

²⁵ BRIAN HOCKING AND STEVEN MCGUIRE, *op. cit.*, pp. 84 ff.

²⁶ JAYASHREE WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, Kluwer Law International, 2000, p. 305.



B. Summary of the provisions of the TRIPS Agreement most relevant to developing countries

One of the general principles established in article 8(2) is the right of states to adopt measures *“to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology”*²⁷.

This general right initially becomes more specific in the rules on the compulsory licensing of patents.

Article 40 once more asserts the legitimacy of controlling anti-competitive practices in contractual licenses affecting intellectual property rights generally. However Article 40(1) remains rather vague as to what exactly may constitute anti-competitive practices, stating only *“that some licensing practices or conditions pertaining to intellectual property rights ...restrain competition”* and *“may have adverse effects on trade and may impede the transfer and dissemination of technology”*²⁸.

Article 40(2) then authorizes member states to adopt “appropriate” measures against “licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market.”²⁹ According to one commentator³⁰:

“Evidently, this provision attempts to address the kinds of abuse sounding in anti-trust principles that developed countries normally recognize, without necessarily impeding the developing countries from proceeding on other grounds either under the formulation of article 8 or under broader principles inherent in the objectives set out in article 7 and in the public interest exception set out in article 8(1).”

However only three examples are given of practices that states may clearly legislate against under Article 40(2), namely: exclusive grantback conditions; conditions preventing challenges to validity; and coercive package licensing.

There is no specific arbitration process in TRIPS for resolving conflicts arising under article 40. Article 40(3) merely allows member states to request information from other members, or demand consultations, in certain cases, so as to cooperate in resolving issues related to laws against anti-competitive practices.

²⁷ See TRIPS Agreement, art. 8 (2).

²⁸ See TRIPS Agreement, art. 40 (2).

²⁹ What constitutes a ‘relevant market’ is not totally clear. ‘Relevant market’, in the sense of article 40, could mean the market of the product or services produced with the licensed technology, but could also mean the market of the technology itself.

³⁰ CARLOS M. CORREA AND ABDULQAWI A. YUSUF, op. cit, p. 67.



C. Assessments of TRIPS and of the issues remaining after TRIPS

Most commentators strongly emphasize the historical importance of TRIPS:

“The TRIPS agreement constitutes the most significant strengthening ever of global norm in intellectual property area³¹ (...) TRIPS is the most significant international undertaking on IPRs in history.”³²

The importance of TRIPS seems most striking when viewed in the context of many developing countries’ traditional practice of using lax or non-existent patent protection to keep prices low for pharmaceutical products, since under TRIPS nearly 50 developing countries that did not provide patent protection for pharmaceutical products will have to do so by 2005.³³

However some commentators view TRIPS as biased, being of great benefit to IPR exporters but having a negative impact on the interests of importers, which is to say, on the interests of developing countries:

“Like the GATT which had been of great benefit to the exporters of manufactured goods, the TRIPS agreement will bestow great benefit on the exporters of intellectual property. But (...) the TRIPS agreement will be less accommodating of the needs of developing countries and of other industrial countries which are net importers of intellectual property (...) Developing countries in particular will be much worse off as wealth is transferred from their consumers to ‘capital exporters, technology-leaders and service providers’.”³⁴

TRIPS has also been criticized as being unrealistically costly to apply, because many developing countries would have to make a considerable effort to develop their legal and administrative systems to the point where they would be able to meet their new obligations.³⁵

Other commentators are, on the contrary, very positive about the impact of TRIPS, even if viewed from the point of view of developing countries’ interests:

“These [the provisions of Article 40(2)] are important steps forward in dealing with restrictive business practices indulged in by transnational corporations, at least in the context of contractual IPR licenses and, given the initial reluctance of some developed countries to any mention of the subject in TRIPS, represents unprecedented progress over discussions in other fora such as UNCTAD.”³⁶

³¹ KEITH E. MASKUS, *Intellectual Property Rights...*, p. 16.

³² KEITH E. MASKUS, *Intellectual Property Rights...*, p. 26.

³³ KEITH E. MASKUS, *Intellectual Property Rights...*, p. 160.

³⁴ BRIAN HOCKING AND STEVE MCGUIRE, op. cit., p. 91. The same authors also go on to quote with approval Jagdish Bhagwati’s analysis of the resulting situation as a zero-sum game “with the majority of developing countries losing and many developed countries gaining, according to most impartial observers among the economist”.

³⁵ BRIAN HOCKING AND STEVEN MCGUIRE, op. cit., 91.

³⁶ JAYASHREE WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, Kluwer Law International, 2000. p. 305.



Most commentators, however, take a middle line, emphasizing both the achievements of TRIPS and its limitations, and highlighting above all the fact that TRIPS has opened new avenues for future developments:

“The TRIPS Agreement does not attempt to internationalize norms in the area of intellectual property licensing. To the contrary, its broad standards are geared at legitimizing national measures to control abusive practices in licensing agreements and to put such resources within an international framework. They are incipient rules that might open the avenue for further international work.”³⁷

Concerning the impact of Article 40 in particular, which deals with abusive practices connected to IPRs, commentators are generally prudent. How useful this article will be to developing countries is likely to depend on the results of future WTO disputes settling which licensing conditions can legitimately be considered as having anti-competitive effects.³⁸

So although the provisions of Article 40 can be seen as representing “important steps forward”; on the other hand they are also rather limited in scope. Thus Article 40(2) cites, as examples of practices against which states may legislate, only three of the 14 examples listed in the UNCTAD draft code of abusive practices, namely: exclusive grant-backs, challenges to validity, and coercive package-licensing. Since these examples of abusive practices “represent only the tip of the iceberg as regards practices that are usually considered to be critical under national anti-trust laws, and do not even exhaust the list of ‘abuses’ that are normally considered to be *per se* unlawful,”³⁹ Article 40(2) can be seen as, at best, revealing the negotiators’ intent to leave the precise definition of abusive practices to members.

Article 40 is also rather toothless, since it has no enforcement or arbitration mechanism. This was a necessary consequence of the “lack of consensus on the legitimacy of controlling anti-competitive practices arising out of IPRs and its attendant soft-law approach”⁴⁰. Only consultations are required by article 40(3), which allows LDCs in certain cases to request information from developed countries relevant to the violation of local regulations (which could cause some embarrassment to the alleged violator) while allowing developed countries to demand consultations if they believe that the mandate of Article 40 is being exceeded by local regulations or actions.

As a result of both the lack of specificity of Article 40(2) and the “soft-law approach” of Article 40(3), the resolution of future disputes over what may constitute a *per se* anti-competitive practice is unlikely to be a simple matter, since some of the licensing conditions that many LDCs tend to consider as *per se* illegal are, in most developed countries, either expressly allowed by law or decided on a case-by-case basis.⁴¹

Article 40 can therefore be viewed as still leaving much work to be done:

³⁷ CARLOS M. CORREA AND ABDULQAWI A. YUSUF, op. cit., p. 293.

³⁸ JAYASHREE WATAL, op. cit., p. 305.

³⁹ CARLOS M. CORREA AND ABDULQAWI A. YUSUF, op. cit., p. 292.

⁴⁰ CARLOS M. CORREA AND ABDULQAWI A. YUSUF, op. cit., p. 68.

⁴¹ JAYASHREE WATAL, op. cit., p. 305.



“The likely consequence of these provisions is a further round of talks in which both sides try to establish a greater consensus regarding actions to restrain misuse of intellectual property rights. Indeed, the express legitimization of a demand for consultations to deal with questionable regulatory acts appears to mandate further negotiations along these lines, even if the uncertain applications of antitrust principles to intellectual property rights in the developed countries themselves casts doubt on the efficacy of such negotiations.”⁴²

Despite the limitations of TRIPS, commentators are generally positive about its achievements. Contrary to one of the opinions cited above, most commentators do not believe that escalating legal and administrative costs consequent upon the application of TRIPS are an inevitable development, provided that developing countries do not seek to enforce Article 40 provisions through administrative means, but rather through the development of national competition laws.⁴³

This aspect illustrates the more general point that the effective application of TRIPS will very much depend on whether and how member states, in particular developing countries, will go on developing their trade regimes through the various policy tools available to them:

“First it is important to complement the new policy regime with continued efforts to remove restrictions against trade, investment, market access in services. Second, while authorities should remain vigilant about the potential for licensing abuses, the intrusive practice of inspecting all proposed licensing contracts and requiring costly modifications and disclosure clauses seems largely to limit access to advanced technologies. Thus, it may be advisable to adopt a liberal stance towards technology agreements and to replace technology-monitoring offices with a reliance on competition policy.”⁴⁴

To sum up, TRIPS, while it leaves still much to be done, is nevertheless the only existing multilateral agreement establishing broad principles for the prevention of abusive practices in licensing agreements. It is true that these principles tend to reflect a recent trend, as far as trade with developing countries is concerned, whereby the protection of intellectual property tends to be favoured over that of competition principles; yet TRIPS also leaves enough room for decisions at the national level to allow for measures to be taken to prevent the abuse of IPR's. Thus the Agreement is an important achievement, establishing international principles which balance the interests of innovators with those of importers of technology, so as to encourage the development of technology transfer transactions to the benefit of all while controlling anti-competitive practices. Above all, TRIPS, despite its obvious limitations, leaves open the possibility of further developments in this area, which could induce developing countries to become more receptive than they are at the moment to the establishment of stronger international IPRs.⁴⁵

⁴² CARLOS M. CORREA AND ABDULQAWI A. YUSUF, op. cit., p. 68.

⁴³ CARLOS M. CORREA AND ABDULQAWI A. YUSUF, op. cit., p. 289.

⁴⁴ KEITH E. MASKUS, op. cit., p. 204.

⁴⁵ CARLOS M. CORREA AND ABDULQAWI A. YUSUF, op. cit., p. 296.



V. Conclusions

At first sight it might seem that TRIPS succeeded where UNCTAD had failed, since the UNCTAD Code ultimately never was more than a working document, whereas TRIPS established the first international agreement on IPRs ever.

We should not however lose a sense of historical perspective. The driving motivations behind the UNCTAD negotiations and those of TRIPS were somewhat different. The WIPO Guide, the proposals of the Group of 77 in UNCTAD, and the whole history of licensing regulations in LDCs, demonstrate that one of the major concerns of LDCs throughout has been to prevent what they perceived to be the abuses and exploitative practices that licensing and technology transfer agreements could lead to, due to the relative weakness of local users and acquirers of technology when negotiating contracts with better informed and economically more powerful MNEs. To a large extent, it might be argued that the main impetus behind the UNCTAD negotiations was provided by the LDCs' concerns and aims, as formulated in the Group of 77's proposals. It was no small achievement for so many countries to cooperate as one negotiating group. The UNCTAD Code of Conduct, had it been promulgated along the lines sought by the Group of 77, would have established not just a set of general principles but also a very specific list of prohibited practices. However they were unable to bring the "Group B" countries to agree on the specific content and wording of such a list. This was due to the resistance of developed countries to the idea of heavily regulating international trade, especially with blanket prohibitions. They proposed instead that the rule of reason should be used as a tool to determine on a case-by-case basis which practices might or might not be legitimate.

From the point of view of the developed countries, there was no obvious interest in an international agreement regulating technology transfers. That the UNCTAD negotiations remained inconclusive, therefore, probably seemed no great evil from the point of view of most developed countries in the 1970s and 1980s, when free-market competition ideas prevailed and MNEs had easy access and dominance of LDC markets, including through agreements validated by local governments themselves. However the situation was changing. As was wryly noted:

*"It should (...) be noted that according to the UNCTAD Draft Code each country should adopt the appropriate measures to regulate technology transfer transactions. Thus, if Third World countries were even to adopt the proposals of group B, substantial features of technology transfer transactions would be subject to some regulation. It should not, therefore, come as a shock to anyone that they are regulated in the Third World."*⁴⁶

By the 1990s the existing regulatory environment in LDCs indeed seemed less favourable to MNEs. LDCs were now themselves to some extent shifting towards more pro-competitive policies to favour the interests of their own consumers and, more generally, their own economic development. To some extent this led to a resistance to the development and

⁴⁶ KOJO YELPAALA, op. cit., p. 269.



enforcement of IPRs. At the same time the increasing pace of technological development and the needs of economic efficiency was *increasing* the pressure for the protection of IPRs in developed countries. Indeed this pressure was the main impetus behind the initiation of the TRIPS negotiations.

The argument here is that if the negotiations leading to TRIPS were a success, it was perhaps because there was now *on both sides* a strong interest in achieving an agreement, which had not been the case with the UNCTAD draft Code negotiations. Developed countries definitely wanted to obtain better protection for IPRs. Although mostly reluctant on this matter, LDCs were willing to subscribe to an agreement provided it would also advance their own long-existing agenda, by affirming the legitimacy of the controls they feel are necessary to prevent abusive practices in technology transfer agreements and to keep the costs of technology transfers down to a reasonable level. To a limited extent, as we have seen, they did obtain this. However, it still remains to be seen how far TRIPS will really have opened the door to a two-way exploration of mutual interests by North and South, rather than simply to the imposition by developed countries of their own economic priorities.

Sara ZAMBELLI
LL.M. UGent

References

BJØRNSKOV Christian and LIND Kim Martin, *Where Do Developing Countries Go After Doha? An Analysis of WTO Positions and Potential Alliances*, 2002, Journal of World Trade, pp. 543-562.

CORREA Carlos and YUSUF Abdulqawi A., *Intellectual Property and International Trade*, 1998, Kluwer Law International, pp. 469.

CROOME John, *Reshaping the World Trading System: A History of the Uruguay Round*, 1995, World Trade Organisation, Geneva.

DERMARET Paul, *IIC Studies, Studies in Industrial Property and Copyright Law*, 1978, Max-Planck-Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, Munich, pp.133.

GERHART Peter M., *Why Lawmaking for Global Intellectual Property is Unbalanced*, 2000, European Intellectual Property Review, pp. 309-313.

GERVAIS Daniel, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 1998, Sweet & Maxwell, London, pp. 444.

HOCKING Brian and MCGUIRE Steven, *Trade Politics, International, Domestic and Regional Perspectives*, 1999, Routledge, London and New York, pp. 316.

MASKUS KEITH E., *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, August 2000, Institute for International Economics, Washington DC, pp. 266.

RAPP Richard T. and ROZEK Richard P., *Benefits and Costs of Intellectual Property Protection in Developing Countries*, 1990, Journal of World Trade, pp. 75-102.



ROZEK Richard P., *Protection of Intellectual Property Through Licensing: Efficiency Considerations*, 1990, *Journal of World Trade*, pp. 27-34.

SODIPO Bankole, *Piracy and Counterfeiting, GATT TRIPS and Developing Countries*, 1992, Kluwer International, pp. 342.

THUMM Nikolaus, *Intellectual Property Rights*, 2000, Physica-Verlang Heidelberg, pp. 186.

TRITTON Guy, *Intellectual Property in Europe*, 2002, Sweet and Maxwell, pp. 1112.

YELPAALA Kojo, WORLEY Donald R. and CAMPBELL Dennis, *Licensing agreements: patents, Know-how, trade secrets and software*, 1988, Kluwer law and taxation publication, pp. 423.

WADLOW CHRISTOPHER, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law*, 1998, Sweet and Maxwell, pp. 639.

WATAL JAYASHREE, *Intellectual Property in the WTO and Developing Countries*, 2000, Kluwer International, pp. 512.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), *Licensing Guide for Developing Countries, A Guide on the Legal Aspects of the Negotiation and Preparation of Industrial Property Licenses and Technology Transfer Agreements Appropriate to the Needs of Developing Countries*, Geneva, 1977, pp. 1-177.



Marc Fallon - Compensation légale de créances en dip et ses effets dans l'ordre juridique communautaire - Observations sous CJCE, aff. 87/01P, 10 juillet 2003 (Commission contre Conseil des Communes et Régions d'Europe - CCRE)

L'arrêt rendu par la Cour de justice le 10 juillet 2003 dans l'affaire Commission contre Conseil des Communes et Régions d'Europe comporte un aspect intéressant pour le droit international privé, relatif à la détermination du droit applicable à une compensation légale de créances. Il formule une règle de conflit de lois véritable, consistant en un rattachement cumulatif à chacune des lois régissant les créances en cause.

La Cour de justice statuait dans le cadre d'un recours en annulation d'une décision de la Commission par laquelle celle-ci décrétait — par un acte à portée obligatoire ! — une compensation entre des créances détenues par un contractant au titre de contributions dues en vertu du droit communautaire et une créance de la Commission à l'égard de cette partie pour mauvaise exécution d'un contrat d'assistance technique qui, en vertu d'une clause de choix du droit applicable, était régi par le droit belge.

Après avoir constaté que la compensation est reconnue par le droit communautaire mais qu'en l'espèce, elle était exclue par le droit belge, la Cour, rappelant que la compensation « opère l'extinction simultanée de deux obligations existant réciproquement entre deux personnes » (§ 59), énonce qu'une « compensation extrajudiciaire entre des créances gouvernées par deux ordres juridiques distincts ne saurait intervenir que pour autant qu'elle satisfait aux exigences des deux ordres juridiques en présence », précisant que les conditions de la compensation doivent être vérifiées pour chacune des créances concernées — en quelque sorte distributivement — selon les conditions prévues par l'ordre juridique dont elles relèvent (§ 61).

La position de la Cour de justice sur la question de la compensation est remarquable à plus d'un titre.

D'abord, elle prend position sur une question controversée en droit international privé, adoptant la thèse généralement préconisée en France¹ et rejetant la thèse dominante en Allemagne.² Selon celle-ci, la compensation est régie par la loi qui régit la créance à laquelle elle est opposée. Concrètement, il s'agira de la loi qui régit la créance invoquée par le demandeur. En effet, celui-ci se voit opposer, par le défendeur, l'existence d'une créance propre, dont il invoque la compensation avec la créance du demandeur. La solution permet de ne pas surprendre la partie qui est à la fois défenderesse à l'argument de compensation et demanderesse dans l'action. Elle ne se heurte pas moins à certaines objections. Elle soumet l'extinction d'une créance à une loi qui peut être celle qui régit l'autre créance, quoiqu'elle

¹ voy. par ex. : H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, n° 614 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 2001, n° 749.

² J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 2001, § 52 VIII 5) ou en Suisse (art. 148, § 2, LDIP).



conduise aussi à appliquer la loi qui régit la créance dont l'extinction est invoquée par la voie de la compensation. Mais surtout, elle fait dépendre la détermination de la loi applicable de l'intentement d'une action et de la position procédurale d'une partie. Elle risque aussi d'outrepasser la volonté d'application d'une règle impérative de protection pouvant interdire la compensation de certaines créances. Une autre solution encore serait envisageable, qui soumettrait la compensation à la loi qui régit celle des créances qui est née en premier — en vertu de la loi qui la régit —, puisque la compensation procède de l'existence d'une créance ultérieure qui est de nature à affecter l'extinction de la première créance.

Ensuite, cette prise de position n'est pas neutre en termes de politique législative. La Cour de justice situe la règle cumulative dans le droit communautaire, sans évoquer d'autre source légale. Cela suppose l'aptitude du droit communautaire général à produire une règle de rattachement, ce que la Cour avait déjà fait pour le principe de l'autonomie de la volonté³ ou, plus implicitement, en faveur de la règle d'évidence de l'application de la loi de situation à la détermination de droits réels immobiliers.⁴ L'arrêt se contente de raisonner en termes abstraits, tenant à la logique d'une règle cumulative, sans relever l'existence possible d'une règle de rattachement dans la Convention de Rome du 19 juin 1980, instrument qui, sans constituer un acte communautaire, n'exprime pas moins des principes communs aux droits des Etats membres. Or, même si la Convention ne comporte aucune règle explicite sur la compensation légale, il n'est pas exclu d'en déduire une règle implicite : selon l'article 10, « les divers modes d'extinction des obligations » sont régis par la loi applicable au contrat, ce qui peut impliquer la thèse du rattachement cumulatif.

Il est significatif que le Livre vert de la Commission relatif à un reformatage de la Convention de Rome en acte communautaire⁵ pose une question relative à la formulation d'une règle spéciale en matière de compensation. Par ailleurs, le règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité comporte une règle sur la compensation, qui s'écarte d'un rattachement cumulatif pour préférer, à bien la comprendre, un rattachement alternatif : « les conditions d'opposabilité d'une compensation » sont régies par la loi de la faillite (art. 4, § 2, point d), mais le créancier peut invoquer une compensation avec une créance du failli lorsque cette compensation « est permise par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable » (art. 6).

Pratiquement, la règle cumulative permet à la Cour, en l'espèce, de rejeter la compensation, pour le motif que la créance de la Commission n'était pas certaine comme l'exige le droit belge, et, par le fait même, elle permet aussi de ne pas avoir à statuer sur les conditions d'une compensation selon le droit communautaire, compensation dont une jurisprudence antérieure, citée dans l'arrêt, avait admis uniquement le principe sans en fixer les conditions.

L'arrêt pourrait encore avoir, au regard du droit international privé, un intérêt qui dépasse la question de la compensation légale.

³ voy. par ex. : CJCE, aff. C-69/97, 27 avril 1999, SNUA.

⁴ CJCE, aff. C-292/93, 9 juin 1994, Lieber ; aff. C-222/97, 16 mars 1999, Trummer.

⁵ COM 2002 654 final, 14 janvier 2003.



D'abord, il constate l'accord des parties à la fois sur le rattachement cumulatif et sur le contenu du droit belge, laissant ainsi une large part à l'intervention des parties au cours du procès : faut-il y voir les ferments d'une condition procédurale de la règle de conflit et de la loi étrangère devant le juge communautaire ?

Ensuite, l'espèce témoigne d'une certaine extension de la méthode conflictuelle aux relations entre ordres juridiques national et communautaire.

D'une part, le caractère incertain de la créance de la Commission résultait de l'existence d'un contentieux devant les juridictions civiles de Bruxelles, compétentes en vertu d'une clause de juridiction : le tribunal de première instance avait rejeté l'existence de la créance, alors que la procédure d'appel était en cours. Faut-il voir dans ces éléments l'ébauche d'une problématique de la reconnaissance de décisions «étrangères» dans l'ordre juridique communautaire ? Il semble plutôt qu'en l'espèce la Cour se soit attachée à l'admission d'un simple effet de fait : l'état même du contentieux devant le juge national a conduit la Cour à douter du sérieux de l'argument de compensation au moment où celui-ci avait été soulevé par la Commission. Il n'empêche que l'espèce met en lumière le risque de conflits d'autorités et de juridictions dans les relations entre droit étatique et droit communautaire, risque d'une inconciliabilité de la décision nationale et de la décision de la Commission, suivie de l'arrêt de la Cour.

D'autre part, la méthode suivie par la Cour met en conflit, non deux droits étatiques, mais un droit étatique et le droit communautaire. L'un et l'autre sont mis à pied d'égalité par le rattachement cumulatif. La Cour s'en explique en indiquant que cette égalité résulte du droit communautaire même, qui permet aux parties de soumettre leur contrat à une loi étatique : « l'égale vocation desdits ordres juridiques à gouverner une éventuelle compensation ne saurait être mise en doute sur le fondement de considérations liées à la primauté du droit communautaire. En effet, il importe de souligner que la circonstance que les contrats MED-URBS sont soumis au droit belge est la conséquence du libre choix des parties, choix exprimé dans le respect des traités qui admettent la possibilité pour une institution communautaire de soumettre ses relations contractuelles au droit d'un État membre. » (§ 62). La primauté du droit communautaire est ainsi sauvegardée.

MARC FALLON
Professeur à l'UCL



Frans Bouckaert - Echtscheidingsgevolgen, onderhoudsgeld en “renvoi” - Kantmeldingen bij het arrest van het Hof van Cassatie van 17 oktober 2002¹

De stelling van het cassatiearrest van 17 oktober 2002 luidt, dat het recht dat de alimentatieverplichting na echtscheiding beheerst, ressorteert onder het recht dat de persoonlijke gevolgen van het huwelijk beheerst en bijgevolg niet, zoals het Hof van Beroep te Brussel had beslist, onder het recht dat het echtscheidingsstatuut beheerst. Daar de gewezen echtgenoten van verschillende nationaliteit waren en voor het laatst samen in Portugal hadden verbleven, waren, volgens het Hof van Cassatie, de persoonlijke gevolgen van het huwelijk onderworpen aan de Portugese wet, als wet van de laatste gemeenschappelijke verblijfplaats van de gewezen echtgenoten met verschillende nationaliteit.²

De stelling ligt in de lijn van de vroegere cassatierechtspraak en werd terecht door de eiser als cassatiemiddel ingeroepen.³ In haar conclusies die aan het arrest van het Hof van Cassatie van 26 november 1994 voorafgingen⁴, betoogde Mevrouw Liekendael, toenmalige advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie, dat de vordering tot bescherming van gezinswoning en de aanspraken op onderhoudsgeld na echtscheiding gerelateerd moeten worden aan het feit dat de gewezen echtgenoten ooit gehuwd waren geweest; de omstandigheid dat partijen op het ogenblik van de vordering niet meer gehuwd waren, was dus niet relevant.

Aanvaardt men die stelling, dan moet men op zoek gaan naar het recht dat de gevolgen van het huwelijk beheerst. Al in 1992 oordeelde het hoogste gerechtshof dat de nietigheid van een borgstelling wegens afwezigheid van toestemming van de andere echtgenoot (art. 224 § 1, 4° B.W.) aan het persoonlijk statuut van de echtgenoten moet worden getoetst.⁵ Daarbij is het niet overbodig aan te stippen dat in geval van borgstelling, met persoonlijk statuut wordt bedoeld het recht dat de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk beheerst. Daaruit volgt dat voor de beoordeling van de nietigheid van de borgstelling, net zoals voor het vastleggen van het huwelijksvermogensrecht, de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten op het ogenblik van de huwelijkssluiting, dan wel de eerste gemeenschappelijke verblijfplaats na de huwelijkssluiting als aanknopingspunt in aanmerking komt, al naar gelang de echtgenoten op het tijdstip van het huwelijk al dan niet dezelfde nationaliteit bezaten.⁶

¹ In het nummer 1 van jaargang 2003 van het Tijdschrift@ipr.be werd het Cassatiearrest van 17 oktober 2002 opgenomen met een reeks beschouwingen van Professor Marc Fallon. Die commentaar wordt in deze bijdrage van Professor Frans Bouckaert aangevuld met nog meer analyse en inzichten. De teksten van de vorige noot en het arrest zelf kan worden gelezen door op <http://www.ipr.be/data/tijdschrift05.pdf> te klikken.

² De persoonlijke gevolgen van het huwelijk aangegaan tussen personen van verschillende nationaliteit worden inderdaad beheerst door de wet van actuele gemeenschappelijk woonplaats.

³ Cass. 16 juni 1994, Rev. Not. B., 1994, 398.

⁴ Cass. 16 juni 1994, Rev. Not. B., 1994, 398.

⁵ Cass. 25 mei 1992, T. Not., 1992, 432-435 met noot F. Bouckaert; R.W., 1992-93, 332.

⁶ In een vrij onduidelijke overweging verkondigt het Hof van Cassatie in het arrest van 25 mei 1992 dat in geval de echtgenoten niet dezelfde nationaliteit bezitten op het ogenblik dat het geschil ontstaat, het recht van de eerste gemeenschappelijke woonplaats van de echtgenoten in aanmerking komt. Kan het arrest dan zo worden gelezen dat wanneer de echtgenoten bij het ontstaan van het geschil wel dezelfde nationaliteit bezaten, de actuele gemeenschappelijke nationale wet de bovenhand zou krijgen? Die redering kan niet worden volgehouden voor



Een en ander verhindert niet dat andere aspecten van het primair stelsel onder het recht vallen dat de persoonlijke gevolgen van het huwelijk beheerst zodat in geval van “conflit mobile” de actuele aanknopingsfactor prevaleert.⁷ Dit is beslist het geval met onderhoudsgeld na echtscheiding.

Niet iedereen is het met deze verwijzingsregel eens. Hiertegen kan men inbrengen dat de verwijzingsregel wordt uitgehold, telkens als het aangewezen buitenlands recht minder of geen onderhoudsgeld toekent en de hulpbehoevende echtgenoot als gevolg daarvan voor zijn bestaansminimum op de hulp van het O.C.M.W. is aangewezen.⁸ Als correctie op deze verwijzingsregel past men dan de wet toe van de verblijfplaats van de schuldeiser. Deze wet valt meestal samen met de “lex fori”.

Voortbordurend op het arrest van 17 oktober 1992, heeft het Hof van Cassatie bij arrest van 16 juni 1994 de aldus geformuleerde verwijzingsregel ook toepasselijk verklaard op de bescherming van de gezinswoning. Die stelling werd echter op de korrel genomen, niet het minst omdat dit onderdeel van het primair stelsel in België als dwingend recht wordt ervaren.⁹

Ook praktische bezwaren kunnen zomaar niet worden weggewuifd. Wie durft het als notaris aan het risico te lopen op grond van het buitenlands recht aan de gewezen echtgenoot de door de Belgische wet verleende bescherming van de gezinswoning te onthouden? Zet die trend zich door, dan valt ook de verplichte kennisgeving van het openen van een bankkluis aan de andere echtgenoot (art. 218, in fine B.W.) onder de persoonlijke gevolgen van het huwelijk. Toch kan men er nagenoeg zeker van zijn dat Belgische bankinstellingen gewoon de buitenlandse wet naast zich zullen neerleggen, nu het in vele gevallen onbegonnen werk is het buitenlands primair stelsel te achterhalen. Hetzelfde bezwaar kan men overigens opperen t.a.v. de nietigverklaring van een borgstelling.¹⁰

Die kritische bedenkingen zijn gericht tegen de onderwerping van het primair stelsel aan de gevolgen van het huwelijk binnen het huwelijk. Komt daar nu bij dat sinds het cassatiearrest van 16 januari 1994 de verwijzingsregel die voor het primair stelsel behouden blijft na echtscheiding, dit in tegenstelling tot het intern recht waar de bepalingen van het primair stelsel in geval van echtscheiding niet gelden! Zo ging Hof van Cassatie in 2002 in op de

het vastleggen van het huwelijksvermogensrecht omdat het persoonlijk statuut van de echtgenoten vastgelegd wordt, in acht genomen de aanknopingsfactor die bestaat op het ogenblik van de huwelijksluiting. Waarom, vraag ik, werd er echter voor de geldigheid van de borgstelling niet de voorkeur gegeven aan het persoonlijk statuut van de echtgenoten op het ogenblik dat het geschil is ontstaan?

⁷ ERAUW J. en andere auteurs, “Overzicht van rechtspraak.

Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht”, T.P.R., 1993, blz. 540, nr. 36.

⁸ LIENARD-LIGNY M., “Le divorce international. Conflits de lois. Conflits de juridiction.”, Rép. Not., Tome XVIII, blz. 65, nr 62.

⁹ Om de toepassing van Belgisch recht te verklaren doet men beurtelings beroep op het zakelijk statuut van de gezinswoning of verblijfplaats, de openbare orde of voorrangregels (ERAUW J., “De collisioneelrechtelijke aanknopingsfactor van het patrimoniale basisstatuut (primair stelsel) van het huwelijk”, R.W., 1978-79, 894.; VAN HECKE G. en LENAERTS K., “Internationaal privaatrecht”, A.P.R., 1986, nr 484; VERWILGHEN M., “Régimes matrimoniaux (droit international)”, R. Prat. Dr.B., Compl. VI, nr 88, blz. 898 ; RIGAUX F. en FALLON M., „Droit international privé, Tome II, Larcier, 1993, nrs 1428, 1431 en 1452 ; Bergen 7 februari 1985, Ann.Dr. Liège, 1988, 44 met noot C.Pannier.

¹⁰ WATTE N., “Les conséquences juridiques du divorce en droit international privé”, R.C.J.B., 1996, blz. 16-17, nrs. 9 en 10.



wenk om, naar het voorbeeld van het cassatiearrest van 1994, het onderhoudsgeld na echtscheiding eveneens te koppelen aan de wet die de persoonlijke gevolgen van het huwelijk beheerst, d.i. ongeacht of partijen al dan niet uit de echt gescheiden waren. Met andere woorden waar in het intern recht alleen echtgenoten een beroep kunnen doen op het primair stelsel, wordt in het internationaal privaatrecht de verwijzingsregel die geldt voor het primair stelsel, doorgetrokken naar gevallen waarin echtgenoten inmiddels uit de echt zijn gescheiden. Door deze verwijzingsregel negeert het Hof van Cassatie in zekere mate het gegeven dat in het intern recht het primair stelsel aan het huwelijk wordt gerelateerd. Normaal zou men verwachten dat op dat vlak het internationale conflictenrecht aansluiting zou zoeken bij de opvattingen van het interne recht daaromtrent.¹¹

Daartegenover kan men ervoor pleiten dat logisch gezien het onderhoudsgeld na echtscheiding aan het echtscheidingsstatuut moet worden onderworpen, ermee rekening gehouden dat het de echtscheiding is die het onderhoudsgeld opeisbaar maakt. Men kan er verder niet omheen dat, volgens het interne recht in België, het onderhoudsgeld na echtscheiding onlosmakelijk verbonden is met het echtscheidingsstatuut, inzonderheid wat de schuldvraag (art. 301 § 1 B.W.) en de omvang van het onderhoudsgeld betreft (art. 301 § 4 B.W.). Het onbehagen van de rechtspractici is dan ook begrijpelijk, t.a.v. de door het Hof van Cassatie gehuldigde verwijzingsregel.

Wie dacht dat als gevolg van de principiële stellingname van het Hof van Cassatie het arrest a quo zou worden verbroken, komt er bedrogen uit. Eiser kreeg het deksel op zijn neus, nu de conflictenregels eigen aan het recht dat de gevolgen van het huwelijk beheerst, i.c. de Portugese wet (inzonderheid land toepasselijk Haags Verdrag van 2 oktober 1973 inzake de wet toepasselijk op onderhoudsverplichtingen), het onderhoudsrecht na echtscheiding onderwerpt aan de wet die de echtscheiding beheerst. Daar de wet waarnaar het Portugees conflictenrecht terugverwijst, samenvalt met de door het Hof van Beroep toepasselijk verklaarde Belgische wet, moesten partijen terug naar af. Vermits eiser geen belang had om dit middel op te werpen (art. 17 en 18 Ger.W.), werd het cassatiemiddel dan ook afgewezen.

Het is niet zozeer onze bedoeling de uitmuntende noot van de hand van Professor FALLON over de leer van de terugverwijzing te parafaseren, zoals die onlangs in dit tijdschrift is verschenen¹², als wel om de aandacht te verleggen naar andere punten met betrekking tot de terugverwijzing.

Zo houdt, volgens het Hof van Cassatie, de verwijzing naar het recht dat de persoonlijke gevolgen van het huwelijk beheerst, geen beperking in wat betreft de aard van de buitenlandse bepalingen. Men zou nochtans kunnen verwachten dat de door het hoogste gerechtshof geformuleerde verwijzingsregel beperkt zou blijven tot het recht op onderhoudsgeld binnen het huwelijk en niet zou verspringen naar het recht op onderhoudsgeld na echtscheiding, zoals

¹¹ Men kan er wel begrip voor opbrengen dat ten behoeve van het internationaal rechtsverkeer andere kwalificatiecriteria kunnen worden gehanteerd dan die welke in het intern recht gelden (RIGAUX F., *La théorie des qualifications en droit international privé*, Larcier, 1956, nrs-190, blz. 274-26), maar of hieruit een argument kan worden geput om de verwijzingsregel die geldt voor vorderingen tot betalen van onderhoudsgeld binnen het huwelijk ook uit te breiden tot vorderingen tot betalen van onderhoudsgeld na echtscheiding, is twijfelachtig.

¹² FALLON M., “Une consolidation de la technique du renvoi par la Cour de Cassation”, verschenen in dit tijdschrift, jaargang 2003, blz. 38-43.



dit in Portugal het geval is met het Haags Verdrag van 2 oktober 1973. De vraag is dus of bepalingen die thuis horen in het buitenlands echtscheidingsstatuut kunnen worden toegepast, als die kennelijk afwijken van het foraal conflictenrecht in verband met het onderhoudsgeld na echtscheiding. Een oordeelkundige kwalificatie zou misschien ertoe hebben geleid dat bewuste bepalingen niet passen in de visie van de Belgische rechter omtrent het onderhoudsrecht dat zelfs in geval van echtscheiding, aansluiting vindt bij de gevolgen van het huwelijk. Om het anders uit te drukken, wanneer het “renvoi” het gevolg is van een door de “lex causae” gegeven kwalificatie die duidelijk afwijkt van de kwalificatie “lege fori” en daaraan een andere verwijzingsregel gekoppeld dan de onze, kan die dan in overweging worden genomen? Verwijst de Belgische rechter voor het onderhoudsrecht naar het buitenlands recht zonder dit onderscheid te maken, dan neemt hij de kwalificatie van het buitenlands recht voor zijn rekening en stemt die kwalificatie met de kwalificatie “lege fori” niet meer overeen, met als gevolg dat een verkeerde conflictenregel wordt gehanteerd.¹³

Maar er is meer. Zoals men weet, bevat het buitenlands echtscheidingsrecht, naast interne bepalingen, ook bepalingen van internationaal privaatrechtelijke aard. Als nu het buitenlands conflictenrecht op zijn beurt het onderhoudsrecht na echtscheiding onderwerpt aan het recht op grond waarvan de echtscheiding werd uitgesproken (art. 8 Haags Verdrag van 2 oktober 193), dan is de Belgische rechter verplicht terug te vallen op de Belgische wet en met name op de wet Rolin om erachter te komen welk recht de Belgische rechter op de echtscheiding precies heeft toegepast. Nu weet men dat, wanneer één van de echtgenoten Belg is, de wet Rolin in art. 2 de toelaatbaarheid van de echtscheiding onderwerpt aan de Belgische wet en dat volgens art. 3 van zelfde wet de gronden van echtscheiding in ieder geval door de Belgische wet worden bepaald. Welnu, het concreet resultaat dat deze redenering oplevert, is dat door het toepassingsveld van de wet Rolin uit te breiden tot het onderhoudsgeld na echtscheiding, inbreuk wordt gepleegd op de restrictieve manier waarop de wet Rolin steeds is uitgelegd. Vergeten wij niet dat bedoelde wet alleen over de echtscheiding handelt en niet over het onderhoudsgeld na echtscheiding.

Aldus haalt men de Belgische conflictenregels overhoop, een eerste maal door - tegen de kwalificatie “lege fori” in - het echtscheidingsstatuut in overweging te nemen voor het onderhoudsgeld na echtscheiding, een tweede maal door de Belgische echtscheidingswet - tegen de restrictieve interpretatie van de wet Rolin in - toepasselijk te verklaren op het onderhoudsrecht na echtscheiding. De opmerking van Professor FALLON dat de leer van de terugverwijzing moeilijk kan worden verantwoord, als daardoor op flagrante wijze inbreuk wordt gepleegd op doelbewuste keuzes van de het foraal i.p.r., treden wij dan ook volmondig bij.¹⁴

Gelukkig zullen de onverwachte neveneffecten van de leer van de terugverwijzing zich niet meer voordoen, eens het Wetboek IPR wet zal zijn geworden, nu de leer van de terugwijzing er werd verworpen¹⁵ (art. 16).

¹³ Zie hierover : FRANCESKAKIS Ph., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958; nrs. 81-84 en RIGAUX F., *La théorie des qualifications en droit international privé*, Larcier, 1956, nrs. 214 -215.blz. 312-313.

¹⁴ FALLON M., “Une consolidation de la technique du renvoi par la Cour de cassation”, dit tijdschrift 2003, blz. 42.

¹⁵ Onder voorbehoud van bijzondere bepalingen. Zie voor het erfrecht art. 78 § 2 en voor rechtspersonenrecht art 110, tweede lid).



De regel naar verluid waarvan het recht op onderhoudsgeld na echtscheiding aan het echtscheidingsstatuut wordt onttrokken, heeft het Wetboek IPR behouden. In art. 56, 3° valt weliswaar onder het recht dat toepasselijk is op de echtscheidingen (en de scheiding van tafel en bed), de verplichting voor de echtgenoten om een overeenkomst te sluiten over het onderhoud, maar, zoals dit in België thans ook het geval is, situeert die bepaling zich tegen de achtergrond van de echtscheiding door onderlinge toestemming.¹⁶ Immers, de echtscheiding door onderlinge toestemming stelt voorop dat de echtgenoten een overeenkomst treffen omtrent het bedrag van de eventuele uitkeringen die de ene echtgenoot aan de andere is verschuldigd (art. 1288, 4° Ger.W.). Met andere woorden: de echtscheiding door onderlinge toestemming en het onderhoudsgeld na echtscheiding zijn onlosmakelijk aan elkaar verbonden. Voor de echtscheiding op grond van bepaalde feiten, liggen de zaken weer anders.

Het Wetboek IPR bevat autonome conflictenregels met betrekking tot het recht toepasselijk op het onderhoudsgeld in zijn geheel, d.i. ongeacht de juridische omkadering van het onderhoudsgeld (huwelijk, echtscheiding, bloedverwantschap)(art.74). Een beroep op die bepalingen is dus verantwoord voor het vorderen van onderhoudsgeld na echtscheiding op grond van bepaalde feiten.¹⁷

Min of meer naar analogie van de bepaling van art. 4 van het Haags Verdrag van 2 oktober 1973¹⁸, legt art. 74 in de eerste plaats de nadruk op het recht van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde (art. 74 § 1, eerste lid); vervolgens komt het recht van de staat aan de orde waarvan de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige op het tijdstip van de vordering de nationaliteit hebben (art. 74 § 1, tweede lid), zij het dat in dat laatste geval de onderhoudsplichtige op dat tijdstip zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van die staat moet hebben. Een en ander geldt onder voorbehoud van de aanwijzing van de gemeenschappelijke nationale wet van onderhoudsgerechtigde en onderhoudsplichtige - en in subsidiaire orde de Belgische wet - indien het aangewezen recht geen onderhoudsgeld toekent (art. 74 § 2).

In acht genomen de verblijfplaats in België van de onderhoudsgerechtigde, zou de nieuwe IPR-regel in voorliggend geval zeker geleid hebben tot de toepassing van het Belgisch materieel recht. Dit is een ander resultaat dan datgene wat men zou hebben bereikt wanneer - het "renvoi" buiten beschouwing gelaten - aanspraken op onderhoudsgeld na echtscheiding onder het recht vallen dat de persoonlijke gevolgen van het huwelijk beheerst.

Frans Bouckaert
Erenotaris te Brugge
Em. Hoogleraar K.U. Leuven

¹⁶ Memorie van Toelichting Senaat, zitting 2-1225/1 – 2001/2002, blz. 87.

¹⁷ Memorie van Toelichting Senaat, zitting 2-1225/1 – 2001/2002, blz. 87 en 105.

¹⁸ Het Wetboek IPR heeft nochtans de bepaling van art. 8 Van het Haags Verdrag niet overgenomen, omdat de ontwerpers ervan bewuste bepaling hebben verworpen, in zover die voor het onderhoudsgeld na echtscheiding naar het echtscheidingsstatuut verwijst.



Herman Verbist - Arbitrage in bouwzaken en aanbestedingsdossiers: aspecten bekeken vanuit een Belgisch en Europeesrechtelijk perspectief

1. Inleiding¹

Sedert verschillende jaren wordt een toenemende tendens vastgesteld om geschillen aan arbitrage voor te leggen. Met name in het handels- en zakenleven wordt steeds vaker besloten om geschillen te laten beslechten door arbitrage. Vooral in internationale handelscontracten is een arbitrageovereenkomst een courante bepaling geworden, ook in internationale contracten voor levering van uitrustingsgoederen². Maar ook op binnenlands vlak worden steeds meer arbitrageovereenkomsten aangegaan. Deze tendens heeft ongetwijfeld te maken met een groeiende waardering van de bijzondere aspecten van de arbitrage.

In de bouwsector vervult arbitrage sedert geruime tijd een belangrijke rol als geschillenbeslechtingmethode. Evenwel kennen ook andere, meer alternatieve geschillenbeslechtingsmethodes zoals bemiddeling, deskundigenprocedures en zeer specifieke technieken zoals “Dispute Adjudication Boards” (DAB’s) en “Dispute Review Boards (DRB’s) – die als een vorm van bindend advies of bindende derdenbeslissing kunnen begrepen worden - een niet onaardig succes, zoals recentelijk nog bleek uit een studie die in het kader van de Commissie voor Arbitrage van de Internationale Kamer van Koophandel werd uitgevoerd³.

2. Situatie van arbitrage in de Bouwnijverheid in Nederland

In Nederland kent de arbitrage sedert lang een grote traditie in de bouwsector.

Zo gaat de ervaring van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven terug tot 1907. Ik bergijp dat in tal van standaardvoorwaarden naar geschillenbeslechting overeenkomstig de statuten van de Raad van Arbitrage wordt verwezen : de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV, zowel de versie van 1968 als die van 1989; par. 49), het Uniform Aanbestedingsreglement 1986 (UAR 1986; art. 41), het Uniform Aanbestedingsreglement EG 1991 (UAR-EG 1991; art. 67), om er maar een paar te noemen⁴.

¹ Rede gehouden voor de Raad van Arbitrage voor de Bouw Utrecht, Nederland 25 april 2003

² E. Robine, “L’évolution de l’arbitrage commercial international ces dernières années (1990-1995)”, *Revue du Droit des Affaires Internationales*, Parijs, 1996, 145; zie ook H. Verbist, “Arbitrage en administratief-economisch recht”, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, Brussel, 1997, p. 651.

³ “Final Report on Construction Industry Arbitrations”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Paris, Vol. 12/N° 2, Herfst 2001, p. 8

⁴ P. De Haan, M.A. van Voorst van Beest, A.G. Bregman en H. Langendoen, “Bouwrecht in kort bestek”, *Stichting Instituut voor Bouwrecht, Kluwer*, Deventer, 1996, 3^o druk, p. 373.



Als een bijzonderheid over de Raad van Arbitrage kan worden opgemerkt dat zijn Statuten (art. 28 tot 30) voorzien in de mogelijkheid van hoger beroep.

Naast de Raad van Arbitrage zijn er in Nederland nog een aantal andere instellingen die geschillenbeslechting door arbitrage in de bouwsector aanbieden : het Arbitrage Instituut Bouwkunst, de Commissie van Geschillen van het Koninklijk Instituut van Ingenieurs, het Arbitrage Instituut voor Bouwstoffen, de Stichting Garantie Instituut Woningbouw en, last but not least, is er ook het Nederlands Arbitrage Instituut dat zich niet exclusief op de bouwsector richt maar o.m. ook voor die sector ter beschikking staat voor geschillenbeslechting door arbitrage⁵.

De situatie in Nederland verschilde van deze in andere landen, zoals o.m. België, in de mate dat in Nederland sedert lang ook publiekrechtelijke rechtspersonen ruimschoots de mogelijkheid hadden om een arbitrageovereenkomst aan te gaan. Staat, Provincie, Gemeente en Waterschap kunnen in Nederland sedert lang een overeenkomst aangaan welke een arbitragebeding bevat of verwijst naar algemene voorwaarden waarin een arbitragebeding voorkomt⁶. In Nederland staat niet de vraag ter discussie of publiekrechtelijke rechtspersonen een arbitrageovereenkomst kunnen aangaan, maar wel de vraag in welke mate zij dit kunnen. Deze discussie volgt uit artikel 1020, 3° van het Wetboek voor Burgerlijke Rechtsvordering dat bepaalt dat “*De overeenkomst tot arbitrage mag niet leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen welke niet ter vrije bepaling van de partijen staan.*”

In Nederland gaat men sedert lang uit van het principe dat de overheid zich contractueel kan verbinden in verband met de uitoefening van haar discretionaire overheidsbevoegdheden, zowel bij publiekrechtelijke als privaatrechtelijke bevoegdheidsuitoefening⁷, en dat dit impliceert dat zij op dit vlak ook de wijze van geschillenbeslechting kan regelen. De overheid kan dit doen in convenanten, die kunnen aangegaan worden zowel tussen overheden onderling als tussen overheden en het bedrijfsleven

De strict gebonden bevoegdheden daarentegen, dit zijn de bevoegdheden die geen onderwerp van overeenkomst kunnen zijn, komen niet in aanmerking voor arbitrage op grond van een arbitrageovereenkomst.

De rechtsleer heeft in dit verband onderzocht welke beperkingen er aan het overheidshandelen in arbitrage gesteld kunnen of dienen te worden. Zo wordt geoordeeld dat de rechtsbescherming van de individuele contractspartner van de overheid voorop staat, en dat in arbitrage een toetsing van het overheidshandelen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gepast is⁸.

⁵ P. De Haan, M.A. van Voorst van Beest, A.G. Bregman en H. Langendoen, “Bouwrecht in kort bestek”, *Stichting Instituut voor Bouwrecht, Kluwer*, Deventer, 1996, 3° druk, pp. 374-375.

⁶ P. Sanders, “Het nieuwe arbitragerecht”, Deventer, *Kluwer*, 1996, p. 46 e.v.

⁷ Zie o.m. het Antwoord van de Minister (nader rapport dd. 19 juni 1984) op een vraag van de Raad van State (advies dd. 6 maart 1984), zoals geciteerd in P. Sanders, *op.cit.*, p. 46

⁸ D.A. Lubach, “Over grenzen in het bouwrecht”, Deventer, *Kluwer*, 1987, p. 9 e.v. Voor de Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur in Nederland, zie : G.J. Wiarda, “Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Nederlandse recht”, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, Brussel, 1970, p. 365. In België, zie : L.P. Suetens, “Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in



3. Situatie van arbitrage in de Bouwnijverheid in België

Er zijn in België tal van arbitrage-instellingen. Toen Prof.mr. De Vuyst en ik in 2002 poogden de arbitrage-instellingen in België in kaart te brengen, stelden we vast dat een 27-tal instellingen in België arbitrage-diensten aanbieden om geschillen te beslechten⁹. Sommige van deze diensten bieden eveneens bemiddelingsdiensten aan. Anderen fungeren bovendien ook nog als ombudsdienst.

Verschillende arbitrage-instellingen behandelen alle soorten geschillen, inclusief bouwgeschillen. De bekendste Belgische arbitrage-instelling is ongetwijfeld Cepina, welke gevestigd is te Brussel. Daarnaast zijn – of beter, waren – er ook nog enkele arbitrage-instellingen die zich specifiek toeleggen op de bouwsector. Zo is er in Antwerpen de Arbitragekamer voor het Gebouw en het Vastgoed, die werd opgericht in 1909 en die als leden heeft de Maatschappij van Landmeters der Provincie Antwerpen, de Syndikale Kamer der Bouwnijverheid van Antwerpen, de Eigenaarsbond der Provincie Antwerpen en de Architectenunie, afdeling Antwerpen, en andere verenigingen door de algemene vergadering aanvaard¹⁰. Zij behandelt geschillen inzake bouw en vastgoed die aan haar worden voorgelegd. In andere Belgische provincies (met name Oost- en West-Vlaanderen en ook Limburg) waren er tot voor enkele jaren ook provinciale bouw-arbitragekamers, doch die blijken – voor zover we konden begrijpen – op dit ogenblik geen activiteit meer te hebben.

Uit onderzoek dat wij een 5-tal jaar geleden hebben verricht bij de griffies van de 27 verschillende rechtbanken van eerste aanleg in België voor de periode 1992 tot 1996¹¹ en uit informatie die ons werd meegedeeld door de verschillende Belgische arbitrage-instellingen die wij voor ons onderzoek gecontacteerd hebben, bleek dat er slechts zeer weinig geschillen in de bouwsector aan arbitrage worden voorgelegd. Het bleek slechts te handelen om een handvol zaken per jaar.

Rekening houdende met de beperkte aantrekkingskracht van arbitrage in bouwzaken, werd in 2001 een initiatief genomen door de Belgische Confederatie Bouw, de Federatie Nacebo, de consumentenorganisatie Test-Aankoop en de Koninklijke Federatie der Architectenverenigingen van België om een Verzoeningscommissie Bouw op te richten¹². Deze Verzoeningscommissie stelt zich tot doel bouwgeschillen tussen de particuliere

het Belgisch administratief recht”, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, Brussel, 1981, p. 81 e.v.; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, “Overzicht van het Belgisch administratief recht”, Antwerpen, *Kluwer Rechtswetenschappen België*, 1996, N° 46, p. 48-50.

⁹ “Arbitrage en Alternatieve Geschillenbeslechting in België – Een overzicht van de in België aanwezige arbitrage- en mediatie-instellingen en ombudsdiensten”, H. Verbist en B. De Vuyst (Editors), Brugge, *Die Keure*, 2002, 536 p.

¹⁰ “Arbitrage en Alternatieve Geschillenbeslechting in België – Een overzicht van de in België aanwezige arbitrage- en mediatie-instellingen en ombudsdiensten”, H. Verbist en B. De Vuyst (Editors), Brugge, *Die Keure*, 2002, pp. 237-238.

¹¹ H. Verbist, “Het echte, becijferde beeld van arbitrage in België”, *Rechtskundig Weekblad*, 1998-1999, p. 345.

¹² “Arbitrage en Alternatieve Geschillenbeslechting in België – Een overzicht van de in België aanwezige arbitrage- en mediatie-instellingen en ombudsdiensten”, H. Verbist en B. De Vuyst (Editors), Brugge, *Die Keure*, 2002, p. 353.



bouwheer en zijn aannemers en de architect te beslechten door een verzoeningsprocedure, niet door arbitrage. Wanneer partijen beroep doen op deze Verzoeningscommissie, wordt er een deskundige aangesteld die als opdracht heeft om een klassiek deskundigenonderzoek in te stellen en de partijen te pogen tot verzoening te brengen. Ingeval de deskundige de partijen evenwel niet tot verzoening kan brengen, maakt hij/zij een verslag op dat bindend is op technisch vlak. Volgens recentelijk publiek gemaakte informatie blijkt ook bij deze Verzoeningscommissie het aantal voorgelegde geschillen eerder beperkt te blijven.

Waar arbitrage in de bouwsector tot dusver een zeer beperkt verschijnsel is gebleven, zou dit misschien in de toekomst kunnen gaan veranderen doordat sedert kort de overheid in België nu ook arbitrage mag overeenkomen.

In België werd met name aan de publiekrechtelijke rechtspersonen in 1998 de mogelijkheid verleend om arbitrageovereenkomsten aan te gaan en dan enkel, zoals in Nederland, voor materies waarover de overheid contracten kan afsluiten. De relevante bepaling is artikel 1676, tweede lid Gerechtelijk Wetboek die luidt als volgt :

“Ieder die bekwaam of bevoegd is om een dading aan te gaan, kan een overeenkomst tot arbitrage sluiten.

“De publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen, onverminderd het bepaalde in de bijzondere wetten, slechts een overeenkomst tot arbitrage sluiten indien de overeenkomst de beslechting van een geschil betreffende de totstandkoming of de uitvoering van een overeenkomst tot doel heeft. De voorwaarden die golden voor het sluiten van het contract waarvan de uitvoering aan arbitrage wordt onderworpen gelden eveneens voor het sluiten van de overeenkomst tot arbitrage. Daarenboven mogen de publiekrechtelijke rechtspersonen in alle aangelegenheden, bepaald bij wet of bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit, overeenkomsten tot arbitrage sluiten. Het besluit mag eveneens de voorwaarden en de regels van totstandkoming van de overeenkomst bepalen”¹³.

Aangezien de overheid uiteraard ook in bouwprojecten betrokken is, zou er zich dan ook een wijziging kunnen gaan voordoen in de arbitrageactiviteit door een nu gecreëerde participatiemogelijkheid van de overheid.

4. Beoordeling van arbitrage door gebruikers in België

(i) De bedrijfsjuristen

Uit een enquête die wij in 1997 samen met Prof. Johan Erauw van de Universiteit Gent bij de Belgische bedrijfsjuristen hebben uitgevoerd betreffende het gebruik van arbitrage en mediatie bij het oplossen van geschillen¹⁴, bleek alvast dat de bedrijfsjuristen positieve

¹³ Zoals gewijzigd door de Wet van 19 mei 1998 tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage, *Belgisch Staatsblad*, 7 augustus 1998, p. 25353.

¹⁴ H. Verbist en J. Erauw, "Résultats de l'enquête concernant les entreprises et juristes d'entreprises en Belgique face à l'arbitrage commercial et la conciliation", *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht*, 2000, pp. 341-356; J. Erauw en H. Verbist, "Analyse van de resultaten van de enquête over commerciële arbitrage bij de bedrijfsjuristen", *Cahier van de jurist*, 2000, p. 28.



mogelijkheden zien in de arbitrage als geschillenbeslechtingmethode, ook al hebben velen onder hen nog geen concrete ervaring met arbitrage. Zij denken aan arbitrage niet alleen gedurende het opmaken van een contract maar ook nadat het geschil is ontstaan.

Voor internationale geschillen is volgens de overgrote meerderheid van de bedrijfsjuristen de arbitrage de methode bij uitstek om hun geschillen te beslechten, vooral in zaken met partijen van buiten Europa. Zij hebben meer vertrouwen in een internationale arbitrage dan in vreemde rechtbanken.

Deze vaststelling die uit het onderzoek bij de Belgische bedrijfsjuristen naar voren kwam, werd overigens ook vastgesteld bij een enquête die wij in 1998 op Europees vlak hebben uitgevoerd bij advocaten en bedrijfsjuristen. Ook zij zijn van oordeel dat arbitrage de methode bij uitstek is om internationale geschillen te beslechten, vooral met partijen van buiten de Europese Unie¹⁵.

(ii) Enquête over het gebruik van arbitrage in de bouwsector

Toen in 2001 een werkgroep in het kader van Cepina de problemen inzake arbitrage in de bouwsector begon te onderzoeken, werd er door de heer Philippe Matheï, directeur-generaal van de Vereniging van Belgische Aannemers van Burgerlijke Bouwkunde, een enquête onder de leden van de Vereniging georganiseerd over het gebruik van arbitrage in de bouwsector.

De enquête verliep via een vragenlijst met een 14-tal vragen die aan de 55 leden van de Vereniging werd verzonden. 27 van de leden, dwz. quasi de helft, heeft de vragenlijst ingevuld teruggezonden. Uit de verwerkte resultaten die door de heer Matheï aan de Cepina werkgroep werden meegedeeld bleek het volgende :

Een eerste luik van vragen van de enquête betrof aspecten van arbitrage in het algemeen :

- 21 van de ondernemingen antwoordden dat zij reeds gebruik hadden gemaakt van een arbitrageprocedure voor de beslechting van hun geschillen in het kader van opdrachten voor de uitvoering van werken, tijdelijke verenigingen, studie-, leverings- of onderaannemingsovereenkomsten. 6 antwoordden dat zij nog niet gebruik gemaakt hadden van een arbitrageprocedure.
- 19 ondernemingen antwoordden dat zij in principe voorstander waren van geschillenbeslechting via arbitrage; 6 ondernemingen antwoordden negatief, en het bleken alle 6 ondernemingen te zijn die reeds gebruik hadden gemaakt van arbitrage; van de 19 “ja”-antwoorden waren er daarentegen 5 ondernemingen die nog geen ervaring hadden met arbitrage.
- 26 van de 27 ondernemingen bevestigden dat het arbitragebeding was opgenomen in de basisovereenkomst.

¹⁵ H. Verbist en J. Erauw, “Enquête concernant l’arbitrage et le monde des affaires : commentaire et résultats – Commentary and Results of the Survey Regarding Arbitration and the Business World”, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1998, p. 689.



- 20 van de 27 ondernemingen bevestigden dat het arbitragebeding verwees naar een gespecialiseerde arbitrage-instelling; 3 gaven aan dat dit niet het geval was; 4 gaven geen antwoord.
- 6 van de 27 ondernemingen lieten weten dat zij ook wel een arbitrageovereenkomst hadden afgesloten na het ontstaan van het geschil.
- Op de vraag of zij de voorkeur gaven aan de aanstelling van een scheidsgerecht met 3 arbiters of met 1 arbiter antwoordden 6 ondernemingen dat zij de voorkeur gaven aan 1 arbiter en 15 dat zij de voorkeur gaven een scheidsgerecht met drie leden, terwijl de overigen geen antwoord gaven.
- 10 van de 27 ondernemingen gaven aan dat hun beslissing om te kiezen voor een arbitrageovereenkomst afhing van het bedrag van het geschil, 2 van hen kozen reeds voor arbitrage wanneer het geschil over een bedrag van minder dan 50.000 euro handelde, terwijl 1 stelde dit te doen wanneer het geschil groter dan 25.000 euro was, 2 wanneer het geschil groter dan 100.000 euro was en nog 2 wanneer het geschil groter dan 120.000 euro was.
- De persoon van de medecontractant was voor 15 van de 27 ondernemingen bepalend om te kiezen voor arbitrage.
- De aard van het geschil was voor 14 van de 27 ondernemingen bepalend om te kiezen voor arbitrage.
- De vermoedelijke kosten van de arbitrageprocedure was voor 12 van de 27 ondernemingen een bepalende factor.
- Het aantal medecontractanten die partij bij het geschil dreigden te zijn was voor 12 van de 27 ondernemingen een bepalende factor.
- Voor wat betreft de uitvoering van de arbitrale uitspraak antwoordden 15 van de 27 ondernemingen dat de arbitrale uitspraken in geschillen waarin zij betrokken waren steeds vrijwillig uitgevoerd zijn geworden.

Een tweede luik vragen van de enquête betrof arbitrage en overheidsopdrachten:

- 20 van de 27 ondernemingen antwoordden dat zij voorstander waren van arbitrage voor de beslechting van geschillen met betrekking tot de uitvoering van een opdracht voor een aanbestedende overheid die onderworpen is aan de wet van 25 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten, de overige 7 lieten weten daar geen voorstander van te zijn.
- 8 bevestigden dat zij een voorstander van arbitrage bij de uitvoering van overheidsopdrachten bleven, zelfs wanneer zij onmogelijk een derde, zoals een onderaannemer of een leverancier, bij de zaak konden betrekken; 15 lieten daarentegen weten dat zij in dergelijk geval geen voorstander van arbitrage meer waren. De resterende 4 die geen antwoord op deze vraag gaven waren allen ondernemingen die sowieso geen voorstander waren van arbitrage bij overheidsopdrachten.
- Op de vraag of zij ongeacht het bedrag van het geschil een voorstander van arbitrage waren bij overheidsopdrachten antwoordden 11 ondernemingen met “ja” maar ook 11 ondernemingen met “neen”.
- Een gelijk antwoord werd gegeven op de vraag of arbitrage van geschillen met een aanbestedende overheid wenselijk was voor kleine of voor grote geschillen. 13 vonden



arbitrage wenselijk voor kleine geschillen, en 13 vonden arbitrage wenselijk voor grote geschillen.

- Op de vraag of zij eventueel akkoord zouden kunnen gaan met een verplichting om geschillen aan arbitrage voor te leggen (via een arbitragebeding in de algemene aannemingsvoorwaarden) antwoordden er 8 met “ja” en 19 met “nee”.
- Een voorstel om alleen aan de aanbestedende overheid de mogelijkheid te geven in de bijzondere aannemingsvoorwaarden een arbitragebeding op te nemen dat de partijen bindt kon slechts de steun genieten van 1 enkele van de 27 ondernemingen.
- Een voorstel daarentegen om aan de aanbestedende overheid én aan de onderneming-medecontractant de mogelijkheid te geven om na het ontstaan van het geschil, dwz. met volstreekte kennis van alle gevolgen ervan, samen overeen te komen het geschil aan arbitrage te onderwerpen, kon daarentegen op de steun rekenen van 21 van de 27 ondernemingen.
- Vervolgens werd gepeild naar de voorkeur voor het aantal arbiters bij geschillen inzake overheidsopdrachten, en met name werd er een onderscheid gemaakt tussen verplichte arbitrage en facultatieve arbitrage.
 - Bij een verplichte arbitrage hadden 4 ondernemingen een voorkeur voor 1 arbiter en 19 een voorkeur voor een scheidsgerecht met 3 arbiters.
 - Bij facultatieve arbitrage daarentegen hadden 9 ondernemingen een voorkeur voor 1 arbiter en 16 ondernemingen een voorkeur voor een scheidsgerecht met 3 leden.
- Op de vraag door wie de aanstelling van de alleenzetelende arbiter het best zou geschieden antwoordden 7 dat zij de voorkeur gaven aan een aanstelling door een arbitrage-instelling, 2 aan een aanstelling van de arbiter door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg. Voorts waren er 19 die aangaven te verkiezen dat de partijen zelf de alleenzetelende arbiter aanstellen en bij ontstentenis van overeenkomst dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg dit doet.
- Voor wat betreft de aanstelling van een 3-ledig scheidsgerecht, waren er 19 die verkozen om elk één arbiter aan te stellen en vervolgens deze co-arbiters de voorzitter van het scheidsgerecht te laten aanstellen. Slechts 7 vonden het een goed idee om, na zelf de co-arbiters te hebben aangesteld, de voorzitter van het scheidsgerecht door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te laten aanstellen. Een oplossing waarbij de partijen eerst een co-arbiter benoemen en een arbitrage-instelling vervolgens de voorzitter van het scheidsgerecht benoemt kon de steun vinden van slechts 9 van de 27 ondernemingen. Tenslotte, de optie om de 3 arbiters te laten benoemen door de arbitrage-instelling kon slechts de steun genieten van 1 van de 27 ondernemingen.
- Met een volgende vraag wenste men te weten of de ondernemingen bij de beslechting van geschillen inzake overheidsopdrachten door arbitrage ook een beroepsmogelijkheid wensten te voorzien. Daarbij werd opnieuw een onderscheid gemaakt tussen verplichte arbitrage en facultatieve arbitrage.
 - In geval van verplichte arbitrage, lieten 17 van de 27 ondernemingen weten dat zij dergelijke beroepsmogelijkheid wensten, 9 dat zij dit niet wensten.
 - In geval van facultatieve arbitrage, waren er slechts 10 die een beroepsmogelijkheid wensten te voorzien en waren er 16 die dat niet wensten.
- In een laatste vraag wenste men te weten of, ongeacht of de arbitrage verplicht dan wel facultatief is, men het verkoos om ofwel de arbitrage volledig over te laten aan



een arbitrage-instelling : 14 van de 27 antwoordden hierop bevestigend, en 10 negatief;

- Tenslotte werd de vraag gesteld of men verkoos om de algemene aannemingsvoorwaarden of een ander regelgevend besluit de arbitrage te laten organiseren : hierop antwoordden 12 van 27 bevestigend, 9 ontkennend.

5. Kunnen arbiters prejudiciële vragen stellen aan het Europees Hof van Justitie?

Een vraag die vaak gesteld wordt is of arbiters, wanneer zij tijdens een arbitrageprocedure geconfronteerd worden met aspecten van Europees mededingingsrecht, een prejudiciële vraag kunnen stellen aan het Europees Hof van Justitie.

In dit verband las ik in het Verslag van de Enquêtecommissie Bouwnijverheid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal dat op 12 december 2002 bekendgemaakt werd dat *“de thans gepraktizeerde geschilbeslechting in aanbestedingszaken via de Raad van Arbitrage heeft in feite een verplicht karakter”*¹⁶, en dat de enquêtecommissie voorts ook *“constateert dat de Raad van Arbitrage door haar juridische status nauwelijks mogelijkheden heeft om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie EG dat bij uitsluiting bevoegd is Europese aanbestedingsrichtlijnen te interpreteren”*¹⁷.

De kwestie van het stellen van prejudiciële vragen komt ter berde in artikel 234 van het EG-Verdrag (voorheen artikel 177)¹⁸.

Artikel 234 van het Verdrag bepaalt dat :

“Het Hof van Justitie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen :

- a) over de uitlegging van dit Verdrag;*
- b) over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de Instellingen van de Gemeenschap en van de ECB;*
- c) over de uitlegging van de statuten van bij Besluit van de Raad ingestelde organen, wanneer die statuten daarin voorzien.*

Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen voor een rechterlijke instantie van een der Lid-Staten, kan deze instantie, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis, het Hof van Justitie verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen.

Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet

¹⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28 244, nrs 5-6, p. 279 en p. 302; zie http://www.tweedekamer.nl/images/22_16000.pdf

¹⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28 244, nrs 5-6, p. 64 en p. 279; zie http://www.tweedekamer.nl/images/22_16000.pdf

¹⁸ Artikel 177 van het Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap, gesloten te Rome. Als gevolg van het Verdrag van Amsterdam, ondertekend op 2 oktober 1997, werd een geconsolideerde versie van kracht, waarin artikel 177 nieuw genummerd werd als artikel 234.



vatbaar zijn voor hoger beroep, is deze instantie gehouden zich tot het Hof van Justitie te wenden.”

Het Europees Hof van Justitie kreeg reeds enkele keren de vraag te behandelen of een scheidsgerecht kan beschouwd worden als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 EG-Verdrag en derhalve of een scheidsgerecht een verzoek om uitlegging op grond van artikel 177 kan voorleggen aan het Hof.

In zijn arrest van 30 juni 1966 in de zaak *Vaassen-Göbbels t./ het Bestuur van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*¹⁹ beschouwde het Hof het Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 EG aan de hand van een aantal materiële criteria, ofschoon dit Scheidsgerecht zelf had gesteld geen rechterlijke instantie in de zin van de Nederlandse wetgeving te zijn. Het begrip rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag werd door het Hof afgebakend door een aantal criteria te noemen waaraan een dergelijk orgaan moet voldoen, zoals de wettelijke oorsprong, het permanente karakter, de bindende rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak en het toepassen van de regelen des rechts. Behoudens de naam had het Scheidsgerecht van het Beambtenfonds weinig of niets te maken met arbitrage. Dit Scheidsgerecht was immers een permanente instantie belast met de kennisneming van beroepen ingesteld tegen beslissingen van het Bestuur van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf omtrent aanspraken van leden en gewezen leden, waarbij de benoeming van de leden en de vaststelling van het reglement voor het Scheidsgerecht toebehoorden aan de Nederlandse Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid.

In zijn arrest van 27 april 1994 in de zaak “*Gemeente Almelo*”²⁰ oordeelde het Hof van Justitie dat een nationale rechterlijke instantie (in casu het Gerechtshof te Arnhem) die in een bij wet voorzien geval oordeelt in beroep van een arbitrale uitspraak, moet worden aangemerkt als een nationale rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het Verdrag, ook indien zij ingevolge de tussen partijen gesloten arbitrageovereenkomst moet rechtspreken als goede mannen naar billijkheid. Het Hof wees er op dat uit de beginselen volgens welke gemeenschapsrecht met voorrang en op eenvormige wijze moet worden toegepast, bezien in samenhang met artikel 5 van het Verdrag, immers volgt dat een rechterlijke instantie van een Lidstaat, die overeenkomstig de nationale wettelijke regeling oordeelt in beroep van een arbitrale uitspraak, ook indien zij rechtsprekt als goede mannen naar billijkheid, de regels van het gemeenschapsrecht, inzonderheid die op het gebied van de mededinging, in acht te nemen heeft²¹. Het Europees Hof van Justitie ging dan ook in op de prejudiciële vragen die het Gerechtshof te Arnhem gesteld had.

In de periode tussen het arrest *Vaassen-Göbbels* uit 1966 en het arrest *Gemeente Almelo* uit 1994 had het Europees Hof van Justitie evenwel nog een ander arrest geveld, namelijk het

¹⁹ *Mevrouw de Weduwe G. Vaassen-Göbbels t./ Bestuur van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, Zaak C-61/65, Jur. H.v.J., 1966, I, p. 258.

²⁰ *Gemeente Almelo e.a. t./ Energiebedrijf Ijsselmij NV*, Zaak C-393/92, Jur. H.v.J., 1994, I, p. 1480.

²¹ *Gemeente Almelo e.a. t./ Energiebedrijf Ijsselmij NV*, Zaak C-393/92, Jur. H.v.J., 1994, I, p. 1480, rechtsoverweging 23.



arrest van 23 maart 1982 in de zaak “Nordsee”²². In deze zaak had een arbiter, die overigens ook een professioneel rechter was en bovendien president van het Hanseatische Oberlandesgericht was, het initiatief genomen om aan het Europees Hof een aantal prejudiciële vragen te stellen met betrekking tot de interpretatie van een aantal Europese verordeningen. Het Hof oordeelde dat een arbiter niet de status heeft van een “*rechterlijke instantie van een der Lid-Staten*” in de zin van artikel 177 EEG-Verdrag. Het baseerde zijn oordeel op de vaststelling enerzijds dat in de zaak in kwestie de partijen rechtens noch feitelijk een verplichting hadden hun geschil aan arbitrage voor te leggen, en anderzijds dat de Duitse overheid niet was betrokken en niet de mogelijkheid heeft ambtshalve in te grijpen in het verloop van de arbitrageprocedure.

Het Hof wees er daarbij op dat het gemeenschapsrecht op het grondgebied van alle Lidstaten volledig moet worden toegepast, en dat het partijen bij een overeenkomst dus niet vrij staat om daarvan af te wijken. In een “obiter dictum” voegde het Europees Hof er aan toe dat wanneer in een arbitrage vragen van gemeenschapsrecht rijzen, deze vragen eventueel door de gewone rechter kunnen worden onderzocht, hetzij in het kader van de assistentie die hij de scheidsrechters verleent, in het bijzonder door deze bij bepaalde proceshandelingen te ondersteunen of door het geldende recht uit te leggen, hetzij in het kader van de toetsing van de arbitrale uitspraak, waartoe de gewone rechter geroepen is in geval van hoger beroep, verzet, uitvoerbaarverklaring of van enig ander rechtsmiddel dat volgens het toepasselijk nationale recht openstaat²³.

Uit deze verschillende arresten van het Europees Hof van Justitie komt aldus naar voor dat een arbiter of een scheidsgerecht, aangesteld op basis van een vrijwillig tussen partijen gesloten arbitrageovereenkomst én waar de overheid niet de mogelijkheid heeft in te grijpen in het verloop van de arbitrageprocedure, geen prejudiciële vragen mag stellen aan het Europees Hof van Justitie, maar dat een bij wet opgericht orgaan, dat geroepen wordt om een bepaalde functie uit te oefenen in verband met een arbitrage, wel prejudiciële vragen mag stellen aan het Europees Hof²⁴.

Kwalificatieproblemen doen zich vooral bij instanties voor die op de grens van privaats- en publiekrecht opereren²⁵.

²² “Nordsee” Deutsche Hochseefischerei GmbH t./ Redereij Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG en Redereij Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, Zaak C-102/81, Jur. H.v.J., 1982, I, p. 1095.

²³ “Nordsee” Deutsche Hochseefischerei GmbH t./ Redereij Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG en Redereij Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, Zaak C-102/81, Jur. H.v.J., 1982, I, p. 1111, rechtsoverweging 14.

²⁴ Zie ook J.-F. Bourque, “The legal framework of arbitration in the European Union”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Special Supplement, November 1994, p. 8; P. Hetsch, “Arbitration in Community Law”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 6/N° 2, November 1995, p. 47; J. Erauw, “Verzoeken van arbiters om prejudiciële beslissingen van het Europees Hof van Justitie”, in ‘Arbitrage en Europees recht’, Brussel, Bruylant, 1997, p. 101.

²⁵ Kapteyn VerLoren van Themaat, “Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen – Na Maastricht”, 1995, 5^e druk, Deventer, *Kluwer*, p. 312.



Het is in deze context dat de situatie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw moet bekeken worden, en meer bepaald de vraag of arbiters aangesteld in arbitrages die verlopen volgens het reglement van de Raad van Arbitrage voor de Bouw eventueel prejudiciële vragen zouden kunnen stellen. Deze context lijkt mij vrij complex.

Uit gesprekken hierover met het secretariaat van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, meende ik te kunnen begrijpen dat er in Nederland geen algemene verplichting bestaat voor de overheid om aanbestedingsgeschillen te doen beslechten door de Raad.

Anderzijds stel ik evenwel vast - zoals ik reeds voorheen vermeldde - dat de Enquêtecommissie van de Tweede Kamer der Staten-Generaal in haar Eindrapport stelde “*dat de thans gepraktiseerde geschilbeslechting in aanbestedingszaken via de Raad van Arbitrage heeft in feite een verplicht karakter*”²⁶.

Tevens heb ik menen kunnen begrijpen dat als gevolg van de “Beleidsregels aanbesteding van werken” die de Staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer op 9 mei 2001 bekendmaakte²⁷, het Uniform Aanbestedingsreglement 2001 (UAR 2001) vanaf 1 september 2001 van toepassing is op de daarin aangegeven wijzen van aanbesteding en dat voor werken waarop het Besluit overheidsaanbestedingen van toepassing is, het Uniform Aanbestedingsreglement-EG 1991 (UAR-EG 1991) toepassing vindt, voor zover het reglement aanvullende bepalingen bevat ten opzichte van het bepaalde in het Besluit overheidsaanbestedingen²⁸. Artikel 44 van de UAR 2001 voorziet dat geschillen die ontstaan naar aanleiding van een aanbesteding waarop de UAR 2001 van toepassing is, worden beslecht door arbitrage overeenkomstig de regelen van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland.

Voorts heb ik menen kunnen begrijpen dat de UAR 1986 respectievelijk de UAR-EG 1991 in artikel 41 respectievelijk 67 een gelijkaardige bepaling bevatten die de beslechting van geschillen in verband met aanbestedingen die onder de UAR 1986 respectievelijk de UAR-EG 1991 vallen voorleggen aan de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland. Evenwel heb ik ook menen kunnen begrijpen dat het gebruik van het voor de Europese aanbesteding van werken geschreven reglement UAR-EG 1991 evenals het UAR 1986 alleen verplicht is gesteld voor de Rijksoverheid en niet voor lagere overheden²⁹, doch dat het UAR 1986 ook door andere aanbesteders – lagere overheden en particulieren – wordt toegepast, zij het dan uit vrije wil onder de vorm van overeengekomen algemene voorwaarden³⁰.

²⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28 244, nrs 5-6, p. 279 en p. 302; zie http://www.tweedekamer.nl/images/22_16000.pdf

²⁷ Staatscourant 15 juni 2001, nr. 113, p. 15.

²⁸ Artikel 5 van de Beleidsregels aanbesteding van werken van 9 mei 2001, Staatscourant 15 juni 2001, nr. 113, p. 15.

²⁹ E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. Van der Bend, “Aanbestedingsrecht”, 2^e druk, p. 22; P. de Haan, M.A. van Voorst van Beest, A.G. Bregman, H. Langendoen, “Bouwrecht in kort bestek”, 3^e druk, 1996, Deventer, *Kluwer*, pp. 252-256.

³⁰ “Bouwrecht in kort bestek”, onder redactie van P. de Haan, M.A. van Voorst van Beest, A.G. Bregman en H. Langendoen, 3^e druk, 1996, Deventer, *Kluwer*, pp. 254-256.



Ik meen dan ook te kunnen stellen dat de vraag of de geschillenbeslechting in aanbestedingszaken via de Raad van Arbitrage een verplichtend karakter heeft, een complexe aangelegenheid is, waarover ik als buitenstaander en als buitenlander die de Nederlandse wettelijke context niet voldoende beheers geen afsluitend antwoord kan of vermog te geven. Wel komt het mij voor dat in de mate dat de geschillenbeslechting in aanbestedingszaken via de Raad van Arbitrage voor de Bouw inderdaad een bij wettelijke regeling geïnstalleerd verplichtend karakter heeft en overigens ook in de mate dat de Nederlandse overheid betrokken is bij de benoeming van de leden van de Raad³¹, er op basis van de hoger vermelde rechtspraak van het Europees Hof van Justitie – meer bepaald, de zaken Vaassen-Göbbels en Gemeente Almelo – voor een scheidsgerecht in het kader van een arbitrage voor de Raad van Arbitrage een mogelijkheid zou moeten bestaan om krachtens artikel 234 EG Verdrag een prejudiciële vraag aan het Europees Hof van Justitie te stellen.

Herman VERBIST

Advocaat bij de Balie te Brussel

Bogaert & Vandemeulebroeke

Gastprofessor Universiteit Gent

Vakgroep Procesrecht, Arbitrage en IPR

Voormalig adviseur Internationaal Hof van Arbitrage van de ICC

Erkend mediator (Brussels Business Mediation Center)

³¹ Artikel 6 van de Statuten van de Raad dd. 1 juni 2002 bepaalt : “De benoeming tot gewoon of buitengewoon lid van de Raad behoeft, om van kracht te worden, de goedkeuring van de Minister van Waterstaat. Deze goedkeuring wordt geacht verkregen te zijn, indien de Minister niet binnen zes weken na kennisgeving verklaard heeft zich niet met de benoeming te kunnen verenigen”.



Caroline Clijmans - Een nieuwe Belgische IPR bepaling inzake cessie van schuldvorderingen.

Op 4 september 2002 is in België artikel 145 van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en financiële diensten¹ in werking getreden. Noch de titel noch de verdere inhoud van die wet doet vermoeden dat het hoofdstuk “Overgangs- en diverse bepalingen” een internationaal privaatrechtelijke regel inzake cessie van schuldvorderingen zou bevatten. Maar artikel 145 bepaalt : “*De tegenstelbaarheid van de overeenkomst van cessie van schuldvordering jegens andere derden dan de gecedeerde schuldenaar wordt vastgesteld krachtens het recht dat van toepassing is op de cessieovereenkomst.*”.

In deze bijdrage beoog ik de achtergrond van dit redelijk verrassend wetgevend initiatief te schetsen en er enkele bemerkingsen bij te formuleren. Tot slot zal ik nader toelichten in welke mate dit wetgevend initiatief verschilt van de Nederlandse rechtspraak terzake.

I. Achtergrond: de draagwijdte van Artikel 12 EVO

In een grensoverschrijdende context geeft de cessie van schuldvorderingen aanleiding tot een aantal mogelijke wetsconflicten, omdat hetzij partijen (cedent, cessionaris en gecedeerde schuldenaar) zich in verschillende rechtstelsels bevinden, hetzij de schuldvordering ressorteert onder een ander rechtstelsel dan de cessieovereenkomst. Artikel 12 van het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hieronder: “EVO”) reikt de Europese rechterlijke machten een uniforme verwijzingsregel aan voor navolgende deelvragen: Welk recht beheerst de relatie tussen cessionaris en cedent? Welk recht bepaalt of een vordering überhaupt vatbaar is voor cessie? Welk recht is in voorkomend geval van toepassing op de bescherming van de gecedeerde schuldenaar?

Zo onderwerpt artikel 12 lid 1 EVO de verbintenissen tussen cessionaris en cedent aan het *cessiestatuut*, zijnde het recht dat overeenkomstig de verwijzingsregels van het EVO op de tussen hen bestaande verhouding van toepassing is. Derhalve zal, bij rechtskeuze door partijen (artikel 3 EVO), het gekozen recht de verbintenisrechtelijke aspecten van de verhouding tussen cessionaris en cedent beheersen. Bij gebrek aan rechtskeuze wordt de overeenkomst beheerst door het recht waarmee ze het nauwst verbonden is (artikel 4 §1 EVO). Artikel 4 §2 omvat een weerlegbaar vermoeden dat de overeenkomst het nauwst verbonden is met het recht van het land waar de persoon die de kenmerkende prestatie levert zijn gewone verblijfplaats heeft of, indien het een vennootschap, vereniging of rechtspersoon betreft; waar deze zijn hoofdbestuur heeft. Bij cessie wordt doorgaans aangenomen dat de persoon die de kenmerkende prestatie levert de cedent is.² Wanneer de cessie kadert in een ruimere

¹ B.S. 4 september 2002.

² M. LOOYENS, “Cessie en subrogatie in het internationaal privaatrecht”, *T.B.H.* 1994, 691.



transactie, is het echter niet altijd even evident om de kenmerkende prestatie te bepalen.³ Artikel 12 lid 2 EVO stipuleert anderzijds dat het *vorderingstatuut*, zijnde het recht dat op de (oorspronkelijke) schuldvordering van de cedent van toepassing is, bepalend is voor het overdraagbaar karakter van de schuldvordering, de verhouding tussen cessionaris en gecedeerde schuldenaar, de voorwaarden voor tegenwerpbaarheid van de cessie ten aanzien van de gecedeerde schuldenaar en het bevrijdend karakter van de betaling door de schuldenaar.

Omtrent de problematiek van de tegenwerpbaarheid van de cessie aan derden, andere dan de gecedeerde schuldenaar scheidt artikel 12 EVO evenwel geen duidelijkheid. Onder derden worden verstaan personen die geen partij zijn bij de cessie, maar die er op rekenen dat de schuldvordering behoort tot het vermogen van hetzij de cedent, hetzij de cessionaris. In het voorontwerp van het EVO werd deze tegenwerpbaarheid *erga omnes* wel behandeld. Zo bepaalde het artikel 16 lid 2 (thans 12 lid 2) “*de wet die de oorspronkelijke verbintenis beheerst, bepaalt ... de voorwaarden waaronder de cessie aan de schuldenaar en aan derden kon worden tegengeworpen*”.⁴ Gelet op de evolutie in de voorbereidende werken is het merendeel van de Belgische rechtsgeleerden van mening dat de tegenwerpbaarheid van de cessie aan derden, net zoals de tegenwerpbaarheid van de overdracht van zakelijke rechten op lichamelijke roerende goederen, niet geregeld wordt in het EVO.⁵

Vóór de inwerkingtreding van het EVO, volgde de Belgische rechtspraak en rechtsleer voor de tegenwerpbaarheid aan de gecedeerde schuldenaar én andere derden de gemeenrechtelijke aanknopingsfactor van het zakelijk statuut, met name de plaats van de ligging van het goed. Gelet op het onlichamelijk karakter van een schuldvordering, moest die verwijzingsregel naar het recht van de situs evenwel gesteund te worden op een fictieve localisering. Zo beschouwde men de woonplaats van de schuldenaar als ligging van de schuldvordering (*lex domicilii debitoris*). Maar door de inwerkingtreding van het EVO werd de relatie met de gecedeerde schuldenaar onderworpen aan het vorderingstatuut. Daardoor kwam volgens sommige auteurs de gemeenrechtelijke verwijzingsregel ten aanzien van andere derden ook op de helling te staan. Een aantal auteurs waren immers van mening dat de toestand van de derden niet mocht losgekoppeld worden van de toestand van de gecedeerde schuldenaar en zij pleitten dan ook voor het vorderingstatuut.⁶ Sinds de wijziging van artikel 1690 Belgisch Burgerlijk Wetboek (B.W) bij wet van 6 juli 1994, is de cessie ten aanzien van derden in principe tegenwerpbaar zonder verdere publiciteitsvereisten. Een deel van de rechtsleer stelde dan ook dat de cessie nog louter als een verbintenisrechtelijk aangelegenheid diende beschouwd te worden, zodat vanuit internationaal privaatrechtelijk perspectief diende aangeknoopt te worden bij het cessiestatuut.⁷ Nog een mogelijk alternatief is om aan te sluiten bij de woonplaats van de cedent, zoals voorzien in de VN Conventie (UNCITRAL)

³ T.H.D STRUYCKEN, “Het nieuwe IPR inzake cessie”, *Bb* 1998/5, p 62.

⁴ Ontwerp van de Commissie E.G. (SEC) 1974430 en het rapport betreffende het voorontwerp Brussel, 6 december 1972, SEC (72) 4430, p.71-72.)

⁵ W. VAN LEMBERGEN, “Grensoverschrijdende cessie van schuldvorderingen na de Wet van 2 augustus 2002 op het financieel toezicht: consensus over consensualisme?”, *Bank- en Financieel recht* 2003 II-III, p. 148.

⁶ G. VAN HAEGENBORGH, “Cessie in het internationaal rechtsverkeer” in X, *Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen*, Antwerpen, 1995, nr 284-86; J. ERAUW, , “Internationaal privaatrechtelijke vragen van schuldoverdracht” in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, p. 136.

⁷ P. VAN OMMESLAGHE ” Le nouveau régime de cession et de la dation en gage des créances”, *J.T.* 1995, p. 540.



inzake overdracht van schuldvorderingen in internationale handel aangenomen op 12 december 2001. Dit verdrag is evenwel nog niet in werking getreden bij gebreke aan de vereiste ratificaties.

Nu in het kader van door Belgische ondernemingen gevraagde financierings- of herstructureringsverrichtingen de banken steeds vaker te maken kregen met cessie van schuldvorderingen met grensoverschrijdende kenmerken, heeft de wetgever het nodig geacht zich te mengen in het debat en zekerheid te bieden omtrent de deelvraag van de tegenwerpbaarheid aan derden.⁸

II. Het Cessiestatuut

Met artikel 145 van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en financiële diensten heeft de Belgische wetgever een einde gesteld aan de controverse in de rechtsleer door te kiezen voor het cessiestatuut. De voorstanders van het vorderingstatuut hebben nog steeds een aantal sterke argumenten, zodat de beleidskeuze niet evident is. Voorafgaand aan de cessie zijn de rechten van de schuldeisers van de cedent immers afhankelijk van het recht van toepassing op de oorspronkelijke vordering. Na de cessie worden de rechten van de cessionaris ten aanzien van de schuldenaar door dit recht bepaald.⁹ De toepasselijke verwijzingsregel dient er tevens voor te zorgen dat de titularis van de vordering geen andere zou kunnen zijn dan deze aan wie de gecedeerde schuldenaar bevrijdend kan betalen, zodat het vorderingstatuut de voorkeur dient te krijgen.¹⁰ En als men, zoals in artikel 145, de tegenwerpbaarheid van de cessie aan derden onderwerpt aan het cessiestatuut, heeft dat verder tot gevolg dat de wilsautonomie binnendringt in het goederenrechtelijk statuut, wat men in het algemeen niet verkieslijk acht. Dit argument wordt echter enigszins getemperd door de artikelen 3 lid 3, 7 en 16 EVO die de uitwerking van de rechtskeuze kunnen beperken.

De memorie van toelichting van de nieuwe wet verduidelijkt dat de afwijkende keuze van de Belgische wetgever gesteund is op artikel 8 EVO. Dat stelt dat het bestaan en de geldigheid van overeenkomsten wordt beheerst door het recht van toepassing op de overeenkomst zelf. De Belgische wetgever vindt dus dat artikel 8 EVO de tegenwerpbaarheid aan derden regelt. Die stelling kan mijn inziens niet worden bijgetreden. Artikel 8 EVO reikt enkel de verwijzingsregel aan voor de deelvraag of een overeenkomst bestaat en geldig is *inter partes*. Dit blijkt uit het tweede lid van artikel 8 EVO. De tegenwerpbaarheid daaraan koppelen gaat terug op het principe dat volgens Belgisch recht behoudens uitzonderingen een overeenkomst als feit aan derden tegenwerpbaar is. Mogelijke uitzonderingen op dit principe zijn onder andere publiciteitsvereisten.¹¹ Het is evenwel niet omdat naar Belgisch recht de cessie ten aanzien van derden principieel *solo consensu* uitwerking zal hebben, dat dit geldt voor andere landen. De interpretatie van het EVO vergt ook voor artikel 8 EVO een rechtsvergelijkende analyse tussen de benaderingen in de verschillende lidstaten. Als de wetgever overigens dacht dat de oplossing in artikel 8 EVO vervat lag, dan mocht hij niet meer legifereren.

⁸ Zie Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer*, Doc 1842/001 en 1843/001.

⁹ G. VAN HAEGENBORGH, *l.c.* nr 284-86

¹⁰ K. CHRISTIAENS en I. PEETERS, “Cessie tot zekerheid in een grensoverschrijdende context: bedenkingen bij het arrest van de Hoge Raad (Ned.) van 16 mei 1997, *A.J.T.* 1998-1999, p 283.

¹¹ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 1999, 162.



III. Draagwijdte van artikel 145 van de Wet van 2 augustus 2002

De Wet van 2 augustus 2002 voorziet enerzijds geen specifiek toepassingsgebied voor artikel 145, zodat de bepaling geldt voor cessie van elke schuldvordering, onverminderd primerende verdragsbepalingen. In theorie, is de draagwijdte van artikel 145 dus ruimer dan die van artikel 12 EVO. Artikel 2 van EVO beperkt immers het materieel toepassingsgebied van het verdrag.

Anderzijds wordt de rechtszekerheid die de wetgever beoogde te creëren slechts gedeeltelijk bewerkstelligd door artikel 145. Het handelt immers over de tegenwerpbaarheid van de cessie van schuldvorderingen, maar het zegt niets over de inpandgeving van schuldvorderingen of de cessie van schuldvorderingen tot zekerheid (fiduciare cessie). Gelet op de internrechtelijke analogie tussen de regels van inpandgeving en cessie van schuldvorderingen, kan terzake gepleit worden voor de analoge toepassing op internationaal privaatrechtelijk vlak. VAN LEMBERGEN verdedigt zelfs een analoge toepassing van het cessiestatuut op de fiduciare cessie, hoewel deze laatste rechtsfiguur naar Belgisch intern recht behoudens wettelijke uitzonderingen niet tegenwerpbaar zal zijn ten aanzien van derden gelet op het Belgische *numerus clausus* systeem van zakelijke zekerheden.¹² De analoge toepassing van het cessiestatuut op de tegenwerpbaarheid van de fiduciare cessie aan derden laat toe dat partijen door overeenkomst een rechtstelsel kunnen aanduiden dat de tegenwerpbaarheid van dergelijke rechtsfiguur wel erkent. Ook hier zal de concrete uitwerking van de rechtskeuze bepaald worden door de artikelen 3 lid 3, 7 en 16 EVO.

IV. Uniforme interpretatie van het EVO :Vergelijking met het HANSA arrest

Bij cassatiearrest van 16 mei 1997¹³ oordeelde de Hoge Raad der Nederlanden in de zaak “Hansa” dat de tegenwerpbaarheid van de cessie ten aanzien van derden wordt beheerst door het cessiestatuut. Op het eerste zicht lijkt het dat de Belgische wetgever 5 jaar later in de voetsporen stapt van de Nederlandse rechtspraak.

De Hoge Raad heeft echter in tegenstelling tot de Belgische wetgever geoordeeld dat de tegenwerpbaarheid van cessie aan derden wordt beheerst door artikel 12 EVO. De Hoge Raad benadert het EVO vanuit de premisse dat dit tot doel heeft eenheid te creëren en wijst zo de evolutie in de voorontwerpen van de hand met de randbemerking dat de schrapping van “derden” niet ongemotiveerd had gebleven indien het inderdaad de bedoeling had geweest van de opstellers om het zakenrechtelijk statuut aan artikel 12 EVO te onttrekken. Op basis van de nauwkeurigheid van de omschrijving van het tweede lid (met zijn specifieke rechtsvragen die een andere oplossing krijgen) en op basis van de weglating van het woord “derden” uit artikel 16.2. van het oorspronkelijk ontwerp, besluit de Hoge Raad dat artikel 12 lid 2 limitatief bedoeld is. Derhalve moet het cessiestatuut (artikel 12 lid 1 EVO) de goederenrechtelijke deelvraag beheersen.

De Memorie van Toelichting bij de Wet van 2 augustus 2002 leert ons echter dat de Belgische wetgever meent dat de tegenwerpbaarheid van de cessie aan derden geregeld wordt door artikel 8, en niet door artikel 12 van het EVO. Desalniettemin greep hij in en verduidelijkt

¹² Voor de onderbouwing van dit standpunt, zie de uitvoerige bijdrage: W. VAN LEMBERGEN, *l.c.* p. 153 ev.

¹³ *N.I.P.R.*, 1997, p. 254.



België een stukje EVO. De wetgever lijkt me onder druk te hebben gestaan van belanghebbende groeperingen. Misschien had de Belgische wetgever een afwachtende houding moeten aannemen, gelet op de gekende voorbereidingen om het EVO dat een verdrag is, om te zetten in een communautaire verordening en om het te moderniseren. Het Groenboek¹⁴ nodigde de belanghebbende partijen immers uit tot een debat omtrent de wenselijkheid van de opname van dergelijke bepaling inzake tegenwerpbaarheid van een cessie aan derden en omtrent de eventueel te formuleren verwijzingsregel. Die voorbereidingen om het EVO te moderniseren en om te zetten in een verordening kunnen misschien de afwezigheid van enige bepaling terzake in het Belgische IPR codificatievoorstel¹⁵ verklaren. De kenners zagen misschien dat er kon rekening worden gehouden met de Nederlandse rechtspraak. Zo het EVO immers voorziet in een verwijzingsregel, is een bijkomende bepaling in het Codificatievoorstel overbodig, gelet op artikel 96 dat de werking van het EVO uitbreidt tot alle conventionele verbintenissen.

Hoewel de Belgische wetgever dus ook gekozen heeft voor hetzelfde cessiestatuut, gaat hij regelrecht in tegen de interpretatie van artikel 12 EVO door de Hoge Raad. Vanuit het oogpunt van de interpretatieleer rond het EVO en van de legistische vrijheden van de lidstaten, vinden we dus twee tegengestelde visies.

V. Conclusie

De Belgische wetgever heeft de controverse in de rechtsleer met betrekking tot het wetsconflict inzake tegenwerpbaarheid van cessie aan derden beslecht in het voordeel van het cessiestatuut. De Belgische wetgever verkoos om te legifereren om de rechtszekerheid te bevorderen, en zo liet hij geen kans om een uniforme toepassing op Europees niveau uit het EVO te laten voortvloeien. Het debat omtrent de modernisering van het EVO is heden nochtans zeer actueel. Als er op internationaal of Europees niveau eerstdaags stelling wordt ingenomen, vervalt de nationale wet als rechtsbron. Als dan dezelfde aanknopng gemaakt wordt als in artikel 145, hebben we tenminste geen overgangsrechtelijk complicaties. In afwachting van een verduidelijking rond de Europese harmonisatie, zal het Belgisch IPR Codificatievoorstel, dat deze dagen opnieuw in de Senaat op de sporen wordt gezet, rekening dienen te houden met het bestaan van artikel 145. Hoewel mijns inziens het initiatief van de Belgische wetgever op bepaalde vlakken vatbaar is voor kritiek, lijkt het mij onwaarschijnlijk dat de wetgever in het kader van dit Codificatievoorstel zou terugkomen op zijn eerder ingenomen standpunt.

Caroline CLIJMANS
Assistent Universiteit Gent
Instituut voor Internationaal Privaatrecht
Advocaat balie Antwerpen

¹⁴ Brussel, 14 januari 2003, Com. 2002, 654 p. 48, te vinden op www.ipr.be.

¹⁵ Voorstel van wet houdende Wetboek van Internationaal Privaatrecht ingediend door senatoren Leduc, Mahoux, van Lemberghe en de T' Serclaes op 7 juli 2003 onder nummer 3/27/1, reeds eerder ingediend op 1 juli 2002.



www.ipr.be



www.dipr.be

ACTUALITEIT / ACTUALITÉ

Het Institut de Droit International was bijeen te Brugge en formuleerde Resoluties over *forum non conveniens* en *anti-suit injunctions*; en gaf een Verklaring over meerpartijenarbitrage.

I. Het Institut de Droit International

Het Institut de Droit International (“Institut”) streeft onder zijn motto “Justitia et Pace” volgens zijn statuten, naar de verduidelijking en de codificatie van de regelen van het internationaal recht. Op die wijze bevordert het Institut de samenwerking en de vrede onder de volkeren, of probeert het – in geval de samenwerking verloren gaat - om de internationale conflictoplossing minder onmenselijk te maken. Op het vlak van internationaal privaatrecht ijvert het voor de vereenvoudiging van de moeilijkheden die oprijzen uit de verschillen in wetgeving van diverse landen. Het Institut heeft de Nobelprijs voor de Vrede gewonnen, toen die voor de vierde keer werd uitgereikt, in 1904 en toen het secretariaat in Gent was, bij Professor Albéric Rolin.

Het Institut werd opgericht te Gent, in 1873 en het bestaat uit maximaal 132 leden wereldwijd. Zij worden via een interne procedure gekozen onder de leidende rechtsgeleerden of practici van het internationaal recht, rekening gehouden met enige spreiding over de continenten en de landen¹. Ongeveer één derde van de leden beoefent actief het internationaal privaatrecht. Het Institut vergadert om de twee jaar.

Ter gelegenheid van die Zittingen (de 71^e Zitting vond plaats te Brugge, van 25 augustus tot 2 september 2003) poogt het Institut sommige onderwerpen uit het volkenrecht en het internationaal privaatrecht in synthetische regels vast te leggen of, om aanbevelingen aangaande thema’s van internationaal recht te formuleren. Het Institut komt tot die stellingnamen na voorbereidende studie van de uitgekozen topics, door de “Commissies” of werkgroepen van zijn leden.

Voor meer informatie over het Institut, over de bestaande studiecmissies en over de Resoluties die het heeft genomen sinds zijn oprichting, gelieve de website van het Institut te consulteren: <www.idi-iil.org>.

¹ België is traditioneel goed vertegenwoordigd. De Belgische leden van het Institut zijn: Ridder Georges van Hecke (voormalig Voorzitter), François Rigaux, Jean Salmon, Erik Suy, Joe Verhoeven en Michel Waelbroeck. Te Brugge werd eveneens Johan Erauw gekozen als (geassocieerd) lid.



De hiernavolgende teksten zijn de onlangs genomen resoluties in de materie van het internationaal privaatrecht en een stellingname inzake internationale handelsarbitrage.

J.E.

II. Forum non conveniens et anti-suit injunctions

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL
Session de Bruges - 2003

28 août 2003

2ème COMMISSION

Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux "anti-suit injunctions": principes directeurs

Rapporteur : Sir Lawrence Collins
Co-Rapporteur : M. Georges Droz

RESOLUTION

Considérant que

- a. Les procès transnationaux ont connu un important développement ces dernières années.
- b. Les systèmes judiciaires nationaux ont développé des solutions différentes en matière de compétence et de litispendance transnationales, en particulier s'agissant du pouvoir du tribunal de refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre Etat est plus approprié pour connaître de l'affaire (*forum non conveniens*) et de délivrer des injonctions interdisant aux parties de commencer ou continuer des procédures dans un autre Etat (*anti-suit injunctions*).
- c. Ces questions de compétence et de litispendance internationales et d'instruments régionaux font de plus en plus l'objet de conventions internationales et d'instruments régionaux.
- d. Des procès parallèles se déroulant dans plus d'un Etat portant sur des affaires identiques ou connexes peuvent mener à des injustices, retards, augmentations de frais et décisions inconciliables.



e. Il est universellement admis (sous réserve de règles spécifiques fondées sur la volonté de protéger les intérêts de la partie faible) que les accords d'élection de for dans les transactions internationales doivent être respectés.

f. Des *anti-suit injunctions* peuvent interférer dans des procédures étrangères en violation de la Comity.

g. Rien dans les principes suivants ne vise à empêcher l'octroi de mesures conservatoires ou protectrices prises par un tribunal ayant un lien de rattachement raisonnable avec les parties ou les mesures à prendre.

L'Institut reconnaît dans l'intérêt de la justice le bien fondé des principes suivants qui touchent aux procédures en matière civile et commerciale, à l'exclusion du droit de la famille, sous réserve des conventions internationales ou autres dispositions applicables.

1. Lorsque la compétence du tribunal saisi n'est pas fondée sur un accord d'élection de for exclusif et lorsque son droit permet de le faire, un tribunal peut refuser d'assumer ou d'exercer sa compétence au fond, au motif que les juridictions d'un autre Etat, compétentes d'après leur propre droit, sont clairement plus appropriées pour trancher les questions en cause.

2. Afin de déterminer si les juridictions d'un autre pays constituent clairement un for plus approprié, le tribunal saisi peut tenir compte en particulier: a) du caractère adéquat d'un for alternatif; b) de la localisation des parties ; c) de la localisation des preuves (témoins et documents) et des procédures permettant de les obtenir; d) du droit applicable aux questions en cause ; e) des délais de prescription applicables ; f) de l'effectivité et de la possibilité d'exécuter tout jugement au fond.

3. Il faudrait décourager la tenue parallèle, dans plus d'un pays, de procès identiques ou connexes.

4. En principe, le tribunal saisi en premier devrait trancher les questions qui lui sont soumises (y compris celle de savoir s'il est compétent), sauf a) lorsque les parties ont conféré une compétence exclusive aux juridictions d'un autre pays ou b) lorsque le tribunal saisi en premier agit dans le cadre d'une procédure visant (par exemple, par une action négatoire) à contrecarrer une procédure suivie dans un second for clairement plus approprié.

5. Les juridictions qui accordent des *anti-suit injunctions* devraient être sensibles aux exigences de la *comity* et, en particulier, ne devraient accorder de telles injonctions que lorsqu'il y a a) violation d'un accord relatif au choix du tribunal ou d'un accord d'arbitrage ; b) comportement déraisonnable ou oppressif d'un demandeur devant une juridiction étrangère; ou c) nécessité de protection de leur propre compétence dans des matières telles que l'administration de biens et les procédures d'insolvabilité.

- FIN -



III. Le règlement arbitral impliquant plus de deux parties

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL
Session de Bruges - 2003

29 août 2003

DOUZIÈME COMMISSION

Le règlement arbitral des différends internationaux autres qu'interétatiques impliquant plus de deux parties

Rapporteur : M. Allan Philip

DECLARATION

L'Institut de Droit international approuve le rapport de la 12ième Commission.

La Commission a étudié les problèmes qui surviennent dans les arbitrages internationaux de droit privé impliquant plus de deux parties (arbitrages multipartites). Ces problèmes concernent, en particulier, la désignation des arbitres, ainsi que les demandes visant à la jonction de plusieurs arbitrages indépendants ou à l'intervention, dans la procédure arbitrale, de parties qui ne sont pas liées par l'accord d'arbitrage. Les arbitrages multipartites ne sont pas rares.

Les travaux de la Commission ont confirmé le principe général qui a inspiré les résolutions antérieures de l'Institut de Droit international, selon lequel le consentement des parties à un accord d'arbitrage international doit être exigé en toutes circonstances.

Des questions, telles que la désignation des arbitres dans les arbitrages multipartites internationaux, la jonction de procédures arbitrales internationales et d'autres questions connexes, devraient être régies soit par accord des parties soit par les règlements des institutions arbitrales, et non par un droit national.

A des fins d'économie et d'efficacité, et indépendamment des souhaits des parties, les tribunaux internes peuvent joindre des procédures judiciaires et autoriser des tierces parties à y prendre part. Chercher à transposer ces pratiques à l'arbitrage international risque de compromettre à la fois la spécificité de l'arbitrage, en tant que méthode de règlement des différends, et le principe selon lequel l'arbitrage repose sur le consentement des parties. Les parties devraient conserver le droit de choisir avec qui elles souhaitent recourir à l'arbitrage,



de déterminer les règles auxquelles elles désirent se soumettre et de désigner les arbitres auxquels elles confieront la responsabilité de trancher le différend. Plusieurs critères influent sur la désignation des arbitres, et notamment leur expertise et leur expérience dans le type de différend soumis à l'arbitrage. Cela est particulièrement le cas en matière d'arbitrage international, où la connaissance et l'expérience du commerce et des rapports internationaux revêtent souvent une grande importance. Dans le cadre d'une jonction d'arbitrages, auxquels plusieurs des arbitres initialement désignés, sinon la totalité d'entre eux, ne prendraient pas part, il n'est pas évident qu'une partie considère que l'arbitre qu'elle avait choisi a été remplacé de manière appropriée. De même, une partie dispose d'autres droits fondamentaux, comme celui de choisir la partie avec laquelle elle souhaite recourir à l'arbitrage et les règles d'arbitrage applicables, qui peuvent être écartés lorsqu'une jonction ou l'intervention d'une tierce partie sont imposées.

Lorsqu'une jonction ou d'autres mesures similaires sont imposées aux parties sans leur accord, se posera inévitablement la question de savoir si la sentence pourra être exécutée dans d'autres pays.



Bart Volders - Enforcement of international contracts in the European Union, convergence and divergence between 'Brussels I' and 'Rome I'

“*La dernière décennie du XXe siècle sera, pour le droit international privé des pays européens, celle du droit communautaire*”.¹ De voorspelling die Professor Fallon in 1993 formuleerde, blijkt vandaag uit te komen. Het Verdrag van Amsterdam, hierin bevestigd door het Verdrag van Nice, biedt de Europese wetgever een institutionele basis om regelgeving inzake internationaal privaatrecht uit te vaardigen². Hiermee is de kruisbestuiving tussen Europees recht en internationaal privaatrecht in een ware stroomversnelling gekomen.

Tot vóór 1999, datum van inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam, had deze kruisbestuiving slechts enkele vruchten voortgebracht. Het Verdrag van Brussel uit 1968 dat de internationale bevoegdheid- en erkenningregels tussen de lidstaten uniformiseerde, vormde de belangrijkste verwezenlijking.³ Als pendant op dit Verdrag beoogden de toenmalige lidstaten tot een eenmaking van de conflictregels inzake contractuele en niet – contractuele verbintenissen. Bepaalde lidstaten achtten een eenmaking van de conflictregels voor niet – contractuele verbintenissen evenwel te voorbarig. Het project werd beperkt tot een uniformisering van de conflictregels inzake verbintenissen uit overeenkomst, hetgeen in 1980 resulteerde in het Verdrag van Rome.⁴

Vandaag ondergaan deze instrumenten belangrijke wijzigingen. Steunend op de nieuwe institutionele rechtsbasis uit Titel IV EG - Verdrag, heeft de Raad het Verdrag van Brussel in een verordening omgezet alsmede op bepaalde punten inhoudelijk aangepast.⁵ Voorstellen om ook de andere helft, het conflictenrecht, in secundaire EG - regelgeving vorm te geven liggen ter tafel. De geschiedenis indachtig, streeft de Commissie naar een eenmaking van de conflictregels inzake contractuele én niet – contractuele verbintenissen. Een Voorstel van Rome II – verordening inzake het recht van toepassing op niet – contractuele verbintenissen werd zopas door haar ingediend.⁶ Verder heeft de Commissie een Groenboek aan het publiek voorgesteld, waarin zij de omzetting en modernisering van het Verdrag van Rome in een communautair instrument aankondigt.⁷

¹ M. FALLON, “Variations sur le principe d’origine, entre le droit communautaire et le droit international privé”, in X. (ed.), *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel, Bruylant, 1993, 187.

² Cf. Titel IV EG – Verdrag ‘*Visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrij verkeer van personen*’, ingevoegd door artikel 2 Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997 houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijhorende akten, in werking sinds 1 mei 1999, *Pub.* (EG) 1997, C – 340.

³ Geconsolideerde versie, *Pub.* (EG) C 27 van 26 januari 1998, 1.

⁴ Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, goedgekeurd bij Wet van 14 juli 1987, *B.S.* 9 oktober 1987.

⁵ Verordening (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000 van de Raad van de Europese Unie betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pub.* (EG) L 12 van 16 januari 2001, 1.

⁶ COM (2003) 427 definitief.

⁷ Groenboek over de omzetting van het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenis uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan, COM (2002) 654 definitief; zie tevens de opmerkingen geformuleerd door het Instituut van Internationaal Privaatrecht onder leiding van Professor Watté (Université Libre de Bruxelles) samen met het Departement van Internationaal Privaatrecht onder leiding van Professor Wautelet (Université de Liège), consulteerbaar via de website van het Instituut voor Internationaal Privaatrecht, ULB, www.dipulb.be.



Wanneer deze initiatieven van de Commissie resulteren, zal de communautaire rechtsorde een *volledige* regeling van internationaal privaatrecht (lees, zowel regels van internationale bevoegdheid, toepasselijk recht alsmede erkenning en tenuitvoerlegging) omvatten.

De nakende omzetting van het Verdrag van Rome in een nieuw communautair instrument, vormde de aanleiding voor een publiek van achtendertig academici en rechtspractici om zich op 26 en 27 september jongstleden, het hoofd te buigen over het bestaande alsook komende Europees internationaal privaatrecht inzake overeenkomsten. De bijeenkomst droeg als titel “*The enforcement of international contracts in the European Union, convergence and divergence between ‘Brussels I’ and ‘Rome I’*”. Veertien experts op het gebied van het internationaal privaatrecht, lichtten tijdens de tweedaagse debatten elk een bijdrage toe. Een breed scala van problemen kwam hierbij aan bod, gaande van een analyse van de institutionele grondslag van de communautaire IPR – constructie (bijdrage Professor *Meeusen*, “Brussels I, Rome I and the institutional law of the EC”) tot eerder inhoudelijke vraagstukken (bijvoorbeeld de bijdrage van Professor *Pertegás*, “The notion of contractual obligations in Brussels I and Rome I”). In elke bijdrage stond de verhouding tussen het internationale bevoegdheidsrecht en het conflictenrecht inzake internationale overeenkomsten centraal. De uitbouw van een efficiënt Europees internationaal privaatrecht is immers gegrond in voorwaarden van *coherentie* en *samenhang* tussen de verschillende instrumenten. Deze voorwaarden slingerden zich als een rode draad doorheen de onderscheiden bijdragen.

De conferentie kaderde in een onderzoeksproject toegekend door de Europese Commissie, DG Justitie en Binnenlandse Zaken⁸, aan de Universiteiten Antwerpen (professoren *Meeusen*, *Pertegás Sender* en *Straetmans*), Louvain – La – Neuve (professor *Fallon*), Barcelona (professor *Borrás*) en Toulouse (professor *Peruzetto*). De bevindingen van deze tweedaagse zullen kortelings in een publicatie verzameld worden. Deze zal worden uitgegeven bij Intersentia.

Bart VOLDERS
Assistent Internationaal Privaatrecht
Universiteit Antwerpen

⁸ Kaderprogramma inzake justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – jaarlijks programma en oproep tot het indienen van voorstellen 2002, *Pub.* (EG) C 154 van 28 juni 2002, 10 - 16.



Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (“Rome II”)

Op 22 juli 2003 werd door de Commissie van de Europese Gemeenschappen een definitief voorstel van verordening ingediende betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen. De Nederlandse versie van de voorgestelde tekst is samen met de toelichting te lezen op [http://www.ipr.be/data/EG.COM2003-427def\[NL\].pdf](http://www.ipr.be/data/EG.COM2003-427def[NL].pdf).

Le 22 juillet 2003 La Commission des Communautés européennes a présenté sa proposition définitive d'un règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »). La version française de la proposition et son exposé des motifs peuvent être consultés sur le page-site [http://www.ipr.be/data/EG.COM2003-427final\[FR\].pdf](http://www.ipr.be/data/EG.COM2003-427final[FR].pdf).



De Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot ging opnieuw van start

Voor de elfde maal gaat in het academiejaar 2003 - 2004 de Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot door.¹ Dit is een gereputeerde internationale pleitwedstrijd die traditioneel in Wenen wordt gehouden en wordt georganiseerd door de Pace University Law School (New York), door UNCITRAL en de Rechtsfaculteit van Wenen en met de steun van meerdere internationale arbitrage-instellingen.² De onderneming rust bijna alleen op de schouders van Prof. Emeritus Eric Bergsten, ook een voormalige UNCITRAL Secretaris-Generaal en de mede-oprichter van de Moot. Omdat die competitie de stad Wenen en zijn Rechtsfaculteit begon te overspoelen, wordt er vanaf deze campagne 2003-2004 ook een Oost-Aziatisch onderdeel ingericht van de Arbitration Moot; dat de naam kreeg “Vis Moot (East)”: de deelnemers kunnen nu, desgewenst, in Hong Kong gaan pleiten, waar een separate zitting plaats heeft – een team kan dus aan de twee afdelingen participeren.

De competitie van schrijven en pleiten loopt in het Engels. Vele van de deelnemende teams hebben het Engels als hun moedertaal of als tweede landstaal. Op de vorige (10^e) editie van de Willem C. Vis Moot (die eindigde in Wenen op 17 april 2003) behaalde het team uit Leuven de 17^e plaats en het Gentse team de 22^e plaats - op 128 deelnemende ploegen. Onze rechtsstudenten mogen zich dus meten met hun studiegenoten die zij in de wereld van het internationaal recht ontmoeten. Op het theoretische vlak zijn onze studenten zeker gewaagd aan de anderen, maar de ervaring met debatten in het Engels doet men doorgaans hier voor het eerst op. Het is hard werken en de spanning is bij momenten zeer hoog.

Al vijf keer hebben de departementen van internationaal privaatrecht van de Rechtsfaculteiten van Leuven en Gent met teams van vier à acht studenten deelgenomen, respectievelijk onder de leiding van Professor Van Houtte en zijn assistenten (recent: Krüger en Decoker) en van professor Erauw en zijn assistenten (recent Clijmans, Piers, Rommelaere) met gastprofessor Verbist. Voor de deelname worden geldmiddelen gezocht bij de betrokken universitaire departementen, bij advocatenkantoren – die graag de deelnemers ontmoeten voor nadere kennismaking, als ze tenminste talent tonen – of bij de studenten zelf; en te Gent ondersteunt ook de Decaan Somers dit initiatief. Het mag hier gezegd worden dat het werk van de begeleiders erg zwaar en tijdrovend is.

Deze Moot is zelf ondertussen tot zowat de grootste Moot-competitie van de wereld geworden, want vorig jaar participeerden 128 teams uit 40 verschillende landen van de wereld. De teams bestaan uit gemiddeld tussen vijf en zes studenten. Behalve de studententeams zijn er in Wenen tijdens de fase van de pleidooien ook nog begeleiders van de meeste teams, plus een paar honderdtal arbiters uit de internationale praktijk. De arbiters die ter beoordeling van de studenten zetelen in tribunalen van drie personen, zijn haast allemaal

¹ ‘The Willem C. Vis Moot Arbitration Competition’ is genoemd naar één van de stichters van de wedstrijd, de Nederlander Willem Vis, voormalig secretaris-generaal van UNCITRAL te Wenen en tevens professor aan Pace University in de Staat New York, die na de aanvang van de eerste Moot is overleden.

² Voor meer informatie over de Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot raadplege men <<http://www.cisg.law.pace.edu>> en <http://www.law.rug.ac.be/proces/ipr/moot_arbitration>.



ervaren juristen en arbiters en zij besteden, op eigen kosten, een kleine week al werkend in Wenen, om deel uit te maken van dit uitermate interessant en groot feest van getalenteerde jonge juristen *in spe*.

De wedstrijd heeft als voornaamste doelstelling de studenten te bekwamen in het arbitragerecht en het recht van de internationale commerciële koop-verkoop en om hen de vaardigheden van schrijven en spreken te doen oefenen. Het toepasselijk recht is het Weens koopverdrag van 11 april 1980 – goed gekend als de Convention on the International Sale of Goods (C.I.S.G.), gemaakt door UNCITRAL - in België van kracht sedert 1 november 1997. Die conventie geldt in nog 62 andere landen en wordt door bedrijven van nog andere landen aangewezen. Dat maakt, dat te Wenen de ongeveer 700 jonge mensen allemaal over hun “eigen” internationaal kooprecht argumenteren. Die gemeenschappelijke strijd rond een uniform “wereldrecht” brengt een bijzondere invalshoek in die tijdelijke vereniging van internationale juristen.

De voorbereiding van de pleitwedstrijd is een even arbeidsintensieve als uitdagende juridische oefening. Op 3 oktober jl. werd de opgave via het internet bekend gemaakt. Het gaat dit jaar om een concreet geschil betreffende een internationale commerciële handelskoop (*in casu* betreft het dit keer verpakkingsmachines die niet vlug genoeg werken en beschadigd geraakten doordat er zout mee verpakt werd). De studenten moeten de casus en het begeleidende dossier, dat via de ‘Moot website’ werd verspreid, grondig bestuderen. Het bevat als stukken: de uitwisseling van brieven en faxen betreffende de originele aankoop en dan de inleidende akte van de arbitrageprocedure en verder nog de memorie van antwoord en twee procedurele orders van de voorzitter van het tribunaal. Die procedure loopt, tot en met de pleidooien, onder de auspiciën van de Arbitragekamer van Kamer van Koophandel te Singapore.

De competitie houdt een ploeg van studenten ongeveer heel het academiejaar goed bezig, want dit is veel meer dan een pleitcompetitie. Eerst moet er een geschreven conclusie van 30 pagina’s gemaakt worden voor de eisende partij, in te dienen tegen begin december. Elk team ontvangt een conclusie van een andere deelnemend team (dat voor de eiseres argumenteerde), waarop ze meer in het bijzonder moeten antwoorden met de conclusie voor de verwerende partij. Dat team wordt in de pleidooien zeker één van de vier tegenstrevers. De conclusie voor de verwerende partij moet worden ingediend begin februari. Daarna wordt de training voor de Engelstalige pleidooien intensiever.

In deze voorbereidingsfase worden de studenten in teams van twee pleiters tegenover elkaar geplaatst om te argumenteren en te beoordelen hoe de anderen de casus hebben aangepakt, rekening houdend met de gegevens van de zaak. Tegelijk oefenen wij dan tussen de teams van Leuven en van Gent en soms komt er een buitenlands team of een professor op bezoek. In sommige landen drijft men het veel verder en werkt men hieraan mordicus voor een heel jaar; bepaalde Australische teams reizen eerst nog vijf Amerikaanse faculteiten af voor de opwarming. In Zwitserland houdt men een nationale oefening onder mekaar en meerdere Amerikaanse teams maken tussenstops bij sparring-partners op weg naar Wenen.



De advocatenkantoren die interesse tonen en die soms sponsoren, hebben in het verleden de teams ook al goed geholpen doordat partners tijd spenderen om naar de studenten te luisteren en aan hen raad te geven.

Een week vóór Pasen worden ten slotte te Wenen de pleidooien gehouden. Dit jaar zal men ook in Hong Kong kunnen gaan pleiten, in de tweede helft van maart – dat lijkt niet voor Belgische universiteiten geschikt. Telkens zitten, voor die sessies van de mondelinge uiteenzetting en argumentatie, twee pleiters aan de zijde van de verzoekende partij en twee aan die van de verwerende partij. Het tribunaal telt drie heuse, ervaren arbiters. Sommige onder hen kennen de zaak voortreffelijk, omdat ze ook soms trainer zijn van een ploeg of in de voorbereiding van andere ploegen geholpen hebben. De stijl van het debatteren – met talrijke onderbrekingen – is veeleisend voor de jonge mensen; laat staan voor de niet-Engelstalige jurist. De deelnemers houden hieraan een bijzondere ervaring over. Sommige moeten twee of drie keer aan tafel, in opeenvolgende dagen.

Elke arbiter quoteert elke student afzonderlijk. De teams moeten vier keer pleiten op vier dagen: twee keer als vertegenwoordigers voor de eisende partij en twee keer als raadslieden voor verweerder. De geschreven conclusies van die tegenstrevers werden al in de loop van februari ontvangen en zij moeten natuurlijk goed bestudeerd worden. Er komen altijd wel een paar verrassingen. Maar tegen de tijd dat men in Wenen zit, zal men ongeveer elke invalshoek van het geschil kennen – of had men die liefst moeten kennen.

De teams die behoren tot de 30 beste, gaan door in rechtstreekse eliminatieronden. Zoals gezegd, hebben zowel de Leuvense als de Gentse Rechtsfaculteiten vorige april, daardoor nog een pleidooi meer mogen houden. In de achtste finales geraakten ze niet. Vorig jaar won een team uit Singapore.

Het is zeer leerrijk voor een jonge jurist in opleiding om de standpunten van de verzoekende en de verwerende partij in eenzelfde zaak te formuleren en te verdedigen. Op die manier bestudeert hij/zij grondig alle aspecten van de argumentatie van de betrokken partijen waarbij hij/zij bij de raadpleging van rechtsleer en rechtspraak de elementen zal selecteren welke nuttig kunnen zijn voor de verdediging van elke partij.

Deelnemen aan de wedstrijd wakkert het “internationaal bewustzijn” aan bij de jonge jurist in opleiding. Het wordt voor hen tastbaar duidelijk hoe grensoverschrijdende geschillenbeslechting loopt en hoe de koop-verkoop beheerst wordt door een uniform internationaal recht waaraan zovele landen meebouwen. Ook het grensoverschrijdend uitwisselen van conclusies; het geconfronteerd worden met alle mogelijke Europese teams, met Amerikaanse, Australische, Nieuw-Zeelandse, Chinese, Indische of Zuid-Amerikaanse teams – levert een speciale internationale ervaring op.

De echte communicatie (de intellectuele ontmoeting van de gedachten niettegenstaande de nationale grenzen) tussen deze jonge mensen is een intense en nieuwe intellectuele ervaring. De confrontatie met praktiserende advocaten en arbiters, die zetelen in de arbitragegerichten en van verschillende landen afkomstig zijn, versterkt dit aspect. Het mondiale en globale



aspect van de wedstrijd laat een onvergetelijke indruk na op alle partijen die hebben deelgenomen.

Ten slotte hebben die mensen allemaal ondertussen samen een week in Wenen doorgebracht; zij vinden mekaar daar ook buiten de competitie en zij genieten daar van het rijke aanbod aan cultuur en muziek in het bijzonder. Als ze maar niet doorstoot tot de finale geniet het team bovendien van een beetje vakantie net vóór de blokperiode.

J.E. en W. De Bondt

