

Tijdschrift@ipr.be
Revue@dipr.be



Revue de droit international privé, 3^{ième} année, n° 1 (janvier 2004)

Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht, 3^{de} jaargang, nr. 1 (januari 2004)

Redactie – Rédaction:

Frans Bouckaert (emerit. KU Leuven), Johan Erauw (U Gent), Marc Fallon (UC Louvain la Neuve), Erna Guldix (VU Brussel), Johan Meeusen (U Antwerpen), Marta Pertegás Sender (U Antwerpen), Paul Torremans (U Nottingham en U Gent), Hans van Houtte (KU Leuven), Herman Verbist (U Gent), Nadine Watté (UL Bruxelles), 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, 2004, 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, 2004, n° ..., p. ...

Inhoud/Contenu

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Cour de Justice, affaire C-116/02, Gasser, arrêt du 9 décembre 2003

Hof van Justitie, zaak C-167/01, Inspire Art, arrest van 30 september 2003

Cour de cassation, arrêt du 29 septembre 2003

Hof van Cassatie, arrest van 2 november 2001

Cour d'appel de Liège, arrêt du 1^{er} avril 2003

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 18 janvier 2000

Rechtbank van Koophandel te Hasselt, vonnis van 22 mei 2002

Arbeidsrechtbank te Hasselt, vonnis van 19 juni 2000

RECHTSLEER/DOCTRINE

Patrick Wautelet - Note sur l'ouverture du mariage aux ressortissants étrangers de meme sexe

P. Vlas - De codificatie van het Nederlandse IPR

Thibault Verbiest - Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II ») : adaptée aux technologies de l'information et de la communication ?

Johan Meeusen - Het arrest *Inspire Art*: Het Hof van Justitie bevestigt zijn liberale benadering van de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Verordening 'Brussel Ibis' / Règlement 'Bruxelles Ibis'

Omzendbrief betreffende huwelijken van personen van hetzelfde geslacht / Circulaire relative au mariage de personnes de même sexe



INHOUDSOPGAVE/TABLE DE MATIÈRES

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE 6

Cour de Justice, affaire C-116/02, Gasser, arrêt du 9 décembre 2003 6

Convention de Bruxelles - 1. demande d'interprétation – demande fondée sur des allégations dont le bien-fondé n'a pas encore été vérifié – conditions – 2. articles 17 et 21 – juge compétent en vertu d'une clause attributive de juridiction doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent – 3. durée des procédures dans l'État du juge premier saisi en général excessivement longue – pas une raison pour déroger aux dispositions de l'article 21 6

EEX-verdrag - 1. vraag tot interpretatie – vraag gebaseerd op stellingen waarvan de juistheid niet werd onderzocht – voorwaarden – 2. artikelen 17 en 21 – rechter bevoegd op basis van een bevoegdheidsbeding moet de zaak aanhouden totdat de eerst aangezochte rechter zich onbevoegd heeft verklaard – 3. in het algemeen buitengewoon lange duur van de procedures in de staat van de eerst aangezochte rechter – geen grond om van de bepalingen van artikel 21 af te wijken..... 6

Hof van Justitie, zaak C-167/01, Inspire Art, arrest van 30 september 2003..... 42

Vennootschappen –1. Elfde richtlijn (89/666/EG) – volledige harmonisatie die bijkomende nationale openbaaringsverplichting uitsluit – 2. vrijheid van vestiging – regelmatige oprichting in een Lidstaat – geen bijkomende voorwaarden voor een filiaal in andere Lidstaat – uitzondering: misbruik 42

Sociétés – 1. onzième directive (89/666/EG) – harmonisation exhaustive, excluant obligations nationales additionnelles en matières de publicité – 2. liberté d'établissement – constituée en conformité avec la législation d'un État Membre – défense de conditions additionnelles pour une succursale dans un autre État Membre – exception : abus 42

Cour de cassation, arrêt du 29 septembre 2003..... 67

Répudiation – effets en Belgique – article 570, alinéa 2, du Code Judiciaire – violation des droits de la défense – acceptation ultérieure par la répudiée ne remédie pas..... 67

Verstoting – gevolgen in België – artikel 570, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek – schending van de rechten van verdediging – navolgende aanvaarding door verstotene heeft geen herstellend effect..... 67

Hof van Cassatie, arrest van 2 november 2001 73

Internationale bevoegdheid – 1. artikel 635, 9°, van het Gerechtelijk Wetboek – vordering tot tussenkost – bevoegdheidsbeding tussen de oorspronkelijke procespartijen krijgt uitwerking – 2. interne regelen van bevoegdheid kunnen slechts toegepast worden na vaststelling van internationale bevoegdheid..... 73

www.ipr.be



www.dipr.be

Compétence internationale – 1. article 635, 9°, du Code Judiciaire – demande en intervention – clause attributive de compétence entre les parties originelles sort ses effets – 2. règles de compétence internes ne reçoivent application qu’après vérification de la compétence internationale.....	73
Cour d’appel de Liège, arrêt du 1 ^{er} avril 2003	76
Nationalité – Code de la nationalité belge – article 12bis, §1 - résidence principale en Belgique depuis au moins sept ans– séjour doit être légal	76
Nationaliteit – Wetboek van de Belgische nationaliteit – artikel 12, §1 – hoofdverblijf in België sedert ten minste zeven jaar – enkel legaal verblijf telt.....	76
Cour d’appel de Bruxelles, arrêt du 18 janvier 2000	79
Nationalité – Code de la nationalité belge – article 16, §2, 4° - attaches véritables avec la Belgique – notion – le seul fait d’avoir contracté mariage avec une Belge ne suffit pas	79
Nationaliteit – Wetboek van de Belgische nationaliteit – artikel 16, §2, 4° - werkelijke band met België – begrip – het loutere feit van een huwelijk met een Belgische is onvoldoende.....	79
Rechtbank van Koophandel te Hasselt, vonnis van 22 mei 2002	81
Internationale koopovereenkomst – toepasselijk recht – CISG – bewijs - schadevergoeding	81
Vente internationale – droit applicable – Convention de Vienne – preuve – dommage-intérêts	81
Arbeidsrechtbank te Hasselt, vonnis van 19 juni 2000	89
Arbeidsovereenkomst - bevoegdheidsbeding – EEX-verdrag – toepasselijke versie	89
Contrat de travail – clause attributive de compétence – Convention de Bruxelles – version applicable.....	89
RECHTSLEER/DOCTRINE	97
Patrick Wautelet - Note sur l’ouverture du mariage aux ressortissants étrangers de meme sexe.....	97
I. <i>Le droit positif</i>	97
II. <i>Le projet de Code de droit international privé</i>	100
III. <i>Vers une réforme ?</i>	101
P. Vlas - De codificatie van het Nederlandse IPR.....	106



1. Inleiding	106
2. De inhoud van Boek 10 BW.....	107
3. Verhouding Boek 10 BW tot andere IPR-regels.....	110
4. Opzet van de regeling inzake Algemene Bepalingen	111
5. Slot.....	114
Thibault Verbiest - Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II ») : adaptée aux technologies de l’information et de la communication ?	115
<i>La règle générale : rattachement au pays du lieu où le dommage direct est survenu...</i>	115
<i>Concurrence déloyale : rattachement à la loi du marché affecté</i>	118
<i>Atteinte à la vie privée et aux droits de la personnalité.....</i>	118
<i>Droits de propriété intellectuelle : maintien du principe "lex loci protectionis"</i>	119
<i>Relation avec d'autres dispositions du droit communautaire</i>	121
Johan Meeusen - Het arrest <i>Inspire Art</i> : Het Hof van Justitie bevestigt zijn liberale benadering van de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen	122
ACTUALITEIT/ACTUALITÉ.....	126
Verordening ‘Brussel IIbis’ / Règlement ‘Bruxelles IIbis’	126
Omzendbrief betreffende huwelijken van personen van hetzelfde geslacht / Circulaire relative au mariage de personnes de même sexe.....	127



Cour de Justice, affaire C-116/02, Gasser, arrêt du 9 décembre 2003

Convention de Bruxelles - 1. demande d'interprétation – demande fondée sur des allégations dont le bien-fondé n'a pas encore été vérifié – conditions – 2. articles 17 et 21 – juge compétent en vertu d'une clause attributive de juridiction doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent – 3. durée des procédures dans l'État du juge premier saisi en général excessivement longue – pas une raison pour déroger aux dispositions de l'article 21

EEX-verdrag - 1. vraag tot interpretatie – vraag gebaseerd op stellingen waarvan de juistheid niet werd onderzocht – voorwaarden – 2. artikelen 17 en 21 – rechter bevoegd op basis van een bevoegdheidsbeding moet de zaak aanhouden totdat de eerst aangezochte rechter zich onbevoegd heeft verklaard – 3. in het algemeen buitengewoon lange duur van de procedures in de staat van de eerst aangezochte rechter – geen grond om van de bepalingen van artikel 21 af te wijken

Conclusions de l'avocat général philippe léger présentées le 9 septembre 2003¹

1. La présente affaire porte sur l'interprétation de l'article 21 de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale². Cet article, qui traite de la litispendance, prévoit que, lorsque deux juridictions d'États membres différents sont saisies de demandes identiques, la juridiction saisie en second lieu doit surseoir à statuer et transmettre le dossier au juge saisi en premier lieu dès que ce dernier a établi sa compétence.

¹ Langue originale: le français.

² (JO 1972, L 299, p. 32). Convention 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), 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) et par la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède (JO 1997, C 15, p. 1). Une version consolidée de la convention, telle que modifiée par ces quatre conventions d'adhésion, est publiée au JO 1998, C 27, p. 1 (ci-après la «convention de Bruxelles»).



2. Dans cette affaire, la Cour est invitée par l'Oberlandesgericht Innsbruck (Autriche) à se prononcer pour la première fois sur le point de savoir si la juridiction saisie en second lieu doit respecter les dispositions de l'article 21 de la convention de Bruxelles lorsque cette juridiction est exclusivement compétente pour connaître du litige en vertu d'une convention attributive de juridiction. Il demande également si cette juridiction peut déroger aux prescriptions de cet article lorsque les procédures devant les juridictions de l'État membre du tribunal saisi en premier lieu sont, d'une manière générale, excessivement longues.

I Le cadre juridique

3. Aux termes de son préambule, la convention de Bruxelles a pour but de faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires, conformément à l'article 293 CE, et de renforcer dans la Communauté européenne la protection juridique des personnes qui y sont établies. Selon son considérant, il importe à cette fin de déterminer la compétence des juridictions des États contractants dans l'ordre international.

4. Les dispositions pertinentes portent, d'une part, sur la compétence et, d'autre part, sur la reconnaissance dans un État contractant des décisions rendues par les juridictions d'un autre État contractant.

5. Les dispositions relatives à la compétence sont contenues au titre II de la convention de Bruxelles.

6. L'article 2 énonce la règle générale selon laquelle sont compétentes les juridictions de l'État dans lequel le défendeur est domicilié. Les articles 5 et 6 ouvrent au demandeur plusieurs options en prévoyant un certain nombre de compétences spéciales. Notamment, l'article 5 dispose que, en matière contractuelle, le défendeur peut être attiré devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

7. La convention de Bruxelles prévoit également, aux sections 3 et 4 du titre II, des règles de compétence impératives en matière d'assurances et de contrats conclus par les consommateurs.

8. En outre, elle énonce, à l'article 16, des règles de compétence exclusive. Cet article dispose, par exemple, que sont seuls compétents, sans considération de domicile, en matière de droits réels immobiliers les tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé.

9. Les articles 17 et 18 portent, quant à eux, sur les prorogations de compétence. L'article 17 concerne les conventions attributives de juridiction. Il est rédigé comme suit:

«Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État sont seuls compétents. Cette convention attributive de juridiction est conclue:

1) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit

2) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, soit

3) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement



connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

[.]

Les conventions attributives de juridiction [.] sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions [...] [prévues en matière d'assurances et de contrats conclus par les consommateurs] ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 16.

[.]»

10. L'article 18 dispose:

«Outre les cas où sa compétence résulte d'autres dispositions de la présente convention, le juge d'un État contractant devant lequel le défendeur comparait est compétent. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 16.»

11. La convention de Bruxelles vise, en outre, à éviter que des décisions inconciliables soient rendues. À cet effet, l'article 21 est rédigé comme suit:

«Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États contractants différents, la juridiction saisie en second lieu surseoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie.

Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci.»

12. Les dispositions en matière de reconnaissance et d'exécution figurent au titre III de la convention de Bruxelles. L'article 27 dispose:

«Les décisions ne sont pas reconnues:

[.]

3) si la décision est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État requis [.]»

13. Selon l'article 28, premier alinéa, *«[d]e même, les décisions ne sont pas reconnues si les dispositions [...] [en matière d'assurances et de contrats conclus par les consommateurs ainsi que celles visées à l'article 16] ont été méconnues [.]».*

I - Les faits et la procédure

14. La société Erich Gasser GmbH³ a son siège à Dornbirn (Autriche). Pendant plusieurs années, elle a vendu des vêtements pour enfants à la société MISAT Srl⁴, établie à Rome (Italie). Au début de l'année 2000, les relations contractuelles entre les parties ont été rompues.

15. Par acte du 14 avril 2000, MISAT a fait assigner Gasser devant le Tribunale civile e penale di Roma (Italie) aux fins de voir juger que le contrat les liant a pris fin de plein droit. Subsidiairement, cette action vise à obtenir de ce tribunal qu'il décide que ce contrat a été résilié à la suite d'un désaccord, qu'aucune inexécution n'est imputable à MISAT, que Gasser

³ Ci-après «Gasser».

⁴ Ci-après «MISAT».



a eu un comportement illégitime et que cette dernière doit réparer les préjudices subis par MISAT et lui rembourser certains frais.

16. Par acte du 4 décembre 2000, Gasser a fait assigner MISAT devant le Landesgericht Feldkirch (Autriche) en paiement de factures impayées. Gasser a justifié la compétence de ce tribunal au motif qu'il est le tribunal du lieu d'exécution du contrat. Gasser a également soutenu que ce tribunal est compétent en vertu d'une convention attributive de juridiction. Elle a fait valoir, à l'appui de cette affirmation, que toutes les factures adressées à MISAT indiquent que le tribunal compétent en cas de litige est celui dans le ressort duquel se trouve Dornbirn et que MISAT a accepté ces factures sans les contester. Selon Gasser, ces éléments démontreraient que, conformément à leurs habitudes et à l'usage en vigueur dans le commerce entre l'Autriche et l'Italie, les parties ont passé une convention attributive de juridiction au sens de l'article 17 de la convention de Bruxelles.

17. MISAT a soulevé l'incompétence du juge autrichien. Elle a fait valoir que le juge compétent est celui où le défendeur est établi, conformément à la règle générale énoncée à l'article 2 de la convention de Bruxelles. Elle a contesté l'existence d'une convention attributive de juridiction et a indiqué avoir introduit préalablement une action devant le Tribunale civile e penale di Roma fondée sur la même relation commerciale.

18. Le Landesgericht Feldkirch a décidé de surseoir à statuer, en application de l'article 21 de la convention de Bruxelles, jusqu'à ce que la compétence du Tribunale civile e penale di Roma, saisi en premier, soit établie. Il a confirmé sa propre compétence en tant que tribunal du lieu d'exécution du contrat, mais n'a pas tranché la question de l'existence d'une convention attributive de juridiction.

19. Gasser a fait appel de cette décision devant l'Oberlandesgericht Innsbruck en demandant que le Landesgericht Feldkirch soit déclaré compétent et qu'il ne soit pas sursis à statuer.

20. L'Oberlandesgericht Innsbruck a exposé, tout d'abord, que les demandes formées devant le Landesgericht Feldkirch et le Tribunale civile e penale di Roma entre les mêmes parties doivent être considérées comme ayant la même cause et le même objet au sens de la jurisprudence de la Cour, de sorte qu'il y a bien une situation de litispendance.

21. Il a indiqué, ensuite, que le Landesgericht Feldkirch, tout en relevant que les factures adressées par Gasser à MISAT le désignaient comme juge compétent, ne s'est pas prononcé sur les autres éléments avancés par Gasser aux fins de démontrer l'existence d'une convention attributive de juridiction.

22. Sur ce point, l'Oberlandesgericht Innsbruck a rappelé que, selon l'article 17, premier alinéa, sous a), b), et c) de la convention de Bruxelles, une convention attributive de juridiction doit être conclue soit par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit sous une forme correspondant aux habitudes entre les parties, soit, dans le commerce international, sous une forme qui correspond à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée. Il a estimé que les deux premières conditions de forme relatives à une convention attributive de juridiction



ne sont pas remplies. Il a indiqué que la question se pose néanmoins de savoir si les conditions prévues par l'article 17, premier alinéa, sous c), sont satisfaites. Il a rappelé que la Cour, dans l'arrêt du 20 février 1997, MSG⁵, a jugé que la circonstance qu'une des parties a réglé de manière répétée et sans aucune contestation des factures émises par l'autre partie et contenant une clause attributive de juridiction peut valoir accord sur cette clause si un tel comportement correspond à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel opèrent les parties en question et si ces dernières connaissent cet usage ou sont censées le connaître.

23. Il a indiqué que, dans l'hypothèse où l'existence d'une telle convention serait confirmée, le Landesgericht Feldkirch serait alors seul compétent pour connaître du litige en application de l'article 17 de la convention de Bruxelles. La question se poserait donc de savoir si cette juridiction peut examiner la compétence du Tribunale civile e penale di Roma.

24. Enfin, l'Oberlandesgericht Innsbruck a mentionné que Gasser soutenait que ses droits étaient affectés par la longueur excessive des procès dans les pays latins.

II - Les questions préjudicielles

25. C'est dans ces circonstances que l'Oberlandesgericht Innsbruck a décidé de poser à la Cour les questions suivantes:

«1) La juridiction qui soumet des questions préjudicielles à la Cour de justice peut-elle poser ces questions en se fondant sur les allégations (non démenties) d'une partie, qu'elles aient été contestées (de façon circonstanciée) ou non, ou faut-il au préalable que ces points soient résolus, du point de vue de la matérialité des faits, au moyen d'une procédure consacrée à l'administration de la preuve (et si oui, dans quelle mesure)?

2) La juridiction saisie en second lieu, au sens de l'article 21, premier alinéa, de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, peut-elle examiner la compétence du tribunal premier saisi dans le cas où elle jouit d'une compétence exclusive en vertu d'une convention attributive de juridiction au sens de l'article 17 de la convention de Bruxelles, ou bien doit-elle, en dépit de la clause attributive de juridiction, procéder ainsi que le prévoit l'article 21 de la convention de Bruxelles?

3) Le fait que les procédures judiciaires soient excessivement longues dans un État contractant (et ce de façon très largement indépendante du comportement des parties), au point de pouvoir nuire gravement aux intérêts d'une partie, peut-il avoir pour effet que la juridiction saisie en second lieu au sens de l'article 21 de la convention de Bruxelles ne doit pas procéder ainsi que le prévoit cet article?

4) Les remèdes prévus par la loi italienne n° 89 du 24 mars 2001 justifient-ils que l'on applique l'article 21 de la convention de Bruxelles même dans l'hypothèse où une partie voit ses intérêts mis en péril par l'éventuelle longueur excessive de la procédure devant la juridiction italienne, et où, pour cette raison (voir question 3 ci-dessus), il n'y aurait pas lieu de procéder ainsi que le prévoit l'article 21 de la convention de Bruxelles?

5) Dans quelles conditions la juridiction saisie en second lieu peut-elle se dispenser, le cas échéant, d'appliquer les dispositions de l'article 21 de la convention [de Bruxelles]?

6) Comment la juridiction doit-elle procéder si, dans les circonstances exposées dans la question 3, elle ne doit pas appliquer les dispositions de l'article 21 de la convention de Bruxelles?

⁵ C-106/95, Rec. p. I-911.



S'il faut néanmoins appliquer l'article 21 de la convention de Bruxelles, y compris dans les circonstances exposées dans la question 3, il n'est pas nécessaire de répondre aux questions 4, 5 et 6.»

III - Analyse

A - Sur la première question préjudicielle

26. Par la première question préjudicielle, la juridiction de renvoi cherche à savoir si une juridiction nationale peut soumettre à la Cour une demande d'interprétation de la convention de Bruxelles sur la base des allégations d'une partie dont ladite juridiction n'a pas vérifié le bien-fondé. La juridiction de renvoi fait ainsi référence au fait que la deuxième question préjudicielle repose sur la prémisse selon laquelle le tribunal dans le ressort duquel se trouve Dornbirn serait compétent pour statuer sur le litige au principal en vertu d'une convention attributive de juridiction au sens de l'article 17 de la convention de Bruxelles alors que l'existence d'une telle convention attributive de juridiction n'a pas été confirmée par le juge du fond.

27. La réponse à la première question préjudicielle nous semble pouvoir être déduite de la jurisprudence de la Cour relative à la recevabilité des questions préjudicielles posées sur le fondement tant du protocole du 3 juin 1971, concernant l'interprétation par la Cour de justice⁶ de la convention de Bruxelles que de l'article 234 CE.

28. L'article 3 du protocole du 3 juin 1971 prévoit que, lorsqu'une question portant sur l'interprétation de ladite convention est soulevée dans une affaire pendante, la juridiction saisie peut ou doit demander à la Cour de statuer sur cette question si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement. L'article 3 du protocole obéit donc à la même logique que l'article 234 CE. Dans les deux cas, le renvoi préjudiciel a pour objet de permettre à la Cour de fournir à la juridiction nationale l'interprétation qui est nécessaire à ladite juridiction pour rendre un jugement qui applique la disposition dont l'interprétation est demandée⁷. La Cour en a déduit, logiquement, que sa jurisprudence relative à sa compétence en matière de renvoi préjudiciel fondée sur l'article 234 CE est transposable aux demandes d'interprétation de la convention de Bruxelles⁸.

29. Selon une jurisprudence constante, la procédure prévue à l'article 234 CE constitue un instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales. Dans le cadre de cette coopération, il appartient au juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier tant la nécessité d'une décision préjudicielle que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence,

⁶ JO 1975, L 204, p. 28, tel que modifié par les conventions d'adhésion.

⁷ Voir conclusions de l'avocat général Tesouro dans l'affaire Kleinwort Benson (arrêt du 28 mars 1995, C-346/93, Rec. p. I-615, point 17).

⁸ Voir arrêts du 27 février 1997, Van den Boogaard (C-220/95, Rec. p. I-1147, point 16); du 20 mars 1997, Farrell (C-295/95, Rec. p. I-1683, point 11); du 16 mars 1999, Castelletti (C-159/97, Rec. p. I-1597, point 14), et du 8 mai 2003, Gantner Electronic (C-111/01, non encore publié au Recueil, point 38).



dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer⁹.

30. De cette compétence de principe du juge national, la Cour a déduit invariablement que c'est à ce dernier, qui est seul à avoir une connaissance directe des faits de l'affaire au principal et des arguments des parties, de décider, en fonction de considérations d'économie et d'utilité procédurales, à quel stade de la procédure il est nécessaire de soumettre une question préjudicielle à la Cour¹⁰.

31. Toutefois, les appréciations faites par le juge national dans le cadre de cette compétence peuvent être soumises à un contrôle de la Cour. Ainsi, cette dernière a jugé que, dans des circonstances exceptionnelles, il lui appartient d'examiner les conditions dans lesquelles elle est saisie par le juge de renvoi en vue de vérifier sa propre compétence¹¹. Elle a indiqué que l'esprit de collaboration qui doit présider au fonctionnement du renvoi préjudiciel implique que, de son côté, le juge national ait égard à la fonction confiée à la Cour, qui est de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres et non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales et hypothétiques¹².

32. À cet égard, elle a précisé que, pour lui permettre de donner au juge national une interprétation du droit communautaire qui soit utile à la solution du litige au principal, celui-ci doit définir le cadre juridique dans lequel l'interprétation demandée doit se situer. Dans cette perspective, elle a estimé qu'il pouvait être avantageux, selon les circonstances et sans remettre en cause le principe de la compétence exclusive du juge de renvoi pour déterminer à quel stade de la procédure le renvoi préjudiciel doit intervenir, que les faits de l'affaire soient établis et que les problèmes de pur droit national soient tranchés au moment du renvoi à la Cour, de manière à permettre à celle-ci de connaître tous les éléments de fait et de droit qui peuvent être importants pour l'interprétation qu'elle est appelée à donner¹³. En outre, il est

⁹ Voir, notamment, arrêts du 29 novembre 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Rec. p. -2347, point 25); du 15 décembre 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921, point 59), et du 22 mai 2003, Korhonen e.a. (C-18/01, non encore publié au Recueil, point 19). Voir, également, en ce qui concerne la convention de Bruxelles, arrêt Castelletti, précité (point 14).

¹⁰ Voir arrêts du 10 mars 1981, Irish Creamery Milk Suppliers Association e.a. (36/80 et 71/80, Rec. p. 735, point 7); du 10 juillet 1984, Campus Oil e.a. (72/83, Rec. p. 2727, point 10); du 11 juin 1987, Pretore di Salò (14/86, Rec. p. 2545, point 11); du 19 novembre 1998, Høj Pedersen e.a. (C-66/96, Rec. p. I-7327, point 46), et du 30 mars 2000, JämO (C-236/98, Rec. p. I-2189, point 32).

¹¹ Voir arrêts précités Bosman (point 59) et Gantner Electronic (point 35).

¹² Voir arrêts du 11 mars 1980, Foglia (104/79, Rec. p. 745, point 11); du 16 décembre 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045, point 18); du 3 février 1983, Robards (149/82, Rec. p. 171, point 19); du 16 juillet 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871, point 25), et du 10 décembre 2002, der Weduwe (C-153/00, Rec. p. I-11319, points 32 et 33).

¹³ Voir arrêts Irish Creamery Milk Suppliers Association e.a., précité (point 6); du 16 juillet 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Rec. p. I-4673, point 19); ainsi que arrêts précités Meilicke (point 26); Høj Pedersen e.a. (point 45), et JämO, (point 31). Aux termes d'une jurisprudence désormais constante, «la nécessité de parvenir à une interprétation du droit communautaire qui soit utile pour le juge national exige que celui-ci définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou que, à tout le moins, il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées». Voir, notamment, arrêts du 26 janvier 1993, Telemarsicabruzzo e.a. (C-320/90 à C-322/90, Rec. p. I-393, point 6), et du 21 septembre 2000, ABBOI (C-109/99, Rec. p. I-7247, point 42).



indispensable que le juge national explique les raisons pour lesquelles il estime qu'une réponse à ses questions est nécessaire¹⁴.

33. La Cour a déjà eu l'occasion d'apprécier si les conditions précitées sont remplies et de retenir sa compétence dans le cas d'une question préjudicielle fondée sur une prémisse dont l'exactitude conditionne l'application pour la solution du litige au principal de la disposition faisant l'objet de la demande d'interprétation.

34. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 27 octobre 1993, Enderby¹⁵, la Court of Appeal (England & Wales) a interrogé la Cour sur le point de savoir si le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail ou un travail de même valeur, posé par l'article 141 CE, imposait à un employeur de justifier objectivement une différence de rémunération entre l'emploi d'orthophoniste-chef et celui de pharmacien principal. La Court of Appeal est partie de la prémisse que ces deux fonctions différentes étaient de valeur égale.

35. Dans ses observations devant la Cour, le gouvernement allemand a soutenu que la Cour ne pouvait pas statuer sur la question posée sans déterminer auparavant si les deux fonctions en cause étaient équivalentes. Comme, selon lui, elles ne l'étaient pas, il ne pouvait pas y avoir de violation de l'article 141 CE.

36. La Cour a écarté cette argumentation. Elle a indiqué que la Court of Appeal, comme le permet la législation britannique et avec l'accord des parties, a décidé d'examiner la question de la justification objective de la différence de rémunération avant celle de l'équivalence des fonctions en cause, qui peut nécessiter des investigations plus complexes. C'est pourquoi les questions préjudicielles ont été posées en partant de l'hypothèse selon laquelle ces fonctions étaient de valeur égale¹⁶. Elle a ajouté que, dès lors que la Cour se trouve ainsi saisie d'une demande d'interprétation du droit communautaire qui n'est pas manifestement sans rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, elle doit y répondre sans avoir à s'interroger elle-même sur la validité d'une hypothèse qu'il appartiendra à la juridiction de renvoi de vérifier par la suite si cela s'avère nécessaire¹⁷.

37. La Cour a adopté la même position dans l'arrêt JämO, précité, dans un contexte équivalent¹⁸. Elle a rappelé, notamment, que c'est au juge national, qui est seul à avoir une connaissance directe des faits de l'affaire et des arguments des parties et qui doit assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir, de décider à quel stade de la procédure il a besoin d'une décision préjudicielle et d'apprécier la pertinence des questions qu'il pose à la

¹⁴ Voir arrêts du 12 juin 1986, Bertini e.a. (98/85, 162/85 et 258/85, Rec. p. 1885, point 6), et Lourenço Dias, précité (point 19).

¹⁵ C-127/92, Rec. p. I-5535.

¹⁶ Arrêt Enderby, précité (point 11).

¹⁷ Ibidem (point 12).

¹⁸ Dans cette affaire, l'Arbetsdomstolen a saisi la Cour de plusieurs questions préjudicielles visant à lui permettre de déterminer si l'employeur avait versé à des sages-femmes des rémunérations inférieures à celles perçues par un ingénieur de clinique sans prendre position sur la question de l'équivalence du travail de ces deux catégories d'employés.



Cour¹⁹. Dans cette affaire, il a également été soutenu que la détermination de la valeur égale du travail nécessiterait des investigations complexes et coûteuses²⁰.

38. Comme la Commission, nous pensons que cette jurisprudence peut être transposée en l'espèce. En effet, d'une part, bien qu'il soit regrettable que la juridiction de renvoi n'ait pas fourni d'explications détaillées sur ce point, nous partageons l'opinion de la Commission selon laquelle la détermination de l'existence d'un usage dans le commerce international dans la branche commerciale considérée, qui est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats du même type, peut certainement nécessiter des investigations longues et coûteuses.

39. D'autre part, il résulte clairement de la décision de renvoi que, en fonction de la réponse de votre Cour à la question de savoir si le juge saisi en second lieu peut déroger aux prescriptions de l'article 21 de la convention de Bruxelles lorsque ce juge est compétent en vertu d'une convention attributive de juridiction, le traitement du litige au principal par l'Oberlandesgericht Innsbruck sera complètement différent. En cas de réponse affirmative à cette question, la juridiction de renvoi devra statuer sur l'existence d'une telle convention. Si l'existence de ladite convention s'avère établie, la juridiction autrichienne sera alors exclusivement compétente pour statuer sur le litige entre les parties. À l'inverse, en cas de réponse négative, l'examen de l'existence d'une convention attributive de juridiction ne présentera plus aucun intérêt et les dispositions de l'article 21 de la convention de Bruxelles devront s'appliquer.

40. Enfin, la juridiction de renvoi a exposé en quoi, au vu de l'arrêt MSG, précité, l'acceptation par MISAT des factures contenant une clause désignant le tribunal dans le ressort duquel se trouve Dornbirn pour connaître d'un éventuel litige entre les parties doit être analysé comme un premier élément permettant de conclure à l'existence d'une convention attributive de juridiction au sens de l'article 17, premier alinéa, sous c), de la convention de Bruxelles. Les autres conditions requises par cette disposition, selon lesquelles il doit s'agir d'un usage admis dans le commerce international dans la branche en cause et que les parties connaissent ou étaient censées connaître, ne font pas l'objet d'une contestation précise et motivée de la part de MISAT. Aucun élément ne permet donc de penser que la prémisse tenant à l'existence d'une convention attributive de juridiction est manifestement erronée.

41. La deuxième question préjudicielle, visant à savoir si l'existence d'une convention attributive de juridiction permet de déroger à l'article 21 de la convention de Bruxelles, est donc bien pertinente pour la solution du litige au principal. La démarche de la juridiction de renvoi, consistant à interroger la Cour sur les effets d'une convention attributive de juridiction avant d'engager les recherches que pourrait nécessiter en l'espèce l'établissement d'une telle convention ne saurait donc s'analyser, selon nous, comme un manquement de ladite juridiction au devoir de coopération sur lequel repose le mécanisme du renvoi préjudiciel.

42. Au vu de ces éléments, nous proposons de répondre à la première question préjudicielle qu'il appartient au juge national de déterminer s'il soumet à la Cour une question préjudicielle

¹⁹ Point 32.

²⁰ Point 29.



sur la base des allégations d'une partie ou s'il est nécessaire de vérifier au préalable ces allégations. Néanmoins, il incombe au juge national de fournir à la Cour les indications d'ordre factuel et juridique permettant à celle-ci de donner une réponse utile à la solution du litige au principal et d'indiquer les raisons pour lesquelles il estime que la réponse à ses questions est nécessaire.

B - Sur la deuxième question préjudicielle

43. Par cette question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que le juge saisi en second lieu et qui se trouve exclusivement compétent en vertu d'une convention attributive de juridiction peut, par dérogation à cet article, statuer sur le litige sans attendre que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent. En d'autres termes, la juridiction de renvoi cherche à savoir si l'article 17 de la convention de Bruxelles constitue une dérogation à l'article 21 de la même convention.

44. Nous savons que l'article 21 de la convention de Bruxelles tend, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice au sein de la Communauté, à éviter des procédures parallèles devant les juridictions de différents États contractants et les contrariétés de décisions qui pourraient en résulter. Ainsi, cette réglementation vise à exclure, dans toute la mesure du possible, dès le départ, une situation telle que celle envisagée à l'article 27, point 3, de ladite convention, à savoir la non-reconnaissance d'une décision en raison de son incompatibilité avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État requis²¹.

45. Aux fins de réaliser les objectifs énoncés ci-dessus, l'article 21 organise un système simple pour déterminer en début de procès laquelle des juridictions saisies sera finalement compétente pour statuer sur le litige. Ce système est fondé sur l'ordre chronologique dans lequel ces juridictions sont saisies. Il prévoit que la juridiction saisie en second lieu a l'obligation de surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal saisi en premier lieu se soit prononcé sur sa propre compétence. C'est cet effet de blocage de la procédure devant le juge saisi en second lieu, inhérent à l'article 21 de la convention de Bruxelles, qui est au centre de la présente procédure préjudicielle.

46. Pour écarter l'application de cet article, Gasser, dans ses observations sur la troisième question préjudicielle, invite la Cour à reconsidérer sa jurisprudence, inaugurée dans l'arrêt du 8 décembre 1987, *Gubisch Maschinenfabrik*²², selon laquelle une demande visant à obtenir l'annulation ou la résolution d'un contrat présente une double identité de cause et d'objet avec une demande tendant à obtenir l'exécution de ce même contrat²³. C'est au vu de cette jurisprudence que la juridiction de renvoi a pu considérer que la demande introduite devant le *Landesgericht Feldkirch* présentait une double identité de cause et d'objet avec l'action engagée préalablement devant le *Tribunale civile e penale di Roma*.

²¹ Voir arrêt du 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance e.a.* (C-351/89, Rec. p. I-3317, point 16).

²² 144/86, Rec. p. 4861.

²³ Points 15 à 17. Il s'agissait, d'une part, d'une demande visant à obtenir qu'un contrat de vente d'une machine soit déclaré de nul effet et, subsidiairement, qu'il soit annulé et, d'autre part, d'une action en paiement de la machine en cause.



47. Nous estimons que la présente procédure ne justifie pas que votre Cour revienne sur cette interprétation large des notions de cause et d'objet du litige au sens de l'article 21 de la convention de Bruxelles. En effet, d'une part, bien qu'elle ait été, d'une manière générale, contestée par la doctrine, cette interprétation a été confirmée implicitement dans l'arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*, précité²⁴. Elle a été clairement maintenue dans l'arrêt du 6 décembre 1994, *Tatry*²⁵, dans lequel la Cour a jugé qu'une demande tendant à faire juger que le défendeur est responsable d'un préjudice et à le faire condamner à verser des dommages et intérêts a la même cause et le même objet qu'une demande antérieure de ce défendeur visant à faire juger qu'il n'est pas responsable dudit préjudice²⁶. Elle a encore été reprise plus récemment dans l'arrêt *Gantner Electronic*, précité²⁷.

48. En outre, une autre solution au problème soulevé par *Gasser* peut être déduite de la jurisprudence. En effet, dans l'arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*, précité, votre Cour a jugé qu'il pouvait être dérogé aux prescriptions de l'article 21 de la convention de Bruxelles lorsque le juge saisi en second lieu dispose d'une compétence exclusive pour connaître du litige. Nous

estimons que cette jurisprudence peut être étendue aux cas dans lesquels le juge saisi en second lieu est exclusivement compétent en vertu d'une clause attributive de juridiction.

49. Il convient de rappeler le contexte dans lequel l'arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*, précité, a été rendu. Dans cette affaire, la Cour a été confrontée à la situation suivante. En 1980, *New Hampshire Insurance Company*²⁸, enregistrée en Angleterre comme «overseas company», a réassuré auprès de trois sociétés également enregistrées en Angleterre un risque qu'elle avait garanti au profit de la société française des *Nouvelles Galeries réunies*. En juillet 1986, les trois réassureurs ont cessé de payer les indemnités dues. Par actes délivrés en 1987 et en février 1988, *New Hampshire* les a assignés en exécution du contrat devant le tribunal de commerce de Paris. Le 6 avril 1988, les trois réassureurs ont, à leur tour, attiré *New Hampshire* devant la *Commercial Court* de la *Queen's Bench Division* pour faire juger qu'elles n'étaient plus tenues d'exécuter les engagements pouvant résulter des polices de réassurance. Cette juridiction a décidé de surseoir à statuer en application de l'article 21, deuxième alinéa, de la convention de Bruxelles jusqu'à ce que la juridiction française ait rendu une décision sur sa propre compétence dans les litiges pendant devant elle.

50. Les trois réassureurs ayant fait appel de cette décision devant la *Court of Appeal*, celle-ci a interrogé la Cour sur le point de savoir, notamment, si l'article 21 doit être interprété en ce sens que le juge saisi en second lieu ne peut que surseoir à statuer, au cas où il ne se dessaisirait pas, ou si cette disposition l'autorise ou l'oblige, et dans quelle mesure, à examiner la compétence du juge saisi en premier lieu²⁹.

²⁴ Point 16.

²⁵ C-406/92, Rec. p. I-5439.

²⁶ Point 45.

²⁷ Point 25.

²⁸ Ci-après «*New Hampshire*».

²⁹ Pour bien comprendre la formulation de la question posée par la juridiction de renvoi, il faut rappeler que l'article 21 de la convention de Bruxelles, dans sa version applicable dans cette affaire, était rédigé comme suit: «Lorsque les demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États contractants différents, la juridiction saisie en second lieu doit, même d'office, se dessaisir en



51. Votre Cour a répondu que, «sous réserve de l'hypothèse où le juge saisi en second lieu disposerait d'une compétence exclusive prévue par la convention [de Bruxelles] et, notamment, [à] son article 16,» l'article 21 de ladite convention doit être interprété en ce sens que, lorsque la compétence du juge saisi en premier lieu est contestée, le juge saisi en second lieu ne peut que surseoir à statuer, au cas où il ne se dessaisirait pas, sans pouvoir examiner la compétence du juge saisi en premier lieu³⁰.

52. Il se déduit de la réponse de la Cour que le juge saisi en second lieu qui dispose d'une compétence exclusive pour connaître de l'affaire, notamment au titre de l'article 16 de la convention de Bruxelles, n'est pas tenu de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent. Le juge saisi en second lieu peut donc poursuivre l'examen du litige au fond et statuer sur celui-ci.

53. Dans la présente affaire, cet arrêt fait l'objet d'une interprétation divergente par les parties intervenantes quant au point de savoir si l'article 17 peut constituer, comme l'article 16, une dérogation aux prescriptions de l'article 21 de la convention de Bruxelles. La Commission, le gouvernement italien et MISAT considèrent que la dérogation ainsi admise par la Cour dans cet arrêt ne s'applique pas à l'article 17 de ladite convention.

54. Selon la Commission, cette dérogation est justifiée dans le cas de l'article 16 par les dispositions de l'article 28, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, selon lesquelles les décisions rendues par une juridiction en violation dudit article 16 ne peuvent être reconnues dans aucun autre État contractant. Il serait donc absurde d'obliger la juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 16 à surseoir à statuer, puisque la décision qui serait rendue par la juridiction saisie en premier, par hypothèse incompétente, ne pourrait déployer ses effets que dans l'État où elle a été rendue. Or l'article 28, premier alinéa, de la convention de Bruxelles ne serait pas applicable lorsque la juridiction saisie en second lieu est compétente en vertu d'une convention attributive de juridiction au sens de l'article 17.

55. La Commission considère que, comme il ne saurait être totalement exclu que la juridiction saisie en premier lieu porte sur l'existence d'une convention attributive de juridiction une appréciation différente du tribunal saisi en second lieu, il pourrait arriver, si ce dernier ne surseoit pas à statuer, que des décisions contradictoires sur le fond soient rendues. Les parties se trouveraient donc en présence du cas de figure prévu à l'article 27, point 3, de la convention de Bruxelles, selon lequel les décisions rendues dans un autre État contractant ne sont pas reconnues si elles sont inconciliables avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État requis, situation que l'article 21 a précisément pour but d'éviter.

faveur du tribunal premier saisi. La juridiction qui devrait se dessaisir peut surseoir à statuer si la compétence de l'autre juridiction est contestée». La nouvelle rédaction de l'article 21, selon laquelle, en cas de litispendance, le juge saisi en second lieu doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge premier saisi se soit déclaré compétent, ne modifie en rien les conséquences qu'il convient de tirer de l'arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*, précité, pour la réponse à la question posée dans la présente affaire. Cette nouvelle rédaction, qui ressort de la convention d'adhésion de 1989, ne modifie pas le sens ou la portée de cet article mais vise à garantir que le juge saisi en second lieu ne se dessaisisse pas du dossier avant d'être certain que le juge premier saisi est bien compétent pour connaître du litige, afin d'éviter les conflits négatifs de compétence.

³⁰ Point 26.



56. Elle souligne, en outre, que la compétence conférée par l'article 17 est d'un effet moindre que celle résultant de l'article 16 parce que les parties ne peuvent pas écarter l'application de cet article, alors qu'elles ont toujours la possibilité de supprimer une convention attributive de juridiction ou de renoncer à s'en prévaloir. En effet, selon l'article 18 de la convention de Bruxelles, si le défendeur comparait devant le juge saisi en premier lieu sans soulever son incompetence sur le fondement d'une convention attributive de juridiction, ce juge pourra connaître de l'affaire.

57. Nous ne partageons pas cette opinion. Comme Gasser et le gouvernement du Royaume-Uni, nous estimons que l'article 17 de la convention de Bruxelles peut constituer une dérogation à l'article 21 de ladite convention. Nous fondons cette analyse sur les considérations suivantes. Premièrement, les tribunaux désignés en vertu d'une convention attributive de juridiction conforme à l'article 17 bénéficient d'une compétence qui peut être qualifiée d'exclusive. Deuxièmement, la thèse selon laquelle le juge saisi en second lieu serait tenu de respecter les prescriptions de l'article 21, même s'il est exclusivement compétent en vertu d'une convention attributive de juridiction, est de nature à compromettre l'effet utile de l'article 17 et la sécurité juridique qui s'y attache. Troisièmement, le risque que des décisions inconciliables soient rendues peut être très sérieusement limité.

58. En premier lieu, il convient de rappeler, tout d'abord, que, dans l'arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*, précité, la Cour a prévu une dérogation aux prescriptions de l'article 21 de la convention de Bruxelles dans «l'hypothèse où le juge saisi en second lieu disposerait d'une compétence exclusive prévue par la convention et, notamment, par son article 16». La formulation de cette dérogation suscite, selon nous, deux observations. La première est que, par l'emploi de l'adverbe «notamment», la Cour a entendu indiquer que cette dérogation n'est pas cantonnée aux seuls cas de compétence exclusive visés à l'article 16. La seconde est que la Cour n'a pas non plus visé, comme elle aurait pu le faire, les seuls cas de compétence exclusive couverts par l'article 28, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, à savoir les compétences prévues en matière d'assurances ou de contrats conclus par les consommateurs ou par l'article 16. Aucune mention de l'arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*, précité, ne permet donc de penser que l'hypothèse de compétence exclusive visée à l'article 17 est exclue de la dérogation aux prescriptions de l'article 21, admise par la Cour dans ledit arrêt.

59. Ensuite, il convient de relever que la Cour, comme elle n'était pas interrogée sur ce point, n'a pas fourni d'explication sur les motifs pouvant justifier cette dérogation. Selon nous, cette dérogation peut s'expliquer par les considérations suivantes. Dès lors que le juge premier saisi ne peut que constater son incompetence, il est inutile, dans un tel cas de figure, d'obliger le juge saisi en second lieu à surseoir à statuer. En d'autres termes, lorsque le juge saisi en second lieu dispose d'une compétence exclusive, il n'y a pas de situation de litispendance, puisqu'une telle situation implique que les deux juridictions saisies du même litige soient compétentes l'une et l'autre pour en connaître³¹.

³¹ Voir, en ce sens, Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, troisième édition 2002, points 323 et 324.



60. Cette justification peut être transposée dans le cas de l'article 17 de la convention de Bruxelles. En effet, ainsi que cela ressort de ses termes, le ou les tribunaux désignés par les parties conformément à cet article «sont seuls compétents». Lu en combinaison avec l'article 18 de la convention de Bruxelles, l'article 17 signifie que, lorsque les deux parties sont liées par une convention attributive de juridiction conforme à ses dispositions, tout autre tribunal saisi par une partie est incompétent, sauf accord du défendeur. Il s'ensuit que si, comme cela semble être le cas en l'espèce, le défendeur conteste la compétence du tribunal saisi en premier par son adversaire en violation d'une convention attributive de juridiction, ce tribunal doit, au vu de cette clause, se déclarer incompétent. Selon le rapport Schlosser³², ce tribunal doit même le faire d'office si le défendeur ne comparaît pas³³.

61. Dans un tel cas de figure, la compétence du tribunal désigné par les parties dans la convention attributive de juridiction est bien exclusive de la compétence des juridictions désignées dans la convention de Bruxelles par la règle générale énoncée à l'article 2 ainsi que par les règles de compétence spéciale visées aux articles 5 et 6³⁴. Sur ce plan, les effets de l'article 17 sont donc semblables à ceux de l'article 16. Par conséquent, il peut paraître aussi inutile d'imposer au tribunal second saisi de surseoir à statuer lorsque sa compétence ressort de l'article 17 que lorsqu'elle se fonde sur l'article 16.

62. En deuxième lieu, une telle obligation serait de nature à compromettre l'effet utile de l'article 17 et la sécurité juridique qui s'y attache.

63. Aux fins d'examiner quel est l'effet utile de l'article 17 de la convention de Bruxelles, il convient de rappeler que cet article a pour objet de prévoir un chef de prorogation volontaire de compétence. C'est donc la rencontre de la volonté des parties qui permet de déroger aux règles de compétence générale et spéciale prévues par la convention de Bruxelles à ses articles 2, 5 et 6. Par conséquent, l'exigence de leur consentement à cette attribution dérogatoire de compétence est inhérente à l'esprit de cet article. C'est ainsi que, dans ses arrêts du 14 décembre 1976, *Estasis Salotti*³⁵ et *Segoura*³⁶, la Cour a jugé que l'article 17 de la convention de Bruxelles impose au juge saisi d'examiner si la clause qui lui attribue compétence a fait effectivement l'objet d'un consentement entre parties³⁷.

64. Ce consentement des parties constitue également le fondement des conventions attributives de juridiction conclues selon les usages du commerce international. Nous savons que cette référence aux usages du commerce international a été ajoutée dans la convention d'adhésion de 1978 aux fins d'alléger les conditions de forme initialement prévues dans la convention de Bruxelles, à savoir une convention conclue par écrit ou une convention passée

³² Rapport de M. Schlosser sur la convention 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 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice (JO 1979, C 59, p. 71).

³³ Point 22.

³⁴ Voir, en ce sens, arrêt du 9 novembre 1978, *Meeth* (23/78, Rec. p. 2133, point 5).

³⁵ 24/76, Rec. p. 1831.

³⁶ 25/76, Rec. p. 1851.

³⁷ Respectivement points 7 et 6.



oralement et suivie d'une confirmation écrite³⁸. Toutefois, votre Cour a jugé que, malgré cet assouplissement, la réalité du consentement demeure l'un des objectifs de l'article 17. Cette exigence de la réalité du consentement est justifiée par le souci de protéger la partie contractante la plus faible en évitant que des clauses attributives de juridiction, insérées dans un contrat par une seule partie, ne passent inaperçues³⁹. La Cour a précisé ainsi que le consentement des parties contractantes à la clause attributive de juridiction est présumé exister lorsque leur comportement correspond à un usage régissant le domaine du commerce international dans lequel elles opèrent et dont elles ont ou sont censées avoir connaissance⁴⁰.

65. Il s'ensuit que l'article 17 consacre l'autonomie de la volonté des parties en conférant une compétence exclusive aux juridictions ainsi désignées par celles-ci, par dérogation aux règles de compétence prévues par la convention de Bruxelles, sous réserve de celles visées au quatrième alinéa de cet article. Ainsi que la Cour l'a jugé, l'article 17 a pour objectif de désigner, de manière claire et précise, une juridiction d'un État contractant qui soit exclusivement compétente conformément à la volonté des parties, exprimée suivant les conditions de forme strictement énoncées par cette disposition⁴¹. L'article 17 vise ainsi à garantir la sécurité juridique en permettant aux parties de déterminer le for compétent.

66. De cette manière, l'article 17 s'inscrit parfaitement dans les objectifs de la convention de Bruxelles. En effet, en vertu d'une jurisprudence constante, celle-ci vise à unifier les règles de compétence des juridictions des États contractants en évitant, dans la mesure du possible, la multiplication des chefs de compétence judiciaire à propos d'un même rapport de droit, et à renforcer la protection juridique des personnes établies dans la Communauté, en permettant à la fois au demandeur d'identifier facilement la juridiction qu'il peut saisir, et au défendeur de prévoir raisonnablement celle devant laquelle il peut être attiré⁴².

67. Or, si, en application de l'article 21 de la convention de Bruxelles, la juridiction exclusivement compétente se trouve tenue de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier lieu se déclare incompétent, l'effet utile de l'article 17 et, partant, la sécurité juridique à laquelle il contribue se trouveraient, selon nous, sérieusement compromis. En effet, dans un tel cas de figure, la partie qui, en violation de ses obligations telles qu'elles résultent de la convention attributive de juridiction, a engagé la première une action devant un tribunal qu'elle savait incompétent pourrait retarder abusivement la solution du litige au fond dont elle sait qu'elle lui serait défavorable. La partie qui manque ainsi à ses engagements en saisissant un tribunal autre que celui désigné dans la convention attributive de juridiction retirerait donc un avantage d'un tel manquement.

68. Cette conséquence est choquante sur le plan des principes et risque d'encourager des comportements dilatoires. Une partie souhaitant retarder la solution du litige au fond pourrait

³⁸ Voir, pour un rappel des différentes versions de l'article 17 de la convention de Bruxelles depuis sa rédaction initiale en 1968 jusqu'à celle résultant de la convention de San Sebastián, du 26 mai 1989, nos conclusions dans l'affaire Castelletti, précitée (points 5 à 7).

³⁹ Voir arrêts précités MSG (point 17) et Castelletti (point 19).

⁴⁰ Voir arrêt Castelletti, précité (point 21).

⁴¹ Voir arrêt du 3 juillet 1997, Benincasa (C-269/95, Rec. p. 3767, point 29).

⁴² Voir arrêts du 4 mars 1982, Effer (38/81, Rec. p. 825, point 6); du 13 juillet 1993, Mulox IBC (C-125/92, Rec. p. I-4075, point 11), et Benincasa, précité (point 26).



ainsi être incitée à «prendre les devants» et à introduire une action devant un tribunal incompétent et moins convenable pour son adversaire afin de paralyser toute action fondée sur le même contrat jusqu'à ce que ce tribunal se déclare incompétent. Nous partageons, à cet égard, l'opinion du gouvernement du Royaume-Uni selon laquelle ce risque mérite d'autant plus d'être pris en considération que les systèmes juridiques des États contractants admettent en général la possibilité d'introduire une action en non-responsabilité.

69. Contrairement à la Commission, nous ne pensons pas que ce problème soit uniquement imputable à l'organisation judiciaire interne des différents États membres et à la célérité avec laquelle les tribunaux nationaux saisis en méconnaissance d'une convention attributive de juridiction sont en mesure de rendre une décision sur leur compétence. En effet, quelle que soit la rapidité avec laquelle une telle décision pourra intervenir, il n'en demeure pas moins que le demandeur pourra user de toutes les voies de recours internes pour retarder le moment auquel la décision d'incompétence de cette juridiction revêtira un caractère définitif. Le problème ressort donc principalement, selon nous, de l'interprétation de la convention de Bruxelles.

70. C'est pourquoi nous proposons à la Cour de retenir la solution qui est de nature à garantir l'effet utile de l'article 17 et la sécurité juridique à laquelle il concourt. Une telle solution nous semble, par ailleurs, s'inscrire dans la jurisprudence relative à l'interprétation de cet article, selon laquelle cette interprétation doit tendre au respect de la volonté des parties. Ainsi, dans l'arrêt du 24 juin 1981, *Elefanten Schuh*⁴³, la Cour a jugé que la législation d'un État contractant ne saurait faire obstacle à la validité d'une convention attributive de compétence au seul motif que la langue utilisée n'est pas celle prescrite par cette législation. Plus récemment, dans l'arrêt *Benincasa*, précité, elle a décidé que la juridiction d'un État contractant, désignée par une clause attributive de juridiction valablement conclue au regard de l'article 17 de la convention de Bruxelles, est également exclusivement compétente lorsque l'action vise à faire constater la nullité du contrat qui contient ladite clause. Selon la Cour, la «sécurité juridique voulue par cette disposition pourrait être aisément compromise s'il était reconnu à une partie contractante la faculté de déjouer cette règle de la convention [de Bruxelles] par la seule allégation de la nullité de l'ensemble du contrat pour des raisons tirées du droit matériel applicable»⁴⁴.

71. En outre, cette interprétation présente l'avantage de prendre en compte les exigences du commerce international. Nous adhérons à l'argumentation développée par le gouvernement du Royaume-Uni selon laquelle le bon développement des relations commerciales internationales implique que les entreprises puissent se fier aux conventions qui les lient. Cette exigence s'étend aussi aux conventions par lesquelles les parties déterminent les juridictions qui seront chargées de trancher les différends nés dans le cadre de l'exécution de leurs obligations réciproques. Enfin, il paraît indéniable qu'un retard dans la solution de ces différends peut occasionner aux opérateurs économiques des préjudices importants, notamment lorsqu'il s'agit du paiement de factures pour des petites et moyennes entreprises. À cet égard, la solution que nous proposons s'inscrit également dans les intentions des rédacteurs de la convention de Bruxelles, puisque c'est précisément pour satisfaire aux

⁴³ 150/80, Rec. p. 1671.

⁴⁴ Point 29. Voir, également, arrêt du 9 novembre 2000, *Coreck* (C-387/98, Rec. p. I-9337, point 14).



exigences du commerce international que ces derniers, en 1978, ont prévu un assouplissement des règles de forme visées à l'article 17 en ajoutant aux deux règles initialement prévues les usages du commerce international⁴⁵. En admettant que le juge saisi en second lieu puisse, lorsqu'il est exclusivement compétent en vertu d'une convention attributive de juridiction, poursuivre l'examen du litige au fond sans attendre que le juge premier saisi se déclare incompétent, la Cour favorisera incontestablement la mise en œuvre des conventions de prorogation de compétence insérées dans les documents contractuels ou dans les actes émis dans le cadre de ces rapports, tels que des factures.

72. En troisième lieu, nous estimons que le risque que des décisions inconciliables soient rendues peut être très sérieusement limité.

73. Pour pallier ce risque, le gouvernement du Royaume-Uni propose à la Cour de juger que la juridiction saisie en premier et dont la compétence est contestée en vertu d'une clause attributive de juridiction doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal ainsi désigné dans ladite clause et saisi en second lieu se soit prononcé sur sa compétence.

74. Nous n'approuvons pas une telle solution. Nous estimons qu'elle serait susceptible de favoriser les mêmes manœuvres dilatoires que celles que nous cherchons à éviter. En effet, elle permettrait à une partie peu scrupuleuse de contester la compétence du tribunal devant lequel elle a été assignée sur le fondement des articles 2, 5 ou 6 de la convention de Bruxelles en invoquant artificiellement l'existence d'une convention attributive de juridiction et d'introduire une action devant la juridiction prétendument désignée pour retarder de manière dilatoire la solution du litige jusqu'à ce que cette juridiction se soit déclarée incompétente.

75. En fait, le risque que des décisions inconciliables soient rendues et, par conséquent, les difficultés de reconnaissance et d'exécution qui en découlent sont inhérents à toute dérogation à l'article 21 de la convention de Bruxelles. Un tel risque existe aussi dans le cas de l'article 16. Ainsi, d'une part, la question de savoir si le litige relève du champ d'application de cet article peut également faire l'objet d'appréciations divergentes de la part des deux juridictions saisies⁴⁶. D'autre part, si le tribunal premier saisi se déclare compétent et rend une décision sur le fond inconciliable avec celle du tribunal second saisi, exclusivement compétent en vertu de l'article 16, la décision de ce tribunal ne pourra pas être reconnue dans l'État contractant du tribunal premier saisi, et cela en vertu des dispositions de l'article 27, point 3, de la convention de Bruxelles.

76. Par conséquent, le fait que l'existence d'une convention attributive de juridiction, en particulier dans les formes prévues à l'article 17, premier alinéa, sous c), puisse nécessiter parfois des investigations complexes ne nous paraît pas justifier d'exclure d'une manière générale l'article 17 de la dérogation admise par la Cour à l'article 21. Il en va de même, selon nous, de la circonstance selon laquelle l'article 28 de la convention de Bruxelles ne couvre pas l'article 17, de sorte que la reconnaissance et l'exécution, dans d'autres États contractants, de la décision rendue par le tribunal saisi en second lieu et exclusivement compétent en vertu

⁴⁵ Voir rapport de M. Schlosser, précité (point 179).

⁴⁶ Par exemple, la question de savoir s'il existe ou non un contrat de bail entrant dans le champ d'application de l'article 16, point 1.



de cet article pourraient être empêchées par la décision contraire du tribunal premier saisi si celle-ci a été rendue antérieurement.

77. Ce qui importe, selon nous, c'est que le risque de décisions inconciliables puisse être sérieusement limité. Nous pensons qu'une telle limitation est parfaitement envisageable, dès lors que, conformément à votre jurisprudence, les juges concernés doivent apprécier la validité de la convention attributive de juridiction en cause selon les mêmes principes et les mêmes conditions et à condition que le juge second saisi n'écarte les prescriptions de l'article 21 qu'après avoir vérifié sa compétence exclusive d'une manière très rigoureuse.

78. Sur le premier point, il ressort de votre jurisprudence que la notion de «convention attributive de juridiction» doit être considérée comme une notion autonome⁴⁷. Il s'ensuit que les conditions de validité, quant à la forme et au fond, auxquelles les conventions attributives de juridiction se trouvent subordonnées, doivent être appréciées au regard des seules exigences de l'article 17. Cette règle a été exprimée clairement en ce qui concerne l'appréciation de la régularité formelle⁴⁸. Elle résulte, en ce qui concerne les règles de fond, des arrêts dans lesquels votre Cour a jugé que la notion de «convention» exigeait l'établissement d'un consentement effectif entre les parties⁴⁹. Elle a été confirmée, selon nous, dans l'arrêt *Benincasa*, précité, dans lequel votre Cour a indiqué qu'«une clause attributive de juridiction, qui répond à une finalité procédurale, est régie par les dispositions de la convention, dont l'objectif est la création de règles uniformes de compétence judiciaire internationale»⁵⁰.

79. Cette jurisprudence a été étendue aux usages du commerce international. En effet, la Cour a jugé que ces usages auxquels l'article 17 fait référence ne sauraient être mis en échec par des dispositions législatives nationales qui exigeraient le respect de conditions de formes supplémentaires à celles admises dans la branche considérée du commerce international⁵¹. De même, comme le relève la juridiction de renvoi, votre Cour a précisé quels étaient les éléments objectifs que le juge national doit prendre en considération pour vérifier l'existence d'un usage dans la branche du commerce international dans laquelle les parties opèrent ainsi que la connaissance effective ou présumée de cet usage par les parties⁵².

80. Le risque de décisions contraires quant à la validité d'une convention attributive de juridiction sera donc d'autant plus réduit que les conditions requises à l'article 17 de la convention de Bruxelles auront été précisées par votre Cour⁵³.

81. Sur le deuxième point, nous estimons que le juge saisi en second lieu ne devrait être autorisé à déroger aux prescriptions de l'article 21 de la convention de Bruxelles qu'après avoir vérifié, d'une manière rigoureuse, qu'il se trouve bien exclusivement compétent en vertu d'une convention attributive de juridiction. Il devra donc contrôler la conformité de la

⁴⁷ Voir arrêt du 10 mars 1992, *Powell Duffryn* (C-214/89, Rec. p. I-1745, point 14).

⁴⁸ Voir arrêt *Elefanten Schuh*, précité (points 25 et 26).

⁴⁹ Voir arrêts précités *Estasis Salotti et Segouras*.

⁵⁰ Point 25.

⁵¹ Voir, notamment, arrêts précités *MSG* (point 23) et *Castelletti* (points 33 à 39).

⁵² Voir arrêts précités *MSG* et *Castelletti*.

⁵³ À ce jour, l'interprétation de cet article a fait l'objet d'une quinzaine de procédures préjudicielles.



convention attributive de juridiction en cause avec les prescriptions de l'article 17. Outre les conditions rappelées ci-dessus, il devra s'assurer que cette convention porte bien sur des «différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé» selon l'article 17, premier alinéa, et qu'elle ne déroge pas aux règles de compétence exclusives prévues à l'article 16 et les dispositions de la convention de Bruxelles applicables en matière d'assurances et de contrats conclus par les consommateurs. Ensuite, le juge saisi en second lieu devra examiner si la convention attributive de juridiction couvre bien le litige qui lui est soumis. En cas de doute sur la validité de la convention attributive de juridiction ou sur son champ d'application, le juge saisi en second lieu devrait surseoir à statuer comme le prévoit l'article 21.

82. Cette solution, consistant à admettre que l'article 17 de la convention de Bruxelles ne peut constituer une dérogation à l'article 21 de celle-ci que lorsque la compétence du juge saisi en second lieu ne laisse place à aucun doute, présenterait l'avantage, à la fois, de prendre en compte les exigences du commerce international et de renvoyer les opérateurs économiques à leurs propres responsabilités en les incitant à passer des conventions attributives de juridiction qui, précisément, ne laissent place à aucun doute quant à leur validité et à leur champ d'application. Cette solution pourrait ainsi conduire les représentants des différents opérateurs économiques à négocier des conditions types qui soient explicites et largement diffusées dans le secteur d'activités concerné.

83. Au vu de ces éléments, nous proposerons à la Cour de répondre à la deuxième question préjudicielle que l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que le juge saisi en second lieu et qui se trouve exclusivement compétent en vertu d'une convention attributive de juridiction peut, par dérogation à cet article, statuer sur le litige sans attendre que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent lorsque la compétence du juge saisi en second lieu ne laisse place à aucun doute possible.

C - Sur la troisième et les quatrième à sixième questions préjudicielles

84. Par sa troisième question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens qu'il peut être dérogé à ses dispositions lorsque, d'une manière générale, la durée des procédures devant les juridictions de l'État contractant du tribunal premier saisi sont excessivement longues.

85. La juridiction de renvoi explique qu'elle pose cette question en raison de l'argumentation de Gasser selon laquelle, dans les pays latins tels que l'Italie, la Grèce et la France, la durée moyenne des procédures judiciaires est excessivement longue, ce qui serait contraire aux prescriptions de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme (ci-après la «CEDH»).

86. La Commission met en doute la recevabilité de la troisième question préjudicielle et, partant, des questions suivantes, qui sont connexes à celle-ci, au motif que la juridiction de renvoi n'a pas fourni d'éléments concrets justifiant que le Tribunale civile e penale di Roma a méconnu en l'espèce les dispositions de l'article 6 de la CEDH.



87. Nous ne partageons pas cette analyse. Selon nous, par la question en cause, la juridiction de renvoi n'a pas entendu se référer à la procédure introduite par MISAT devant le Tribunale civile e penale di Roma. Cette question porte clairement sur le point de savoir si, en raison de la durée moyenne excessivement longue des procédures devant les juridictions de l'État membre du tribunal premier saisi, le juge saisi en second lieu peut écarter les prescriptions de l'article 21. Pour que la Cour puisse répondre utilement à cette question, qui porte sur une disposition de la convention de Bruxelles et qui est pertinente pour la solution du litige au principal, il n'était donc pas nécessaire que la juridiction de renvoi fournisse des éléments sur le déroulement de la procédure devant le Tribunale civile e penale di Roma.

88. En revanche, nous adhérons à l'opinion de la Commission quant à la réponse qu'il convient d'apporter sur le fond à cette question. En effet, il ne paraît pas sérieusement envisageable d'admettre que les dispositions de l'article 21 de la convention de Bruxelles puissent être écartées au motif que le tribunal saisi en premier lieu appartient à un État membre dont les juridictions ont, d'une manière générale, des délais de traitement des affaires excessivement longs. Cela reviendrait à dire que les règles en matière de litispendance ne s'appliquent pas lorsque le tribunal premier saisi appartient à certains États membres.

89. Une telle interprétation serait manifestement contraire à l'économie et au fondement de la convention de Bruxelles. En effet, celle-ci ne comporte aucune disposition en vertu de laquelle ses règles et, en particulier, celles de l'article 21 cesseraient de s'appliquer en raison de la longueur de la procédure devant les juridictions d'un autre État contractant. En outre, il convient de rappeler que la convention de Bruxelles trouve son fondement dans la confiance que les États membres accordent mutuellement à leurs systèmes juridiques et à leurs institutions judiciaires⁵⁴. C'est sur le fondement de cette confiance que ladite convention établit un système obligatoire de compétence que toutes les juridictions entrant dans son champ d'application sont tenues de respecter. C'est également cette confiance qui permet aux États contractants de renoncer à leurs règles internes de reconnaissance et d'exequatur des jugements étrangers au profit d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution. Elle constitue donc également la base de la sécurité juridique que la convention vise à garantir en permettant aux parties de prévoir avec certitude le for compétent.

90. Au vu de ces considérations, nous proposerons à la Cour de répondre que l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens qu'il ne peut pas être dérogé à ses dispositions lorsque la durée des procédures devant les juridictions de l'État contractant du tribunal premier saisi est, d'une manière générale, excessivement longue.

91. Compte tenu de cette proposition, il n'y a pas lieu de répondre aux quatrième à sixième questions. En effet, ces dernières reposent sur la prémisse d'une réponse positive à la troisième question préjudicielle. Ainsi, dans la quatrième question préjudicielle, la juridiction de renvoi cherche à savoir si la loi italienne n° 89, du 24 mars 2001, relative à l'indemnisation des dommages causés par la durée abusive des procédures, justifierait malgré tout d'appliquer les dispositions de l'article 21 de la convention de Bruxelles. Dans les cinquième et sixième questions, telles que nous les comprenons, elle demande à la Cour de préciser, en cas de

⁵⁴ Voir conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire Sonntag (arrêt du 21 avril 1993, C-172/91, Rec. p. I-1963, point 71).



réponse affirmative à la troisième question, dans quelles conditions et selon quelles modalités la juridiction saisie en second lieu pourrait déroger aux prescriptions de cet article.

IV - Conclusion

92. Au vu de ces éléments, nous proposons à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions posées par l'Oberlandesgericht Innsbruck:

«1) Il appartient au juge national de déterminer s'il soumet à la Cour une question préjudicielle sur la base des allégations d'une partie ou s'il est nécessaire de vérifier au préalable ces allégations. Néanmoins, il incombe au juge national de fournir à la Cour les indications d'ordre factuel et juridique permettant à celle-ci de donner une réponse utile à la solution du litige au principal et d'indiquer les raisons pour lesquelles il estime que la réponse à ses questions est nécessaire.

2) L'article 21 de la convention du 27 septembre 1968, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après la «convention de Bruxelles») doit être interprété en ce sens que le juge saisi en second lieu et qui se trouve exclusivement compétent en vertu d'une convention attributive de juridiction peut, par dérogation à cet article, statuer sur le litige sans attendre que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent lorsque la compétence du juge saisi en second lieu ne laisse place à aucun doute possible.

3) L'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens qu'il ne peut pas être dérogé à ses dispositions lorsque la durée des procédures devant les juridictions de l'État contractant du tribunal premier saisi est, d'une manière générale, excessivement longue.»



Arrêt

Dans l'affaire C-116/02,
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 l'Oberlandesgericht Innsbruck (Autriche) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre **Erich Gasser GmbH** et **MIS AT Srl**,
une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 21 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), 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) et par la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède (JO 1997, C 15, p. 1),

LA COUR (assemblée plénière),

composée de M. V. Skouris, président, MM. P. Jann, C. W. A. Timmermans, C. Gulmann, J.N. Cunha Rodrigues et A. Rosas, présidents de chambre, MM. D.A.O Edward, A. La Pergola, J.-P. Puissochet et R. Schintgen (rapporteur), M^{mes} F. Macken et N. Colneric, et M. S. von Bahr, juges,

avocat général: M. P. Léger,

greffier: M^{me} M.-F. Contet, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

- pour Erich Gasser GmbH, par M^e K. Schelling, Rechtsanwalt,

- pour MISAT Srl, par M^e U. C. Walter, Rechtsanwältin,

- pour le gouvernement italien, par M. I. M. Braguglia, en qualité d'agent, assisté de M. O. Fiumara, vice avvocato generale dello Stato,

- pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M. K. Manji, en qualité d'agent, assisté de M. D. Loyd Jones, QC,

- pour la Commission des Communautés européennes, par M^{mes} A.-M. Rouchaud-Joët et S. Grünheid, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales d'Erich Gasser GmbH, du gouvernement italien, du gouvernement du Royaume-Uni et de la Commission à l'audience du 13 mai 2003,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 9 septembre 2003,

rend le présent

Arrêt

1 Par arrêt du 25 mars 2002, parvenu à la Cour le 2 avril suivant, l'Oberlandesgericht Innsbruck 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 (ci-après le «protocole»), plusieurs questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 21 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 W22 texte modifié W22 p. 77), par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique (JO L



388, p. 1), par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise (JO L285, p. 1) et par la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du royaume de Suède (JO 1997, C 15, p. 1, ci-après la «convention de Bruxelles»).

2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant la société de droit autrichien Erich Gasser GmbH (ci-après «Gasser») à la société de droit italien MISAT Srl (ci-après «MISAT»), à la suite de la rupture de leurs relations commerciales.

Le cadre juridique

3 Il ressort de son préambule que la convention de Bruxelles a pour but de faciliter la reconnaissance réciproque et l'exécution des décisions judiciaires, conformément à l'article 293 CE, et de renforcer dans la Communauté la protection juridique des personnes qui y sont établies. Le préambule indique également qu'il importe à cette fin de déterminer la compétence des juridictions des États contractants dans l'ordre international.

4 Les dispositions relatives à la compétence figurent dans le titre II de la convention de Bruxelles. L'article 2 de cette convention énonce la règle générale selon laquelle sont compétentes les juridictions de l'État dans lequel le défendeur est domicilié. L'article 5 de ladite convention dispose toutefois que, en matière contractuelle, le défendeur peut être attrait devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

5 Par ailleurs, l'article 16 de la convention de Bruxelles énonce des règles de compétence exclusive. Notamment, en vertu du point 1, sous a), de cet article, sont seuls compétents, sans considération de domicile, en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé.

6 Les articles 17 et 18 de la même convention visent les prorogations de compétence.

L'article 17 est libellé comme suit:

«Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État sont seuls compétents. Cette convention attributive de juridiction est conclue:

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit

b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, soit

c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

[...]

Les conventions attributives de juridiction [...] sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des articles 12 et 15 [en matière d'assurances et de contrats conclus par les consommateurs] ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'article 16.

[...]»



7 L'article 18 dispose:

«Outre le cas où sa compétence résulte d'autres dispositions de la présente convention, le juge d'un État contractant devant lequel le défendeur comparait est compétent. Cette règle n'est pas applicable si la comparution a pour objet de contester la compétence ou s'il existe une autre juridiction exclusivement compétente en vertu de l'article 16.»

8 La convention de Bruxelles vise en outre à prévenir les contrariétés de décisions. Ainsi, aux termes de son article 21, relatif à la litispendance:

«Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États contractants différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie.

Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci.»

9 Enfin, en matière de reconnaissance, l'article 27 de ladite convention dispose:

«Les décisions ne sont pas reconnues:

[...]

3) si la décision est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État requis [...]»

10 Selon l'article 28, premier alinéa, de la même convention, *«[d]e même, les décisions ne sont pas reconnues si les dispositions [...] [en matière d'assurances et de contrats conclus par les consommateurs ainsi que celles visées à l'article 16] ont été méconnues [...]*».

Le litige au principal et les questions préjudicielles

11 Gasser a son siège à Dornbirn (Autriche). Pendant plusieurs années, elle a vendu des vêtements pour enfants à MISAT, établie à Rome (Italie).

12 Le 19 avril 2000, MISAT a assigné Gasser devant le Tribunale civile e penale di Roma (Italie) aux fins de voir juger que le contrat les liant avait pris fin de plein droit et, subsidiairement, que ce contrat avait été résilié à la suite d'un désaccord entre les deux sociétés. MISAT a demandé en outre au Tribunale de constater l'absence de toute inexécution du contrat de son fait et de condamner Gasser, pour manquement à l'obligation de loyauté, de diligence et de bonne foi, à réparer le préjudice subi par elle et à lui rembourser certains frais.

13 Le 4 décembre 2000, Gasser a intenté, devant le Landesgericht Feldkirch (Autriche), une action à l'encontre de MISAT pour obtenir le paiement de factures impayées. Pour justifier la compétence de ce tribunal, la demanderesse au principal a fait valoir que celui-ci était non seulement le tribunal du lieu d'exécution du contrat, au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles, mais également le tribunal désigné par une clause d'élection de juridiction, laquelle aurait figuré sur toutes les factures adressées par Gasser à MISAT, sans que cette dernière ait formulé la moindre protestation à cet égard. Selon Gasser, ces éléments démontreraient que, conformément à leurs habitudes et à l'usage en vigueur dans le commerce entre l'Autriche et l'Italie, les parties avaient convenu d'une clause attributive de juridiction au sens de l'article 17 de la convention de Bruxelles.



14 MISAT a soulevé l'incompétence du Landesgericht Feldkirch, au motif que le juge compétent était celui du lieu où elle était établie, conformément à la règle générale énoncée à l'article 2 de la convention de Bruxelles. Elle a également contesté l'existence même d'une clause attributive de juridiction et indiqué avoir introduit, préalablement à l'action intentée par Gasser devant le Landesgericht Feldkirch, une action devant le Tribunale civile e penale di Roma, fondée sur la même relation commerciale.

15 Le 21 décembre 2001, le Landesgericht Feldkirch a décidé de surseoir d'office à statuer, conformément à l'article 21 de la convention de Bruxelles, jusqu'à ce que la compétence du Tribunale civile e penale di Roma soit établie. Il a confirmé sa propre compétence en tant que tribunal du lieu d'exécution du contrat, mais n'a pas tranché la question de l'existence d'une clause attributive de juridiction, en relevant que, si les factures adressées par la demanderesse au principal comportaient systématiquement, sous la mention «tribunaux compétents», ceux de Dornbirn, les commandes, en revanche, ne faisaient pas état d'une élection de juridiction.

16 Gasser a fait appel de cette décision devant l'Oberlandesgericht Innsbruck en demandant que le Landesgericht Feldkirch soit déclaré compétent et qu'il ne soit pas sursis à statuer sur le litige.

17 La juridiction de renvoi estime, tout d'abord, qu'il y a bien, en l'occurrence, une situation de litispendance dès lors qu'il y a identité de parties et que les demandes formées devant les juridictions autrichienne et italienne ont la même cause et le même objet au sens de l'article 21 de la convention de Bruxelles, tel qu'interprété par la Cour (voir, en ce sens, arrêt du 8 décembre 1987, Gubisch Maschinenfabrik, 144/86, Rec. p. 4861).

18 Après avoir constaté que le Landesgericht Feldkirch ne s'était pas prononcé sur l'existence d'une clause attributive de juridiction, la juridiction de renvoi se demande si la circonstance que l'une des parties a réglé, de manière répétée et sans contestation, des factures adressées par l'autre partie alors même que ces factures contenaient une clause attributive de juridiction peut valoir accord sur cette clause, conformément à l'article 17, premier alinéa, sous c), de la convention de Bruxelles. La juridiction de renvoi relève qu'un tel comportement des parties correspondrait à un usage du commerce international applicable aux parties et qui serait connu ou censé l'être de ces dernières. Dans l'hypothèse où l'existence d'une clause attributive de juridiction serait établie, le Landesgericht Feldkirch serait alors, selon la juridiction de renvoi, seul compétent pour connaître du litige en application de l'article 17 de ladite convention. Dans ces conditions, la question se poserait de savoir si l'obligation de surseoir à statuer, prévue à l'article 21 de la même convention, devrait néanmoins s'imposer.

19 En outre, la juridiction de renvoi se demande dans quelle mesure la lenteur excessive et généralisée des procédures juridictionnelles dans l'État contractant dans lequel se trouve le juge premier saisi est susceptible d'affecter l'application de l'article 21 de la convention de Bruxelles.

20 C'est dans ces conditions que l'Oberlandesgericht Innsbruck a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) La juridiction qui soumet des questions préjudicielles à la Cour de justice peut-elle poser ces questions en se fondant sur les allégations (non démenties) d'une partie, qu'elles aient été



contestées (de façon circonstanciée) ou non, ou faut-il au préalable que ces points soient résolus, du point de vue de la matérialité des faits, au moyen d'une procédure consacrée à l'administration de la preuve (et si oui, dans quelle mesure)?

2) La juridiction saisie en second lieu, au sens de l'article 21, premier alinéa, de la convention de Bruxelles [...], peut-elle examiner la compétence du tribunal premier saisi dans le cas où elle jouit d'une compétence exclusive en vertu d'une convention attributive de juridiction au sens de l'article 17 de la convention de Bruxelles, ou bien doit-elle, en dépit de la clause attributive de juridiction, procéder ainsi que le prévoit l'article 21 de la convention de Bruxelles?

3) Le fait que les procédures judiciaires soient excessivement longues dans un État contractant (et ce de façon très largement indépendante du comportement des parties), au point de pouvoir nuire gravement aux intérêts d'une partie, peut-il avoir pour effet que la juridiction saisie en second lieu, au sens de l'article 21 de la convention de Bruxelles, ne doit pas procéder ainsi que le prévoit cet article?

4) Les remèdes prévus par la loi italienne n° 89, du 24 mars 2001, justifient-ils que l'on applique l'article 21 de la convention de Bruxelles même dans l'hypothèse où une partie voit ses intérêts mis en péril par l'éventuelle longueur excessive de la procédure devant la juridiction italienne et où, pour cette raison (voir la troisième question ci-dessus), il n'y aurait pas lieu de procéder ainsi que le prévoit l'article 21 de la convention de Bruxelles?

5) Dans quelles conditions la juridiction saisie en second lieu peut-elle se dispenser, le cas échéant, d'appliquer les dispositions de l'article 21 de la convention de Bruxelles?

6) Comment la juridiction doit-elle procéder si, dans les circonstances exposées à la troisième question, elle ne doit pas appliquer les dispositions de l'article 21 de la convention de Bruxelles?

S'il faut néanmoins appliquer l'article 21 de la convention de Bruxelles, y compris dans les circonstances exposées à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre aux quatrième, cinquième et sixième questions.»

Sur la première question

21 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande en substance si une juridiction nationale peut, en vertu du protocole, soumettre à la Cour une demande d'interprétation de la convention de Bruxelles, alors même que ladite juridiction se fonderait sur des allégations d'une partie au principal dont elle n'aurait pas encore vérifié le bien-fondé.

22 En l'occurrence, la juridiction de renvoi fait référence au fait que la deuxième question repose sur la prémisse, non encore confirmée par le juge du fond, selon laquelle une clause attributive de juridiction, au sens de l'article 17 de la convention de Bruxelles, désignerait le tribunal dans le ressort duquel se trouve Dornbirn comme étant celui qui est compétent pour trancher le litige au principal.

23 Il y a lieu de rappeler, à cet égard, que, compte tenu de la répartition des compétences dans le cadre de la procédure préjudicielle prévue par le protocole, il incombe à la seule juridiction nationale de définir l'objet des questions qu'elle entend poser à la Cour. En effet, selon une jurisprudence constante, il appartient aux seules juridictions nationales qui sont saisies du litige et qui doivent assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des



questions qu'elles posent à la Cour (arrêts du 27 février 1997, Van den Boogaard, C-220/95, Rec. p. I-1147, point 16; du 20 mars 1997, Farrell, C-295/95, Rec. p. I-1683, point 11; du 16 mars 1999, Castelletti, C-159/97, Rec. p. I-1597, point 14, et du 8 mai 2003, Gantner Electronic, C-111/01, non encore publié au Recueil, points 34 et 38).

24 Toutefois, l'esprit de collaboration qui doit présider au fonctionnement du renvoi préjudiciel implique que, de son côté, le juge national ait égard à la fonction confiée à la Cour, qui est de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres et non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques. Pour permettre à la Cour de donner une interprétation de la convention de Bruxelles qui soit utile, il est indiqué que le juge national définisse le cadre juridique et factuel dans lequel l'interprétation demandée doit se situer et il est indispensable qu'il explique les raisons pour lesquelles il considère qu'une réponse à ses questions est nécessaire à la solution du litige (voir, en ce sens, arrêt Gantner Electronic, précité, points 35, 37 et 38).

25 Or, il ressort des éléments factuels fournis par la juridiction de renvoi que la prémisse tenant à l'existence d'une clause attributive de juridiction n'est pas de nature purement hypothétique.

26 En outre, ainsi que l'ont souligné, d'une part, la Commission et, d'autre part, M. l'avocat général aux points 38 à 41 de ses conclusions, la juridiction de renvoi, avant de vérifier, dans l'affaire au principal, l'existence d'une clause attributive de juridiction, au sens de l'article 17 de la convention de Bruxelles, et celle d'un usage du commerce international à cet égard, vérification qui peut nécessiter des investigations délicates et coûteuses, a estimé nécessaire de poser à la Cour la deuxième question préjudicielle visant à savoir si l'existence d'une clause attributive de juridiction permet d'écarter l'application de l'article 21 de la convention de Bruxelles. En cas de réponse affirmative à cette question, la juridiction de renvoi devra statuer sur l'existence d'une telle clause attributive de juridiction et, si cette dernière s'avère établie, elle devra se considérer comme exclusivement compétente pour statuer sur le litige au principal. À l'inverse, en cas de réponse négative, les dispositions de l'article 21 de la convention de Bruxelles devront s'appliquer, de telle sorte que l'examen de l'existence d'une clause attributive de juridiction ne présentera plus d'intérêt pour la juridiction de renvoi.

27 En conséquence, il convient de répondre à la première question qu'une juridiction nationale peut, en vertu du protocole, soumettre à la Cour une demande d'interprétation de la convention de Bruxelles, alors même qu'elle se fonderait sur des allégations d'une partie au principal dont ladite juridiction n'a pas encore vérifié le bien-fondé, dès lors qu'elle estime, au regard des particularités de l'affaire, qu'une décision préjudicielle est nécessaire pour être en mesure de rendre son jugement et que les questions préjudicielles qu'elle pose à la Cour sont pertinentes. Il lui incombe toutefois de fournir à cette dernière des éléments de fait et de droit lui permettant de donner une interprétation de ladite convention qui soit utile ainsi que d'indiquer les raisons pour lesquelles elle considère qu'une réponse à ses questions est nécessaire à la solution du litige.

Sur la deuxième question

www.ipr.be



www.dipr.be

28 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que le juge saisi en second lieu et qui est exclusivement compétent en vertu d'une clause attributive de juridiction peut, par dérogation à cet article, statuer sur le litige sans attendre que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent.

Observations soumises à la Cour

29 Selon Gasser et le gouvernement du Royaume-Uni, il y aurait lieu de répondre par l'affirmative à cette question. À l'appui de leur interprétation, ils invoquent l'arrêt du 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance e.a.* (C-351/89, Rec. p. I-3317), aux termes duquel il est dit pour droit que c'est «sous réserve de l'hypothèse où le juge saisi en second lieu disposerait d'une compétence exclusive prévue par la convention et, notamment, par son article 16» que la Cour a jugé que l'article 21 de la convention de Bruxelles devait être interprété en ce sens que, lorsque la compétence du juge saisi en premier lieu est contestée, le juge saisi en second lieu ne peut que surseoir à statuer, au cas où il ne se dessaisirait pas, sans pouvoir examiner lui-même la compétence du juge saisi en premier lieu. Il n'y aurait pas lieu, selon Gasser et le gouvernement du Royaume-Uni, de traiter différemment les articles 16 et 17 de ladite convention au regard du mécanisme de la litispendance.

30 Le gouvernement du Royaume-Uni souligne que, si l'article 17 occupe une position inférieure par rapport à celle de l'article 16, dans la hiérarchie des bases de compétence prévues à la convention de Bruxelles, il occuperait toutefois une position supérieure par rapport aux autres bases de compétence, tels l'article 2 et les règles spéciales de compétence figurant aux articles 5 et 6 de la même convention. Les juridictions nationales seraient ainsi tenues d'apprécier d'office si l'article 17 trouve à s'appliquer et leur impose le cas échéant de décliner leur compétence.

31 Le gouvernement du Royaume-Uni ajoute qu'il y a lieu d'examiner les rapports entre les articles 17 et 21 de la convention de Bruxelles en tenant compte des nécessités du commerce international. La pratique commerciale qui consiste à convenir des juridictions qui seront compétentes en cas de litige devrait être soutenue et encouragée. Ces clauses contribueraient, en effet, à la sécurité juridique dans les relations commerciales, car elles permettent aux parties, en cas de survenance d'un différend, de déterminer aisément les juridictions qui seront compétentes pour le trancher.

32 Le gouvernement du Royaume-Uni relève, certes, que, pour justifier la règle générale consacrée à l'article 21 de la convention de Bruxelles, la Cour a précisé, au point 23 de l'arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*, précité, que le juge saisi en second lieu n'est, en aucun cas, mieux placé que le juge saisi en premier lieu pour se prononcer sur la compétence de ce dernier. Ce raisonnement ne trouverait cependant pas application aux espèces dans lesquelles la juridiction saisie en second lieu dispose d'une compétence exclusive en vertu de l'article 17 de la convention de Bruxelles. Dans de telles espèces, la juridiction désignée par la clause attributive de compétence sera, en général, mieux à même de statuer sur l'effet de cette clause, dans la mesure où il y aura lieu de mettre en oeuvre le droit matériel de l'État membre sur le territoire duquel la juridiction désignée est située.



33 Enfin, le gouvernement du Royaume-Uni concède que la thèse qu'il défend pourrait créer un risque de jugements inconciliables. Pour prévenir ce risque, il propose à la Cour de juger que la juridiction saisie en premier et dont la compétence est contestée en vertu d'une clause attributive de juridiction doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal désigné par ladite clause et saisi en second lieu se soit prononcé sur sa compétence.

34 MISAT, le gouvernement italien et la Commission se prononcent, en revanche, en faveur de l'application de l'article 21 de la convention de Bruxelles et donc de l'obligation pour la juridiction saisie en second lieu de surseoir à statuer.

35 La Commission, comme le gouvernement italien, considère que la dérogation en faveur de la compétence du juge saisi en second lieu, au motif qu'il bénéficie d'une compétence exclusive au titre de l'article 16 de la convention de Bruxelles, ne saurait être étendue à un juge désigné en application d'une convention d'élection de juridiction.

36 La Commission justifie la dérogation à la règle édictée à l'article 21, en cas de recours à l'article 16, par l'article 28, paragraphe 1, de la convention de Bruxelles, selon lequel les décisions qui ont été prononcées dans l'État du tribunal saisi en premier lieu en violation de la compétence exclusive de la juridiction saisie en second lieu, fondée sur l'article 16 de ladite convention, ne peuvent être reconnues dans aucun État contractant. Il serait donc incohérent d'obliger, en vertu de l'article 21 de cette même convention, la seconde juridiction, qui est seule compétente, à surseoir à statuer et à se dessaisir en faveur de la juridiction incompétente. Une telle solution aboutirait à ce que les parties obtiennent une décision d'un tribunal incompétent, qui ne pourrait déployer ses effets que dans l'État contractant où elle a été prononcée. Dans ce cas, le but de la convention de Bruxelles, consistant à améliorer la protection juridique et à assurer, à cet effet, la reconnaissance et l'exécution transfrontalière des décisions en matière civile, ne serait pas atteint.

37 Ces considérations ne s'appliqueraient cependant pas en cas de compétence attribuée à la juridiction saisie en second lieu, en vertu de l'article 17 de la convention de Bruxelles. En effet, l'article 28 de celle-ci ne s'applique pas à la violation des dispositions de l'article 17, lequel fait partie du titre II, section 6, de cette même convention. La décision prononcée en violation de la compétence exclusive que la juridiction saisie en second lieu tire d'une clause d'élection de juridiction devrait être reconnue et exécutée dans tous les États contractants.

38 La Commission souligne également que l'article 21 de la convention de Bruxelles vise non seulement à éviter que ne soient prononcées des décisions inconciliables qui, d'après l'article 27, paragraphe 3, de ladite convention, ne sont pas reconnues, mais également à préserver l'économie procédurale, la juridiction saisie en second lieu devant d'abord surseoir à statuer, puis se dessaisir dès que la compétence du tribunal premier saisi est établie. Cette règle claire serait génératrice de sécurité juridique.

39 Se référant au point 23 de l'arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*, précité, la Commission considère que le juge saisi en second lieu n'est, en aucun cas, mieux placé que le juge saisi en premier lieu pour se prononcer sur la compétence de ce dernier. En l'occurrence, le juge italien serait aussi bien placé que le juge autrichien pour établir s'il est compétent au titre de l'article 17 de la convention de Bruxelles, au motif que, en vertu d'un usage commercial entre



l'Autriche et l'Italie, les parties auraient fait attribution de juridiction exclusive au profit du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège de la demanderesse au principal.

40 Enfin, la Commission et le gouvernement italien observent que la compétence visée à l'article 17 de la convention de Bruxelles se distinguerait de celle visée à l'article 16 de celle-ci, en ce sens que, dans le champ d'application de ce dernier article, les parties ne peuvent conclure des conventions attributives de juridiction contraires (article 17, troisième alinéa). Par ailleurs, les parties auraient la faculté de supprimer ou de modifier à tout moment une clause attributive de juridiction visée audit article 17. Tel serait, par exemple, le cas, en application de l'article 18 de ladite convention, lorsqu'une partie intente une action dans un État autre que celui où il a été fait attribution de juridiction et que l'autre partie se constitue sans contester la compétence de la juridiction saisie (voir, en ce sens, arrêt du 24 juin 1981, *Elefanten Schuh*, 150/80, Rec. p. 1671, points 10 et 11).

Réponse de la Cour

41 Il convient de rappeler, à titre liminaire, que l'article 21 de la convention de Bruxelles figure, ensemble avec l'article 22, relatif à la connexité, au titre II, section 8, de cette convention, laquelle tend, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice au sein de la Communauté, à éviter des procédures parallèles devant les juridictions de différents États contractants et les contrariétés de décisions qui pourraient en résulter. Ainsi, cette réglementation vise, dans toute la mesure du possible, à exclure, dès le départ, une situation telle que celle envisagée à l'article 27, point 3, de ladite convention, à savoir la non-reconnaissance d'une décision en raison de son incompatibilité avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État requis (voir arrêt *Gubisch Maschinenfabrik*, précité, point 8). Il en découle que, en vue d'atteindre ces objectifs, l'article 21 doit faire l'objet d'une interprétation large, englobant, en principe, toutes les situations de litispendance devant des juridictions d'États contractants, indépendamment du domicile des parties (arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*, précité, point 16).

42 Il ressort des termes clairs de l'article 21 que, dans une situation de litispendance, la juridiction saisie en second lieu doit surseoir d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal saisi en premier lieu soit établie et, lorsque tel est le cas, se dessaisir en faveur de ce dernier.

43 À cet égard, ainsi que la Cour l'a également relevé au point 13 de l'arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*, précité, l'article 21 n'établit aucune distinction entre les différents chefs de compétence prévus par la convention de Bruxelles.

44 Il est vrai que, au point 26 de l'arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*, précité, avant de juger que l'article 21 de la convention de Bruxelles devait être interprété en ce sens que, lorsque la compétence du juge saisi en premier lieu est contestée, le juge saisi en second lieu ne peut que surseoir à statuer, au cas où il ne se dessaisirait pas, sans pouvoir examiner lui-même la compétence du juge saisi en premier lieu, la Cour a réservé l'hypothèse où le juge saisi en second lieu disposerait d'une compétence exclusive prévue par ladite convention et, notamment, par son article 16.



45 Toutefois, il ressort du point 20 du même arrêt que, en l'absence de toute revendication d'une compétence exclusive du juge saisi en second lieu dans le litige au principal, la Cour s'est simplement abstenue de préjuger de l'interprétation de l'article 21 de la convention dans l'hypothèse qu'elle a spécifiquement réservée.

46 En l'occurrence, une compétence du juge saisi en second lieu est revendiquée au titre de l'article 17 de la convention.

47 Toutefois, cette circonstance n'est pas de nature à remettre en cause l'application de la règle procédurale contenue à l'article 21 de ladite convention, laquelle se fonde clairement et uniquement sur l'ordre chronologique dans lequel les juridictions en cause ont été saisies.

48 En outre, le juge saisi en second lieu n'est, en aucun cas, mieux placé que le juge saisi en premier lieu pour se prononcer sur la compétence de ce dernier. En effet, cette compétence est déterminée directement par les règles de la convention de Bruxelles, qui sont communes aux deux juges et qui peuvent être interprétées et appliquées avec la même autorité par chacun d'entre eux (voir, en ce sens, arrêt *Overseas Union Insurance e.a.*, précité, point 23).

49 Ainsi, en présence d'une clause attributive de juridiction, au sens de l'article 17 de la convention de Bruxelles, non seulement, ainsi que l'a relevé la Commission, les parties ont toujours la possibilité de renoncer à s'en prévaloir et, en particulier, le défendeur a la possibilité de comparaître devant le juge saisi en premier lieu sans soulever l'incompétence de ce dernier sur le fondement de la clause d'élection de juridiction, conformément à l'article 18 de la convention, mais, en outre, en dehors de ces hypothèses, il incombe au premier juge saisi de vérifier l'existence de la clause et de se dessaisir, s'il est établi, selon les termes de l'article 17, que les parties ont effectivement convenu de désigner le tribunal saisi en second lieu comme exclusivement compétent.

50 Il n'en demeure pas moins que, malgré la référence aux usages du commerce international, contenue à l'article 17 de la convention de Bruxelles, la réalité du consentement des intéressés est toujours l'un des objectifs de cette disposition, justifié par le souci de protéger la partie contractante la plus faible en évitant que des clauses attributives de juridiction, insérées dans un contrat par une seule partie, ne passent inaperçues (voir arrêts du 20 février 1997, *MSG*, C-106/95, Rec. p. I-911, point 17, et *Castelletti*, précité, point 19).

51 Dans ces conditions, eu égard aux contestations qui peuvent surgir quant à l'existence même d'un accord de volonté des parties, exprimé suivant les conditions de forme strictes énoncées à l'article 17 de la convention de Bruxelles, il est conforme à la sécurité juridique voulue par celle-ci que, en cas de litispendance, il soit déterminé de manière claire et précise lequel des deux juges nationaux établira s'il est compétent selon les règles de ladite convention. Il découle clairement du libellé de l'article 21 de cette dernière qu'il appartient au juge saisi en premier lieu de se prononcer sur sa compétence, en l'occurrence au regard d'une clause attributive de juridiction qui serait invoquée devant lui, laquelle doit être considérée comme une notion autonome devant être appréciée au regard des seules exigences dudit article 17 (voir, en ce sens, arrêt du 10 mars 1992, *Powell Duffryn*, C-214/89, Rec. p. I-1745, point 14).



52 Au demeurant, l'interprétation de l'article 21 de la convention de Bruxelles qui découle de ce qui précède est corroborée par l'article 19 de ladite convention qui ne prévoit l'obligation pour un juge d'un État contractant de se déclarer d'office incompetent que pour le cas où il est «saisi à titre principal d'un litige pour lequel une juridiction d'un autre État contractant est exclusivement compétente en vertu de l'article 16». L'article 17 de la convention de Bruxelles n'est pas visé par l'article 19.

53 Enfin, les difficultés, telles que celles invoquées par le gouvernement du Royaume-Uni, découlant des comportements dilatoires de parties qui, souhaitant retarder la solution du litige au fond, engagent une action devant un tribunal qu'elles savent incompetent du fait de l'existence d'une clause attributive de juridiction, ne sont pas de nature à remettre en cause l'interprétation de l'une des dispositions de la convention de Bruxelles, telle qu'elle résulte de son texte et de sa finalité.

54 Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de répondre à la deuxième question que l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que le juge saisi en second lieu et dont la compétence a été revendiquée en vertu d'une clause attributive de juridiction doit néanmoins surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompetent.

Sur la troisième question

55 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens qu'il peut être dérogé à ses dispositions lorsque, d'une manière générale, la durée des procédures devant les juridictions de l'État contractant dans lequel le tribunal saisi en premier lieu a son siège est excessivement longue.

Sur la recevabilité

56 La Commission met en doute la recevabilité de cette question et, partant, des questions suivantes, qui sont connexes à celle-ci, au motif que la juridiction de renvoi n'aurait pas fourni d'éléments concrets permettant de conclure que le Tribunale civile e penale di Roma a méconnu l'obligation de statuer dans un délai raisonnable et violé ainsi l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la «CEDH»).

57 Cette position ne saurait être admise. Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 87 de ses conclusions, c'est bien au regard de la circonstance que la durée moyenne des procédures devant les juridictions de l'État membre dans lequel le tribunal saisi en premier lieu a son siège serait excessivement longue que la juridiction de renvoi a posé la question de savoir si le juge saisi en second lieu peut valablement écarter l'application de l'article 21 de la convention de Bruxelles. Pour répondre à cette question, que cette dernière juridiction a estimé pertinente pour la solution du litige au principal, il n'est pas nécessaire qu'elle fournisse des éléments sur le déroulement de la procédure devant le Tribunale civile e penale di Roma.



58 Il y a donc lieu de répondre à la troisième question.

Sur le fond

Observations soumises à la Cour

59 Selon Gasser, l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété, en tout état de cause, de manière à exclure les procédures excessivement longues (c'est-à-dire d'une durée supérieure à trois ans), qui seraient contraires à l'article 6 de la CEDH et comporteraient des restrictions aux libertés de circulation telles que garanties par les articles 28 CE, 39 CE, 48 CE et 49 CE. Il appartiendrait aux services de l'Union européenne ou aux juridictions nationales de déterminer les États qui, notamment, connaissent des procédures juridictionnelles excessivement longues.

60 Aussi, dans l'hypothèse où aucune décision sur la compétence n'aurait été rendue dans un délai de six mois suivant l'introduction de l'action devant le juge premier saisi ou aucune décision définitive sur la compétence ne serait intervenue dans l'année suivant cette introduction, y aurait-il lieu d'écarter l'application de l'article 21 de la convention de Bruxelles. En tout état de cause, les juridictions de l'État saisi en deuxième lieu auraient le droit de statuer elles-mêmes tant sur la question de la compétence que, moyennant des délais un peu plus longs, sur le fond de l'affaire.

61 Le gouvernement du Royaume-Uni estime également que l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété dans le respect de l'article 6 de la CEDH. Il observe, à cet égard, qu'un débiteur potentiel dans un litige commercial tentera souvent, devant la juridiction de son choix, une action en vue d'obtenir un jugement l'exonérant de toute responsabilité, en ayant connaissance que cette procédure durera particulièrement longtemps, et ce dans l'intention de retarder de plusieurs années une décision à son encontre.

62 L'application automatique dudit article 21 dans une telle hypothèse octroierait au débiteur potentiel un avantage substantiel et injuste qui lui permettrait de contrôler la procédure, voire de dissuader le créancier de faire valoir ses droits en justice.

63 Dans ces conditions, le gouvernement du Royaume-Uni propose à la Cour de reconnaître une exception audit article 21 qui permettrait à la juridiction saisie en second lieu d'apprécier la compétence de la juridiction saisie en premier lieu lorsque:

- 1) le demandeur a intenté, de mauvaise foi, une action devant une juridiction incompétente dans le but de bloquer la procédure devant les juridictions d'un autre État contractant qui sont compétentes en vertu de la convention de Bruxelles et lorsque
- 2) la juridiction saisie en premier lieu n'a pas décidé de sa compétence dans un délai raisonnable.

64 Le gouvernement du Royaume-Uni ajoute que ces conditions devraient être appréciées par les juridictions nationales, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes.



65 MISAT, le gouvernement italien et la Commission défendent, au contraire, la thèse de la pleine applicabilité de l'article 21 de la convention de Bruxelles, nonobstant la durée excessivement longue des procédures juridictionnelles dans l'un des États en cause.

66 Selon MISAT, une réponse affirmative à la troisième question préjudicielle aurait pour effet de créer une insécurité juridique et d'accroître la charge financière pour les parties au litige qui seraient tenues de poursuivre de front des instances dans deux États différents et de comparaître devant les deux juridictions saisies, sans être en mesure de prévoir quelle juridiction se prononcera la première dans le temps. Le contentieux déjà important en matière de compétence juridictionnelle s'en trouverait inutilement multiplié, ce qui contribuerait à une paralysie du système juridique.

67 La Commission rappelle que la convention de Bruxelles repose sur la confiance réciproque ainsi que sur l'équivalence des juridictions des États contractants et établit un système obligatoire des compétences que toutes les juridictions entrant dans le champ d'application de ladite convention sont tenues de respecter. Ceci permettrait d'imposer aux États contractants l'obligation de reconnaître et d'exécuter réciproquement les décisions de justice par des procédures simples. Ce système obligatoire de la compétence juridictionnelle servirait en même temps la sécurité juridique car, grâce aux règles de la convention de Bruxelles, les parties et les juridictions pourraient régulièrement et aisément déterminer la compétence internationale. Dans ce système, le titre II, section 8, de ladite convention viserait à prévenir les conflits de compétence et les décisions divergentes.

68 Il ne serait pas conciliable avec la philosophie et les objectifs de la convention de Bruxelles que les juridictions nationales aient l'obligation de respecter les règles régissant la litispendance uniquement si elles estiment que la juridiction saisie en premier lieu statue dans un délai raisonnable. En effet, ladite convention ne prévoirait nulle part que les juridictions peuvent prendre le prétexte de retards de procédure dans d'autres États contractants pour se dispenser d'appliquer ses dispositions.

69 En outre, le moment à partir duquel la durée d'une procédure devient excessivement longue, au point de pouvoir nuire gravement aux intérêts d'une partie, ne pourrait être fixé que sur la base d'une appréciation tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce. Cette question ne pourrait pas être réglée dans le cadre de la convention de Bruxelles. Il appartiendrait, en effet, à la Cour européenne des droits de l'homme d'en connaître et les juridictions nationales ne pourraient se substituer à celle-ci en recourant à l'article 21 de ladite convention.

Réponse de la Cour

70 Ainsi que l'ont relevé, d'une part, la Commission et, d'autre part, M. l'avocat général aux points 88 et 89 de ses conclusions, une interprétation de l'article 21 de la convention de Bruxelles selon laquelle l'application de cet article devrait être écartée dans l'hypothèse où le tribunal saisi en premier lieu appartiendrait à un État membre dont les juridictions connaissent, d'une manière générale, des délais de traitement des affaires excessivement longs serait manifestement contraire tant à la lettre qu'à l'économie et à la finalité de cette convention.



71 En effet, d'une part, ladite convention ne comporte aucune disposition en vertu de laquelle ses articles et, en particulier, l'article 21 cesseraient de s'appliquer en raison de la longueur de la procédure devant les juridictions de l'État contractant considéré.

72 D'autre part, il convient de rappeler que la convention de Bruxelles repose nécessairement sur la confiance que les États contractants accordent mutuellement à leurs systèmes juridiques et à leurs institutions judiciaires. C'est cette confiance mutuelle qui a permis la mise en place d'un système obligatoire de compétence, que toutes les juridictions entrant dans le champ d'application de la convention sont tenues de respecter, et la renonciation corrélative par ces mêmes États à leurs règles internes de reconnaissance et d'exequatur des jugements étrangers au profit d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice. Il est également constant que ladite convention vise ainsi à garantir la sécurité juridique en permettant aux justiciables de prévoir avec suffisamment de certitude le tribunal compétent.

73 Compte tenu de ce qui précède, il convient de répondre à la troisième question que l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens qu'il ne saurait être dérogé à ses dispositions lorsque, d'une manière générale, la durée des procédures devant les juridictions de l'État contractant dans lequel le tribunal saisi en premier lieu a son siège est excessivement longue.

Sur les quatrième à sixième questions

74 Compte tenu de la réponse à la troisième question, il n'y a pas lieu de répondre aux quatrième, cinquième et sixième questions, lesquelles n'ont été posées par la juridiction de renvoi que pour le cas où il aurait été répondu par l'affirmative à la troisième question.

Sur les dépens

75 Les frais exposés par les gouvernements italien et du Royaume-Uni, ainsi que 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 , (assemblée plénière)

statuant sur les questions à elle soumises par IR17Oberlandesgericht Innsbruck, par arrêt du 25 mars 2002, dit pour droit:

1) Une juridiction nationale peut, en vertu du protocole du 3 juin 1971 relatif à l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27septembre 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, par la convention du 26mai1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République

www.ipr.be



www.dipr.be

portugaise et par la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède, soumettre à la Cour une demande d'interprétation de cette convention, alors même qu'elle se fonderait sur des allégations d'une partie au principal dont ladite juridiction n'a pas encore vérifié le bien-fondé, dès lors qu'elle estime, au regard des particularités de l'affaire, qu'une décision préjudicielle est nécessaire pour être en mesure de rendre son jugement et que les questions préjudicielles qu'elle pose à la Cour sont pertinentes. Il lui incombe toutefois de fournir à cette dernière des éléments de fait et de droit lui permettant de donner une interprétation de ladite convention qui soit utile ainsi que d'indiquer les raisons pour lesquelles elle considère qu'une réponse à ses questions est nécessaire à la solution du litige.

2) L'article 21 de la convention du 27 septembre 1968 doit être interprété en ce sens que le juge saisi en second lieu et dont la compétence a été revendiquée en vertu d'une clause attributive de juridiction doit néanmoins surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent.

3) L'article 21 de la convention du 27 septembre 1968 doit être interprété en ce sens qu'il ne saurait être dérogé à ses dispositions lorsque, d'une manière générale, la durée des procédures devant les juridictions de l'État contractant dans lequel le tribunal saisi en premier lieu a son siège est excessivement longue.

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 9 décembre 2003.



Hof van Justitie, zaak C-167/01, Inspire Art, arrest van 30 september 2003¹

Vennootschappen – 1. Elfde richtlijn (89/666/EG) – volledige harmonisatie die bijkomende nationale openbaarmakingsverplichting uitsluit – 2. vrijheid van vestiging – regelmatige oprichting in een Lidstaat – geen bijkomende voorwaarden voor een filiaal in andere Lidstaat – uitzondering: misbruik

Sociétés – 1. onzième directive (89/666/EG) – harmonisation exhaustive, excluant obligations nationales additionnelles en matières de publicité – 2. liberté d'établissement – constituée en conformité avec la législation d'un État Membre – défense de conditions additionnelles pour une succursale dans un autre État Membre – exception : abus

In zaak C-167/01,
betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van het Kantongerecht te Amsterdam (Nederland), in het aldaar aanhangig geding tussen **Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam** en **Inspire Art Ltd**, om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 43 EG, 46 EG en 48 EG, wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, J.-P. Puissochet, M. Wathelet (rapporteur), R. Schintgen en C. W. A. Timmermans, kamerpresidenten, C. Gulmann, D. A. O. Edward, A. La Pergola, P. Jann, V. Skouris, F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr, J. N. Cunha Rodrigues en A. Rosas, rechters,
advocaat-generaal: S. Alber,
griffier: M.-F. Contet, hoofdadministrateur,
gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:
- de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam, vertegenwoordigd door C. J. J. C. van Nispen, advocaat,
- Inspire Art Ltd, vertegenwoordigd door M. E. van Wissen en G. van der Wal, advocaten,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door H. G. Sevenster als gemachtigde,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door B. Muttelsee-Schön en A. Dittrich als gemachtigden,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door I. M. Braguglia als gemachtigde, bijgestaan door M. Fiorilli, avvocato dello Stato,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door H. Dossi als gemachtigde,
- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door R. Magrill als gemachtigde, bijgestaan door J. Stratford, barrister,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door C. Schmidt en C. van der Hauwaert als gemachtigden,
gezien het rapport ter terechtzitting,
gehoord de mondelinge opmerkingen van de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam, vertegenwoordigd door R. Hermans en E. Pijnacker Hordijk advocaten; Inspire Art Ltd, vertegenwoordigd door G. van der Wal; de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door J. G. M. van Bakel als gemachtigde; de Duitse

¹ Zie de noot van J. MEEUSEN, in dit nummer.



regering, vertegenwoordigd door A. Dittrich; de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door J. Stratford, en de Commissie, vertegenwoordigd door C. Schmidt en H. van Lier als gemachtigde, ter terechtzitting van 26 november 2002, gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 30 januari 2003, het navolgende

Arrest

1. Bij beschikking van 5 februari 2001, bij het Hof binnengekomen op 19 april daaraanvolgend, heeft het Kantongerecht te Amsterdam krachtens artikel 234 EG twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 43 EG, 46 EG en 48 EG.

2. Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen de Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam (Nederland) (hierna: Kamer van Koophandel) en de vennootschap naar Engels recht Inspire Art Ltd (hierna: Inspire Art) over de aan het filiaal van laatstgenoemde in Nederland opgelegde verplichting om bij zijn inschrijving in het Nederlandse handelsregister ook de vermelding formeel buitenlandse vennootschap op te nemen en om deze vermelding in het bedrijfsleven te gebruiken, welke verplichtingen worden opgelegd door de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen van 17 december 1997 (Stb. 1997, 697; hierna: WFBV).

Het rechtskader

De communautaire regeling

3. Ingevolge artikel 43, eerste alinea, EG:

[...] zijn beperkingen op de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

4. Artikel 48 EG breidt het recht van vestiging, onder dezelfde voorwaarden als die welke gelden voor natuurlijke personen die onderdaan van een lidstaat zijn, uit tot vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben.

5. Op grond van artikel 46 EG mogen de lidstaten de vrijheid van vestiging van buitenlandse onderdanen beperken door wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen voorzover deze uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.

6. Ter verwezenlijking van de vrijheid van vestiging voorziet artikel 44, lid 2, sub g, EG in de mogelijkheid voor de Raad van de Europese Unie om richtlijnen vast te stellen teneinde voorzover nodig, de waarborgen te coördineren welke in de lidstaten worden verlangd van de rechtspersonen in de zin van de tweede alinea van artikel 48, om de belangen te beschermen



zowel van de deelnemers in die rechtspersonen als van derden, teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken.

7. Op basis van deze bepaling heeft de Raad verschillende richtlijnen vastgesteld (hierna: richtlijnen vennootschapsrecht), met name de volgende, in het hoofdgeding aan de orde zijnde richtlijnen.

8. De Eerste richtlijn (68/151/EEG) van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 65, blz. 8; hierna: Eerste richtlijn), geldt voor kapitaalvennootschappen. Zij voorziet in drie maatregelen ter bescherming van derden die met deze vennootschappen handel drijven: het aanleggen van een dossier met een aantal verplichte inlichtingen, dat voor elke vennootschap wordt bijgehouden bij het territoriaal bevoegde handelsregister; de harmonisatie van de nationale regels betreffende de geldigheid en de mogelijkheid om namens een vennootschap aangegane verplichtingen aan derden tegen te werpen (daaronder begrepen vennootschappen in oprichting), en de vaststelling van een uitputtende lijst van gevallen van nietigheid van vennootschappen.

9. De Tweede richtlijn (77/91/EEG) van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde de waarborgen gelijkwaardig te maken (PB 1977, L 26, blz. 1; hierna: Tweede richtlijn), betreft de oprichting van de naamloze vennootschap en de instandhouding en wijziging van haar kapitaal. Zij schrijft voor welke gegevens moeten worden vermeld in de statuten of de oprichtingsakte van naamloze vennootschappen, bepaalt het bedrag van het voor dit soort vennootschappen vereiste minimumkapitaal en geeft de geharmoniseerde regels voor de inbreng, de volstorting van aandelen, de nominale waarde ervan en de dividenduitkering aan aandeelhouders.

10. De Vierde richtlijn (78/660/EEG) van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PB L 222, blz. 11; hierna: Vierde richtlijn), geldt voor kapitaalvennootschappen. Zij harmoniseert de nationale bepalingen inzake de opstelling, de inhoud, de structuur en de bekendmaking van de jaarrekeningen van ondernemingen.

11. De Zevende richtlijn (83/349/EEG) van de Raad van 13 juni 1983 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de geconsolideerde jaarrekening (PB L 193, blz. 1; hierna: Zevende richtlijn) heeft, wat de opstelling van geconsolideerde jaarrekeningen betreft, hetzelfde doel als de Vierde richtlijn.

12. De Elfde richtlijn (89/666/EEG) van de Raad van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een lidstaat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die



onder het recht van een andere staat vallen (PB L 395, blz. 36; hierna: Elfde richtlijn), heeft betrekking op bijkantoren van kapitaalvennootschappen.

13. Volgens de derde overweging van de considerans van de Elfde richtlijn is deze vastgesteld met inachtneming van het feit dat de oprichting van een bijkantoor, evenals de oprichting van een dochteronderneming, een van de mogelijkheden is waarover een vennootschap momenteel beschikt om haar recht van vestiging in een andere lidstaat uit te oefenen.

14. In de vierde overweging van de considerans van deze richtlijn wordt erkend dat er door het ontbreken van coördinatie met betrekking tot bijkantoren, met name ten aanzien van de openbaarmaking, een zekere ongelijkheid ten aanzien van de bescherming van de aandeelhouders en van derden bestaat tussen, enerzijds, vennootschappen die door middel van de oprichting van bijkantoren en, anderzijds, vennootschappen die door middel van de oprichting van dochterondernemingen in andere lidstaten werkzaam zijn.

15. In de vijfde overweging van de considerans van deze richtlijn wordt gesteld dat de verschillen op dit gebied in de wetgeving van de lidstaten een belemmering kunnen vormen voor de uitoefening van het recht van vestiging en dat het derhalve noodzakelijk is deze verschillen op te heffen om onder andere de uitoefening van dit recht te waarborgen.

16. In de twaalfde overweging van de considerans van deze richtlijn wordt verklaard dat de richtlijn geen enkele invloed heeft op de openbaarmakingsverplichtingen waaraan de bijkantoren op grond van andere bepalingen zijn gehouden, bijvoorbeeld die van het sociale recht voor wat betreft het recht op informatie van werknemers, het fiscale recht, alsmede voor statistische doeleinden.

17. Artikel 2, lid 1, van de Elfde richtlijn bevat een lijst van gegevens die in de lidstaat waarin het bijkantoor is gevestigd, openbaar moeten worden gemaakt. Het gaat om de volgende gegevens:

- a) het adres van het bijkantoor;
- b) de werkzaamheden van het bijkantoor;
- c) het register waarbij het in artikel 3 van richtlijn 68/151/EEG vermelde dossier voor de vennootschap werd aangelegd en het nummer waaronder de vennootschap in dit register is ingeschreven;
- d) de naam en de rechtsvorm van de vennootschap, alsmede de naam van het bijkantoor indien deze niet met die van de vennootschap overeenstemt;
- e) de benoeming, de beëindiging van de functie en de identiteit van de personen die bevoegd zijn de vennootschap jegens derden te verbinden en haar in rechte te vertegenwoordigen,
- als orgaan van de vennootschap waarin de wet voorziet, of als leden van een dergelijk orgaan in overeenstemming met de openbaarmaking bij de vennootschap overeenkomstig artikel 2, lid 1, sub d, van richtlijn 68/151/EEG,



- als vaste vertegenwoordigers van de vennootschap voor de werkzaamheid van het bijkantoor, met vermelding van de omvang van hun bevoegdheden;
- f) - de ontbinding van de vennootschap, de benoeming, de identiteit en de bevoegdheden van de vereffenaars, alsook de beëindiging van de vereffening in overeenstemming met de openbaarmaking bij de vennootschap overeenkomstig artikel 2, lid 1, sub h, j en k, van richtlijn 68/151/EEG;
- een faillissement, een akkoord of een andere soortgelijke procedure met betrekking tot de vennootschap;
- g) de boekhoudbescheiden op de wijze bepaald in artikel 3;
- h) de sluiting van het bijkantoor.

18. Bovendien kan de lidstaat waar het bijkantoor is opgericht, op grond van artikel 2, lid 2, van de Elfde richtlijn aanvullende openbaarmakingsverplichtingen opleggen, die betrekking hebben op de volgende gegevens:

- a) een handtekening van de in lid 1, sub e en f, van het onderhavige artikel bedoelde personen;
- b) de oprichtingsakte en de statuten, indien deze overeenkomstig artikel 2, lid 1, sub a, b en c, van richtlijn 68/151/EEG in een afzonderlijke akte zijn opgenomen, alsmede de wijzigingen in deze documenten;
- c) een attest uit het in lid 1, sub c, van het onderhavige artikel bedoelde register betreffende het bestaan van de vennootschap;
- d) een vermelding betreffende de zekerheden die rusten op de goederen van de vennootschap die in deze lidstaat zijn gelegen, voorzover deze openbaarmaking een voorwaarde is voor de geldigheid van zulke zekerheden.

19. Ingevolge artikel 4 van de Elfde richtlijn kan de lidstaat waar het bijkantoor is opgericht, bepalen dat, met name voor de openbaarmaking bedoeld in artikel 2, lid 2, sub b, van de richtlijn een andere officiële taal van de Gemeenschap wordt gebruikt en dat de vertaling van de richtlijn van de openbaar gemaakte bescheiden wordt gewaarmerkt.

20. Krachtens artikel 6 van de Elfde richtlijn bepalen de lidstaten dat op de door het bijkantoor gebruikte brieven en orderformulieren, naast de in artikel 4 van de Eerste richtlijn genoemde gegevens, melding wordt gemaakt van het register waarbij het dossier van het bijkantoor is aangelegd, en van het nummer waaronder het bijkantoor in dit register is ingeschreven.

21. Ten slotte bepaalt artikel 12 van de Elfde richtlijn dat de lidstaten passende sancties vaststellen voor het geval de openbaarmakingsverplichtingen die zij de bijkantoren in de lidstaat van ontvangst oplegt, niet worden nagekomen.

De nationale regeling

www.ipr.be



www.dipr.be

22. Volgens artikel 1 WFBV wordt onder een formeel buitenlandse vennootschap verstaan een naar een ander dan Nederlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap, die haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en voorts geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt waarnaar zij is opgericht [...].

23. De artikelen 2 tot en met 5 WFBV leggen de formeel buitenlandse vennootschappen verschillende verplichtingen op betreffende de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister, de vermelding van deze hoedanigheid op van haar uitgaande stukken, het minimumkapitaal alsmede de opmaak, de inrichting en de openbaarmaking van de jaarstukken. De WFBV voorziet voorts in sancties in geval van niet-naleving van deze bepalingen.

24. Volgens met name artikel 2 WFBV moet een vennootschap die aan de definitie van een formeel buitenlandse vennootschap voldoet zich als zodanig laten inschrijven in het handelsregister van de lidstaat van ontvangst. Tevens moet bij dat register worden neergelegd, een in het Nederlands, Frans, Duits of Engels gesteld authentiek afschrift of een door een bestuurder gewaarmerkt afschrift van de akte van oprichting en van de statuten, indien deze laatste in een afzonderlijke akte zijn opgenomen. Ook moet in dit register opgave worden gedaan van het nationale register waarin en het nummer waaronder die vennootschap is ingeschreven, en de datum van de eerste registratie alsmede, voor vennootschappen met één aandeelhouder, van bepaalde gegevens betreffende die aandeelhouder.

25. Artikel 4, lid 4, WFBV bepaalt dat de bestuurders naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elke tijdens hun bestuur in naam van de vennootschap verrichte rechtshandeling, zolang niet is voldaan aan de verplichting tot inschrijving in het handelsregister.

26. Krachtens artikel 3 WFBV moeten alle geschriften en aankondigingen, waarin een formeel buitenlandse vennootschap vóórkomt of die van haar uitgaan, met uitzondering van telegrammen en reclames, de volledige naam van de vennootschap, haar rechtsvorm, haar statutaire zetel en haar primaire plaats van vestiging vermelden, alsmede het nummer van inschrijving, de datum van de eerste inschrijving en het register waarin zij krachtens het op haar toepasselijke recht moet zijn ingeschreven. Tevens moet volgens dit artikel worden vermeld dat de vennootschap een formeel buitenlandse vennootschap is, en is het verboden, in geschriften of aankondigingen een aanduiding te gebruiken die in strijd met de waarheid inhoudt dat de onderneming toebehoort aan een Nederlandse rechtspersoon.

27. Op grond van artikel 4, lid 1, WFBV moet het geplaatste kapitaal van een formeel buitenlandse vennootschap ten minste gelijk zijn aan het minimumkapitaal dat door artikel 2:178 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) wordt voorgeschreven voor Nederlandse vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Dit bedroeg op 1 september 2000 18 000 euro (Stb. 2000, 322). Het eigen vermogen moet ten minste het minimumkapitaal bedragen (artikel 4, lid 2, WFBV, dat naar artikel 2:178 BW verwijst). Om er zeker van te zijn dat de formeel buitenlandse vennootschap aan deze voorwaarden voldoet, wordt een verklaring van een registeraccountant verlangd, die bij het handelsregister moet worden neergelegd (artikel 4, lid 3, WFBV).



28. Zolang niet aan de voorwaarden betreffende het kapitaal en de eigen middelen is voldaan, zijn de bestuurders naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden. De bestuurders van een formeel buitenlandse vennootschap zijn ook hoofdelijk aansprakelijk voor de handelingen van de vennootschap, indien het geplaatste en gestorte kapitaal, nadat het aanvankelijk voldeed aan de eis inzake het minimumkapitaal, beneden het vereiste minimum daalt. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders bestaat alleen gedurende de periode waarin de vennootschap een formeel buitenlandse vennootschap is (artikel 4, lid 4, WFBV).

29. Artikel 4, lid 5, WFBV preciseert echter dat de voorschriften met betrekking tot het minimumkapitaal niet van toepassing zijn op een vennootschap waarop het recht van een van de lidstaten of van een staat die partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) toepasselijk is, en waarop voorts de Tweede richtlijn van toepassing is.

30. Artikel 5, leden 1 en 2, WFBV verplicht de bestuurders van formeel buitenlandse vennootschappen, een boekhouding te voeren en deze zeven jaar te bewaren. De bestuurders dienen jaarlijks een jaarrekening en jaarverslag op te maken. Deze stukken moeten openbaar worden gemaakt door neerlegging bij het handelsregister. Zij moeten voldoen aan de eisen van titel 9 van boek 2 BW, waarmee wordt gewaarborgd dat zij overeenstemmen met de jaarstukken van Nederlandse vennootschappen.

31. De bestuurders zijn bovendien verplicht ieder kalenderjaar vóór 1 april van dat jaar ten kantore van het handelsregister neer te leggen, een bewijs van inschrijving in het register waar de vennootschap krachtens het op haar toepasselijke recht moet zijn ingeschreven (artikel 5, lid 4, WFBV). Ingevolge artikel 7 WFBV worden voor de toepassing van de WFBV degenen die met de dagelijkse leiding van de aan de vennootschap toebehorende onderneming zijn belast, met de bestuurders gelijkgesteld.

32. De artikelen 2:249 en 2:260 BW zijn van overeenkomstige toepassing op een formeel buitenlandse vennootschap. Volgens deze artikelen zijn, in geval van openbaarmaking van misleidende jaarstukken of tussentijdse cijfers, de bestuurders en commissarissen hoofdelijk aansprakelijk voor schade die derden dientengevolge lijden.

33. Artikel 5, lid 3, WFBV bepaalt echter dat de verplichtingen van artikel 5, leden 1 en 2, WFBV inzake de boekhouding en de jaarstukken niet gelden voor vennootschappen waarop het recht van een lidstaat van de EU of van de EER van toepassing is en waarop de Vierde en de Zevende richtlijn van toepassing zijn.

Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

34. Inspire Art is op 28 juli 2000 opgericht in de rechtsvorm van een private company limited by shares (privaatrechtelijke vennootschap met beperkte aansprakelijkheid) naar Engels recht en heeft haar bedrijfszetel te Folkestone (Verenigd Koninkrijk). Haar enige bestuurder (director), woonachtig te 's-Gravenhage (Nederland), is bevoegd om alleen en zelfstandig

www.ipr.be



www.dipr.be

namens de vennootschap op te treden. De vennootschap, die onder de handelsnaam Inspire Art Ltd werkzaam is op het gebied van de verkoop van kunst, is haar werkzaamheden op 17 augustus 2000 begonnen en beschikt over een filiaal te Amsterdam.

35. Inspire Art is ingeschreven in het handelsregister te Amsterdam zonder de vermelding dat zij een formeel buitenlandse vennootschap in de zin van artikel 1 WFBV is.

36. De Kamer van Koophandel, die deze vermelding verplicht achtte omdat Inspire Art haar ondernemingsactiviteiten uitsluitend in Nederland verricht, heeft het Kantongerecht te Amsterdam op 30 oktober 2000 verzocht, te gelasten dat de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister wordt aangevuld met de vermelding formeel buitenlandse vennootschap in de zin van artikel 1 WFBV, hetgeen andere in de wet voorziene verplichtingen meebrengt, zoals is uiteengezet in de punten 22 tot en met 33 van dit arrest.

37. Inspire Art heeft primair bestreden dat de inschrijving onvolledig is. Zij is van mening dat zij niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 1 WFBV. Subsidiair, voor het geval dat het Kantongerecht te Amsterdam zou beslissen dat zij wel onder die omschrijving valt, heeft zij gesteld dat de WFBV in strijd is met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de artikelen 43 EG en 48 EG.

38. In zijn verwijzingsbeschikking van 5 februari 2001 heeft het Kantongerecht te Amsterdam geoordeeld dat Inspire Art een formeel buitenlandse vennootschap in de zin van artikel 1 WFBV is.

39. Naar aanleiding van de vraag, of de WFBV verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, heeft het de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

1) Dienen de artikelen 43 juncto 48 (nieuw) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap zo te worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat Nederland op basis van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen van 17 december 1997 nadere voorschriften stelt als in artikelen 2 t/m 5 van die wet omschreven, aan de vestiging in Nederland van een filiaal van een vennootschap, welke in het Verenigd Koninkrijk is opgericht met de uitsluitende bedoeling om enig voordeel te verkrijgen ten opzichte van ondernemingen opgericht volgens het recht van Nederland, welk recht strengere voorschriften dan het recht van het Verenigd Koninkrijk inzake de oprichting en volstorting stelt en welke bedoeling door de Nederlandse wet wordt afgeleid uit de omstandigheden dat de vennootschap haar werkzaamheden geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en voorts geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt waar zij is opgericht?

2) Zo de uitleg van deze artikelen erop neerkomt dat er sprake is van onverenigbaarheid van het bepaalde in de Wet formeel buitenlandse vennootschappen met deze artikelen, dient artikel 46 van het Verdrag zodanig uitgelegd te worden dat het bepaalde in artikelen 43 en 48 niet afdoet aan toepasselijkheid van de Nederlandse regeling van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen omdat daarbij bepalingen zijn vastgesteld die om de door de Nederlandse wetgever aangevoerde redenen gerechtvaardigd zijn?



Opmerkingen vooraf

40. De Kamer van Koophandel, de Nederlandse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen zijn van mening dat de verwijzende rechter de prejudiciële vragen te ruim heeft geformuleerd. In het hoofdgeding gaat het immers slechts om de inschrijving van een vennootschap in het handelsregister, zodat het Hof zijn onderzoek zou moeten beperken tot de nationale bepalingen die op deze vraag betrekking hebben.

41. Zij stellen het Hof daarom voor om van zijn onderzoek uit te sluiten, de artikelen 3 en 6 WFBV in hun totaliteit alsmede bepaalde onderdelen van de artikelen 2, 4 en 5 van deze wet (meer in het bijzonder artikel 2, leden 1, in fine, en 2, artikel 4, leden 1, 2, 4 en 5, alsmede artikel 5, leden 1 en 2).

42. Volgens vaste rechtspraak is de procedure van artikel 234 EG een instrument van samenwerking tussen het Hof en de nationale rechters (zie over deze vraag met name arrest van 16 juli 1992, Lourenço Dias, C-343/90, Jurispr. blz. I-4673, punt 14).

43. In het kader van deze samenwerking is de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd, die als enige rechtstreeks kennis heeft van de feiten van het geding en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, het best in staat om, gelet op de bijzonderheden van de zaak, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt (zie met name arrest Lourenço Dias, reeds aangehaald, punt 15, en arrest van 22 januari 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Jurispr. blz. I-607, punt 18).

44. Wanneer de vraag van de nationale rechter betrekking heeft op de uitlegging van een bepaling van het gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (arrest Lourenço Dias, reeds aangehaald, punt 16; arresten van 15 december 1995, Bosman, C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 59, en 13 maart 2001, PreussenElektra, C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 38, en arrest Canal Satélite Digital, reeds aangehaald, punt 18).

45. Eveneens volgens vaste rechtspraak echter is het Hof van oordeel dat het aan hem staat om ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid, zo nodig een onderzoek in te stellen naar de omstandigheden waaronder de nationale rechter hem om een prejudiciële beslissing heeft verzocht (arrest van 16 december 1981, Foglia, 244/80, Jurispr. blz. 3045, punt 21, en arrest Canal Satélite Digital, reeds aangehaald, punt 19). De geest van samenwerking die in het verloop van de verwijzingsprocedure moet heersen, houdt namelijk eveneens in dat de nationale rechter zijnerzijds oog dient te hebben voor de aan het Hof opgedragen taak om bij te dragen tot de rechtsbedeling in de lidstaten en niet om rechtsgeleerde adviezen over algemene of hypothetische vragen te geven (zie met name reeds aangehaalde arresten Foglia, punten 18 en 20; Lourenço Dias, punt 17, en Bosman, punt 60, en arrest van 21 maart 2002, Cura Anlagen, C-451/99, Jurispr. blz. I-3193, punt 26).

46. Voorts zij eraan herinnerd dat het, teneinde het Hof in staat te stellen een nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te geven, onontbeerlijk is dat de nationale rechter



uiteenzet waarom hij van mening is dat een antwoord op zijn vragen noodzakelijk is voor de beslechting van het geding (zie met name arrest Foglia, reeds aangehaald, punt 17).

47. Wanneer het Hof over deze informatie beschikt, kan het nagaan of de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht verband houdt met een reëel geschil en met het voorwerp van het hoofdgeding. Wanneer blijkt dat de vraag duidelijk niet relevant is voor de beslechting van dit geding, dient het Hof de zaak zonder beslissing af te doen (arrest Lourenço Dias, reeds aangehaald, punt 20).

48. In het licht van het voorgaande moet worden onderzocht, of de vragen die de verwijzende rechter in deze zaak heeft gesteld, relevant zijn voor de beslechting van het geding.

49. In het hoofdgeding gaat het weliswaar vooral om de vraag of Inspire Art als formeel buitenlandse vennootschap in het handelsregister moet worden ingeschreven, doch dit neemt niet weg dat deze inschrijving een aantal automatische en onlosmakelijk daaraan verbonden rechtsgevolgen heeft, die in de artikelen 2 tot en met 5 WFBV worden genoemd.

50. De nationale rechter heeft daarom geoordeeld dat de vraag van de verenigbaarheid met de artikelen 43 EG, 46 EG en 48 EG in het bijzonder rijst voor bepaalde, in de artikelen 2 tot en met 5 WFBV bepaalde verplichtingen, namelijk die betreffende de inschrijving als formeel buitenlandse vennootschap, de vermelding van deze hoedanigheid op alle van de vennootschap uitgaande stukken, het vereiste minimumkapitaal en de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders als hoofdelijke schuldenaars wanneer het maatschappelijk kapitaal niet of niet meer het bedrag van het door de wet vereiste minimumkapitaal bereikt.

51. Om de nationale rechter een nuttig antwoord in de zin van de reeds aangehaalde rechtspraak te geven, moeten daarom al deze bepalingen worden getoetst aan de vrijheid van vestiging, zoals deze door het EG-Verdrag en de vennootschapsrichtlijnen wordt gegarandeerd.

De prejudiciële vragen

52. Met de prejudiciële vragen, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen:

- of de artikelen 43 EG en 48 EG aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een wettelijke regeling van een lidstaat, zoals de WFBV, die aanvullende voorwaarden, als in de artikelen 2 tot en met 5 van deze wet omschreven, stelt aan de vestiging in deze lidstaat van een filiaal van een vennootschap, welke in een andere lidstaat is opgericht met de uitsluitende bedoeling om enig voordeel te verkrijgen ten opzichte van vennootschappen opgericht volgens het recht van de lidstaat van vestiging, welk recht strengere voorschriften dan het recht van de lidstaat van oprichting bevat op het gebied van de oprichting van vennootschappen en de volstorting van aandelen;
- of het feit dat de wettelijke regeling van de lidstaat van vestiging deze bedoeling afleidt uit de omstandigheid dat de vennootschap haar werkzaamheden geheel of nagenoeg geheel in deze laatste lidstaat verricht en voorts geen werkelijke band



heeft met de staat overeenkomstig het recht waarvan zij is opgericht, het antwoord van het Hof op deze vraag wijzigt, en

- of, ingeval een van deze beide vragen bevestigend wordt beantwoord, een wettelijke regeling als de WFBV kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van artikel 46 EG of door een dwingende reden van algemeen belang.

53. In de eerste plaats zij vastgesteld dat artikel 5, leden 1 en 2, WFBV, waarop de prejudiciële vragen doelen, betrekking heeft op de opmaak en de neerlegging van de jaarrekening van formeel buitenlandse vennootschappen. Artikel 5, lid 3, WFBV bepaalt echter dat de in de leden 1 en 2 van dit artikel neergelegde verplichtingen niet van toepassing zijn op een vennootschap waarop het recht van een andere lidstaat en met name de Vierde richtlijn van toepassing zijn. Inspire Art valt onder deze uitzondering, omdat zij onderworpen is aan het Engelse recht en binnen de personele werkingssfeer van de Vierde richtlijn valt.

54. Derhalve behoeft het Hof de verenigbaarheid van een bepaling als artikel 5 WFBV met het gemeenschapsrecht niet te onderzoeken.

55. In de tweede plaats vallen verschillende bepalingen van de WFBV binnen de werkingssfeer van de Elfde richtlijn, aangezien deze richtlijn betrekking heeft op de openbaarmakingsplicht voor in een lidstaat opgerichte bijkantoren van in de Eerste richtlijn bedoelde vennootschappen die onder het recht van een andere lidstaat vallen.

56. Om te beginnen vormt een aantal van de in de WFBV opgenomen verplichtingen, gelijk de Commissie opmerkt, de omzetting in nationaal recht van de bepalingen van de Elfde richtlijn betreffende de openbaarmakingsplicht.

57. Preciezer gezegd, gaat het om de verplichtingen betreffende de vermelding in het handelsregister van de lidstaat van ontvangst van de inschrijving in een buitenlands handelsregister alsmede van het nummer waaronder de vennootschap in dit register is ingeschreven (artikel 2, lid 1, WFBV en artikel 2, lid 1, sub c, van de Elfde richtlijn), de neerlegging bij het Nederlands handelsregister van een in het Nederlands, Frans, Duits of Engels gesteld voor eensluidend gewaarmerkt afschrift van de akte van oprichting en van de statuten [artikel 2, lid 1, WFBV en artikelen 2, lid 2, sub b, en 4 van de Elfde richtlijn], en de jaarlijkse neerlegging bij dit handelsregister van een bewijs van inschrijving in het buitenlands handelsregister (artikel 5, lid 4, WFBV en artikel 2, lid 2, sub c, van de Elfde richtlijn).

58. Deze bepalingen, waarvan niet is betwist dat zij in overeenstemming zijn met de Elfde richtlijn, kunnen niet als een belemmering van de vrijheid van vestiging worden beschouwd.

59. Opgemerkt zij evenwel dat de overeenstemming van de verschillende in punt 57 van dit arrest bedoelde voorschriften betreffende de openbaarmakingsplicht, niet automatisch tot gevolg heeft dat de sancties die de WFBV aan de niet-naleving van deze voorschriften verbindt, in overeenstemming met het gemeenschapsrecht zijn.

60. Artikel 4, lid 4, WFBV bepaalt dat de bestuurders naast de vennootschap persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elke tijdens hun bestuur namens de vennootschap verrichte



rechtshandeling, zolang niet is voldaan aan de verplichtingen tot openbaarmaking in het handelsregister.

61. Het is juist dat artikel 12 van de Elfde richtlijn de lidstaten voorschrijft, passende sancties vast te stellen voor het geval dat de bijkantoren in de lidstaat van ontvangst niet aan de openbaarmakingsplicht voldoen.

62. Dienaangaande zij herinnerd aan de vaste rechtspraak dat wanneer een gemeenschapsrechtelijke bepaling geen specifieke sanctie stelt op de overtreding ervan of daarvoor verwijst naar nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, de lidstaten ingevolge artikel 10 EG gehouden zijn, alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Daartoe dienen de lidstaten er met name op toe te zien dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij weliswaar vrij in hun keuze van de op te leggen sancties, doch deze moeten in elk geval doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn (arresten van 21 september 1989, Commissie/Griekenland, 68/88, Jurispr. blz. 2965, punten 23 en 24; 10 juli 1990, Hansen, C-326/88, Jurispr. blz. I-2911, punt 17; 26 oktober 1995, Siesse, C-36/94, Jurispr. blz. I-3573, punt 20, en 27 februari 1997, Ebony Maritime en Loten Navigation, C-177/95, Jurispr. blz. I-1111, punt 35).

63. De verwijzende rechter, die als enige bevoegd is om het nationale recht uit te leggen, dient te bepalen of de sanctie waarin artikel 4, lid 4, WFBV voorziet, aan deze voorwaarden voldoet, en met name of zij formeel buitenlandse vennootschappen, in geval van niet-nakoming van de openbaarmakingsverplichtingen genoemd in punt 56 van dit arrest, niet ongunstiger behandelt dan Nederlandse vennootschappen.

64. Indien zij tot de bevinding komt dat artikel 4, lid 4, WFBV formeel buitenlandse vennootschappen en nationale vennootschappen verschillend behandelt, moet worden geconcludeerd dat deze bepaling in strijd is met het gemeenschapsrecht.

65. De andere openbaarmakingsverplichtingen waarin de WFBV voorziet, te weten de vermelding in het handelsregister dat de vennootschap een formeel buitenlandse vennootschap is (artikelen 1 en 2, lid 1, WFBV), de vermelding in het handelsregister van de lidstaat van ontvangst van de datum van de eerste inschrijving in het buitenlandse handelsregister en de gegevens betreffende de enig aandeelhouder (artikel 2, lid 1, WFBV), alsmede de verplichte neerlegging van een verklaring van een accountant dat de vennootschap voldoet aan de voorwaarden betreffende het minimumkapitaal, het geplaatste en het gestorte kapitaal en de eigen middelen (artikel 4, lid 3, WFBV), komen daarentegen niet voor op de lijst van artikel 2 van de Elfde richtlijn. Bovendien wordt de vermelding van de hoedanigheid van formeel buitenlandse vennootschap op alle van deze vennootschap uitgaande stukken (artikel 3 WFBV) niet genoemd in artikel 6 van de Elfde richtlijn.

66. Derhalve moet met betrekking tot deze verplichtingen worden onderzocht, of de harmonisatie die de Elfde richtlijn, en in het bijzonder de artikelen 2 en 6 ervan, tot stand heeft gebracht, volledig is.



67. In dit verband zij eraan herinnerd dat de Elfde richtlijn is vastgesteld op basis van artikel 54, lid 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 44, lid 2, sub g, EG), dat bepaalt dat de Raad en de Commissie de taken welke hun door dit artikel worden toevertrouwd, uitoefenen door, voorzover nodig, de waarborgen te coördineren welke in de lidstaten worden verlangd van de rechtspersonen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in die rechtspersonen als van derden, teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken.

68. Bovendien volgt uit de vierde en de vijfde overweging van de considerans van de Elfde richtlijn dat de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen, met name op het gebied van de openbaarmaking, met betrekking tot de bijkantoren de uitoefening van het recht van vestiging kunnen belemmeren en derhalve moeten worden opgeheven.

69. Hieruit volgt dat de harmonisatie van de openbaarmakingsplichten voor bijkantoren, zoals deze door de Elfde richtlijn tot stand is gebracht, zonder afbreuk te doen aan de openbaarmakingsverplichtingen die krachtens het sociaal recht, het fiscaal recht of op statistisch gebied op bijkantoren rusten, volledig is, aangezien zij alleen in dat geval het door haar beoogde doel kan verwezenlijken.

70. Verder zij beklemtoond dat artikel 2, lid 1, van de Elfde richtlijn limitatief is geformuleerd. Bovendien bevat artikel 2, lid 2, een lijst van facultatieve voorschriften betreffende de openbaarmakingsplicht voor bijkantoren en heeft deze bepaling alleen een bestaansreden indien de lidstaten geen andere voorschriften betreffende de openbaarmakingsplicht voor bijkantoren mogen vaststellen dan die welke in die richtlijn staan.

71. Bijgevolg zijn de verschillende in punt 65 van dit arrest genoemde voorschriften van de WFBV betreffende de openbaarmakingsplicht in strijd met de Elfde richtlijn.

72. Dienaangaande moet dus worden geconcludeerd dat artikel 2 van de Elfde richtlijn zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als de WFBV, die het filiaal van een vennootschap die in overeenstemming met de nationale wettelijke regeling van een andere lidstaat is opgericht, openbaarmakingsverplichtingen oplegt waarin deze richtlijn niet voorziet.

73. In de derde plaats valt een aantal bepalingen van de WFBV niet binnen de werkingssfeer van de Elfde richtlijn. Het gaat om de regels betreffende het vereiste minimumkapitaal, zowel op het moment van inschrijving als tijdens het bestaan van de formeel buitenlandse vennootschap, alsmede die betreffende de sanctie die aan de niet-nakoming van de in de WFBV voorziene verplichtingen is verbonden, dat wil zeggen de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders naast de vennootschap (artikel 4, leden 1 en 2, WFBV). Deze bepalingen moeten derhalve aan de artikelen 43 EG en 48 EG worden getoetst.

De vraag of sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging

Bij het Hof ingediende opmerkingen

www.ipr.be



www.dipr.be

74. Volgens de Kamer van Koophandel en de Nederlandse, de Duitse, de Italiaanse en de Oostenrijkse regering verzetten de artikelen 43 EG en 48 EG zich niet tegen de toepassing van bepalingen als die van de WFBV.

75. Om te beginnen betreffen de voorschriften van de WFBV noch de oprichting van vennootschappen naar het recht van een andere lidstaat, noch de inschrijving (en dus de erkenning) ervan. De rechtsgeldigheid van deze vennootschappen wordt immers erkend en de inschrijving ervan wordt niet geweigerd, zodat de vrijheid van vestiging niet in geding is.

76. De overwegingen van het Hof in het arrest van 9 maart 1999, Centros (C-212/97, Jurispr. blz. I-1459), zijn derhalve niet relevant in de onderhavige zaak, aangezien deze enkel de regels voor de inschrijving van buitenlandse vennootschappen betreft en niet gaat over de vrijheid van de lidstaten om voorwaarden voor de uitoefening van bepaalde beroepsactiviteiten te stellen.

77. De Nederlandse regering betoogt dat het in Nederland toegepaste incorporatiestelsel voor naar het recht van een andere lidstaat opgerichte vennootschappen die in Nederland economische activiteiten ontplooiën of willen ontplooiën, zeer liberaal is. Volgens dit beginsel, zoals geformuleerd in artikel 2 van de Wet conflictenrecht corporaties van 17 december 1997, wordt een corporatie die ingevolge de oprichtingsovereenkomst of akte van oprichting haar zetel of, bij gebreke daarvan, haar centrum van optreden naar buiten ten tijde van de oprichting, heeft op het grondgebied van de Staat naar welks recht zij is opgericht, [...] beheerst door het recht van die Staat.

78. Het bestaan van vennootschappen die rechtsgeldig zijn opgericht naar het recht van een andere lidstaat, wordt in Nederland zonder verdere formaliteiten erkend. Deze vennootschappen zijn onderworpen aan het recht van de staat van oprichting. Daarbij is in beginsel niet van belang of de betrokken vennootschap in die staat een activiteit uitoefent.

79. In de praktijk is echter gebleken dat dit ruimhartige regime in toenemende mate aanleiding heeft gegeven tot een gebruik van buitenlandse vennootschappen voor door de Nederlandse wetgever niet bedoelde en soms zelfs niet voorziene doeleinden. Steeds vaker worden vennootschappen die zich in hoofdzaak of uitsluitend op de Nederlandse markt richten, in het buitenland opgericht teneinde te ontkomen aan dwingende verplichtingen van het Nederlandse vennootschapsrecht.

80. Gezien deze ontwikkeling, maakt artikel 6 van de Wet conflictenrecht corporaties een beperkte uitzondering op dit liberale regime door te bepalen dat deze wet [...] onverlet [laat] hetgeen is bepaald bij de [WFBV].

81. Voorts zetten de Kamer van Koophandel, alsmede de Nederlandse, de Duitse, de Italiaanse en de Oostenrijkse regering uiteen dat de voorschriften van de WFBV niet de vrijheid van vestiging betreffen, maar slechts aan kapitaalvennootschappen die naar een ander dan het Nederlandse recht zijn opgericht, een beperkt aantal aanvullende voorwaarden betreffende de uitoefening van hun beroepsactiviteiten en de leiding van de vennootschap opleggen, teneinde ervoor te zorgen dat derden duidelijk wordt gemaakt dat vennootschappen



als Inspire Art formeel buitenlandse vennootschappen zijn en zij voorts, door de neerlegging van bepaalde stukken en verklaringen, wanneer zij een verbintenis met deze vennootschappen aangaan, dezelfde waarborgen genieten als bij een Nederlandse vennootschap.

82. Deze voorwaarden zijn niet discriminerend, want zij zijn vergelijkbaar met dwingende regels van het Nederlandse vennootschapsrecht die gelden voor in Nederland opgerichte vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Bovendien zijn deze voorwaarden, waaraan zowel Nederlandse als formeel buitenlandse vennootschappen moeten voldoen, ingegeven door de bescherming van - op gemeenschapsniveau erkende - niet-economische belangen verband houdende met de bescherming van consumenten en schuldeisers.

83. De Kamer van Koophandel, alsmede de Nederlandse, de Duitse en de Oostenrijkse regering stellen dat de WFBV krachtens het internationaal privaatrecht van toepassing is, en verwijzen hiervoor naar het arrest van 27 september 1988, Daily Mail and General Trust (81/87, Jurispr. blz. 5483), en naar de relevante rechtspraak. Volgens hen heeft het Hof in die zaak geoordeeld dat de artikelen 43 EG en 48 EG niet in de weg staan aan de bevoegdheid van de lidstaten om zelf te bepalen wat het relevante aanknopingspunt van een vennootschap met hun nationale rechtsorde is. Zij leiden hieruit af dat deze artikelen er dus niet aan in de weg staan dat op grond van het internationaal privaatrecht regels worden vastgesteld voor vennootschappen die ten dele onder de Nederlandse wettelijke regeling vallen. In deze context doet de WFBV niets anders dan naast de aanknopingsfactor plaats van oprichting en inschrijving ook belang te hechten aan de plaats waar de vennootschap haar werkzaamheid uitoefent.

84. De Duitse en de Oostenrijkse regering hebben voorts als principieel punt gesteld dat de artikelen 43 EG en 48 EG, wat de vrijheid om een filiaal op te richten betreft, tot doel hebben, voor ondernemingen die in een lidstaat een activiteit verrichten expansie in een andere lidstaat mogelijk te maken, hetgeen niet geldt voor brievenbusvennootschappen.

85. Deze regeringen vragen zich af, of in het geval van formeel buitenlandse vennootschappen de filialen niet in feite als hoofdvestigingen moeten worden beschouwd, zodat daarop de beginselen van de vrijheid van primaire vestiging moeten worden toegepast. Diezelfde gedachtegang volgend stelt de Italiaanse regering dat de omstandigheid dat een in een lidstaat opgerichte vennootschap in deze lidstaat nooit enige activiteit heeft verricht, zich ertegen verzet dat zij als filiaal wordt aangemerkt wanneer zij haar economische activiteit in een andere lidstaat verricht. De vennootschap die haar enige centrum van activiteit in een andere lidstaat heeft dan die waaronder zij formeel valt, moet worden geacht haar primaire vestiging in die eerste lidstaat te hebben.

86. Ten slotte stellen de Nederlandse, de Duitse en de Italiaanse regering dat het Hof in zijn rechtspraak heeft erkend dat een lidstaat maatregelen mag treffen om te verhinderen dat sommigen van zijn onderdanen van de krachtens het Verdrag geschapen mogelijkheden profiteren om zich op onaanvaardbare wijze aan hun nationale wetgeving te onttrekken en dat de justitiabelen zich met het oog op misbruik of bedrog op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen (arrest Centros, punt 24, en aangehaalde rechtspraak). Of er sprake is van oneigenlijk gebruik moet met name worden beoordeeld aan de hand van het doel van de



betrokken bepalingen van gemeenschapsrecht (arrest van 2 mei 1996, Paletta, C-206/94, Jurispr. blz. I-2357, punt 25).

87. Huns inziens volgt uit het arrest van 10 juli 1986, Segers (79/85, Jurispr. blz. 2375, punt 16), en het arrest Centros (reeds aangehaald, punt 29) dat de omstandigheid dat een vennootschap wordt opgericht in een lidstaat, maar al haar activiteiten ontplooit via haar filiaal in een andere lidstaat, op zich nog niet voldoende grond oplevert om de betrokkenen het recht van vrije vestiging te ontzeggen op grond van misbruik, bedrog en/of onaanvaardbare ontwijking van nationale regels.

88. In casu echter weigert de WFBV niet, een naar het recht van een andere lidstaat opgerichte vennootschap te erkennen en belet zij evenmin de inschrijving van het filiaal, doch stelt zij slechts enkele beperkte preventieve verplichtingen en voorziet zij in repressief toezicht voor het geval dat een vennootschap zich onttrekt aan de dwingende vennootschapsrechtelijke regels die gelden in de lidstaat waar alle activiteiten worden ontplooid.

89. Wanneer een vennootschap, zoals in het hoofdgeding, verder gaat dan louter gebruik te maken van het recht van vrije vestiging en met de oprichting in een andere lidstaat beoogt om de regels inzake de oprichting en de werking van vennootschappen in de lidstaat waar zij al haar activiteiten ontplooit, integraal te ontwijken, resulteert het feit dat deze vennootschap gebruik kan maken van de vrije vestiging dan ook in een onaanvaardbare ontwijking van de nationale regels. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht mogen daarom maatregelen worden genomen als in de WFBV zijn neergelegd.

90. Volgens Inspire Art, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie daarentegen, maken de voorschriften van de WFBV inbreuk op de door de artikelen 43 EG en 48 EG gewaarborgde vrijheid van vestiging, doordat zij formeel buitenlandse vennootschappen verplichtingen opleggen die de uitoefening van het recht van vestiging voor deze vennootschappen veel minder aantrekkelijk maken. Dit is overigens openlijk het doel van deze voorschriften.

91. Zij stellen dat de regels betreffende de vrijheid van vestiging van toepassing zijn in een geval als het onderhavige. Onder verwijzing naar de arresten Segers en Centros, reeds aangehaald, betogen zij dat een vennootschap ook een beroep op de vrijheid van vestiging kan doen wanneer zij in een lidstaat is opgericht alleen met het oog op vestiging in een tweede lidstaat, waar zij het merendeel van of zelfs al haar economische activiteiten verricht. Het is irrelevant dat de vennootschap in de eerste lidstaat alleen is opgericht om de rechtsregels van de tweede lidstaat te omzeilen. Volgens deze rechtspraak is dit geen misbruik, maar slechts de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging.

92. De regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie stellen dat artikel 1 WFBV rekening houdt met de plaats waar de vennootschap haar activiteit verricht, om daar een aantal dwingende voorschriften van de lidstaat van ontvangst aan vast te knopen. Het gebruik van de daadwerkelijke activiteit als aanknopingsfactor, dat beantwoordt aan geen enkel criterium van artikel 48 EG, vormt een inbreuk op de vrijheid van vestiging, omdat daardoor



de uitoefening van deze vrijheid voor vennootschappen die in het buitenland zijn opgericht en vervolgens hun activiteiten in Nederland willen verrichten, minder interessant wordt, omdat naast de regels van de staat van oprichting nog andere regels van toepassing worden verklaard.

93. Inspire Art verdedigt dezelfde uitlegging van de WFBV. Zij preciseert dat de nationale wettelijke regeling vennootschappen weliswaar in beginsel onderwerpt aan het recht van de staat volgens hetwelk zij zijn opgericht, doch dat de Nederlandse wetgever heeft willen optreden tegen de door hem als misbruik beschouwde oprichting van vennootschappen naar buitenlands recht die hun werkzaamheden uitsluitend of hoofdzakelijk in Nederland willen verrichten, door de bepalingen van het Nederlandse vennootschapsrecht op dergelijke vennootschappen van toepassing te verklaren. De wetgever rechtvaardigt deze regeling met een beroep op de bescherming van schuldeisers. Hieruit volgt dat de WFBV niet mag worden opgevat als een toepassing van de theorie van de werkelijke zetel, volgens welke een vennootschap onderworpen is aan het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan zij haar werkelijke zetel heeft.

94. Ten slotte wijst de regering van het Verenigd Koninkrijk op het fundamentele belang voor de werking van de interne markt van de bevoegdheid om in andere lidstaten filialen op te richten. Haars inziens kan het arrest Centros, reeds aangehaald, in casu volledig toepassing vinden.

Antwoord van het Hof

95. Om te beginnen moet worden gepreciseerd dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat het voor de toepassing van de bepalingen inzake het recht van vestiging niet van belang is dat een vennootschap in een lidstaat enkel is opgericht met het doel zich te vestigen in een tweede lidstaat, om daar haar voornaamste, zo niet al haar economische activiteiten te ontplooiën (reeds aangehaalde arresten Segers, punt 16, en Centros, punt 17). De redenen waarom een vennootschap voor oprichting in een lidstaat kiest, hebben, afgezien van gevallen van fraude, immers geen gevolg voor de toepassing van de regels inzake de vrijheid van vestiging (arrest Centros, reeds aangehaald, punt 18).

96. Het Hof heeft voorts geoordeeld dat de omstandigheid dat de vennootschap in een lidstaat wordt opgericht met het doel gebruik te maken van een gunstiger wettelijke regeling, geen misbruik oplevert, zelfs niet indien de betrokken vennootschap haar activiteiten hoofdzakelijk of uitsluitend in die tweede staat uitoefent (reeds aangehaalde arresten Segers, punt 16, en Centros, punt 18).

97. Hieruit volgt dat deze vennootschappen het recht hebben om in een andere lidstaat hun activiteit uit te oefenen door middel van een filiaal, daar hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging, naar het voorbeeld van de nationaliteit van natuurlijke personen, dient ter bepaling van hun binding aan de rechtsorde van een lidstaat (arrest van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk, 270/83, Jurispr. blz. 273, punt 18, en arresten Segers, reeds aangehaald, punt 13, en Centros, reeds aangehaald, punt 20).



98. In het hoofdgeding neemt de omstandigheid dat Inspire Art in het Verenigd Koninkrijk is opgericht met het doel te ontkomen aan het Nederlandse vennootschapsrecht, dat strengere voorwaarden bevat voor onder meer het minimumkapitaal en de volstorting van aandelen, derhalve niet weg dat voor de oprichting door deze vennootschap van een filiaal in Nederland de vrijheid van vestiging zoals geformuleerd in de artikelen 43 EG en 48 EG geldt. Gelijk het Hof in het arrest Centros (reeds aangehaald, punt 18) heeft geoordeeld, is de vraag of deze artikelen van toepassing zijn, een andere vraag dan die, of een lidstaat maatregelen kan treffen om te verhinderen dat sommigen van zijn onderdanen, door gebruik te maken van de door het Verdrag geboden mogelijkheden, trachten zich op onaanvaardbare wijze aan hun nationale wetgeving te onttrekken.

99. Het argument dat de WFBV geen inbreuk maakt op de vrijheid van vestiging, omdat buitenlandse vennootschappen in Nederland volledig worden erkend en hun inschrijving in het handelsregister van die staat niet wordt geweigerd, en deze wet slechts een aantal aanvullende, als administratief aangemerkte verplichtingen stelt, kan niet worden aanvaard.

100. De WFBV heeft immers tot gevolg dat de Nederlandse vennootschapsrechtelijke regels inzake het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders dwingend worden toegepast op buitenlandse vennootschappen zoals Inspire Art, wanneer deze hun activiteiten uitsluitend of nagenoeg uitsluitend in Nederland uitoefenen.

101. De oprichting door dit soort vennootschappen van een filiaal in Nederland is dus onderworpen aan bepaalde regels die in die lidstaat voor de oprichting van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid gelden. De in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling, die het filiaal van een dergelijke vennootschap, welke in overeenstemming met de wettelijke regeling van een andere lidstaat is opgericht, verplicht om de regels betreffende het maatschappelijk kapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders van de staat van vestiging na te leven, heeft tot gevolg dat het gebruik door deze vennootschappen van de door het Verdrag erkende vrijheid van vestiging wordt belemmerd.

102. Vervolgens dienen de aan het reeds aangehaalde arrest Daily Mail and General Trust ontleende argumenten te worden onderzocht, volgens welke de lidstaten vrij zijn om het op een vennootschap toepasselijke recht te bepalen, omdat de regels betreffende de vrijheid van vestiging niet tot een harmonisatie van de bepalingen van het internationaal privaatrecht van de lidstaten hebben geleid. De lidstaten zouden daarom bevoegd blijven om op te treden tegen brievenbusvennootschappen, waarbij deze kwalificatie in casu voortvloeit uit het ontbreken van een werkelijke band met de staat van oprichting.

103. Dienaangaande zij beklemtoond dat het in het arrest Daily Mail and General Trust, anders dan in het hoofdgeding, gaat over de betrekkingen tussen een vennootschap en de lidstaat van oprichting, wanneer de vennootschap haar werkelijke zetel wenst te verplaatsen naar een andere lidstaat met behoud van haar rechtspersoonlijkheid in de staat van oprichting. In het onderhavige geding heeft de verwijzende rechter het Hof vragen gesteld over de toepassing op een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap van de wettelijke regeling van de staat waar deze vennootschap daadwerkelijk haar activiteiten verricht (zie in die zin arrest van 5 november 2002, Überseering, C-208/00, Jurispr. blz. I-9919, punt 62).



104. Uit het voorgaande volgt dat de bepalingen van de WFBV betreffende het minimumkapitaal (zowel op het moment van oprichting als tijdens het bestaan van de vennootschap) en de aansprakelijkheid van de bestuurders de door de artikelen 43 EG en 48 EG gegarandeerde vrijheid van vestiging beperken.

105. Derhalve moet worden geconcludeerd dat de artikelen 43 EG en 48 EG zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling als de WFBV, die de vrijheid van vestiging van een filiaal in die lidstaat door een vennootschap die in overeenstemming met de wettelijke regeling van een andere lidstaat is opgericht, afhankelijk stelt van bepaalde voorwaarden betreffende het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders, die in het nationale recht voor de oprichting van vennootschappen worden gesteld. De redenen waarom de vennootschap in de eerste lidstaat is opgericht en de omstandigheid dat zij haar werkzaamheden uitsluitend of nagenoeg uitsluitend in de lidstaat van vestiging uitoefent, ontnemen haar niet het recht, zich op de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging te beroepen, tenzij er sprake is van misbruik, hetgeen van geval tot geval moet worden vastgesteld.

De vraag of sprake is van rechtvaardigingsgronden

106. Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de bepalingen van de WFBV betreffende de openbaarmakingsplicht waarvan is vastgesteld dat zij in strijd zijn met de Elfde richtlijn (zie punten 71 en 72 van dit arrest), niet kunnen worden gerechtvaardigd. Daarom zal hieronder alleen worden ingegaan op de argumenten met betrekking tot de bepalingen van de WFBV betreffende het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders.

107. Aangezien deze regels de vrijheid van vestiging kunnen belemmeren, moet worden onderzocht of zij kunnen worden gerechtvaardigd door een van de in artikel 46 EG genoemde gronden of, bij gebreke daarvan, door een dwingende reden van algemeen belang.

Bij het Hof ingediende opmerkingen

108. Volgens de Kamer van Koophandel, de Nederlandse, de Duitse en de Oostenrijkse regering zijn de bepalingen van de WFBV zowel gerechtvaardigd uit hoofde van artikel 46 EG als door dwingende redenen van algemeen belang.

109. De WFBV beoogt immers de bestrijding van fraude, de bescherming van de schuldeisers, het waarborgen van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van de handelstransacties. Deze doelstellingen worden door de rechtspraak van het Hof erkend als legitieme rechtvaardigingsgronden.

110. Volgens de Kamer van Koophandel, de Nederlandse, de Duitse en de Oostenrijkse regering heeft de regel van artikel 4 WFBV betreffende het minimumkapitaal, de storting en het behoud ervan, tot doel de schuldeisers en derden te beschermen. Zo wordt het belang van het minimumkapitaal uitdrukkelijk erkend in artikel 6 van de Tweede richtlijn. De regels inzake het minimumkapitaal hebben vooral tot doel de financiële draagkracht van



vennootschappen te versterken om zo een grotere bescherming van particuliere en openbare schuldeisers te garanderen. In algemene zin is hun bedoeling alle schuldeisers te behoeden voor het risico van frauduleuze insolventie dat verbonden is aan de oprichting van vennootschappen met een van meet af aan ontoereikend aanvangskapitaal.

111. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders vormt volgens de Nederlandse regering een passende sanctie voor het niet voldoen aan de bepalingen van de WFBV. Bij afwezigheid van communautaire harmonisatiemaatregelen beschikken de lidstaten aldus over een ruime beoordelingsmarge bij de vaststelling van sancties voor de niet-naleving van nationale voorschriften (arrest van 9 december 1997, Commissie/Frankrijk, C-265/95, Jurispr. blz. I-6959, punt 33). De keuze van deze sanctie berust op de wens om dezelfde regel toe te passen als voor bestuurders van een Nederlandse vennootschap. Ook het gemeenschapsrecht kent deze regel zoals blijkt uit artikel 51 van verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) (PB L 294, blz. 1).

112. Verder stelt de Nederlandse regering dat, aangezien de bestuurders verantwoordelijk zijn voor de goede gang van zaken van de vennootschap, het normaal is dat zij aansprakelijk kunnen worden gesteld wanneer de vennootschap zich niet aan de bepalingen van de WFBV houdt.

113. Ten slotte biedt artikel 4, lid 1, van de Tweede richtlijn de lidstaten de mogelijkheid passende regels vast te stellen voor de aansprakelijkheid voor verbintenissen die door of voor rekening van de vennootschap zijn aangegaan, wanneer deze niet kan worden ontbonden.

114. De Kamer van Koophandel voegt hieraan toe dat de bepalingen van de WFBV niet discriminerend zijn. Zij hebben juist tot gevolg dat op buitenlandse vennootschappen de regels worden toegepast die ook gelden voor vennootschappen naar Nederlands recht.

115. De Nederlandse regering betoogt dat de bepalingen van de WFBV betreffende het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken. Zij benadrukt dat hierbij rekening moet worden gehouden met de fundamentele en centrale doelstelling van de WFBV, te weten de bestrijding van oneigenlijk gebruik van buitenlandse vennootschappen en van misbruik van de vrijheid van vestiging.

116. De Oostenrijkse regering wijst erop dat de regels inzake het minimumkapitaal een geschikt en evenredig middel zijn, gelijk in het gemeenschapsrecht is erkend. Zo heeft de Tweede richtlijn zelf het minimumkapitaal voor vennootschappen op aandelen vastgesteld. Een soortgelijke regel bestaat echter niet voor vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Met uitzondering van Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland kennen evenwel alle lidstaten regels inzake het minimumkapitaal van deze vennootschappen. Anders dan de persoonlijke aansprakelijkheid van de vennoten, die in geval van faillissement vaak niets oplevert, biedt het maatschappelijk kapitaal een grotere zekerheid.

117. De Kamer van Koophandel is van mening dat de maatregelen niet verder gaan dan ter verwezenlijking van het beoogde doel noodzakelijk is. Niet-nakoming van de in de WFBV



gestelde verplichtingen heeft niet tot gevolg dat de buitenlandse vennootschap niet wordt ingeschreven, maar leidt uitsluitend tot de hoofdelijke aansprakelijkheid van haar bestuurders. De omstandigheid dat een vennootschap niet of niet meer aan de regels inzake het minimumkapitaal voldoet, is een duidelijke aanwijzing dat het gevaar van misbruik of fraude aanwezig is, wanneer zij bovendien geen werkelijke band met de staat van oprichting heeft.

118. Inspire Art, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie verdedigen het tegengestelde standpunt en zijn van mening dat de bepalingen van de WFBV niet gerechtvaardigd zijn.

119. Om te beginnen is geen rechtvaardiging van de WFBV te ontleen aan artikel 46 EG.

120. Misbruik van recht kan blijkens het arrest Centros, reeds aangehaald, niet bestaan in het enkele feit dat een vennootschap in de staat van oprichting geen enkele bedrijfsactiviteit uitoefent. De autoriteiten en de rechterlijke instanties dienen van geval tot geval te onderzoeken of de beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd is. Een zo algemene wettelijke regeling als de WFBV voldoet daaraan niet.

121. In het arrest Centros, reeds aangehaald, is erkend dat een lidstaat de vrijheid van vestiging mag beperken met een beroep op de naleving van bepalingen betreffende de uitoefening van bepaalde beroepsactiviteiten. Dit is in casu niet het geval. In het geval van Inspire Art gaat het immers niet om het stellen van regels voor de uitoefening van haar activiteiten in Nederland, maar om de vraag of de regels van het Nederlandse vennootschapsrecht, bijvoorbeeld die over het minimumkapitaal, moeten worden nageleefd bij de vestiging van een filiaal in Nederland. Het Hof heeft in dat arrest geoordeeld dat gebruikmaking van de minder stringente regels van een andere lidstaat op zich geen misbruik oplevert, maar juist inherent is aan het gebruik van de vrijheid van vestiging.

122. Inspire Art, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie stellen voorts dat het Hof in het arrest Centros heeft geoordeeld dat de bescherming van schuldeisers in beginsel niet onder de uitzonderingsregeling van artikel 46 EG valt.

123. Huns inziens kunnen de bepalingen van de WFBV betreffende het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders evenmin worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang verband houdende met de bescherming van schuldeisers, omdat die bepalingen deze bescherming niet kunnen garanderen.

124. In dit verband merken Inspire Art en de Commissie op dat de vennootschap zich presenteert als een vennootschap naar Engels recht en dat schuldeisers op dit punt derhalve niet worden misleid.

125. Voorts hebben schuldeisers ook zelf een zekere verantwoordelijkheid voor hun handelen. Indien de zekerheden die het Engelse recht hun biedt, voor hen onvoldoende zijn, kunnen zij immers nadere zekerheid eisen of ervan afzien met een vennootschap naar buitenlands recht in zee te gaan.



126. De regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie stellen dat de WFBV niet van toepassing zou zijn geweest indien Inspire Art in een andere lidstaat ook maar enige bedrijfsactiviteit had uitgeoefend. In dat geval lopen de schuldeisers echter evenveel - of zelfs meer - risico als wanneer de activiteit uitsluitend in Nederland wordt uitgeoefend.

127. Volgens Inspire Art bieden de bepalingen betreffende het minimumkapitaal de schuldeisers geen bescherming. Zelfs wanneer het om een vennootschap naar Nederlands recht gaat, kan het minimumkapitaal immers onmiddellijk na de volstorting en de inschrijving van de vennootschap bijvoorbeeld in een lening worden omgezet. Het staat dus niet ter beschikking van de schuldeisers. De voorschriften van de WFBV zijn daarom niet geschikt om te komen tot de gewenste bescherming van de schuldeisers.

128. Inspire Art en de Commissie stellen dat de bepalingen betreffende de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders discriminerend zijn. Deze bestuurders zijn volgens artikel 4, lid 4, WFBV hoofdelijk aansprakelijk wanneer na de inschrijving in het handelsregister het minimumkapitaal onder de vastgestelde grens daalt. Voor bestuurders van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap met beperkte aansprakelijkheid geldt deze zware aansprakelijkheid echter niet. Bovendien wordt de kring van aansprakelijke personen in vergelijking met vennootschappen naar Nederlands recht uitgebreid tot de dagelijkse leiding van de aan de vennootschap toebehorende onderneming.

129. Volgens Inspire Art, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie zijn de voorschriften van artikel 4, leden 1, 2 en 4, WFBV onevenredig, aangezien Inspire Art zich presenteert als een vennootschap naar Engels recht.

130. Bovendien zijn huns inziens minder ingrijpende maatregelen denkbaar. Zo zouden schuldeisers gelijk het Hof in het arrest Centros, reeds aangehaald, heeft erkend, bij wet de mogelijkheid kunnen krijgen om de nodige garanties van deze buitenlandse filialen te vorderen, wanneer zij van mening zijn dat zij door het vennootschapsrecht van de staat van oprichting onvoldoende worden beschermd.

Antwoord van het Hof

131. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat geen van de argumenten die de Nederlandse regering ter rechtvaardiging van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling aanvoert, onder artikel 46 EG valt.

132. De door deze regering aangevoerde rechtvaardigingsgronden, namelijk de bescherming van schuldeisers, de bestrijding van oneigenlijk gebruik van de vrijheid van vestiging en de waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles alsook de eerlijkheid van handelstransacties, moeten derhalve worden beoordeeld als dwingende redenen van algemeen belang.

133. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moeten nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, om te kunnen worden gerechtvaardigd aan vier voorwaarden



voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan voor de bereiking van dat doel noodzakelijk is (zie met name arresten van 31 maart 1993, Kraus, C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32, en 30 november 1995, Gebhard, C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37, en arrest Centros, reeds aangehaald, punt 34).

134. Derhalve moet worden onderzocht of bepalingen betreffende het minimumkapitaal als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, aan deze voorwaarden voldoen.

135. Wat in de eerste plaats de bescherming van schuldeisers betreft, moet zonder dat het Hof behoeft te onderzoeken of de regels betreffende het minimumkapitaal op zich een geschikte bescherming zijn, worden vastgesteld dat Inspire Art zich presenteert als een vennootschap naar Engels recht en niet als een Nederlandse vennootschap. Haar potentiële schuldeisers worden voldoende geïnformeerd van het feit dat zij onder een andere wettelijke regeling valt dan die welke in Nederland geldt voor de oprichting van vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, en met name voor het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van bestuurders. Zij kunnen eveneens, gelijk het Hof in punt 36 van het arrest Centros, reeds aangehaald, in herinnering heeft gebracht, een beroep doen op bepaalde gemeenschapsrechtelijke regels die hen beschermen, zoals de Vierde en de Elfde richtlijn.

136. Wat in de tweede plaats de bestrijding van oneigenlijk gebruik van de vrijheid van vestiging betreft, zij eraan herinnerd dat een lidstaat maatregelen mag treffen die tot doel hebben te verhinderen, dat sommigen van zijn onderdanen van de krachtens het Verdrag geschapen mogelijkheden profiteren om zich op onaanvaardbare wijze aan hun nationale wetgeving te onttrekken en dat de justitiabelen zich met het oog op misbruik of bedrog op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen (arrest Centros, reeds aangehaald, punt 24, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

137. In casu is Inspire Art in overeenstemming met het vennootschapsrecht van een lidstaat, in dit geval het Verenigd Koninkrijk, opgericht met name om aan de toepassing van het strenger geachte Nederlandse vennootschapsrecht te ontsnappen. Dit neemt echter niet weg dat de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging juist beogen, vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Gemeenschap hebben, in staat te stellen door middel van een agentschap, een filiaal of een dochtervennootschap activiteiten op het grondgebied van andere lidstaten te ontplooien (arrest Centros, reeds aangehaald, punt 26).

138. In die omstandigheden is, gelijk het Hof in punt 27 van het arrest Centros, reeds aangehaald, heeft verklaard, de keuze van een onderdaan van een lidstaat die een vennootschap wil oprichten, om deze op te richten in de lidstaat waar de regels van vennootschapsrecht hem minder beperkend lijken, en vervolgens in andere lidstaten filialen op te richten, inherent aan de gebruikmaking binnen een gemeenschappelijke markt van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging.



139. Bovendien is het vaste rechtspraak (reeds aangehaalde arresten Segers, punt 16, en Centros, punt 29) dat het feit dat een vennootschap geen activiteiten ontplooit in de lidstaat waar zij gevestigd is, en haar activiteiten uitsluitend of hoofdzakelijk uitoefent in de lidstaat van haar filiaal, niet volstaat ten bewijze van misbruik of bedrog op grond waarvan laatstgenoemde staat de betrokken vennootschap een beroep op de communautaire bepalingen inzake het recht van vestiging zou kunnen ontzeggen.

140. Ten slotte moet met betrekking tot de eventuele rechtvaardiging van de WFBV door de waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van de handelstransacties worden vastgesteld, dat noch de Kamer van Koophandel noch de Nederlandse regering feiten of omstandigheden heeft aangedragen waaruit blijkt dat de betrokken maatregel aan de in punt 132 van dit arrest genoemde criteria van doeltreffendheid, evenredigheid en non-discriminatie voldoet.

141. Voorzover de bepalingen betreffende het minimumkapitaal onverenigbaar zijn met de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging, geldt noodzakelijkerwijze hetzelfde voor de sancties die aan de niet-nakoming van deze verplichtingen zijn verbonden, namelijk de persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders wanneer het kapitaal het door de nationale wettelijke regeling voorgeschreven minimumbedrag niet bereikt of wanneer het tijdens de bedrijfsuitoefening onder dit bedrag daalt.

142. Derhalve moet op de tweede vraag worden geantwoord dat noch artikel 46 EG, noch de bescherming van de schuldeisers, noch de bestrijding van oneigenlijk gebruik van de vrijheid van vestiging, noch de waarborging van de eerlijkheid van de handelstransacties en de doeltreffendheid van de fiscale controles, een rechtvaardiging kunnen vormen voor de belemmering van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging door bepalingen van een nationale wettelijke regeling zoals de in geding zijnde, betreffende het minimumkapitaal en de persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders.

143. Gelet op de voorgaande overwegingen moeten de prejudiciële vragen worden beantwoord als volgt:

- Artikel 2 van de Elfde richtlijn verzet zich tegen een nationale wettelijke regeling als de WFBV, die het filiaal van een vennootschap die in overeenstemming met de nationale wettelijke regeling van een andere lidstaat is opgericht, openbaarmakingsverplichtingen oplegt waarin deze richtlijn niet voorziet.
- De artikelen 43 EG en 48 EG verzetten zich tegen een nationale wettelijke regeling als de WFBV, die de vrijheid van vestiging van een filiaal in die lidstaat door een vennootschap die in overeenstemming met de wettelijke regeling van een andere lidstaat is opgericht, afhankelijk stelt van bepaalde voorwaarden betreffende het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders die in het nationale recht voor de oprichting van vennootschappen worden gesteld. De redenen waarom de vennootschap in de eerste lidstaat is opgericht en de omstandigheid dat zij haar werkzaamheden uitsluitend of nagenoeg uitsluitend in de lidstaat van vestiging uitoefent, ontnemen haar niet het recht, zich op de door het Verdrag gegarandeerde vrijheid van vestiging te beroepen, tenzij er sprake is van misbruik, hetgeen van geval tot geval moet worden aangetoond.



Kosten

144. De kosten door de Nederlandse, de Duitse, de Italiaanse en de Oostenrijkse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, komen niet voor vergoeding in aanmerking. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door het Kantongerecht te Amsterdam bij beschikking van 5 februari 2001 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) Artikel 2 van de Elfde richtlijn (89/666/EEG) van de Raad van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een lidstaat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen, verzet zich tegen een nationale wettelijke regeling als de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen van 17 december 1997, die het filiaal van een vennootschap die in overeenstemming met de nationale wettelijke regeling van een andere lidstaat is opgericht, openbaarmakingsverplichtingen oplegt waarin deze richtlijn niet voorziet.

2) De artikelen 43 EG en 48 EG verzetten zich tegen een nationale wettelijke regeling als de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen van 17 december 1997, die de vrijheid van vestiging van een filiaal in die lidstaat door een vennootschap die in overeenstemming met de wettelijke regeling van een andere lidstaat is opgericht, afhankelijk stelt van bepaalde voorwaarden betreffende het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van de bestuurders die in het nationale vennootschapsrecht voor de oprichting van vennootschappen worden gesteld. De redenen waarom de vennootschap in de eerste lidstaat is opgericht, en de omstandigheid dat zij haar werkzaamheden uitsluitend of nagenoeg uitsluitend in de lidstaat van vestiging uitoefent, ontnemen haar niet het recht, zich op de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging te beroepen, tenzij er sprake is van misbruik, hetgeen van geval tot geval moet worden aangetoond.

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 30 september 2003.



Cour de cassation, arrêt du 29 septembre 2003

Répudiation – effets en Belgique – article 570, alinéa 2, du Code Judiciaire – violation des droits de la défense – acceptation ultérieure par la répudiée ne remédie pas

Verstoting – gevolgen in België – artikel 570, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek – schending van de rechten van verdediging – navolgende aanvaarding door verstotene heeft geen herstellend effect

OFFICE NATIONAL DES PENSIONS, établissement public dont le siège est établi à Saint-Gilles, Tour du midi, demandeur en cassation, représenté par Maître Philippe Gérard, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 523, où il est fait élection de domicile, Contre

E. B. F., défenderesse en cassation, admise au bénéfice de l'assistance judiciaire par décision du bureau d'assistance judiciaire du 27 septembre 2001 (pro Deo n° G.01.0122.F), représentée par Maître François T'Kint, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Charleroi, rue de l'Athénée, 9, où il est fait élection de domicile, et par Maître Cécile Draps, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Liège, boulevard Emile de Laveleye, 14, où il est fait élection de domicile.

I. La décision attaquée

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 23 mai 2001 par la cour du travail de Bruxelles.

II. La procédure devant la Cour

Le conseiller Philippe Echement a fait rapport.

Le premier avocat général Jean - François Leclercq a conclu.

III. Le moyen de cassation

Le demandeur présente un moyen libellé dans les termes suivants:

Dispositions légales violées :

- articles 3, alinéas 1er et 3, et 6 du Code civil;
- article 570, alinéa 2, 1° et 2°, du Code judiciaire;
- ordre public international belge;
- principe général du droit relatif au respect des droits de la défense;
- principe général du droit relatif à l'égalité des droits entre l'homme et la femme, consacré par l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la



loi du 13 mai 1955 et par l'article 5 du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 additionnel à ladite Convention de sauvegarde des droits de l'homme.

Décisions et motifs critiqués

Le demandeur ayant considéré comme contraire à l'ordre public international la répudiation de la défenderesse, de nationalité marocaine, constatée par un acte dressé au Maroc le 27 décembre 1994 et ayant, dès lors, par décisions du 15 mai 1995 et du 14 août 1995, accordé à partir du 1er août 1995 à la défenderesse et à son époux la moitié de la pension de retraite à laquelle peut prétendre son époux ainsi qu'un revenu garanti aux personnes âgées au taux "ménage" et, partant, par décision du 2 juin 1997, refusé de faire droit à la demande de revenu garanti aux personnes âgées introduite le 13 août 1996 par la défenderesse au motif que, compte tenu de son statut d'épouse séparée de fait et non divorcée, celle-ci bénéficiait déjà du montant maximum du revenu garanti auquel elle pouvait prétendre, l'arrêt attaqué, par confirmation du jugement dont appel, dit pour droit que la défenderesse a droit au revenu garanti aux personnes âgées, en sa qualité d'épouse divorcée, à partir du 1er août 1995, et, pour en décider ainsi, se fonde essentiellement sur les motifs qu'il y a lieu, par application de l'article 570 du Code judiciaire, de vérifier notamment si la décision de répudiation n'est pas contraire aux principes d'ordre public belge et au respect des droits de la défense et "en l'espèce, la répudiation opérée le 27 décembre 1994 est de type `talâq' et résulte d'un acte unilatéral de volonté du mari (contrairement à la répudiation de type `khol' qui est effectuée par le mari à la demande de la femme et moyennant le paiement d'une compensation); dans la procédure `talâq' la femme n'intervient pas, à proprement parler, pendant la procédure et elle n'est informée de la répudiation que lorsque celle-ci est prononcée (même si elle est convoquée pour la date du prononcé) ; la seule forme de compensation pour l'épouse est l'octroi par le mari, pendant la période d'abstinence (idda) d'un lot de consolation (moutâ) qui est déterminé en tenant compte des ressources et de la situation de la femme répudiée ; est-ce à dire que toute répudiation de forme `talâq' serait nécessairement contraire à l'ordre public belge et méconnaîtrait automatiquement le respect des droits de la défense ; il y a lieu de tenir compte de tous les éléments propres à chaque cas d'espèce, pour répondre à cette question ; en l'occurrence, il convient de tenir compte des éléments suivants ; si [la défenderesse] n'a pas été entendue lors de la procédure de répudiation elle a été dûment convoquée le 11 octobre 1994 pour comparaître le 10 novembre 1994 devant le tribunal de première instance de C.; la (défenderesse) déclare qu'elle n'a pu se rendre sur place pour des raisons personnelles et matérielles lorsque la répudiation a été proclamée ; elle déclare cependant : 'sans pression ni contrainte, de mon propre gré et volontairement déclare affirmer mon plein accord avec la décision de répudiation qui a eu lieu au Maroc en date du 28 décembre 1994' ; dans l'ordonnance du 27 décembre 1994 le juge B. A. a fixé les obligations de Monsieur M. O. C., résultant du 'divorce' comme suit : - pension alimentaire de l'épouse pendant la retraite légale (3 mois à partir du divorce) 3000 dirhams; - paiement d'une moutâ de 2000 dirhams; - paiement du reliquat de la dot : 25 dirhams; il résulte de l'acte de répudiation que Monsieur M. O. C., a versé la somme de 5.025 dirhams à [la défenderesse]; à ce stade, l'on pourrait considérer que les droits de la défense de la défenderesse n'ont guère été respectés au cours de la procédure de répudiation; cependant en déclarant ultérieurement accepter ladite répudiation et, surtout, en revendiquant ses droits d'épouse divorcée, [la défenderesse] a indiscutablement acquiescé à la répudiation et, ce faisant, reconnaît que ses droits n'ont pas été lésés; cet acquiescement a également comme effet que la répudiation n'est pas nécessairement contraire



à l'ordre public international belge et peut, en conséquence, produire ses effets en Belgique; en matière de pensions, il a été jugé que 'la répudiation ne peut être considérée comme une séparation de fait des conjoints mais doit être assimilée à un divorce. Il y a lieu d'en tenir compte dans l'ordre juridique belge. Le divorcé est en droit de percevoir une pension de retraite au taux isolé'; il résulte dès lors de tous les éléments qui précèdent que [la défenderesse] doit être considérée comme 'divorcée' de Monsieur O. C. (celui-ci s'étant d'ailleurs remarié ultérieurement) ; sa demande originaire du 30 juin 1997 par laquelle elle contestait la décision notifiée le 2 juin 1997 par [le demandeur] a, à juste titre, été déclarée fondée par le premier juge".

Griefs

1. Première branche

Ainsi que le reconnaît l'arrêt, la répudiation de la défenderesse ne pouvait produire d'effets en Belgique qu'à la condition, prévue par l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire d'être intervenue dans le cadre d'une procédure respectant les droits de la défense. La circonstance que l'épouse répudiée ait ultérieurement acquiescé à la répudiation ne fait pas disparaître la violation de ces droits résultant du fait que la répudiation a eu lieu sans possibilité pour elle de présenter ses observations. Il s'ensuit que l'arrêt, qui constate expressément que " dans la procédure 'talâq', la femme n'intervient pas, à proprement parler, pendant la procédure et qu'elle n'est informée de la répudiation que lorsque celle-ci est prononcée ", qu'en l'espèce la défenderesse n'a pas été entendue lors de la procédure de répudiation et que ses droits de la défense " n'ont guère été respectés au cours de la procédure de répudiation ", mais décide néanmoins que le demandeur doit admettre les effets de la répudiation au motif que la défenderesse " a indiscutablement acquiescé à la répudiation et reconnu que ses droits n'ont pas été lésés en déclarant ultérieurement accepter ladite répudiation et surtout en revendiquant ses droits d'épouse divorcée ", méconnaît la règle que la décision étrangère doit respecter les droits de la défense pour produire ses effets en Belgique (violation de l'article 570, alinéa 2, spécialement 2°, du Code judiciaire), viole en outre le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense ainsi que l'ordre public international belge.

2. Deuxième branche

A supposer même que les droits de la défense de l'épouse répudiée aient été respectés, la répudiation unilatérale de la défenderesse ne peut, en vertu de l'article 570, alinéa 2, 1°, du Code judiciaire, avoir d'efficacité en Belgique qu'à la condition de n'être en rien contraire aux principes d'ordre public et aux règles du droit public belge. Le principe de l'égalité entre l'homme et la femme et, plus particulièrement, le principe de l'égalité des droits et des responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage fait partie intégrante de l'ordre public international belge. Ces principes sont à ce point absolus et fondamentaux qu'ils ne sauraient tolérer aucun effet quelconque de la loi étrangère ou du jugement étranger qui leur seraient contraires, quelle que soit l'intensité du rattachement de la situation avec la Belgique. En outre, ni l'acquiescement, ni l'acceptation ultérieurs de l'une des parties, ne permettent de reconnaître la décision ou l'institution étrangères contraires à ces principes fondamentaux. En



l'espèce, comme le constate l'arrêt, la répudiation unilatérale, en tant que mode de rupture du lien conjugal étant, selon le droit marocain, réservée au mari et à lui seul, ne respecte pas l'égalité des droits entre l'homme et la femme dans la mesure où " la femme n'intervient pas, à proprement parler, pendant la procédure et elle n'est informée de la répudiation que lorsque celle-ci est prononcée ". Il en résulte que cette institution est contraire aux principes et aux règles visés par l'article 570, alinéa 2, 1°, du Code judiciaire et ne pouvait, partant, se voir reconnaître d'effets en Belgique. Il est indifférent à cet égard que, en l'espèce, la défenderesse ait ultérieurement " acquiescé à la répudiation ". En effet, l'acquiescement n'est pas possible dans les matières qui relèvent de l'ordre public belge. Il s'ensuit que l'arrêt, qui reconnaît à tout le moins implicitement que la répudiation de la défenderesse ne respecte pas l'égalité des droits entre l'homme et la femme, mais décide néanmoins que le demandeur doit admettre les effets de cette répudiation au motif que l'acquiescement de la défenderesse à la répudiation a comme effet que celle-ci " n'est pas nécessairement contraire à l'ordre public international et peut, en conséquence, produire ses effets en Belgique ", méconnaît la règle que, pour produire ses effets en Belgique, la décision étrangère ne peut contenir rien de contraire aux principes d'ordre public, ni aux règles du droit public belge (violation de l'article 570, alinéa 2, 1°, du Code judiciaire). Il viole en outre, en statuant de la sorte, le principe général du droit relatif à l'égalité des droits entre l'homme et la femme visé au moyen ainsi que l'ordre public international belge (violation de l'article 14 de la Convention de sauvegarde visée au moyen, de l'article 5 du Protocole n° 7 additionnel à ladite convention ainsi que de la loi d'approbation du 13 mai 1955 visée au moyen).

3. Troisième branche

L'application en Belgique de la loi étrangère doit être écartée lorsque cette loi va à l'encontre des principes de l'ordre public international belge. La loi marocaine est incompatible avec ces principes en tant qu'elle accorde au mari la faculté de mettre fin au mariage de manière discrétionnaire, à l'insu de la femme, sans que celle-ci ne puisse s'y opposer ni user de la même faculté. Il s'ensuit que l'arrêt qui relève que la défenderesse ne pouvait s'opposer à la répudiation, qu'au Maroc la répudiation n'est possible qu'au mari, non à la femme, mais décide néanmoins que le demandeur doit considérer la défenderesse comme divorcée, méconnaît la règle que ne peut être appliquée en Belgique la loi étrangère contraire à l'ordre public international belge (violation des articles 3, spécialement alinéa 3, et 6 du Code civil) ainsi que l'ordre public international belge et le principe général du droit relatif à l'égalité des droits entre l'homme et la femme visé au moyen.

IV. La décision de la Cour

Quant à la première branche :

Attendu qu'il ressort de l'arrêt que, pour prétendre au bénéfice du revenu garanti aux personnes âgées en qualité de femme divorcée d'un travailleur salarié, la défenderesse se prévaut d' "un acte de répudiation intervenu le 27 décembre 1994, dûment entériné par les autorités marocaines";



Que la cour du travail a considéré que, pour apprécier si cette répudiation peut sortir ses effets en Belgique, il lui appartenait de vérifier si les conditions de l'article 570, alinéa 2, du Code judiciaire étaient réunies;

Attendu que les jugements régulièrement rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état des personnes, produisent, en règle, leurs effets en Belgique, indépendamment de toute déclaration d'exequatur;

Qu'ils ne sont toutefois tenus, en Belgique, pour régulièrement rendus que s'ils satisfont aux conditions énoncées dans l'article 570 du Code judiciaire;

Que le respect des droits de la défense figure parmi ces conditions;

Attendu que, si l'arrêt constate que la défenderesse "a été dûment convoquée le 11 octobre 1994 pour comparaître le 10 novembre 1994 devant le tribunal de première instance de Chefchaouen", et qu'elle a déclaré n'avoir "pu se rendre sur place pour des raisons personnelles et matérielles", il considère "que les droits de la défense de la (défenderesse) n'ont guère été respectés au cours de la procédure de répudiation";

Qu'en se fondant sur la circonstance que la défenderesse a " ultérieurement accept(é) la (...) répudiation et (...) revendiqu(é) ses droits d'épouse divorcée " et en en déduisant qu'elle " a indiscutablement acquiescé à la répudiation et, ce faisant, reconn(u) que ses droits n'ont pas été lésés ", l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision que la répudiation litigieuse satisfait à la condition énoncée à l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire;

Qu'en cette branche, le moyen est fondé;

Et attendu que le défendeur doit faire valoir en même temps dans un unique mémoire en réponse toutes les considérations qu'il entend développer en réponse au pourvoi; que, partant, la Cour ne peut avoir égard au second mémoire en réponse de la défenderesse, remis au greffe de la Cour le 6 novembre 2001 ;

PAR CES MOTIFS,
LA COUR

Casse l'arrêt attaqué;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt cassé;

Condamne la défenderesse aux dépens de son second mémoire en réponse;

Vu l'article 1017, alinéa 2, du Code judiciaire, condamne le demandeur aux autres dépens;

Renvoie la cause devant la cour du travail de Liège.

Les dépens taxés à la somme de nonante-six euros trois centimes envers la partie demanderesse, liquidés jusqu'ores à zéro euro envers la partie défenderesse représentée par Maître T'Kint pour le premier mémoire en réponse et taxés à la somme de cent quatre vingt-sept euros soixante trois centimes envers la partie défenderesse représentée par Maître Draps pour le second mémoire en réponse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le conseiller faisant fonction de président Philippe Echement, les conseillers Christian Storck, Daniel Plas, Christine Matray et Philippe Gosseries, et prononcé en audience publique du vingt-neuf septembre deux mille



trois par le conseiller faisant fonction de président Philippe Echement, en présence du premier avocat général Jean-François Leclercq, avec l'assistance du greffier adjoint Christine Danhiez.

www.ipr.be



www.dipr.be

Hof van Cassatie, arrest van 2 november 2001

Internationale bevoegdheid – 1. artikel 635, 9°, van het Gerechtelijk Wetboek – vordering tot tussenkomst – bevoegdheidsbeding tussen de oorspronkelijke procespartijen krijgt uitwerking – 2. interne regelen van bevoegdheid kunnen slechts toegepast worden na vaststelling van internationale bevoegdheid

Compétence internationale – 1. article 635, 9°, du Code Judiciaire – demande en intervention – clause attributive de compétence entre les parties originelles sort ses effets – 2. règles de compétence internes ne reçoivent application qu'après vérification de la compétence internationale

1. C. d. C. B.,

2. AG 1824, NV, Mr. Antoine De Bruyn, advocaat bij het Hof van Cassatie, tegen

1. PRICE WATERHOUSE COOPERS, burgerrechtelijke vennootschap in de vorm van een coöperatieve vennootschap, Mr. Lucien Simont, advocaat bij het Hof van Cassatie,

2. SONAS, vennootschap naar Congolees recht, in tegenwoordigheid van M. T.

HET HOF,

Gehoord het verslag van raadsheer Parmentier en op de conclusie van advocaat-generaal Werquin;

Gelet op het bestreden arrest, op 4 februari 1999 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

(...)

Over het derde middel:

doordat het arrest beslist dat de Belgische rechter territoriaal niet bevoegd was om kennis te nemen van de tussenvorderingen die de eisers, bij wege van conclusie hebben ingesteld tegen de tweede verweerster, zijnde de vorderingen die ertoe strekken laatstgenoemde te veroordelen om hun schade te vergoeden, zulks op grond "dat de (tweede verweerster) de eerste rechter verwijt dat hij de exceptie van onbevoegdheid had afgewezen die zij had voorgedragen op grond van artikel 37, eerste lid, van haar algemene voorwaarden waarbij de rechtbanken van de Republiek Zaïre bevoegd werden verklaard voor alle geschillen; dat zij van oordeel is dat artikel 635, 9°, van het Gerechtelijk Wetboek, dat in essentie bepaalt dat vreemdelingen voor de rechtbanken van het rijk kunnen worden gedaagd, indien het gaat om een vordering tot tussenkomst, wanneer de oorspronkelijke vordering aanhangig is voor een Belgische rechtbank, niet in de weg kan staan van een rechtsmachtclausule ten voordele van de rechtbanken van een vreemde rechterlijke orde die de eiser tot tussenkomst en tot

www.ipr.be



www.dipr.be

vrijwaring en de verweerder op die tussenvordering bindt; dat de bevoegdheid *ratione loci* van de hoven en de rechtbanken over het algemeen vastgesteld wordt rekening houdend met privé-belangen: de desbetreffende regels zijn vastgesteld voor het gemak van de gedagvaarde partij zodat zij haar verweer beter kan regelen. Ze raken in beginsel de openbare orde niet. De gedingvoerende partijen kunnen ervan afzien of ze bij overeenkomst wijzigen; dat in casu het geschil niet behoort tot een van in de artikelen 631, 632 en 633, bedoelde materies die betrekking hebben op een territoriale bevoegdheid van openbare orde; dat de partijen in een burgerlijke-aansprakelijkheidsverzekering, namelijk de (tweede verweester) en de (vennootschap) die eigenaar is van de huurauto die op het ogenblik van het ongeval bestuurd werd door de (tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partij) op rechtmatige wijze de rechtbanken van de Republiek Zaïre mochten aanwijzen om kennis te nemen van de geschillen uit hun overeenkomst; dat, hoewel (de tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partij), met toepassing van artikel 632 (lees: 635), 9°, van het Gerechtelijk Wetboek, de (tweede verweester) kon oproepen tot gedwongen tussenkomst en tot vrijwaring in het geding dat aanhangig was voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, die vennootschap zich evenwel kon beroepen op de algemene voorwaarden van de overeenkomst waarbij de rechtbanken van de Republiek Zaïre bevoegd werden verklaard, waarbij zij enkel, overeenkomstig artikel 854 van het Gerechtelijk Wetboek, de bevoegdheid van het gerecht waarvoor de zaak aanhangig is diende af te wijzen voor alle exceptie of verweer; (...) dat er dus moet worden vastgesteld dat de eerste rechter territoriaal niet bevoegd was om kennis te nemen van de vordering tot gedwongen tussenkomst en tot vrijwaring van (de tot bindendverklaring van het arrest opgeroepen partij) tegen de (tweede verweester) en van de tussenvorderingen van de (eisers)",

terwijl het onjuist is te stellen dat de partijen bij de litigieuze verzekeringsovereenkomst op rechtmatige wijze de Zaïrese rechtbanken konden aanwijzen om kennis te nemen van de geschillen uit hun overeenkomst en aldus geen toepassing te maken van de artikelen 564 en 635, 9°, van het Gerechtelijk Wetboek die bepalen dat vreemdelingen voor de rechtbank van het rijk waarbij al een vordering aanhangig is gemaakt, kunnen worden gedaagd indien het gaat om een vordering tot tussenkomst of om een tegenvordering; op grond van die bepalingen een vordering kan worden ingesteld die samenhangend is met een vordering die bij de geadieerde rechtbank aanhangig is, ook al valt zij niet onder dezelfde volstreekte bevoegdheid van openbare orde van de rechtbank die van die eerste vordering heeft kennisgenomen; *a fortiori*, in tegenstelling tot hetgeen het arrest beweert, een rechtsmachtclausule die een vreemde rechtbank territoriale bevoegdheid verleent, niet beschouwd kan worden als een geldige afwijking op de voornoemde regel dat de rechter bij wie een vordering aanhangig is gemaakt, bevoegd is om kennis te nemen van een tussenvordering tot tussenkomst, ook al is zij tegen een vreemdeling ingesteld; die regel, die tevens van toepassing is op de territoriale bevoegdheid (artikel 634 van het Gerechtelijk Wetboek), een bepaling van openbare orde is die de partijen moeten nakomen en die ze niet mogen afwijzen; daaruit volgt dat het arrest niet wettig heeft kunnen beslissen dat de Belgische rechter, krachtens het litigieuze beding dat aan de rechtbanken van de Republiek Zaïre territoriale bevoegdheid verleent, territoriaal niet bevoegd was om kennis te nemen van de tussenvorderingen die de eisers tegen de tweede verweester hadden ingesteld (schending van de artikelen 564, 634 en 635, 9°, van het Gerechtelijk Wetboek):



Overwegende dat krachtens artikel 635, 9°, van het Gerechtelijk Wetboek, vreemdelingen hetzij door een Belg, hetzij door een vreemdeling, voor de rechtbanken van het rijk worden gedaagd, indien het gaat om een vordering tot tussenkomst of een tegenvordering, wanneer de oorspronkelijke vordering aanhangig is voor een Belgische rechtbank;

Overwegende dat die bepaling, behoudens in het geval van een exclusieve internationale bevoegdheid, niet belet dat, op de exceptie van onbevoegdheid, die regelmatig door de tot tussenkomst opgeroepen partij is voorgedragen, een door die partij en de eiser tot tussenkomst overeengekomen beding waarbij de rechtbanken van een vreemde Staat bij uitsluiting bevoegd worden verklaard, uitwerking krijgt;

Overwegende dat de in de artikelen 564 en 634 van het Gerechtelijk Wetboek vastgestelde regels inzake uitbreiding van bevoegdheid, slechts kunnen worden toegepast nadat de internationale bevoegdheid van de Belgische rechtbanken is nagegaan ;

Dat het middel faalt naar recht;

OM DIE REDENEN,

(...)

Aldus geoordeeld door het Hof van Cassatie, eerste kamer, te Brussel, door raadsheer Parmentier, waarnemend voorzitter, de raadsheren Echement, Storck, Matray, Velu, en in openbare terechtzitting van twee november tweeduizend en een uitgesproken door raadsheer Parmentier, waarnemend voorzitter, in aanwezigheid van advocaat-generaal De Riemaecker, met bijstand van adjunct-griffier Danhiez.

Vertaling opgemaakt onder toezicht van raadsheer Bourgeois en overgeschreven met assistentie van griffier-hoofd van dienst Merckx.



Cour d'appel de Liège, arrêt du 1^{er} avril 2003

Nationalité – Code de la nationalité belge – article 12bis, §1 - résidence principale en Belgique depuis au moins sept ans – séjour doit être légal

Nationaliteit – Wetboek van de Belgische nationaliteit – artikel 12, §1 – hoofdverblijf in België sedert ten minste zeven jaar – enkel legaal verblijf telt

Antécédents

Le 19 avril 2002, l'appelante fait une déclaration de nationalité devant l'Officier de l'état civil de la Ville de Verviers, sur pied de l'article 12bis du Code de la nationalité. Elle y mentionne s'appeler "P." et non "M.". Toute la procédure d'instance est diligentée sous cette orthographe et le dossier contient : 1°) la signature de l'appelante, soit "P." au bas de sa déclaration de nationalité, 2°) la photocopie de sa carte d'identité sous le nom de "P.", 3°) un acte de notoriété suppléant à un acte de naissance au nom de " P. " et le jugement d'homologation, 4°) un extrait de casier judiciaire au même nom. Il s'ensuit que, tant qu'à présent, et à supposer même que l'orthographe du nom soit incorrecte en ce que l'appelante s'appellerait "M.", c'est sous son patronyme officiel de "P" que doit se dérouler la procédure.

Le procureur du Roi fera opposition à cette déclaration de nationalité le 30 mai 2002, estimant que les conditions de fond de l'article 12bis, § 1er, du Code de la nationalité sont réunies mais qu'il existe un empêchement résultant de faits personnels graves, en l'espèce deux condamnations, en 1999, pour plusieurs faits de vols et neuf dossiers antérieurs, dont huit classés sans suite, notamment pour coups volontaires et vols.

Le premier juge relèvera cependant que c'est à tort que le procureur du Roi estime réunies les conditions de fond car si l'appelante est bien entrée en Belgique le 16 octobre 1992, sa demande d'asile a été rejetée et un ordre de quitter le territoire lui a été remis le 20 janvier 1993, réitéré le 17 janvier 1996. En mars 1996, l'appelante introduira une demande de réexamen qui sera rejetée. Elle introduira alors une demande de suspension devant le Conseil d'Etat qui suspendra l'exécution de la décision de rejet par arrêt du 8 octobre 1997. Sur cette base, l'Office des étrangers délivrera une "annexe 26bis" autorisant un séjour provisoire renouvelable de mois en mois.

Selon l'Office des étrangers l'appelante a introduit le 30 décembre 1997 une demande de régularisation sur base de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, demande qui est restée pendante jusqu'à l'introduction d'une nouvelle demande, sur base de l'article 2,4° de la loi du 22 décembre 1999, auprès de la Commission de régularisation. Cette demande a été agréée le 13 mars 2002 en sorte qu'à partir de cette date, elle est autorisée à séjourner en Belgique pour un temps illimité.

www.ipr.be



www.dipr.be

Le premier juge, constatant que si l'appelante disposait bien d'une autorisation de séjour illimité lorsqu'elle a introduit sa demande d'acquisition de la nationalité belge, elle ne pouvait se prévaloir d'un séjour légal en Belgique de plus de sept ans.

Discussion

L'appelante conteste que la notion de résidence inclue celle de légalité du séjour, estimant que les travaux préparatoires ne peuvent ajouter une condition à la loi.

Si les travaux parlementaires ne peuvent certes ajouter à la loi, ils peuvent servir à l'interpréter, lorsqu'une controverse surgit. Or les travaux parlementaires sont particulièrement éclairants à ce sujet : dans l'esprit du législateur, il était à ce point évident que le séjour devait être légal qu'il n'y avait pas besoin de le préciser. En effet les travaux parlementaires mentionnent : "*Il est évident qu'un séjour illégal ne peut être pris en considération*" (voy. Doc. Parlem., Chambre, session 1999-2000, n° 0292/007, page 7, exposé des motifs), et page 45 et 46 : "*Si un étranger à sa résidence principale en Belgique sans disposer d'une autorisation de séjour légale, il n'est pas en mesure de faire une déclaration de nationalité*" (dans ce sens, Liège, 1ère ch., 14 janvier 2003, 2002/RG/43, inédit ; si certains amendements ont été rejetés, le motif du rejet n'implique pas l'accord du législateur pour prendre en compte un séjour illégal.

C'est pourquoi, effectivement, la loi mentionne seulement que le requérant doit avoir fixé sa "résidence principale" en Belgique pendant sept ans. Mais la légalité du séjour, indépendamment de sa preuve par un quelconque document, est une des conditions requises par la loi.

Il faut en effet aussi que cette résidence soit "*couverte par un des titres de séjour suivants : soit une autorisation d'établissement, soit une autorisation ou une admission à séjourner dans le Royaume pour une durée illimitée, soit une autorisation à séjourner dans le Royaume pour une durée limitée. Une résidence principale en Belgique qui ne serait pas couverte par un titre légal de séjour ne pourra donc en aucun cas permettre à l'étranger de faire une déclaration de nationalité. A tout le moins sera-t-il exigé que l'étranger ait bénéficié d'autorisations de séjour provisoires couvrant toute la durée requise soit (...) depuis au moins sept ans dans le cadre du 3°) pour qu'il puisse (...) introduire une déclaration de nationalité. Il est évident qu'un séjour illégal ne peut être pris en considération.*" (Doc. parlem., Chambre, 1999/2000, n° 50/0292/001 et 50/293/001, commentaire des articles, pp. 10 et 11; Administration publique, T 1/2001, pp. 1 et s., spéc. pp. 7 et 8 ; en ce sens Liège, 1ère ch., 11 février 2003, 2002/RQ/24, inédit).

Il suit de ces commentaires que la condition de fond n'est remplie que si, au jour de la déclaration de nationalité, le requérant, admis en séjour illimité, peut justifier d'une résidence principale en Belgique, couverte par des titres de séjour, pendant au moins sept ans. Or il apparaît de l'exposé des faits repris ci-avant que ce n'est que depuis la délivrance d'une annexe 26bis en suite de l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 octobre 1997, soit depuis moins de sept ans au moment de sa déclaration, que l'appelante séjourne régulièrement en Belgique sous le couvert d'une autorisation provisoire.



Il importe donc peu de gloser sur la notion de domicile ou de résidence, cette dernière notion n'étant d'ailleurs pas définie par le Code de la nationalité sauf en ce qu'elle doit être "principale". Il convient donc de se référer à l'acception commune: la résidence s'entend du lieu où une personne habite un certain temps ou a un centre d'affaires ou d'activités sans y avoir nécessairement son domicile (voy. Dictionnaire Robert) et, au sens du Code de la nationalité, elle doit être la principale de ses résidences, ce qui implique qu'elle y réside habituellement, de manière quasi ininterrompue (sur la notion de continuité, voy. Liège, 1ère ch., 7 mai 2002, RG 2002/319, inédit).

Il suit de ces considérations que l'appel n'est pas fondé et que la décision doit être confirmée, l'examen des faits personnels graves étant superflus pour l'instant.

PAR CES MOTIFS,

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

La Cour, statuant contradictoirement,

Reçoit l'appel,

Confirme le jugement entrepris.

Condamne l'appelante aux dépens d'appel non liquidés à défaut d'état.

Prononcé en langue française, au Palais de Justice à Liège, à l'audience publique de la première chambre de la cour d'appel, le PREMIER AVRIL DEUX MILLE TROIS, où étaient présents :

Monsieur Emmanuel CAPRASSE, président,

Madame Marie-Antoinette DERCLAYE, conseiller,

Monsieur Bernard DEWAIDE, conseiller,

Madame France MARTIN, greffier.



Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 18 janvier 2000

Nationalité – Code de la nationalité belge – article 16, §2, 4° - attaches véritables avec la Belgique – notion – le seul fait d'avoir contracté mariage avec une Belge ne suffit pas

Nationaliteit – Wetboek van de Belgische nationaliteit – artikel 16, §2, 4° - werkelijke band met België – begrip – het loutere feit van een huwelijk met een Belgische is onvoldoende

Vu les pièces de la procédure, notamment:

- l'appel, régulièrement interjeté par requête déposée au greffe de la cour le 19 novembre 1998, contre un jugement prononcé contradictoirement par le tribunal de première instance de Bruxelles le 24 juin 1998, notifié à l'appelant le 4 novembre 1998;

Attendu que l'appel tend à obtenir la réformation du jugement entrepris en ce que celui-ci refuse l'agrément de la déclaration d'acquisition de la nationalité belge faite par l'appelant, en application de l'article 16 du code de la nationalité belge, le 19 juillet 1995 devant l'ambassadeur de Belgique à Bonn (République Fédérale d'Allemagne);

Attendu qu'en vertu de l'article 16 § 2, alinéa premier du Code de la nationalité belge, « l'étranger qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité belge ou dont le conjoint acquiert la nationalité belge au cours du mariage, peut, si les époux ont résidé ensemble en Belgique pendant au moins trois ans et tant que dure la vie commune en Belgique, acquérir la nationalité belge par déclaration faite et agréée conformément à l'article 15 »,

Attendu que l'appelant, de nationalité marocaine, a contracté mariage avec Madame Susanne Z. de nationalité belge mais née et résidant en République Fédérale d'Allemagne, le 9 avril 1992; Que les époux ont résidé en République Fédérale d'Allemagne jusqu'en septembre 1997, date à laquelle ils se sont installés en Belgique; qu'ils ont un enfant, de nationalité belge, né le 23 juin 1996;

Attendu qu'il est incontestable que lorsque l'appelant a effectué sa déclaration d'acquisition de la nationalité belge devant l'ambassadeur de Belgique à Bonn le 19 juillet 1995, il ne satisfaisait pas à la condition de résidence posée par l'article 16 § 2, 1°, précité, dès lors que les époux n'avaient jamais résidé ensemble en Belgique;

Attendu qu'en vertu de l'article 16 § 2, alinéa 4 du Code de la nationalité belge, la vie commune en pays étranger peut être assimilée à la vie commune en Belgique, lorsque le déclarant prouve qu'il a acquis des attaches véritables avec la Belgique;

www.ipr.be



www.dipr.be

Que la condition d'avoir acquis des « attaches véritables » avec la Belgique doit être remplie lors de la déclaration d'acquisition de la nationalité belge, puisqu'il s'agit de dispenser l'étranger de la condition de résidence en Belgique, qui doit également être remplie lors de cette déclaration, en assimilant à la vie commune en Belgique la vie commune à l'étranger;

Attendu que l'acquisition d'« attaches véritables » avec la Belgique, au sens de l'article 16 précité, suppose que le déclarant ait personnellement noué des liens d'ordre social, culturel, économique ou moral avec la Belgique, sa société ou ses ressortissants;

Attendu que le seul fait d'avoir contracté mariage avec une Belge ne suffit évidemment pas à démontrer l'existence d'attaches véritables avec la Belgique, dès lors que la condition de résidence en Belgique, dont le déclarant peut être dispensé s'il prouve avoir acquis des attaches véritables avec la Belgique, s'ajoute à celle du mariage;

Que le fait - négatif - que l'appelant n'ait pas souhaité acquérir la nationalité allemande, alors qu'il a résidé pendant près de 20 ans en République Fédérale d'Allemagne, et qu'il n'ait que des contacts qualifiés d'« extrêmement ténus » avec son pays d'origine, ne suffit pas davantage à démontrer, de manière positive, l'existence d'attaches véritables avec la Belgique;

Attendu qu'il convient d'observer que ce n'est pas la volonté d'intégration de l'appelant qui est en cause; que, contrairement à ce qui est renseigné à l'enquête de police, il résulte de l'audition de l'appelant par la cour qu'il s'exprime de manière certes imparfaite, mais intelligible, en français; qu'il peut être admis qu'il parle couramment l'allemand;

Que pour bénéficier du régime plus favorable d'acquisition de la nationalité belge de son conjoint, en vertu de l'article 16 du Code de nationalité belge, l'appelant doit cependant satisfaire à une condition de résidence en Belgique, dont il ne peut être dispensé qu'en rapportant la preuve de l'acquisition, antérieurement à sa déclaration d'acquisition de la nationalité belge faite en 1995, d'attaches véritables avec la Belgique, Que force est de constater que l'appelant ne rapporte pas davantage cette preuve en degré d'appel que devant le premier juge;

Que l'appel apparaît non fondé;

PAR CES MOTIFS,
LA COUR,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 relative à l'emploi des langues en matière judiciaire;

Entendu Monsieur R. D., Substitut du Procureur-général en son avis émis, à l'audience publique du 4 janvier 2000;

Déclare l'appel recevable mais non fondé;

En déboute l'appelant et le condamne aux dépens d'appel, liquidés à 10.500 francs.



Rechtbank van Koophandel te Hasselt, vonnis van 22 mei 2002

Internationale koopovereenkomst – toepasselijk recht – CISG – bewijs - schadevergoeding

Vente internationale – droit applicable – Convention de Vienne – preuve – dommage-intérêts

R.B.V. N.V., waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is te 3530 HOUTHALENHELCHTEREN (...), en die ingeschreven is in het handelsregister te Hasselt (...); aanleggende partij, verweerster op tegeneis, die verschijnt door meester R. Moors, advocaat te 3740 Bilzen (...);
tegen

J.V. B.V.>, waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is te 3273 LN WESTMAAS (NL) (...), ingeschreven in het Handelsregister te Dordrecht (...); verwerende partij, eisende partij op tegeneis, die verschenen is door meester A. Snick, advocaat te 3500 Hasselt (...);

Volgt het vonnis.

Bij inleidend exploit van het ambt van gerechtsdeurwaarder B. Heines te Hasselt van 23 mei 01 liet eiseres dagvaarding uitreiken aan verweerster teneinde deze te doen veroordelen in betaling van 2.316.108,- fr. te vermeerderen met de nalatigheidsinteressen sedert 25 oktober 00 tot de dag der algehele betaling, en de kosten.

(...)

Bij vonnis op tegenspraak van 30 januari 02 heeft de rechtbank voor recht gezegd dat de Belgische rechtbanken rechtsmacht hebben voor dit geschil.

Ter zitting van 15 mei 02 is Mr. Moors verschenen voor eiseres en Mr. A. Snick loco E. Monard voor verweerster; zij hebben gepleit, de vroeger neergelegde conclusies gehandhaafd. Beide partijen hebben stukken neergelegd.

In feite

Voor zoveel als nodig verwijst de rechtbank naar de feitelijke uiteenzetting in haar vonnis van 30 januari 02.

Sedert begin 2000 leverde eiseres aan verweerster verpakkingen voor groenten. Facturen bleven onbetaald. Er bestond omtrent de bestellingen geen (geschreven) overeenkomst. Verweerster houdt voor dat tussen partijen (mondeling) een vaste prijs werd afgesproken. Volgens eiseres is er van prijsafspraken voor het gehele jaar geen sprake omdat zij afhankelijk is van de prijs van haar grondstoffen.

Op 6 juni 00 deelde eiseres aan verweerster mee:

“Wij bevestigen hiermee de prijzen zoals besproken tijdens ons bezoek in uw kantoren:

www.ipr.be



www.dipr.be

- Tray 6 kg = HFL 582 - 0/0
- Tray S kg = HFL 570 - 0/0
- Tray Dutchess = HFL 672 - 0/D
- tussenvel = HFL 120 - 0/0

De prijzen zijn geldig voor alle leveringen vanaf 13 juni 00.

Wij behouden uiteraard de eerder overeengekomen prijzen voor de leveringen welke door ons verlaat werden omwille van de productiecapaciteit.

Deze zijn:

- 25000 stuks Dutchess
- 25000 stuks Naiure's Choice
- 25000 stuks Trust
- 25000 stuks Qual. Partner 5 kg.

Wij zijn ook te allen tijde bereid U een alternatieve kwaliteit aan te bieden nl. BE//WT140-SC127-TL140-SC127-KL140"

Verweerster houdt voor dat zij op 12 juni 00 een fax verstuurd heeft aan eiseres, als volgt:

"Naar aanleiding van jullie brief van 6-6-2000 over nieuwe prijzen, hierbij het volgende. Er is met u afgesproken dat wij de dozen voor het seizoen 2000 tegen een vaste prijs en kwaliteit zouden krijgen.

Ik begrijp dan ook niet dat jullie in deze brief kunnen zetten alsof wij het met deze prijsverhoging eens zijn. Ook hebben wij niets aan een alternatieve kwaliteit, omdat ook wij de dozen aan onze klanten hebben doorverkocht tegen een vaste prijs en kwaliteit. Ik ga er dan ook vanuit dat wij dit seizoen afmaken zoals afgesproken aan het begin van dit jaar."

Eiseres betwist deze fax te hebben ontvangen. In aanvullende conclusies van 7 maart 02 erkent verweerster dat zij niet in de mogelijkheid is om het bewijs van verzending van deze fax bij te brengen. Zij beroept zich nochtans in dat verband op de verklaring van zekere B, die voorhoudt dat er in december een mondeling akkoord was voor de levering van ca. 6 miljoen tomatentrays in het seizoen 2000 tegen een vaste prijs van HFL 485, 0/00 en dat gezien de jarenlange ervaring van eiseres in de AGF-sector het bekend was de prijzen altijd voor het hele seizoen vast liggen. Toen in maart en mei de papierprijzen gingen stijgen heeft eiseres een forse prijsstijging in de markt doorgevoerd en deze prijsstijgingen waren ook aanleiding om de prijzen bij verweerster, volgens Boerlage, opnieuw te bespreken. Ondanks de prijsafspraken heeft J geprobeerd om deze prijsverhogingen in de AGF markt door te voeren om zo ook eiseres een verhoging toe te kennen. De markt accepteerde dat, steeds volgens B niet, en J was genoodzaakt om eiseres aan zijn afspraak van vaste prijzen te houden. Eiseres bevestigde de prijzen per fax. J zou, volgens B, schriftelijk op deze nieuwe prijzen hebben gereageerd en nogmaals gewezen hebben op de gemaakte afspraken. J zou meerdere malen getracht hebben het probleem met eiseres te bespreken maar dhr. N was voor J niet bereikbaar. Omdat J de verhoging niet kon en hoefde te accepteren bracht eiseres, volgens B, de leveringen naar een minimum en stopte. Eiseres houdt voor dat met de verklaring van B geen rekening kan gehouden worden, vermits deze met ruzie bij haar is weggegaan.



De facturen met de nieuwe prijzen werden zonder protest ontvangen. Verweerster heeft in die periode diverse voorschotten in ronde bedragen in HFL te hebben betaald, naar zij voorhoudt omdat zij niet akkoord ging met de aangerekende prijzen.

Op 13 juni 00 faxte eiseres aan verweerster: *“Door een panne aan een produktiemachine is het ons niet mogelijk de eerder voorziene levertermijnen (zie lijst hieronder) na te komen. Concreet betekent dit dat wij voor u in week 24 en waarschijnlijk ook in week 25 geen verpakkingen kunnen leveren. Wij rekenen op uw begrip in deze uitzonderlijke situatie.”*

Op 26 juni 00 faxte de accountant van verweerster aan eiseres: *“Tot ons wendde zich onze cliënte J.V. B.V., gevestigd te Westmaas (Nederland), met het verzoek in het navolgende haar belangen te behartigen.*

Cliënte is met u een overeenkomst aangegaan tot koop en levering van zogenaamde plano's. Cliënte heeft echter tot haar spijt moeten constateren dat uw leveringen aanmerkelijke achterstanden oplopen. Door deze handelwijze is cliënte niet in staat haar afnemers tijdig te bedienen. Cliënte dreigt hierdoor relaties en derhalve omzet te verliezen. Bovendien kunnen afnemers van cliënte bederfelijke zaken, zoals groenten en dergelijke, ten gevolge van een tekort aan plano's in het geheel niet of niet tijdig verpakken. Cliënte dreigt thans voor door afnemers te lijden schade, aansprakelijk gesteld te worden.

Namens cliënte verzoeken wij u dringend, doch zonedig sommeren wij u, aan uw verplichtingen te voldoen en de achterstanden in leveringen aan cliënte op zeer korte termijn in te lopen en voor het overige leveringen tijdig te laten plaatsvinden.

Mocht u thans binnen afzienbare tijd niet aan dit verzoek van cliënte voldoen, dan zal cliënte zich genoodzaakt zien u voor alle door cliënte geleden schade, kosten en interest, alsmede gedeelde winsten aansprakelijk te stellen. Het hoeft geen betoog, dat alsdan deze schade aanzienlijk zal zijn en enige honderdduizenden guldens zal gaan belopen.

Cliënte vertrouwt er nochtans op dat u aan bovenvermelde sommatie gehoor zult geven en uw verplichtingen nadien naar behoren zult nakomen.”

Verweerster houdt voor op 23 september 00 een fax te hebben verstuurd aan eiseres met volgende inhoud: *“Naar aanleiding van ons gesprek van afgelopen week, en het telefoongesprek met de heer Boerlage over de betalingen hierbij het volgende:*

In het gesprek zijn we uitvoerig terug gekomen op de problemen van deze zomer, zoals niet leveren, prijsverhogingen enz. Al deze problemen hebben ons veel ergernis, geld en tijd gekost. Voor ons kan dit in de toekomst nog consequenties hebben namelijk dat klanten geen vertrouwen meer in ons hebben.

Al deze problemen zijn ook de reden dat wij +/- fl. 200.000,- achterhouden tot het moment dat u met een oplossing hiervoor komt”.

Verweerster dient ook hier te erkennen dat zij in de onmogelijkheid verkeert het bewijs van de verzending van deze fax bij te brengen.

www.ipr.be



www.dipr.be

Op 25 oktober 00 stelde de raadsman van eiseres aangetekend in gebreke tot betaling van in hoofdsom HFL 292.062,8 en een schadebeding van HFL 29.206,28 of in totaal HFL 321.269,08 of 5.943.478,- BEF.

Op 1 november 00 antwoordde de accountant van verweerster: *“Ter toelichting, uw cliënte en cliënte doen reeds geruime tijd zaken met elkaar. Echter, uw cliënte blijkt gedurende het seizoen regelmatig in gebreke tijdig te leveren, waardoor cliënte aanzienlijke schade lijdt. Cliënte heeft uw cliënte daar meerdere malen op gewezen. Ondergetekende heeft uw cliënte daarvan in kennis gesteld middels zijn schrijven, d.d. 26 juni 2000, waarvan u een kopie bijgesloten aantreft. Tot op heden heeft cliënte uw cliënte voor deze schade niet aansprakelijk willen stellen in verband met de voortdurende zakelijke relatie, echter behoudt zich dienaangaande uiteraard graag alle rechten voor.*

Voorts heeft cliënte middels de eveneens ingesloten telefax, d.d. 23 september 2000, uw cliënte uitgenodigd een oplossing aan te dragen voor de schade, welke cliënte lijdt ten gevolge de ontijdige leveringen. Uw cliënte heeft echter verkozen zich te hullen in stilzwijgen.

In laatstgenoemde telefax treft u tevens een opmerking aan over prijsverhogingen. Uw cliënte heeft cliënte een excessief bedrag wegens “prijsverhogingen” gefactureerd, zonder dat daarover voorafgaande overeenstemming tussen partijen werd bereikt. Bet behoeft dan ook geen betoog, dat cliënte niet gehouden is voormeld bedrag aan uw cliënte te voldoen.

Het spijt cliënte te moeten constateren, dat uw cliënte zich tot een advocaat heeft moeten wenden om een oplossing te bewerkstelligen. Te meer daar cliënte zich inspanningen heeft getroost om met uw cliënte in gesprek te geraken. Zo ook gisteren en vandaag heeft namens cliënte, de heer O, getracht met de heer N van uw cliënte tot een dialoog te komen. Ondanks toezeggingen zijdens uw cliënte weigert de heer N contact met de heer O op te nemen.

Gezien het voorgaande lijkt het ons zinnig, dat u uw cliënte, gezien haar positie, ervan overtuigt, dat een buitengerechtelijke oplossing i.c. het meest opportuun is en haar instrueert contact met cliënte op te nemen om de gerezen geschillen in goed overleg te beslechten. Cliënte heeft inmiddels als “confidence building measure” op 27 oktober 2000 een bedrag van fl. 151.297, 73 naar uw cliënte overgeboekt.”

Op 13 november 00 antwoordt de raadvrouw van eiseres aan de accountant van verweerster dat zij de gehele inhoud van de brief van 1 november 00 dient te protesteren. Zij stelt dat de gereclameerde factuur (facturen ?) in haar totaliteit is verschuldigd. Indien er al problemen in het verleden zouden geweest zijn tussen partijen dan zijn deze ontgensprekelijk opgelost. De facturen, waarvan betaling wordt gevorderd werden nooit geprotesteerd, zodat zij vordering zal instellen op basis van niet-geprotesteerde facturen voor de bevoegde rechtbank.

Volgens eiseres kwamen partijen nog samen en zou er beslist zijn dat alle openstaande facturen zouden betaald worden in ruil waarvoor eiseres interesten en schadebeding zou laten vallen. Verweerster ontkent dat en houdt voor dat dit blijkt uit het feit dat zij nadien slechts gedeeltelijke betalingen uitvoerde.



Op 29 november 00 betaalde verweerster nog HFL 100.000,00.

Eiseres deed nog een paar leveringen; de laatste factuur dateert van 23 december 01.

Op 8 februari 01 betaalde verweerster nog HFL 132.474,94 volgens haar, bestaande uit alle openstaande facturen, verminderd met de reeds betaalde voorschotten en de aangerekende prijzen.

Op 23 mei 01 ging eiseres dan over tot dagvaarding.

Verweerster houdt voor dat partijen op 11 december 01 te samen kwamen en dat eiseres daarbij erkende dat haar handelwijze in het verleden opzichts verweerster niet correct was geweest in verband met de prijsverhogingen en dat er overeengekomen werd de zaak met gesloten beurs te regelen. Eiseres ontkent dat.

Verweerster doet een tegeneis tot betaling van:

- meerprijs te betalen aan derde leveranciers U en A: €11.705,97
- stempelkosten, hetzij verloren investeringen ten bedrage van €16.265,84 en extra gemaakte stempelkosten ten bedrage van £ 9.612,88
- vergoeding voor verlies cliënteel en de extra inspanningen om haar klanten verder te beleveren, ex aequo et bono begroot op €6.806,70.

Beoordeling

Verweerster heeft op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt dat partijen vóór of na dit geschil overeengekomen zijn de zaak af te sluiten met gesloten beurs.

1. Ten aanzien van de vordering laat verweerster gelden dat zij een overeenkomst had met eiseres waarbij de prijzen vast lagen voor een jaar, dat eiseres daarop eenzijdig is teruggekomen en dat zij daarmee nooit akkoord is gegaan. Eiseres daarentegen ontkent een dergelijk akkoord en houdt voor dat verweerster akkoord gegaan is met de prijzen zoals voorzien door haar fax van 6 juni 00. Vervolgens stelt verweerster dat er op een bepaald ogenblik laattijdig of niet werd geleverd waardoor schade ontstond en dat omwille van deze problematiek aan de relatie een einde werd gemaakt, waardoor bijkomende schade ontstond.

2. De rechtbank is reeds vroeger tot de bevinding gekomen dat ter zake het Weens Koopverdrag van toepassing is en partijen namen in die zin ook conclusies.

3. De vraag of de partijen een overeenkomst over een prijs voor een gans jaar hadden, wordt niet geregeld door de artikelen 54 tot 59 van het Weens Koopverdrag. Het bewijs van een overeenkomst en van de overeengekomen prijs kan volgens art. 11 in fine van het Weens Koopverdrag geleverd worden met alle bewijsmiddelen. Het bestaan van een overeenkomst kan aldus bewezen worden door getuigen, door de gedragingen van de partijen of door een factuur. De rechter blijft vrij om de bewijsvoering te appreciëren volgens zijn eigen recht: zo kan hij nog steeds meer gewicht toekennen aan een schriftelijk bewijs dan aan een getuigenverklaring. De bewijslast en bewijsprocedure moet hij aan de hand van zijn procesrecht regelen (Van Houtte H. "Algemene Bepalingen en Interpretatie" in Van Houtte



H., Erauw J. en Wautelet P. (eds.), Het Weens Koopverdrag, Intersentia, Antwerpen, 1997, p.69, randnummer 2.28).

4. Verweerster beroept zich op een gewoonte in de sector om de prijzen van verpakkingen voor een gans jaar vast te leggen. Een partij die aanvoert dat een gewoonte bestaat, moet het bestaan, de toepassingsvereisten en de inhoud van de gewoonte bewijzen (Van Houtte H., op. cit., p. 66, randnummer 2.22). Dat doet verweerster niet, behoudens met de enkele verklaring van B. Een verklaring van een voormalig vertegenwoordiger alleen bewijst een gewoonte naar het oordeel van de rechtbank niet.

5. Het enkele feit dat eiseres gedurende een half jaar de prijzen ongewijzigd heeft gehouden is geen vermoeden dat partijen een overeenkomst hadden om gedurende een jaar de prijzen ongewijzigd te houden.

6. Met de faxen van verweerster van 12 juni en 23 september 00 kan geen rekening worden gehouden, gezien hun verzending niet kan worden bewezen.

7. Het feit dat verweerster na 6 juni 00 slechts ronde bedragen in HFL op de bestaande schuld zou hebben afgekort is op zich geen aanwijzing dat zij niet akkoord ging met de nieuwe prijzen. De betalingen kunnen even goed verklaard worden door het feit dat verweerster het volledig bedrag van de facturen niet kon betalen.

8. Er blijft dus enkel de fax van eiseres van 6 juni 00 met de aankondiging van de prijsverhoging, zonder aangetoonde reactie van verweerster, en de facturen met de nieuwe prijzen, eveneens zonder reactie van verweerster tot de brief van de accountant van verweerster op 1 november 00. Het is verwonderlijk, indien er een gebrek aan overeenstemming zou geweest zijn over die prijzen en, zoals beweerd wordt, verweerster daaromtrent eiseres vruchteloos trachtte te spreken, daarvan met geen woord melding werd gemaakt in de ingebrekestelling van de accountant van verweerster van 26 juni 00. De eerste melding van een gebrek aan overeenstemming over de prijsverhogingen is er pas in het schrijven van de accountant van 1 november 00. Het is onbegrijpelijk dat verweerster gedurende bijna 5 maanden ongewijzigd doorging met bestellingen indien zij niet akkoord zou gegaan zijn met de aangerekende prijzen.

9. De stelling van verweerster wordt nochtans bevestigd door de verklaring van B. Het is vooreerst verwonderlijk dat verweerster niet aangeboden heeft deze te horen als getuige, en zich beperkt tot het bijbrengen van zijn geschreven verklaring. Blijkbaar spreekt verweerster eiseres niet tegen dat B bij eiseres is weggegaan met ruzie, zodat er twijfels kunnen rijzen bij de objectiviteit van zijn verklaring. Indien de rechtbank de verklaring B nochtans goed begrijpt, zou er een akkoord geweest zijn met verweerster in verband met de nieuwe prijzen, maar zou zij daar op teruggekomen zijn, toen de markt de verhogingen die zij op haar beurt wilde in rekening brengen, niet hebben geaccepteerd. Verweerster zou toen vruchteloos eiseres hebben willen bereiken. Indien dat laatste het geval was is het onbegrijpelijk dat verweerster geen aangetekende brief heeft gestuurd en (nogmaals) dat er over het gebrek aan overeenstemming over de prijs geen sprake is in de brief van haar accountant van 26 juni 00. De verklaring van B is in haar geheel zo gechargeerd in het voordeel van verweerster en



wordt verder door geen enkel ander objectief element bevestigd, dat de rechtbank er in haar geheel geen rekening mee kan houden.

10. Het eerste ogenblik waarop er sprake is van gebrek aan overeenstemming over de prijs is het schrijven van de accountant van 1 november 00, nadat eiseres een raadsman had ingeschakeld die ingebreke stelde omdat verweerster naliet te betalen. Dergelijke beweringen voor het eerst uiten nadat men in gebreke is gesteld is altijd als verdacht te aanzien.

11. De rechtbank besluit dan ook, in acht genomen art. 11 in fine Weens Koopverdrag, dat verweerster niet slaagt in haar bewijslast dat partijen een overeenkomst hadden voor een vaste prijs voor een jaar en dat eiseres aannemelijk maakt dat verweerster akkoord is gegaan met de nieuwe prijzen, zoals aangekondigd per 6 juni 00 en nadien protestloos doorgevoerd in opeenvolgende facturaties.

12. Het schrijven van de accountant van 26 juni 00 lijkt ook in strijd met de versie van B als zou eiseres de leveringen hebben teruggedraaid om verweerster onder druk te zetten om akkoord te gaan met haar nieuwe prijzen. Daarvan is er in het schrijven van de accountant geen sprake. Integendeel het schrijven lijkt gewoon een antwoord op de fax in verband met de panne van de productiemachine, waarvan eiseres verweerster berichtte op 13 juni 00. Het schrijven van de accountant houdt een ingebrekestelling in om de achterstand in de leveringen in te lopen en voor de toekomst de leveringen tijdig te laten verlopen. Er is geen enkele aanwijzing en er wordt niet aannemelijk gemaakt, dat eiseres die achterstand niet zou hebben ingelopen en daarna de leveringen niet op tijd zou hebben laten verlopen, minstens wordt daarvan geen melding meer gemaakt vóór 1 november 00. De brief van 26 juni 00 kan dan ook niet anders worden gelezen dan in deze zin dat, voor zo ver eiseres de achterstand zou inlopen en in de toekomst de leveringen tijdig zou laten plaats vinden, er geen schade zal zijn (“Cliënte dreigt hierdoor relaties en derhalve omzet te verliezen... Mocht U thans binnen afzienbare tijd niet aan dit verzoek van cliënte voldoen, dan zal cliënte zich genoodzaakt zien a voor alle door cliënten geleden schade, kosten en interest, alsmede gederfde winsten aansprakelijk te stellen... Tot op heden heeft cliënte uw cliënte voor deze schade niet aansprakelijk willen stellen in verband met de voortdurende zakelijke relatie, ...”). Een inbreuk op art. 33 van het Weens Koopverdrag, minstens dat daardoor schade zou zijn ontstaan is niet bewezen.

13. De eis is dus in principe gegrond; de tegeneis is ongegrond.

14. Eiseres vordert een hoofdsom van €56.846,37 en een schadebeding van €5.684,61. Ten onrechte stelt verweerster dat met de factuurvoorwaarden, die onder meer voorzien in het schadebeding, geen rekening kan gehouden worden omdat deze slechts opgedoken zijn na de contractssluiting. Hier kan dezelfde redenering worden aangehouden als deze die de rechtbank heeft voorgehouden, toen zij uitspraak deed over de internationale rechtsmacht van de Belgische rechtbanken (gelet op de veelvoud van de facturen en in acht genomen de regelmaat van de betrekkingen kan van eiseres niet verlangd worden dat zij aantoonde dat de algemene voorwaarden voor elke transactie worden medegedeeld). Overigens zou eiseres alleen op basis van art. 74 van het Weens Koopverdrag recht hebben op schadevergoeding, ook indien deze niet contractueel was voorzien. Eiseres heeft recht op 10 % van de hoofdsom als schadevergoeding.



Volgens verweerster is nochtans slechts HFL 123.549,53 verschuldigd, hetzij € 56.064,33. Partijen hebben bij de behandeling op 15 mei 02 geen uitleg kunnen verschaffen over dit verschil. Daartoe worden de debatten heropend. In afwachting komt alvast een vonnis tussen voor de hoofdsom van € 56.064,33 te verhogen met nalatigheidsinteressen à 10 % op 56.064,33 euro. van 25 oktober 00 tot de dag van algehele betaling, een schadevergoeding van €5.606,43 en de gerechtelijke interesten op 5.606, 43 euro.

De voorschriften van art. 2-30 tot 37 van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken werden nageleefd.

OM DEZE REDENEN,

beslist de rechtbank, na beraadslaging, op tegenspraak, het vonnis van 30 januari 02 verder uitwerkend,

verklaart de eis toelaatbaar en alvast grotendeels gegrond, verklaart de tegeneis toelaatbaar, maar ongegrond, veroordeelt verweerster tot betaling aan eiseres van €56.064,33 te verhogen met nalatigheidsinteressen à 10 % op €56.064,33 van 25 oktober 00 tot de dag van algehele betaling, een schadevergoeding van €5.606,43 en de gerechtelijke interesten op E 5.606, 43 tot de datum van betaling,

heropent ambtshalve de debatten in verband met het overige van de vordering en stelt de zaak daartoe ter zitting van 25 september 02 om 10 h, behoudt de kosten voor, verklaart het vonnis uitvoerbaar bij voorraad ondanks alle verhaal en zonder borgstelling. (...)



Arbeidsrechtbank te Hasselt, vonnis van 19 juni 2000

Arbeidsovereenkomst - bevoegdheidsbeding – EEX-verdrag – toepasselijke versie

Contrat de travail – clause attributive de compétence – Convention de Bruxelles – version applicable

Inzake :

S.H., handelsvertegenwoordiger, eisende partij, verwerende partij op tegeneis, vertegenwoordigd door Mr. A.VAN DER VELPEN, advocaat te 3290 DIEST, Wolvenstraat 39.

tegen:

M.J.F. GmbH & C KG, vennootschap naar Duits recht, verwerende partij, eisende partij op tegeneis, vertegenwoordigd door Mr. M.MEULYZER, advocaat te 2000 ANTWERPEN, Louizastraat 32 bus 1.

VERLEENT DE RECHTBANK HET VOLGENDE VONNIS :

I. Procedureel

Gezien de stukken van het geding, gevoegd bij het rechtsplegingsdossier en nader omschreven op de inventaris, onder meer:

- het inleidend exploit van dagvaarding betekend aan verwerende partij op 1/4/1994 door het ambt van gerechtsdeurwaarder M.SMEETS, met standplaats te Sint-Truiden, in de zaak A.R. nr. 942207;
- de besluiten van verwerende partij, ontvangen ter griffie op 30/11/1994 in de zaak A.R. nr. 942207;
- het proces-verbaal van openbare terechtzitting dd. 4/12/1998, houdende de ambtshalve weglating van de zaak van de algemene rol in toepassing van artikel 730, ? 2 Ger.W.;
- de besluiten van eisende partij, ontvangen ter griffie op 2/6/1999;
- het verzoekschrift waarbij in toepassing van artikel 747 ? 2 Ger.W. door eisende partij conclusietermijnen en een pleitdatum werden gevraagd, en de daaropvolgende rechterlijke beschikking van 13/10/1999;
- de aanvullende besluiten van verwerende partij, ontvangen ter griffie op 15/12/1999; - de aanvullende besluiten van eisende partij, ontvangen ter griffie op 2/2/2000;
- de tweede aanvullende besluiten van verwerende partij, ontvangen ter griffie op 14/3/2000.

De partijen werden behoorlijk opgeroepen, waren op de zitting van 15/5/2000 vertegenwoordigd en werden er bij monde van hun raadslieden in hun middelen en verklaringen gehoord.

Het debat werd voorafgegaan door een poging tot minnelijke regeling overeenkomstig de bepalingen van artikel 734 Ger.W. doch partijen kwamen niet tot een verzoening.

Recht doende over de stukken die zich in het dossier bevinden.

www.ipr.be



www.dipr.be

II. Vordering, tegenvordering, feitelijke situering van het geschil, standpunt van partijen

II.1. Vordering

De vordering van eisende partij strekte er volgens de inleidende dagvaarding toe om verwerende partij te horen veroordelen tot de betaling aan eiser van 5.000.000 BEF, onder voorbehoud van nadere precisering en begroting "lopende het geding", ten titel van contractbreukvergoeding, vakantiegelden bij uitdiensttreding, uitwinningsvergoeding, eindejaarspremies, vergoeding voor voordelen in natura, vergoeding voor willekeurige of onrechtmatige beëindiging van de overeenkomst.

Tevens werd in de inleidende dagvaarding gevorderd om het uit te spreken vonnis uitvoerbaar te horen verklaren bij voorraad, niettegenstaande alle verhaal en zonder borg en niettegenstaande elk aanbod van consignatie met bijzondere besteding.

In besluiten, ontvangen ter griffie op 2/6/1999, vorderde eiser het navolgende:

- 110.500 BEF als onvoldoende betaald loon in de periode 1/7 tot 30/11/93;
- 111.720 BEF als correctie wisselkoers voor de periode 1/1/89 tot 30/6/93;
- 3.882.766 BEF als verbrekings- en uitwinningsvergoeding (34 maanden à 114.199 BEF);
- 685.194 BEF vergoeding wegens willekeurige afdanking;
- de gerechtelijke intresten op hogervermelde bedragen;
- de gerechtskosten.

II.2. Tegenvordering

In besluiten, ontvangen ter griffie op 30/11/1994 formuleerde verwerende partij een tegenvordering, ertoe strekkende eiser (verweerder op tegeneis) te horen veroordelen tot betaling van een verbrekingsvergoeding ten belope van 350.000 BEF provisioneel.

In tweede aanvullende besluiten, ontvangen ter griffie op 14/3/2000, heeft verweester haar tegenvordering begroot op 439.305 BEF, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 30/11/1993, de gerechtelijke rente vanaf de datum van eerste conclusie en de gerechtskosten.

II.3. Feitelijke situering van het geschil

Verwerende partij is een vennootschap naar Duits recht, met zetel en vestiging te W., Duitsland. Zij is werkzaam als ramenfabrikant.

Eisende partij kwam in dienst van verweester als vertegenwoordiger ("Aussendienstmitarbeiter"), in het kader van een in de Duitse taal geredigeerde schriftelijke arbeidsovereenkomst dd. 28/2/1983 ("Dienstvertrag für Angestellte") (stuk 1 eisende partij). Op de door eiser bijgebrachte kopie van de arbeidsovereenkomst werd vermeld dat de overeenkomst een aanvang nam op 1/4/1982.



Verweerster van haar kant bracht een kopie bij van een arbeidsovereenkomst van bepaalde duur van dezelfde datum (28/2/1983), waarbij de termijn van de overeenkomst bepaald werd van 1/3/1983 tot 31/5/1983 (stuk 1 verwerende partij).

In artikel 9 van deze (standaard)overeenkomsten werd voorzien dat afspraken tussen partijen schriftelijk moesten zijn en dat veranderingen en aanvullingen van deze overeenkomst slechts rechtsgeldig waren als ze door de firma schriftelijk werden bevestigd.

In artikel 12 van deze arbeidsovereenkomst was een bevoegdheidsbeding opgenomen, waarbij de rechtbank van Wittlich als bevoegde rechtbank aangeduid werd: "12. GERICHTSSTAND ist Wittlich".

Voorts is er een summierere door partijen ondertekende brief/overeenkomst dd. 1/3/1983, waarbij melding werd gemaakt van een arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd ("ein befristetes Arbeitsverhältnis) van 1/3/1983 tot 31/5/1983. In deze overeenkomst werd voorzien dat de Duitse wetten bij eiser van toepassing zouden zijn (stuk 2 verwerende partij).

Op 26/10/1988 ondertekenden partijen een brief/overeenkomst i.v.m. een aangepaste commissieloonregeling en een wijziging van het werkgebied; eiser werd ook aangesteld voor verkopen in Nederland (stuk 3 eisende partij).

Op 4/2/1992 werd een schriftelijke overeenkomst betreffende provisiwijziging ("Provisionsänderungsvertrag") ondertekend door partijen, waarbij vanaf 1/1/1992 in een andere bezoldigingsregeling werd voorzien, in verandering van het benoemingscontract van 28/2/1983. Er werd voorzien in een commissieloon van 0,5 % voor eiser op de totale netto-omzet uit zijn buitendienst België, Nederland, Luxemburg en Frankrijk (stuk 2 eisende partij).

Op 24/2/1992 richtte verweerster een brief aan eiser met de melding dat de bezoldigingsregeling vanaf 1/1/1992 veranderd was (stuk 4 eisende partij).

Op 28/6/1993 werd, als bijlage bij de arbeidsovereenkomst van 28/2/1983, nogmaals in de wijziging van de bezoldigingsregeling voorzien, vanaf 1/1/1993. Het actieterrein van eiser werd omschreven als "Gamma België en Gamma Nederland" (stuk 5 eisende partij).

Op 9/11/1993 richtte eiser een schrijven aan verwerende partij waarbij hij protesteerde tegen het feit dat er niet meer geleverd werd aan 'de Benelux' en tegen de blokkade van (door ?) de firma Nieuwenhuis. Eiser drong aan op een correcte financiële overeenkomst (stuk 6 eisende partij).

Op datum van 1/12/1993 richtte verwerende partij een aangetekend schrijven aan eiser, stellende dat het door eiser op 30/11/1993 telefonisch uitgesproken ontslag aangenomen werd ("wir nehmen hiermit die von Ihnen -/- telefonisch ausgesprochene Kündigung für sofort an").

Deze brief werd door eiser voor ontvangst afgetekend op 6/12/1993 (stuk 3/4 verwerende partij).

www.ipr.be



www.dipr.be

Verwerende partij stuurde een bericht aan het cliëntèle, meldende dat eiser niet meer bij haar tewerkgesteld was (stuk 7 eisende partij).

Met een brief van 15/12/1993 protesteerde eiser bij verweerster tegen de gang van zaken. Eiser ontkende dat hij ontslag zou hebben genomen; volgens eiser ging het om een ontslag dat van verweerster uitging (stuk 8 eisende partij).

Verwerende partij leverde op 3/2/1994 een C4-formulier af waarbij vermeld werd dat de arbeidsovereenkomst op 30/11/1993 beëindigd werd (stuk 9 eisende partij, stuk 5 verwerende partij).

Op 1/4/1994 is eiser overgegaan tot dagvaarding van verwerende partij.

II.4. Standpunt van partijen (samengevat)

Eisende partij:

- De Belgische rechtbanken zijn bevoegd; eiser was (onder meer) in België tewerkgesteld en ook zijn loon werd volledig volgens Belgisch sociaal recht geregeld. Het Verdrag van Rome van 19/6/1980 (Wet 14/7/1987) is van toepassing; het Belgische recht moet worden toegepast. Van deze dwingende rechtsregels kan niet worden afgeweken. In de toepasselijke arbeidsovereenkomst van 1/3/1983 is geen bepaling omtrent het toepasselijke recht of de bevoegde rechtbank opgenomen; er werden sindsdien trouwens nog andere arbeidsovereenkomsten aangegaan, daterend van na de inwerkingtreding van het Verdrag van Rome, zodat de verdragsbepalingen toepassing vinden. De minimumbescherming van het Belgische recht kan trouwens niet worden genegeerd.
- Het loon van eiser werd door verweerster onrechtmatig eenzijdig verminderd en eiser vraagt thans dit achterstallig loon op.
- Het loon werd volgens een verkeerd toegepaste wisselkoers uitbetaald zodat nog een saldo verschuldigd blijft.
- Verweerster gaf het ontslag op onrechtmatige wijze, zonder schriftelijke kennisgeving, zodat zij een opzeggingsvergoeding verschuldigd is. Eiser was handelsvertegenwoordiger en heeft recht op een uitwinningsvergoeding. Opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding worden samen op 34 maanden loon, hetzij 3.882.766 BEF bepaald.
- Er is hier duidelijk sprake van een willekeurige afdanking zodat eiser gerechtigd is op een bijkomende bruto-vergoeding overeenstemmend met 6 maanden loon.

Verwerende partij:

- In de basisovereenkomst van 28/2/1983, ingaand op 1/3/1983 is op geldige wijze voorzien in de bevoegdheid van de Duitse rechtbank te Wittlich. De latere wijzigingen aan deze arbeidsovereenkomst zijn slechts addenda die de overeenkomst niet doen teniet gaan. Het bevoegdheidsbeding is aangegaan vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Rome zodat het rechtsgeldig is; bijgevolg is de arbeidsrechtbank van Hasselt niet bevoegd.
- De door eiser voor het eerst in besluiten van 22/5/1999 gestelde vorderingen m.b.t. onvoldoende ontvangen loon en een onjuist doorgevoerde wisselkoers zijn nieuwe vorderingen die manifest verjaard zijn.
- Het staat vast dat eiser de arbeidsrelatie verbroken heeft. Dit blijkt trouwens uit de handelwijze van eiser, die na het bewuste telefoongesprek van 30/11/1993 geen arbeidsprestaties meer verrichtte voor



verweerster. Het is derhalve eiser die een verbrekingsvergoeding dient te betalen aan verweerster, overeenstemmend met het loon van 5 maanden.

- De becijfering door eiser van het basismaandloon wordt betwist.
- Eiser bewees niet in de voorwaarden te zijn om aanspraak te kunnen maken op een uitwinningsvergoeding.

III. Beoordeling - in rechte

Verwerende partij heeft in limini litis de exceptie van onbevoegdheid ingeroepen; conform de in de initiële schriftelijke arbeidsovereenkomst van 28/2/1983 vervat liggende bevoegdheidsclausule zouden - aldus verweerster - enkel de rechtbanken van Wittlich bevoegd zijn, en zou de arbeidsrechtbank van Hasselt onbevoegd zijn.

Eiser ontkent de gelding van de bevoegdheidsclausule. Hij houdt voor dat de overeenkomst van 28/2/1983 nadien vervangen zou zijn geweest door andere arbeidsovereenkomsten waarin dergelijk bevoegdheidsbeding niet vervat lag, maar kan in deze stelling door de rechtbank niet worden bijgetreden.

Er is weliswaar enige verwarring mogelijk omtrent het feit of er op 28/2/1983 nu een arbeidsovereenkomst van bepaalde duur tot stand kwam (cf. stukken 1 en 2 verwerende partij), dan wel of het ging om een arbeidsovereenkomst zonder tijdsbepaling (en dus van onbepaalde duur), maar gelet op het feit dat in de latere aanpassingen of addenda van 4/2/1992 en van 28/6/1993 nog steeds gerefereerd werd aan de eerste overeenkomst van 28/2/1983 (stuk 2 eisende partij: "-/- wird in Abänderung des Anstellungsvertrages vom 28.02.1983 nachfolgende Provisionsänderung vereinbart -/-"; stuk 5 eisende partij: "Anlage zu dem Dienstvertrag vom 28.02.1983") dient te worden aangenomen en is het duidelijk dat de arbeidsovereenkomst van 28/2/1983 de "basisovereenkomst" was die de tussen partijen bestaande arbeidsverhoudingen regelde.

Deze overeenkomst van 28/2/1993 werd, met uitzondering van de bezoldigingsregeling, nadien niet expliciet opgeheven, zodat ze in toepassing van artikel 9 (van deze overeenkomst) haar gelding bleef behouden gedurende de ononderbroken tewerkstelling van eiser bij verwerende partij. De latere wijzigingen aan de basisovereenkomst inzake bezoldigingsregeling (en werkgebied) zijn slechts als addenda van deze eerste arbeidsovereenkomst van 28/2/1983 te beschouwen.

Er kan worden vastgesteld dat de basisovereenkomst van 28/2/1983 een expliciet bevoegdheidsbeding bevatte. In artikel 12 van de overeenkomst werd voorzien dat Wittlich de bevoegde rechtbank was ("GERICHTSSTAND ist Wittlich").

Hier moet thans worden nagegaan of het in de arbeidsovereenkomst vervat liggende en gedurende het bestaan van de dienstbetrekking niet opgeheven (cf. artikel 9 arbeidsovereenkomst) bevoegdheidsbeding al dan niet tot mogelijk gevolg heeft dat de arbeidsrechtbank van Hasselt thans onbevoegd is om kennis te nemen van het geschil.



Deze problematiek inzake bevoegdheid (of van de afbakening van "rechtsmacht"; cf. DE CEUSTER, J., "Het arbeidsrechtelijk statuut van Belgen tewerkgesteld in het buitenland en van buitenlanders tewerkgesteld in België, in RIGAUX, M. (ed.), "Actuele problemen van het arbeidsrecht - 2", Antwerpen, Kluwer, 1987, nrs. 413 en 414) moet hier benaderd en onderzocht worden in het licht van de regels van het internationale privaatrecht, aangezien er hier duidelijk sprake was van een "internationale" arbeidsverhouding (de werkgever is gevestigd in Duitsland, de werknemer woont in België, en werkte in de Benelux-landen en in Frankrijk).

De verwijzing van eiser naar het verdrag van Rome van 19/6/1980 (Het "Europees Overeenkomstenverdrag" - "EVO"; Wet 14/7/1987 - B.S. van 9/10/1987) is hier bij de beoordeling van de bevoegdheidsproblematiek niet dienend.

Met de verwijzing naar het EVO appelleert eiser aan de I.P.R.-regels inzake het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht, maar dergelijke bepaling van het toepasselijke recht kan eventueel pas (in tweede instantie) ter sprake komen indien vooreerst de bevoegdheid van de rechtbank is komen vast te staan (indien de rechter onbevoegd blijkt te zijn, dan dient hij zich vanzelfsprekend te onthouden van uitspraken die de grond van de zaak kunnen aanbelangen, zoals onder meer het ter zake toepasselijke recht).

Bevoegdheidsclausules vallen buiten het werkingsveld van het EVO en het EVO is dus niet van toepassing in gevallen waar, zoals in onderhavige zaak, partijen bepaald hebben welke rechter bevoegd is om kennis ten nemen van hun geschillen (vgl. Cass., 24/2/1997, R.W., 1997-98, 1438, met noot van MEEUSEN, J.; ERAUW, J., e.a., "Overzicht van rechtspraak internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht 1993-1998", T.P.R., 1998, nrs. 184-185, blz. 1470-1471).

De bevoegdheid moet hier dus niet verder onderzocht worden in functie van het Verdrag van Rome van 19/6/1980.

De bevoegdheid van de rechtbank moet wel onderzocht worden in functie van het Europees Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Brussel op 27/9/1968, goedgekeurd bij Wet van 13/1/1971 (B.S. 31/3/1971) en in werking getreden vanaf 1/2/1973, en sedertdien bij herhaling nog gewijzigd (hierna verder aangeduid als het EEX). Dit verdrag vindt luidens zijn artikel 1 toepassing in burgerlijke en handelszaken. Het arbeidsrecht, met inbegrip van geschillen inzake arbeidsovereenkomsten, moet tot deze burgerlijke zaken gerekend worden (cf. PETIT, J., "Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht", reeks A.P.R., Gent-Leuven, Story-Scientia, 1980, nr. 488; DE CEUSTER, l.c., nr. 417).

In toepassing van artikel 17 van het EEX is, wanneer de partijen - van wie er ten minste één woonplaats heeft op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat - een gerecht van een Verdragsluitende Staat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen welke naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, het door de partijen aangewezen gerecht bij uitsluiting bevoegd. Deze bepaling van het EEX voorziet dus in een wilsautonomie van partijen om een rechter naar keuze aan te duiden. Partijen hebben in principe de vrijheid van forumkeuze.

www.ipr.be



www.dipr.be

Dergelijk bevoegdheidsbeding is volgens het EEX dus mogelijk en aan de rechtsgeldigheid ervan wordt geen afbreuk gedaan door het gegeven dat artikel 630, lid 1 van het Gerechtelijk Wetboek bevoegdheidsbedingen in arbeidsovereenkomsten, daterend van vóór het ontstaan van het geschil, op straffe van nietigheid verbiedt. De bevoegdheidsregeling van het intern Belgisch recht is namelijk niet van openbare orde maar van dwingend recht, en het dwingend rechtskarakter geldt niet voor overeenkomsten met een internationaal karakter (vgl. Arbrb. Antwerpen, 6/4/1984, J.T.T., 1985, 174-175). Het EEX primeert op de nationale wetgeving en de interne regels inzake territoriale bevoegdheid moeten wijken voor de E.G.-reglementering (vgl. Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 6/6/1995, B. t/D. GmbH, A.R. 443/94, R.W., 1995-96, 647; Petit, o.c., nr. 492; FETTWEIS, A., "De Bevoegdheid", Standaard Uitgeverij, 1971, nr. 531, p. 290). Dit principe moet aanvaard worden, zelfs indien de vrees bestaat dat zodoende de nationale regels van imperatief recht miskend zouden kunnen worden (vgl. ERAUW, J., "Internationaal Privaat Arbeidsrecht", in de reeks "Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan" - A.T.O., I 701 80-120).

Het tussen partijen overeengekomen bevoegdheidsbeding was naar de vorm geldig aangegaan aangezien het schriftelijk werd aangegaan (cf. artikel 17, lid 1 EEX). Het is beschouwd naar de inhoud eveneens geldig nu niet aangetoond of gebleken is dat het beding inzake aanwijzing van de bevoegde rechter slechts gemaakt zou zijn ten behoeve van één der partijen, nu het niet strijdig is met de bepalingen van artikelen 12 en 15 van het EEX, en nu het geen inbreuk uitmaakt op de exclusieve bevoegdheidsregeling voor de in artikel 16 van het EEX omschreven materies.

Er kan op worden gewezen dat in artikel 17, lid 5 van het EEX, in een uitzonderingsregel werd voorzien op de algemene regel van vrije forumkeuze (artikel 17, lid 1 EEX), voor geschillen inzake individuele arbeidsovereenkomsten. In artikel 17, lid 5 van het EEX is voorzien dat ten aanzien van dergelijke geschillen de overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter alleen gevolg heeft indien het gesloten is na het ontstaan van het geschil of indien de werknemer er zich op beroept om andere gerechten aan te zoeken dan dat van de woonplaats van de verweerder of het in artikel 5, punt 1 bedoelde gerecht.

Deze in het voordeel van de werknemers ingevoerde beschermingsregel kan echter in het thans aanhangige geding niet worden toegepast aangezien deze bepaling slechts van kracht is geworden na het inleiden van onderhavige vordering. Daar waar de vordering ingeleid werd bij dagvaarding van 1/4/1994, werd het 5de lid van artikel 17 van het EEX slechts toegevoegd door artikel 7 van het Verdrag van 26/5/1989 m.b.t. de toetreding van Spanje en Portugal (Verdrag van San Sebastian), Verdrag dat in België pas in werking is getreden op 1/10/1997 (Wet van 10/1/1997, B.S. 8/1/1998) (cf. VAN HOUTTE, H., "San Sebastian-verdrag en Luganoverdrag in werking in België", R.W., 1997-1998, 790-791; DE GROOTE, B., "Nieuwigheden in het Belgisch internationaal procesrecht - Een toelichting bij de gevolgen van de inwerkingtreding van de verdragen van San Sebastian en Lugano voor de rechtspraak", R.W., 1998-99, 169- 182).

Er moet van worden uitgegaan dat de gewijzigde Verdragsbepalingen slechts van toepassing zijn op rechtsvorderingen ingesteld na de inwerkingtreding van het Verdrag dat de wijziging of aanpassing doorvoerde (vgl. artikel 54, lid 1 van het EEX, cf. DUINTJER TEBBENS, H.,



"Het toepassingsgebied van de verdragen van Brussel en Lugano naar onderwerp, tijd en ruimte", in VAN HOUTTE, H., en PERTEGAS SENDER, M. (eds.), "Europese IPR-verdragen", Leuven/Amersfoort, Acco, 1997, p. 31-33).

En de uitzonderingsbepaling op de inwerkingtreding voorzien in artikel 54, lid 2 van het EEX geldt enkel voor de "erkenning en tenuitvoerlegging" van beslissingen, maar niet inzake de bevoegdheid.

De inwerkingtreding van de in het voordeel van de werknemers ingevoerde wijziging van het EEX-verdrag (artikel 17, lid 5) dateert (ruimschoots) van na het instellen van huidige rechtsvordering en de gewijzigde verdragsbepaling moet hier bijgevolg bij het beoordelen van de bevoegdheid of van de geldigheid van de contractueel tussen partijen bedongen bevoegdheidsclausule buiten beschouwing worden gelaten.

Volgens de bepalingen van de hier in ogenschouw te nemen versie van het EEX, was het in de arbeidsovereenkomst voorziene en tussen partijen afgesproken bevoegdheidsbeding volkomen rechtsgeldig, en dit zowel bij het aangaan ervan als bij het inleiden van de rechtsvordering.

Ongeacht welk het toepasselijke recht is, zijn partijen, met inbegrip van eisende partij, in toepassing van het EEX gebonden door de contractueel overeengekomen forumkeuze. De naleving ervan moet, nu verweerster er op heeft aangedrongen en in die zin een exceptie van onbevoegdheid opgeworpen heeft, worden gerespecteerd. De arbeidsrechtbank van Hasselt beschikt bijgevolg niet over de rechtsmacht om kennis te nemen van de vordering, evenmin als van de tegenvordering, en dient zich te dezen *ratione loci* onbevoegd te verklaren.

De rechtbank moet zich beperken tot een onbevoegdheidsverklaring, zonder de zaak door te verwijzen naar de vreemde rechter (vgl. Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 6/6/1995, B. t/D. Gmbh, A.R. 443/94, R.W., 1995-96, 647; Arbrb. Antwerpen, 6/4/1984, J.T.T., 1985, 174). De rechtbank beschikt namelijk niet over de rechtsmacht om de vreemde rechter te binden door middel van een eventuele verwijzingsbeslissing; de verwijzingsregel van artikel 660 Ger.W. geldt niet ten aanzien van de vreemde rechter.

OM DEZE REDENEN, DE ARBEIDSRECHTBANK

De voorschriften van de wet van 15 juni 1935, op het gebruik van de talen in gerechtszaken, werden nageleefd.

Na beraadslaging, uitspraak doende op tegenspraak, Alle andere en strijdige middelen verwerpend, Verklaart zich *ratione loci* ONBEVOEGD om kennis te nemen van de vordering.

Verwijst eisende partij in de kosten van het geding en vereffent deze kosten als door partijen begroot: (...)

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van maandag negentien juni tweeduizend waar zitting hielden:

P. Ceuppens, rechter, voorzitter van de kamer, P. de Schaetzen, rechter in sociale zaken, werkgever, J. Van Hout, rechter in sociale zaken, werknemer-bediende, E. de Groot, griffier.



Patrick Wautelet - Note sur l'ouverture du mariage aux ressortissants étrangers de meme sexe¹

1. La Belgique permet depuis juin 2003 aux personnes de même sexe de s'unir par les liens du mariage. A l'heure actuelle, un tel mariage n'est toutefois possible que si les intéressés possèdent la nationalité belge - ou néerlandaise, puisque les Pays-Bas ont également, dès avril 2001, autorisé le mariage entre personnes de même sexe.

L'objet de la présente note est d'examiner comment il est possible d'organiser l'ouverture de ce mariage aux ressortissants d'autres pays (III), notamment dans le cadre des discussions actuelles sur le projet de Code de droit international privé (II). Un bref rappel des principes de droit positif s'impose en guise de préliminaire (I).

I. Le droit positif

2. La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil (*M.B.*, 28 février 2003) a permis aux personnes du même sexe de s'unir par les liens du mariage.²

Cette loi ne contient aucune disposition déterminant son champ d'application dans l'espace. Selon le gouvernement, la loi ne modifie en effet pas les règles traditionnelles de droit international privé. Ainsi le rapport explicatif accompagnant la proposition de loi précisait-il que « La présente proposition ne porte pas atteinte aux principes de droit international privé applicables au mariage. Ainsi, le mariage n'est possible, et cela pour les personnes de même sexe également, que lorsque les deux parties satisfont aux conditions de fond prescrites par leur statut personnel pour pouvoir contracter mariage ».³

Il s'en déduit que pour déterminer si deux personnes du même sexe peuvent se marier, il faudra vérifier si un tel mariage est possible selon leur loi nationale. L'existence d'une exigence liée à la différence de sexes entre candidats au mariage, constitue en effet

¹ Cet article a été finalisé mi-décembre 2003 et ne contient par conséquent pas d'observations sur les développements de fin janvier 2004 – voyez le circulaire du 23 janvier 2004, dans ce numéro.

² Un recours en annulation a été introduit contre cette loi le 27 août 2003 devant le Cour d'Arbitrage pour cause de violation des articles 10, 11, 11bis, 19 et 21 de la Constitution (avis publié in *M.B.*, 28 octobre 2003). Ce recours est pendante devant la Cour sous le numéro 2777. Il ne semble pas toutefois que cette demande vise les aspects internationaux de la question.

³ Développements, proposition de loi n° 1173 déposée le 28 mai 2002 au Sénat, Doc ; 2-1173/1 ; cf. également l'exposé introductif du Ministre de la Justice, Rapport fait au nom de la Commission de Justice du Sénat, Doc. 2-1173/3, p.4.



assurément une condition *de fond* du mariage. Or les conditions de fond sont soumises à la loi nationale des intéressés, qui est appliquée *distributivement* pour chaque intéressé.⁴

3. Ceci signifie concrètement que ne pourront se marier en Belgique que les candidats au mariage ressortissants d'un pays qui autorise le mariage entre deux personnes de même sexe, cette condition devant être vérifiée pour chacun des époux séparément. Au contraire, lorsque le droit national de l'un ou des deux époux ne permet le mariage qu'entre personnes de sexes différents, il ne sera pas possible de célébrer un mariage en Belgique. Ceci réduit considérablement le champ d'application de la loi belge. En pratique, seuls les ressortissants belges et néerlandais pourront bénéficier de la loi du 13 février 2003. Ces deux pays sont en effet les seuls à avoir ouvert le mariage aux personnes de même sexe.

Au mieux pourrait-on élargir le cercle des candidats potentiels au mariage en tenant compte des personnes originaires d'Etats qui, sans avoir ouvert le mariage aux personnes de même sexe, ont introduit une forme d'institutionnalisation de la vie commune qui correspond au mariage 'homosexuel' à la belge. Il en va ainsi de la plupart des pays scandinaves (Suède, Danemark, Norvège, Islande et Finlande), dont la législation a accordé aux partenaires enregistrés des droits quasi équivalents aux droits dont bénéficient les époux hétérosexuels mariés.⁵

Une partie de la doctrine plaide d'ailleurs, au nom de l'équivalence fonctionnelle entre mariage homosexuel belge et partenariat enregistré, pour l'ouverture du mariage 'homosexuel' ⁶ belge aux ressortissants de ces Etats.⁷

Cette extension de l'application de la loi du 13 février 2003 ne peut toutefois se concevoir que si l'on est disposé à assimiler le mariage 'homosexuel' tel qu'il existe en droit belge et les formes de relations (cohabitation légale, partenariat enregistrés, PAC's,⁸ etc), qui existent dans d'autres pays. Ces nouvelles formes de vie commune ne vont pas toujours aussi loin que le mariage 'homosexuel' à la belge. Il en va ainsi du PAC's français, qui confère aux partenaires un statut moins complet que celui accordé aux époux mariés 'à la belge'. De plus, il subsiste en droit belge une forme de cohabitation, la cohabitation légale, dont les effets sont assurément moins importants que ceux produits par le mariage.⁹

⁴ Règle tellement classique du droit international privé belge qu'il ne s'impose plus de la justifier.

⁵ Ainsi les droits suédois et finnois semblent accorder aux partenaires qui enregistrent leurs relations des droits équivalents à ceux dont bénéficient les couples mariés, dont celui d'adopter l'enfant d'un partenaire. Cf. pour plus de détails M. SAVOLAINEN, « The Finnish and Swedish Partnership Acts – Similarities and Divergences », in *Legal Recognition of Same Sex Couples in Europe*, K. BOELE-WOELKI et A. FUCHS (éds.), Anvers, Intersentia, 2001, 216.

⁶ Formule lapidaire permettant de désigner le mariage permis par la loi du 13 février 2003, sans qu'aucune connotation morale s'y attache, du moins du point de vue de l'auteur de la présente note.

⁷ V. notamment P. SENAËVE, « De wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht », *Echtscheidingsjournaal*, 2003/4, (50), 55-56, n° 26. Plus hésitante : M. PERTEGÁS SENDER, « Huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht in België : internrechtelijke en internationale implicaties », in *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, P. SENAËVE et F. SWENNEN (éds.), Intersentia, Anvers, 2003, (257), 274, n° 570.

⁸ Loi n° 99-9444 du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité, *Journal Officiel* du 16 novembre 1999, p. 16559.

⁹ V. la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale (*M.B.*, 12 janvier 1999). Sur les aspects internationaux de cette loi, on consultera à profit l'étude de L. BARNICH, "Union libre et cohabitation légale.



4. Quoi qu'il en soit, personne ne conteste que le mariage homosexuel doit, dans l'état actuel des textes être réservés aux ressortissants belges et néerlandais (et éventuellement aux ressortissants des pays scandinaves).¹⁰

Une circulaire adoptée par le Ministère de la Justice le 8 mai 2003 précise d'ailleurs que « les personnes qui n'ont pas la nationalité belge et qui invoquent l'existence du mariage des personnes de même sexe selon la législation de l'Etat dont ils sont ressortissants, devront en apporter la preuve formelle, dans un document officiel émanant des autorités de leur Etat d'origine, établissant que le mariage entre personnes de même sexe est possible selon les règles en vigueur dans le pays ».¹¹ Le Ministre explique également que « le certificat de coutume qui normalement est exigé ne suffira pas toujours à cet égard. En effet, les textes législatifs laissent rarement apparaître que le mariage n'est prévu que pour des personnes de sexe différent ».

De même, la question de la reconnaissance à l'étranger du mariage 'homosexuel' célébré en Belgique demeure entière ; chaque pays se prononcera en effet selon ses propres normes sur l'effet à attribuer à un tel mariage belge.¹² Il n'est pas exclu que de tels mariages ne soient pas

Quelques questions de droit international privé”, in *Mélanges Roland de Valkeneer*, D. STERCKX et J.-L. LEDOUX (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2000, 1-16 ainsi que J. ERAUW et J. VERHELLEN, “Het conflictenrecht van de wettelijke samenwoning. Internationale aspecten van een niet-huwelijkse samenlevingsvorm”, in: *Echtscheidingsjournal*, 1999, 150-161. Adde F. RIGAUW, « La loi applicable aux variétés nouvelles de relations personnelles », in *Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, W. DEBEUCKELAERE, J. MEEUSEN et H. WILLEKENS (éds.), Gand, Mys & Breesch, 2002, 235-242. Sur le concubinage, cf. déjà J. ERAUW, “De verloving in het ipr met enkele beschouwingen over het concubinaat”, *R.W.*, 1982-83, II, n° 2734 et N. WATTÉ et L. BARNICH, “L'union libre en droit international privé”, in *L'union libre*, PH. PAGE et VALKENEER (éds.), Bruxelles, 1992, 293-311.

¹⁰ Une autre possibilité subsiste : le mariage sera possible même si le droit national de l'un des époux ne permet pas le mariage de deux personnes du même sexe, dès lors que le droit national de cet époux soumet les conditions de fond du mariage non pas au droit national de l'intéressé mais bien au droit de son domicile. Si cet époux est domicilié en Belgique, les autorités belges appliqueront alors le droit belge par le biais du mécanisme du *renvoi*. Sur l'application de ce mécanisme au mariage homosexuel, cf. l'excellente étude de M. PERTEGÁS SENDER, *l.c.*, in *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, P. SENAËVE et F. SWENNEN (éds.), Intersentia, Anvers, 2003, (257), 271-273.

¹¹ Circulaire relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil (*M.B.*, 16 mai 2003).

¹² L'on se souviendra que le Conseil d'Etat avait, dans son avis relatif au projet de loi déposé par le gouvernement en 2001 (Avis 32.008/2 du 12 novembre 2001), pris argument du risque de créer des situations 'boiteuses' (*matrimonium claudicans*) pour conseiller le rejet du projet. Selon le Conseil, « l'insécurité juridique de droit international privé » à laquelle le projet risquait, à ses yeux, de conduire, constituait un élément de plus justifiant son retrait. Le Conseil ajoutait que « les unions homosexuelles ne seront possibles que si le statut personnel des deux époux le permet, ce qui n'est le cas que des Pays-Bas. Par ailleurs, de telles unions ne seront, le plus souvent, pas reconnues dans d'autres pays pour inexistence du mariage ou, à tout le moins, contrariété à l'ordre public international de ces pays ». Il nous semble que le risque de créer des situations boiteuses, s'il constitue certainement un facteur à prendre en considération, ne peut constituer à lui seul un argument décisif. Comme l'a précisé la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire du mariage espagnol, “Le principe de l'harmonie internationale des décisions est en droit international privé un idéal qui est loin d'être atteint, tant que tous les Etats n'appliquent pas les mêmes règles en droit international privé au moins [...]. Des rapports juridiques boiteux sont fréquents dans les situations à caractère international [...]. Le principe de l'harmonie internationale des décisions contredit ici de façon insurmontable le principe de l'harmonie interne des décisions [...] C'est aux futurs époux qu'il appartient de prendre le risque d'une union boiteuse, le devoir des autorités



reconnus dans certains pays, au nom d'une exception déduite de la violation de l'ordre public de droit international privé.¹³

II. Le projet de Code de droit international privé

5. Le projet de Code de droit international privé a été déposé au Sénat en juillet 2002 (proposition de loi du 1^{er} juillet 2002, Sénat, Doc. Parl., n° 2-1225/1). La même proposition fut redéposée en juillet 2003.¹⁴ La Commission Justice du Sénat procède pour l'instant à la discussion générale de cette proposition, qui est le fruit des efforts combinés d'un groupe de professeurs de droit international privé des universités belges.

Le projet de Code opère une distinction entre deux catégories de situations : les premières concernent les nouvelles formes de « relations de vie commune », comme la cohabitation légale enregistrée du droit belge ou le pacte de solidarité du droit français. Ces formes de relations assurent une certaine institutionnalisation à la relation, sans toutefois lui conférer un statut équivalent au mariage.¹⁵

La deuxième catégorie porte sur les institutions juridiques qui sont directement assimilables au mariage, parce qu'elles affectent l'état de la personne d'une manière équivalente au mariage.

6. Le projet prévoit une solution particulière pour la première catégorie, les « relations de vie commune » à dimension internationale. Selon l'article 58, l'on entend par 'relation de vie commune', 'une situation de vie commune donnant lieu à un enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage ».

L'article 60 de la proposition de loi confirme la solution traditionnelle pour ces relations de vie commune. En effet, selon cette disposition, « les conditions de validité de la relation de vie commune sont régies, pour chacun des cohabitants, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de l'enregistrement de la relation ». Pratiquement, il faudra vérifier

compétentes étant seulement de les en avertir" (4 mai 1971, *BverfGE.*, vol. 31, 58; *FamRZ.*, 1971, 414 ; *N.J.W.*, 1971, 1509, *R.C.D.I.P.*, 1974, 1-46).

¹³ Ainsi le législateur fédéral américain a-t-il adopté une loi, le *Defense of Marriage Act* (28 U.S.C.A. § 1738C), qui permet aux Etats fédérés de refuser de reconnaître un mariage homosexuel célébré dans un autre Etat. L'intervention du législateur fédéral, dont la constitutionnalité est douteuse, était nécessaire parce que le droit américain impose une obligation quasi-absolue aux Etats de reconnaître les jugements et actes d'autres Etats de la fédération. V. sur ce sujet, P. J. BORCHERS, "Baker v. General Motors : Implications for Interjurisdictional Recognition of Non-Traditional Marriages", *Creighton L. Rev.*, 1998, 147 e.s. et L. KRAMER, "Same-Sex Marriage and the Unconstitutional Public Policy Exception", *Yale L. J.*, 1997, 1965. Il est fort probable que les autorités américaines refuseront de donner effet à un mariage célébré en Belgique entre personnes de même sexe, même si le statut personnel de ces personnes autorise un tel mariage.

¹⁴ Sur ce projet, J. ERAUW, "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het ontwerp van Wetboek ipr", *R.W.*, 2002, 1557-1566 ainsi que M. VERWILGHEN, « Vers un Code belge de droit international privé. Présentation de l'avant-projet de loi portant Code de droit international privé », *Travaux comité français dip*, 1998-1999, 123-167.

¹⁵ Cf. les critiques du Conseil d'Etat sur les règles du projet relatives à la cohabitation et au partenariat, Doc. 2-1225/1, pp. 284 e.s.



dans le droit de l'Etat dont les candidats au partenariat sont ressortissants, si un tel partenariat est possible et à quelles conditions. Si la loi nationale de l'un des intéressés ignore l'institution du partenariat, l'union ne pourra avoir lieu. L'appréciation de l'existence d'une institution similaire au partenariat dans la législation étrangère se doit d'être souple. Cette condition sera remplie dès lors que le droit étranger permet à deux personnes de s'unir par des liens plus ou moins étroits, sans passer par le mariage. Ainsi le pacte de solidarité organisé en droit français, la cohabitation légale existant en droit belge et d'autres formes d'union pourront être invoquées sur pied de l'article 60.

7. Les articles 58 et suivant ne sont toutefois pas applicables à la seconde catégorie. Cette catégorie, dans laquelle tombe le mariage 'homosexuel', ne fait pas l'objet de règles particulières. Le rapport explicatif précise en effet qu'une relation de vie commune établissant des liens équivalents au mariage, ne relève pas du chapitre consacré à la 'relation de vie commune', mais bien du chapitre consacré plus généralement au mariage (Développements relatifs à la proposition de loi n° 3-27 du 7 juillet 2003, Doc. Sénat 3-27/1, p. 91-92). Le concept de mariage qui figure dans les règles générales du projet de Code de droit international privé doit être interprété en ce sens qu'il vise également les mariages tels que celui organisé par la loi belge pour les personnes de même sexe. Il en va de même chaque fois que l'union prévue par le droit étranger attribue aux époux les effets que le mariage a sur la personne des époux (ex. : obligation de fidélité, création d'un empêchement subséquent de se marier, etc.), même si l'union porte un autre nom que le mariage. Par contre, l'article 47 ne pourra s'appliquer aux 'unions' dont les effets se réduisent à ceux d'un simple contrat.

Concrètement, le mariage est soumis, en ce qui concerne les conditions de fond, à la loi nationale de chacun des époux. L'article 47 du projet de Code stipule en effet que « conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage ».

Cette règle confirme la solution en vigueur à l'heure actuelle : ne pourront se marier en Belgique que les personnes de même sexe dont le droit national autorise un tel mariage.

III. Vers une réforme ?

8. L'on a constaté que dans l'état actuel du droit, le mariage 'homosexuel' n'est accessible qu'aux seuls ressortissants belges et néerlandais, et, sous réserve d'une qualification 'généreuse', aux ressortissants des pays scandinaves.

Le projet de Code de droit international privé ne changera à cette situation, même s'il aura le mérite de clarifier la situation en distinguant entre les simples partenariats et les véritables mariages – distinction qui n'est pas inutile notamment en ce qui concerne la reconnaissance des situations nées à l'étranger.

9. Cette attitude n'est pas la seule envisageable. Ainsi le législateur néerlandais a-t-il donné un champ d'application plus étendu à possibilité pour les personnes de même sexe de



se marier.¹⁶ Selon la loi réglant les conflits de lois en matière de mariage, le droit néerlandais s'applique dès lors que l'un au moins des époux possède la nationalité néerlandaise ou réside habituellement aux Pays-Bas.¹⁷

10. Si la volonté politique existe pour modifier le droit belge, quelle voie faudrait-il emprunter ?

Ne peut-on, comme pour les autres empêchements au mariage prévus par un droit étranger et inconnus en droit belge, faire confiance au pouvoir judiciaire, qui pourra toujours refuser de tenir compte d'un empêchement à mariage déduit de la différence de sexes au nom d'une violation des principes fondamentaux qui fondent la société belge ?

L'on admettra qu'au contraire des empêchements à mariage fondés sur la religion ou un autre motif inconnu du droit belge, l'obstacle posé par l'exigence d'une différence de sexes se rencontrera quasi systématiquement dans les unions mettant en cause un ressortissant étranger, en raison de la position, pour l'instant isolée, du droit belge. Or, une utilisation trop fréquente de l'exception d'ordre public de droit international privé, risque de galvauder ce mécanisme. De plus, la fréquence (potentielle) des cas d'application pose des difficultés en termes de sécurité juridique. Il faut en effet éviter la naissance de pratiques et de jurisprudences divergentes au sein des arrondissements judiciaires. L'on peut imaginer en effet que certains fonctionnaires d'état civil et tribunaux passent outre l'obstacle posé par le droit national au nom de l'exception d'ordre public alors que d'autres se montrent plus hésitant. Enfin, l'on peut craindre que les tribunaux ne se contredisent sur l'ampleur des liens nécessaires avec l'ordre juridique belge – le fameux *Inlandsbeziehung* – pour justifier une intervention de l'exception d'ordre public : cette exception peut-elle intervenir lorsque l'union mise en péril rassemble deux citoyens étrangers sans liens particuliers avec la Belgique ? Ces arguments militent pour une intervention législative.

11. L'intervention législative peut prendre plusieurs formes. Il nous semble qu'il serait fort peu opportun de procéder par l'adoption d'une *législation particulière*. Celle-ci nuirait à l'effort réel de cohérence des rédacteurs du Code de droit international privé. Une loi particulière ne pourrait bénéficier des dispositions générales du Code (par exemple les règles relatives à l'établissement du droit étranger ou encore à la possibilité d'écarter le droit étranger lorsque celui-ci est contraire aux principes fondamentaux du droit belge). Pour le praticien, l'adoption d'une loi particulière signifierait l'obligation de consulter deux sources différentes lorsqu'il est confronté à une question de droit international privé. L'exemple malheureux de la loi Rolin devrait suffire à écarter cette piste : cette loi a certes permis de régler un douloureux problème pour les personnes intéressées, à savoir principalement les

¹⁶ Possibilité introduite par la *Wet Openstelling Huwelijk* du 21 décembre 2000, publiée in *Stb.*, 2001, 9, entrée en vigueur le 1 avril 2001. Selon le nouvel article 1 :30 du Titre 5 du Premier Livre du Code civil néerlandais : « Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht ».

¹⁷ Article 2 de la loi du 7 septembre 1989 « *houdende regeling van het conflictenrecht inzake het huwelijk* », telle que modifiée par la loi du 17 décembre 1998. Cette disposition est double : pour les époux qui satisfont aux conditions posées par leur droit national respectif, l'article 2(a) prescrit l'application de ce droit national. Lorsque l'un des époux ne satisfait pas aux conditions posées par son droit national, l'article 2(a) permet quand même le mariage si celui-ci est possible selon le droit néerlandais et l'un des époux au moins possède la nationalité néerlandaise ou réside habituellement aux Pays-Bas.



époux/ses de conjoints étrangers dont le droit national ne connaissait pas le divorce. Les insuffisances de cette loi particulière, et singulièrement les problèmes soulevés par son caractère unilatéral, sont toutefois trop connues pour que l'on envisage de renouveler l'expérience.¹⁸

Si une réforme doit être envisagée, elle nous semble dès lors devoir s'inscrire dans la discussion actuelle du projet de Code de droit international privé. Ce projet est actuellement [décembre 2003] en cours de discussion au Sénat.

12. L'on pourrait ainsi envisager d'introduire un amendement au texte de la proposition de loi pour permettre aux personnes de même sexe de se marier, même lorsque leur statut personnel ne permet pas un tel mariage.

Une telle réforme ne peut cependant être envisagée qu'avec précaution. Faut-il en effet introduire des règles particulières pour le mariage entre personnes de même sexe, au risque de créer une différence de traitement avec les mariages entre personnes de sexes différents ? Une telle différence ne pourrait se comprendre que comme la traduction d'une politique visant à favoriser une forme d'union qui ne jouit pas encore d'une reconnaissance générale en droit comparé. Que dire alors aux couples privés de mariage par leur droit national pour une autre raison que la différence de sexe ? L'on pense par exemple aux candidats au mariage dont le droit national ne permet pas l'union en raison d'une différence de religion par exemple. Il est vrai que l'exception d'ordre public permet déjà, dans certaines situations, de remédier à ce type de difficultés. On a déjà expliqué pourquoi l'on ne peut se contenter du recours à cette exception dans l'hypothèse du mariage entre personnes de même sexe.

13. Même si l'on ne peut rejeter d'emblée l'adoption d'une règle particulière visant spécifiquement les unions entre personnes de même sexe, l'exemple néerlandais montre qu'il est possible de régler la plupart des difficultés au moyen d'une règle générale, valable pour tous les mariages. Comme il a déjà été indiqué, l'article 2 de la loi du 7 septembre 1989 « *houdende regeling van het conflictenrecht inzake het huwelijk* » permet le mariage, lorsque l'un ou les deux époux ne satisfont pas aux conditions posées par leur droit national, si l'union est possible selon le droit néerlandais et que l'un des époux au moins possède la nationalité néerlandaise ou réside habituellement aux Pays-Bas. Cette approche générale est d'ailleurs plus conforme au souhait du législateur de 2003, qui a clairement assimilé le mariage entre personne de même sexe au mariage 'traditionnel'.¹⁹

Si une telle approche est retenue, elle conduirait à amender l'article 46 du projet de Code de droit international privé, qui soumet dans sa version actuelle les conditions de fond du mariage à la loi nationale des intéressés.

¹⁸ V. l'exposé classique de ces insuffisances par P. FRANCESKAKIS et P. GOTHOT, « Une réglementation inachevée du divorce international. La loi belge du 27 juin 1960 », *R.C.D.I.P.*, 1962, 247-282.

¹⁹ Les discussions continuent en doctrine sur ce point. Il est indéniable que le mariage 'homosexuel' ne produit pas tous les effets associés au mariage 'classique', notamment en ce qui concerne l'établissement de la filiation. Toutefois, dans sa substance, l'assimilation entre mariage 'classique' et mariage 'homosexuel' nous semble suffisante pour parler d'une équivalence fonctionnelle.



Quel rattachement retenir en lieu et place du rattachement à la loi nationale ? Il ne paraît pas justifié d'abandonner complètement le rattachement à la loi nationale pour lui substituer un rattachement à la loi de la résidence habituelle des époux. Une telle réforme aboutirait en effet à permettre, par une voie à peine détournée, l'application systématique du droit belge. De plus, la nationalité conserve toute sa valeur comme rattachement du statut personnel. Les justiciables demeurent attachés à leur loi nationale, particulièrement dans une matière vécue aussi intensément que le mariage ou les relations personnelles. Enfin, un rattachement systématique au droit de la résidence habituelle pourrait faire peser des risques sur les mariages célébrés en Belgique, les autorités étrangères pouvant éprouver une certaine suspicion à l'égard de tels mariages. Cette suspicion pourrait même rejaillir sur les mariages célébrés entre ressortissants belges.

Une solution plus nuancée consisterait à maintenir comme facteur de rattachement principal la loi nationale des époux, tout en précisant que si le mariage n'est pas possible selon la loi nationale de l'un des époux, les autorités belges pourront tout de même célébrer le mariage si celui-ci est possible selon le droit belge. Ce faisant, l'on respecte la primauté du droit national, tout en offrant la possibilité aux futurs époux dont le droit national ne permet pas le mariage entre personnes de même sexe, de s'unir en Belgique. La règle jouerait également pour tous les autres empêchements à mariage qui ne sont pas connus du droit belge – mais il ne faudrait pas craindre une dévalorisation de l'union entre deux personnes, puisqu'au minimum, les empêchements à mariage prévus par le droit belge continueront à jouer. Le cas échéant, la règle subsidiaire pourrait prescrire l'application de la loi du domicile des futurs époux, et non pas écarter simplement l'application du droit étranger : cette option est à préférer sur une exception (positive) d'ordre public qui est difficilement bilatéralisable.

Ne faut-il pas toutefois limiter l'applicabilité subsidiaire du droit belge ? Ou doit-on permettre aux ressortissants étrangers, quelles que soient leurs attaches avec la Belgique, de bénéficier de la possibilité introduite par la loi du 13 février 2003 ? L'exemple néerlandais montre qu'il est sans doute prudent de limiter l'ouverture du mariage 'homosexuel' aux couples qui possèdent un certain lien avec le pays qui célèbre l'union. Cette approche semble devoir être retenue, du moins dans un premier temps. Il faut en effet éviter que naisse un 'tourisme du mariage', qui dévaluerait considérablement le mariage 'homosexuel' belge. Une trop grande ouverture de ce mariage 'homosexuel' pourrait compromettre la reconnaissance de ces mariages par les autorités étrangères, même dans les cas où les époux ou l'un d'eux possède la nationalité belge. Il faut éviter de perdre la sympathie des autorités étrangères par une trop grande générosité. De plus, les autorités étrangères ne manqueront pas de s'appuyer sur l'absence d'attaches quelconques avec la Belgique pour refuser d'accorder un quelconque effet au mariage belge. Enfin, il ne faut pas oublier que le mariage a des conséquences dans bien des domaines du droit, notamment sur les droits des époux en matière de sécurité sociale et de titres de séjour. Ces conséquences doivent être prises en compte pour déterminer quelles attaches sont nécessaires pour permettre l'application du droit belge.

14. En conclusion, l'approche adoptée par le législateur néerlandais, qui a légiféré de façon générale, sans distinguer entre les mariages 'traditionnels' et les mariages 'homosexuels', nous paraît la plus judicieuse, notamment parce qu'elle évite les difficiles questions de qualification. Il semble également nécessaire de restreindre l'applicabilité subsidiaire du droit belge aux couples possédant une certaine attache avec l'ordre juridique



belge. L'on peut discuter sur le critère de rattachement à retenir pour définir ce lien minimum. Encore une fois, l'exemple néerlandais mérite un examen attentif. D'autres solutions sont certes envisageables, mais pourquoi ne pas harmoniser les règles de conflit entre les deux pays pionniers du mariage homosexuel ?

Patrick Wautelet
Chargé de cours, ULG

www.ipr.be



www.dipr.be

P. Vlas¹ - De codificatie van het Nederlandse IPR

1. Inleiding

Sinds 1980 wordt gestaag gewerkt aan de codificatie van het Nederlandse IPR. Het eind van deze arbeid is in zicht. De Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht heeft op 1 juni 2002 aan de Minister van Justitie een advies uitgebracht over de algemene bepalingen van de Wet Internationaal Privaatrecht.² In dit rapport worden door de Staatscommissie 17 algemene bepalingen voorgesteld. Het ligt in de bedoeling dat op basis van dit rapport door het Ministerie van Justitie zal worden gewerkt aan het opstellen van een wetsvoorstel voor een Wet Internationaal Privaatrecht, waarin alle afzonderlijke IPR-wetten zullen worden geconsolideerd. De regeling zal haar plaats krijgen in het Burgerlijk Wetboek, in de planning opgenomen als Boek 10. Over de vraag of deze codificatie van het IPR in het BW moet worden opgenomen, is aan de Staatscommissie geen advies gevraagd. De plaatsing in het BW moet thans als een politiek gegeven worden beschouwd. Hierbij speelt een rol dat de commune regels inzake de rechtsmacht van de Nederlandse rechter hun plaats hebben gekregen in art. 1-14 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).³ Ook een toekomstige, meer uitgewerkte regeling van de erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen buiten verdrag of EG-verordening zal in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering haar plaats krijgen. Dat de regels van materieel IPR, voorafgegaan door algemene bepalingen, zullen worden opgenomen in het BW, is daarom wel te begrijpen. Voor een allesomvattende Wet op het IPR wordt dus niet gekozen. Uit het oogpunt van de afzonderlijke plaats die het IPR met zijn eigen structuur in ons rechtssysteem inneemt, kan men de onderbrenging in het BW betreuren. Voor de IPR-beoefenaar zou een allesomvattende IPR-Wet met daarin de regels van het materiële én het formele IPR, veruit de voorkeur verdienen.⁴ Aan de andere kant maakt de plaatsing in het BW de gemiddelde practicus, die niet dagelijks met het IPR te maken krijgt, meer bewust van het feit dat het recht ook nog een internationale dimensie heeft. Het IPR is dan niet 'weggestopt' in een afzonderlijke wet, maar zichtbaar aanwezig in belangrijke wetboeken. Dit argument geldt ook voor het formele IPR.⁵

De Staatscommissie heeft de voorbereiding van het advies over de algemene bepalingen opgedragen aan een subcommissie, die onder de deskundige leiding heeft gestaan van mr

¹ Hoogleraar in het internationaal privaatrecht en de rechtsvergelijking aan de Vrije Universiteit, Amsterdam; Dit opstel is een enigszins aangepaste en geactualiseerde versie van mijn op 7 juni 2003 verschenen bijdrage 'De Algemene Bepalingen als sluitstuk van de codificatie van het Nederlandse IPR', opgenomen in het aan de Codificatie van IPR gewijde Themanummer van het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR) nr. 6537, p. 443-449.

² Het rapport is te raadplegen via de website van het Ministerie van Justitie (www.justitie.nl).

³ Zie hierover P. Vlas en F. Ibili, De nieuwe commune regels inzake de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, WPNR (2003) 6527, p. 310-319.

⁴ Zie de preadviezen van Th.M. de Boer en M.V. Polak, Naar een gecodificeerd internationaal privaatrecht (!/?), Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, no. 101, november 1990.

⁵ Zie hierover mijn bijdrage in: Schets van een algemene wet betreffende het Internationaal Privaatrecht, NIPR Special 1994, p. 62-64.



H.L.J. Roelvink, vice-voorzitter van de Staatscommissie.⁶ De eerste vergadering van deze Subcommissie vond plaats op 30 mei 1998, waar een inventarisatie is gemaakt van de algemene bepalingen waarop de werkzaamheden van de Subcommissie zich zouden richten. Vele vergaderingen (op zaterdag) later, kon het eindrapport van de Subcommissie op 1 oktober 2001 aan het plenum van de Staatscommissie worden aangeboden. De plenaire Staatscommissie heeft vervolgens zeven vergaderingen geheel of gedeeltelijk gewijd aan de bespreking van de voorgestelde tekst van het rapport van de Subcommissie en van de ontworpen bepalingen. Uiteindelijk heeft een en ander, na veel discussie en geschaaf aan de tekst, geleid tot het lijvige (78 blz.) [eindrapport van de Staatscommissie aan de Minister van Justitie](#).

Bij het ontwerpen van de algemene bepalingen zijn eerdere in 1982 en 1992 door het Ministerie van Justitie opgestelde voorontwerpen in de beschouwingen betrokken. In tegenstelling tot het voorontwerp van oktober 1982 is het voorontwerp van augustus 1992 gepubliceerd als ‘Schets van een algemene wet betreffende het internationaal privaatrecht’ (ook wel aangeduid als ‘het rode boekje’).⁷ Voor sommige onderwerpen is de nimmer in werking getreden Benelux Eenvormige Wet bestudeerd, bijvoorbeeld ten aanzien van de regeling van het *fait accompli* neergelegd in art. 10 van het ontwerp van de Staatscommissie. Wat de bepalingen betreffende de vorm van rechtshandelingen betreft – uiteindelijk opgenomen in art. 13 van het door de Staatscommissie opgestelde ontwerp – is gebruik gemaakt van een door het Ministerie van Justitie ontworpen regeling, waarover de Staatscommissie reeds in 1991 gevraagd was te adviseren. Bij het ontwerpen van de algemene bepalingen zijn ook buitenlandse IPR-codificaties regelmatig in de beschouwingen betrokken. Konden de oplossingen die daarin zijn bereikt ook als inspiratiebron dienen voor de Nederlandse codificatie? Met name de Zwitserse IPR-Wet van 18 december 1987 (in werking sedert 1 januari 1989) en zijn Italiaanse evenknie van 31 mei 1995 (in werking sedert 1 september 1995) werden vaak geraadpleegd, maar in het eindrapport treft men ook tal van verwijzingen aan naar wettelijke IPR-regels uit andere landen, variërend van Duitsland, Griekenland, Oostenrijk, Portugal en Spanje tot Peru, Québec, Roemenië, Turkije en Venezuela, ja zelfs van Egypte en Jordanië!

2. De inhoud van Boek 10 BW

Hoe zal [Boek 10 in de toekomst](#) er uitzien?⁸ De Algemene Bepalingen (zie nr. 4, hierna) zullen als openingstitel worden opgenomen. Vervolgens zullen in Boek 10 alle afzonderlijke

⁶ Voor de goede orde: ook ik heb als lid van de Staatscommissie deel uitgemaakt van deze Subcommissie. De andere leden van de Subcommissie waren: prof. mr A.V.M. Struycken, mr J.K. Franx, mr D.H.Beukenhorst, mr I.S. Joppe, mr L. Strikwerda, mr R. Koting, mr A.F. Verdam, mr A. Hammerstein, mr P. Neleman (Regeringscommissaris voor Boek 10 BW), mr D. van Iterson, mr M.J. de Rooij (secr.), mr E.N. Frohn (rapporteur) en mr S.J. Schaafsma (rapporteur).

⁷ De bepalingen van de Schets zijn besproken in een reeks bijdragen in WPNR (1993) 6103 t/m 6116.

⁸ Of dit aan het IPR gewijde onderdeel van het BW ook werkelijk wordt genummerd als het tiende boek, laat ik rusten. Uiteraard hangt dit af van de vraag of Boek 9 (in de oorspronkelijke opzet gewijd aan de Voortbrengselen van de geest) er zal komen.



wetten op het gebied van het IPR worden geconsolideerd.⁹ Aan de codificatie van het Nederlandse IPR wordt sinds 1981 door ‘aanbouwwetgeving’ gewerkt. In het navolgende geef ik in chronologische volgorde een opsomming van alle afzonderlijke IPR-wetten die sedertdien tot stand zijn gekomen en in de consolidatie een plaats moeten krijgen:

- (1) **Wet conflictenrecht echtscheiding** van 25 maart 1981, Stb. 1981, 166, in werking getreden op 10 april 1981.
- (2) **Wet conflictenrecht namen** van 3 juli 1989, Stb. 1989, 288 (nadien gewijzigd), in werking getreden 1 januari 1990.
- (3) **Wet conflictenrecht huwelijk** van 7 september 1989, Stb. 1989, 392 (nadien gewijzigd), in werking getreden op 1 januari 1990.
- (4) **Wet conflictenrecht huwelijksvermogensrecht** van 20 november 1991, Stb. 1991, 628 (nadien gewijzigd), in werking getreden op 1 september 1992.
- (5) **Wet conflictenrecht levensverzekering** van 23 december 1992, Stb. 1993, 6, in werking getreden op 1 maart 1993.
- (6) **Wet IPR-zeerecht, binnenvaartrecht en luchtrecht** van 18 maart 1993, Stb. 1993, 168 (nadien gewijzigd), in werking getreden op 1 mei 1993.
- (7) **Wet conflictenrecht schadeverzekering** van 7 juli 1993, St. 1993, 392 (nadien gewijzigd), in werking getreden op 1 juli 1994.
- (8) **Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen** van 16 september 1993, Stb. 1993, 514, in werking getreden op 1 januari 1994.
- (9) **Wet conflictenrecht trusts** van 4 oktober 1995, Stb. 1995, 508, in werking getreden op 1 februari 1996.
- (10) **Wet conflictenrecht erfopvolging** van 4 september 1996, Stb. 1996, 457, in werking getreden op 1 oktober 1996.
- (11) **Wet conflictenrecht corporaties** van 17 december 1997, Stb. 1997, 699, in werking getreden op 1 januari 1998.
- (12) **Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen** van 17 december 1997, Stb. 1997, 698, in werking getreden op 1 januari 1998.
- (13) **Wet conflictenrecht onrechtmatige daad** van 11 april 2001, Stb. 2001, 190, in werking getreden op 1 juni 2001.
- (14) **Wet conflictenrecht afstamming** van 14 maart 2002, Stb. 2002, 153, in werking getreden op 1 mei 2003.
- (15) **Wet conflictenrecht adoptie** van 3 juli 2003, Stb. 283, inwerkingtreding vermoedelijk op 1 januari 2004.

⁹ Op de website van Ministerie van Justitie (www.justitie.nl) is een Voorontwerp van wet houdende consolidatie van regelgeving betreffende het IPR te vinden, waarin een geconsolideerd overzicht van bestaande en voorgestelde wettelijke bepalingen wordt gegeven. In dit overzicht is rekening gehouden met reeds uitgebrachte adviezen van de Staatscommissie IPR over deelonderwerpen, bijvoorbeeld met het advies van 28 maart 1995 inzake art. 1 Wet conflictenrecht echtscheiding



Bij het Parlement is nog een wetsvoorstel aanhangig voor een Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap.¹⁰ Over het conflictenrecht goederenrecht, waarover de Staatscommissie in 2001 adviseerde, is nog geen wetsvoorstel ingediend. Bij het opnemen van alle afzonderlijke IPR-wetten in Boek 10 BW zal per regeling moeten worden gezien wat daarvan in de consolidatie moet worden overgenomen. Moet bijvoorbeeld art. 2 van de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD), waarin is bepaald dat de WCOD de toepassing van het Haagse Verkeersongevallenverdrag en van het Haagse Produktaansprakelijkheidsverdrag onverlet laat, worden overgenomen in Boek 10 BW? In het licht van de regel dat een verdrag boven de wet gaat (vgl. art. 94 Grondwet) is zo'n bepaling overbodig, maar als extra 'reminder' kan zij nut hebben. Een ander voorbeeld is de verwerking van art. 1 en 2 van de Wet conflictenrecht trusts, waarin wordt verwezen naar het Haagse Trustverdrag. Alles bij elkaar zal deze exercitie nog veel inspanning en grote precisie vergen.

In het kader van de consolidatie rijst ook de vraag wat te doen met bepalingen van IPR die elders in het BW zijn opgenomen, zoals art. 3:92a (eigendomsvoorbehoud), art. 6:247 (het internationale geldingsbereik van de afdeling inzake algemene voorwaarden), art. 7:6 lid 3 (consumentenkoop) en art. 7:48g lid 2 (timesharing). Voor zover deze bepalingen zijn ingevoerd op grond van een Europese Richtlijn voor het desbetreffende onderwerp, ligt handhaving van de plaatsing bij dat onderwerp voor de hand. Daarentegen zal art. 3:92a BW, waarin de conflictregel voor het eigendomsvoorbehoud is neergelegd, zijn plaats moeten krijgen in Boek 10 bij de overige bepalingen van IPR-goederenrecht.¹¹

In Boek 10 BW zal ook een plaatsje moeten worden ingeruimd voor de 'restfunctie' van – het huidige – art. 6 van de Wet Algemene Bepalingen 1829 (Wet AB). De betekenis van art. 6 Wet AB inzake het personeel statuut is in de loop der jaren afgenomen door tal van verdragsregelingen en nieuwe wettelijke bepalingen. Art. 6 heeft nog een restfunctie behouden voor enige kleine onderwerpen van personen- en familierecht, zoals de kwestie van de minderjarigheid (voor zover een verdrag daarvoor geen eigen regeling kent, vgl. art. 1 lid 3 Haags Kinderalimentatieverdrag 1956), de kwestie van de testeerbevoegdheid en de bekwaamheid om huwelijksvoorwaarden aan te gaan. Voor deze kruimels zal een afzonderlijke regeling in Boek 10 BW moeten worden getroffen. Naast de regeling van het personeel statuut kent de huidige Wet AB nog twee IPR-bepalingen: art. 7 inzake het reëel statuut en art. 10 voor het vormstatuut. Art. 7 zal zijn belang verliezen door het opnemen van IPR-regels inzake het goederenrecht in Boek 10 BW. Voor de vorm van rechtshandelingen – voor zover niet door verdragen (zie bijv. art. 9 EVO) of EG-verordeningen bestreken – heeft de Staatscommissie een bepaling ontworpen (art. 13). Met de totstandkoming van Boek 10 BW kan dus definitief afscheid worden genomen van art. 6, 7 en 10 Wet AB.

¹⁰ Wetsvoorstel 28 924, Regeling van het conflictenrecht met betrekking tot het geregistreerd partnerschap (Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap).

¹¹ Aldus MvT behorende bij wetsvoorstel 28239, nr. 3, p. 7, dat geleid heeft tot de Wet van 7 november 2002, Stb. 2002, 545, op grond waarvan art. 3:92a BW is ingevoerd.



3. Verhouding Boek 10 BW tot andere IPR-regels

Boek 10 BW zal een consolidatie bevatten van de bestaande wetten op het gebied van het IPR. Daarin is niet ieder onderwerp van IPR geregeld. Geen regeling is bijvoorbeeld getroffen voor onverschuldigde betaling, zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking. Dat deze onderwerpen buiten de codificatie zijn gebleven, is te verklaren uit het feit dat de rechtsontwikkeling op deze terreinen nog volop in beweging en de materie derhalve onvoldoende uitgekristalliseerd is. Een wettelijke regeling zou verstarrend kunnen werken. Bovendien doen zich tot nu toe niet vaak problemen op deze terreinen voor. In een eerste aanzet voor een EG-verordening inzake niet-contractuele verbintenissen ('Rome II') is voor deze onderwerpen wel een regeling getroffen.¹² De vraag rijst in hoeverre de rechter bij het toepassen van ongeschreven IPR-regels gebonden is aan de in Boek 10 BW opgenomen algemene bepalingen. De Staatscommissie merkt in haar rapport over de Algemene Bepalingen kort op dat het probleem van samenloop moet worden opgelost door de regels 'betreffende samenloop van wetgeving met regels van ongeschreven recht'.¹³ Om welke samenloopregels het dan precies gaat, wordt niet uit de doeken gedaan. Samenloop van de ene wettelijke bepaling met de andere, dient te worden opgelost aan de hand van de algemene regels voor samenloop. Zo zal een bijzondere wettelijke bepaling voorrang hebben boven een algemene. Wordt op een bepaald terrein de afhankelijke aanknopng van de voorvraag voorgeschreven (zoals in het namenrecht, vgl. art. 1 lid 1, laatste volzin, Wet conflictenrecht namen), dan is een zelfstandige aanknopng van de voorvraag, zoals bepaald in art. 3 van het ontwerp inzake Algemene Bepalingen, niet aan de orde. De algemene bepaling van art. 3 wijkt in dat geval voor de bijzondere regeling.

Lastiger wordt het indien een verdrag of EG-Verordening geen regeling heeft getroffen, terwijl daarvoor in de Nederlandse wet wel een algemene bepaling is te vinden. Zo is de vraag gerezen of in het geval een verdrag geen exceptie van de openbare orde kent, dit leerstuk desalniettemin mag worden toegepast. De Hoge Raad heeft deze vraag voor de toepassing van het Haags Rechtsvorderingsverdrag 1954 bevestigend beantwoord.¹⁴ Maar zou dat ook gelden voor EG-verordeningen, wanneer daarin niet over de openbare orde wordt gesproken? In zijn algemeenheid kan deze vraag m.i. niet bevestigend beantwoord worden, maar zal deze telkens per regeling moeten worden gezien. Het laatste woord daarover is uiteindelijk aan het Hof van Justitie van de EG. Voor de correctiemechanismen van art. 10 (fait accompli) en art. 11 (algemene exceptie) heeft De Boer in zijn bijdrage aan het themanummer van WPNR over de codificatie van het Nederlandse IPR reeds de voorspelling gedaan dat er straks uitspraken zullen worden gewezen, waarin een door een verdrag of verordening voorgeschreven verwijzingsresultaat gecorrigeerd wordt met een beroep op deze correctiemechanismen. Hij voegt daaraan terecht toe: 'Niet doen dus!'.¹⁵

¹² Zie het zgn. 'Green Paper' met een 'Preliminary Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations' opgesteld door de Europese Commissie (te raadplegen via de website van de Commissie), zie hierover voorts het commentaar van de 'Hamburg Group for Private International Law', *RabelsZ* 2003, p. 1-56.

¹³ Advies, p. 13, nr. 23.

¹⁴ HR 10 september 1999, NJ 2001, 41 m.nt. PV.

¹⁵ Zie Th.M. de Boer, Uitzonderingen en correctieven: de artikelen 8 tot en met 12, WPNR (2003) 6537, p. 471.



4. Opzet van de regeling inzake Algemene Bepalingen

De Algemene Bepalingen die in het ontwerp van de Staatscommissie zijn opgenomen betreffen onderwerpen van algemene aard, waarmee de rechtsbeoefenaar bij het oplossen van IPR-problemen in aanraking kan komen. Het gaat hierbij om bepalingen met betrekking tot enige algemene leerstukken van IPR. Zij fungeren – om het advies van de Staatscommissie te citeren – ‘als correctieven op (het resultaat) van toepassing van de verwijzingsregels’ of zijn ‘anderszins van rechtstreekse invloed op het conflictenrechtelijk resultaat’.¹⁶ In deze categorie passen de volgende onderwerpen: de voorvraag (art. 3), het renvoi (art. 6), de voorrangregels (art. 8 en 9), het *fait accompli* (art. 10), de algemene exceptie (art. 11) en de openbare orde (art. 12). Daarmee zijn niet alle algemene leerstukken geregeld. Voor kwalificatie, aanpassing en wetsontduiking is geen plaats ingeruimd.¹⁷ Ook ontbreekt een algemene regel voor het conflict *mobile*.¹⁸ Het advies geeft hierover geen toelichting, maar merkt in het algemeen op dat ‘het in de wet vastleggen van rechtstheoretische of dogmatische standpunten zoveel mogelijk vermeden (moet) worden: het past niet in de Nederlandse wetgevingstraditie en kan de rechtsontwikkeling onnodig belemmeren’.¹⁹ Wetgeving is inderdaad geen plaats voor het opnemen van rechtstheoretische of dogmatische standpunten. Kwalificatie of aanpassing zijn niet of nauwelijks in wettelijke regels onder te brengen. Als het om kwalificatie gaat, zal de rechtstoepasser per geval moeten beslissen welke conflictregel moet worden gehanteerd. Wel dient hij bij de kwalificatie van rechtsverhoudingen de opvattingen van zijn eigen recht (de *lex fori*) te volgen.²⁰ Voor het oplossen van kwalificatieproblemen – valt de rechtsverhouding onder de ene dan wel onder de andere verwijzingscategorie? – vallen geen algemene wettelijke regels te geven. De wetgever kan echter besluiten voor bepaalde kwalificatieproblemen de knoop door te hakken ten gunste van een bepaalde oplossing, zoals bijvoorbeeld is gebeurd ten aanzien van de internationaalprivaatrechtelijke behandeling van de pensioenverevening.²¹ Bij aanpassing gaat het om een correctiemethode waarbij de scherpe kantjes van het regelblinde Savigniaanse verwijzingsstelsel worden afgeslepen.²² Dit leerstuk laat zich evenmin in een wettelijke bepaling vangen. Ook het leerstuk van wetsontduiking is niet in een algemene bepaling neergelegd. Wetsontduiking is ten onzent als algemeen leerstuk van IPR nimmer tot wasdom gekomen. Dat op basis van dit leerstuk het

¹⁶ Advies, p. 5, onder nr. 7.

¹⁷ Kritiek op het ontbreken van een bepaling inzake de kwalificatie is recentelijk geuit door H.U. Jessurun d’Oliveira, *Autonome kwalificatie in het internationaal privaatrecht: geregistreerde niet-huwelijkse relaties*, in: K. Boele-Woelki e.a. (red.), *Het plezier van de rechtsvergelijking*, Opstellen over unificatie en harmonisatie van het recht in Europa aangeboden aan prof. mr E.H. Hondius bij gelegenheid van zijn afscheid als voorzitter en bestuurslid van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, 2003, p. 1-37, i.h.b. p. 1-4.

¹⁸ Het conflict *mobile* doet zich met name voor in het IPR-goederenrecht bij verplaatsing van een roerende zaak van het ene naar het andere land. Een regeling daarvan is opgenomen in art. 5 van het door de Staatscommissie opgestelde ontwerp voor een Wet conflictenrecht goederenrecht, waarover J.A. van der Weide, *Codificatie van het IPR-goederenrecht*, WPNR (2000) 6426, p. 377-385. Ook art. 1 lid 3 Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen geeft een regeling voor het geval van wijziging van het concrete aanknopingspunt ten aanzien van de toepassing van de conflictregel voor de huwelijksbetrekkingen.

¹⁹ Advies, loc. cit.

²⁰ Het advies geeft deze algemeen aanvaarde regel op p. 62, onder nr. 96, ten aanzien van de vraag wat tot vormkwesties moeten worden gerekend.

²¹ Zie art. 10a Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime.

²² Hierover L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, zevende druk, 2002, nr. 51-55.



door een conflictregel aangewezen recht buiten toepassing is gebleven, is voor zover mij bekend, in de rechtspraak nimmer beslist.²³

Uiteindelijk heeft de Staatscommissie gemeend een aantal algemene leerstukken wel in een algemene bepaling neer te leggen, zoals is gebeurd met de voorvraag (art. 3), het renvoi (art. 6) en de openbare orde (art. 12). Dat de commissie voor de voorvraag een algemene bepaling heeft ontworpen, hangt samen met het feit dat voorvragen zich in de praktijk vaak voordoen en dan ‘tot verwarring en moeilijkheden kunnen leiden’.²⁴ Met name de kwestie of er sprake moet zijn van een afhankelijke of een zelfstandige aanknopng van de voorvraag, kan tot problemen aanleiding geven. Het ontwerp besteedt ook aandacht aan het leerstuk van renvoi (art. 6), dat traditioneel in het Nederlandse IPR wordt afgewezen, zij het dat onder de invloed van verdragen de rechtstoepasser soms gedwongen wordt een verwijzing naar het buitenlandse IPR te aanvaarden.

Voor de openbare orde (art. 12) is in de Algemene Bepalingen een plaats ingeruimd, omdat dit algemene leerstuk ook in de meeste buitenlandse codificaties is opgenomen. In art. 10 van het ontwerp is het *fait accompli* geregeld en in art. 11 vinden wij een algemene exceptie. Met name deze algemene exceptieclausule heeft aanleiding gegeven tot uitvoerig overleg binnen de Subcommissie en later binnen de Staatscommissie, waarbij de vraag is gerezen of voor een algemene exceptieclausule een plaats moet worden ingeruimd naast de bestaande correctiemechanismen. Uiteindelijk is deze vraag bevestigend beantwoord, zij het dat de algemene exceptie slechts in hoge uitzondering voor toepassing in aanmerking zal komen.

Nauw verwant aan het leerstuk van de openbare orde is het leerstuk van de voorrangregels (*règles d'application immédiate*). De Zwitserse en de Italiaanse IPR-Wet die vaak als inspiratiebron voor de op te stellen algemene bepalingen hebben gefungeerd, kennen beide een regeling van de voorrangregels.²⁵ De Staatscommissie heeft een regeling daarvan niet achterwege willen laten. Het ontwerp van de Staatscommissie behandelt in art. 8 de forale (Nederlandse) voorrangregels en in art. 9 de vreemde voorrangregels. Art. 9 geeft niet alleen een regeling inzake voorrangregels afkomstig uit de rechtssystemen van derde landen, maar – anders dan art. 7 lid 1 EVO – ook inzake de voorrangregels van het rechtstelsel dat de rechtsverhouding in materieel opzicht beheerst (*lex causae*).

Nationaliteitskwesties komen eveneens in het rapport van de Staatscommissie aan de orde. Art. 4 richt zich op de problematiek van de meervoudige nationaliteit. Wanneer de conflictregel uitgaat van de aanknopng aan de nationaliteit van de persoon, welke nationaliteit moet dan in aanmerking worden genomen in het geval dat de betrokkene

²³ Zie over wetsontduiking onder meer J. Kusters en C.W. Dubbink, Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht, 1962, p. 394-422. Een bekend geval dat met wetsontduiking steevast in verband wordt gebracht is dat van de Nederlander die om echtscheiding te verkrijgen tot Estlander naturaliseerde. Zie Rb. Amsterdam 22 december 1936, NJ 1937, 47 en HR 21 maart 1947, NJ 1947, 382 m.nt. EMM (Estlandse nalatenschap). Ook in de Nederlandse rechtspraak over het IPR-vennootschapsrecht is nimmer op grond van wetsontduiking aan een buitenlandse vennootschap de erkenning van rechtspersoonlijkheid onthouden. Zie hierover mijn proefschrift, Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht, diss. Leiden 1982, p. 50-51. Overigens zou in EG-verband een weigering van de erkenning van de rechtspersoonlijkheid afstuiten op art. 48 EG, zie HvJ EG 5 november 2002, zaak C-208/00, NJ 2003, 58 m.nt. PV (*Überseering*).

²⁴ Advies, p. 22 onder nr. 38.

²⁵ Advies, p. 39 onder nr. 58.



meerdere nationaliteiten heeft? Voorgesteld wordt aan te knopen bij de nationaliteit van het land waarvan de persoon tevens zijn gewone verblijfplaats heeft. Heeft de betrokkene zijn gewone verblijfplaats niet in een Staat waarvan hij de nationaliteit bezit, dan is volgens art. 4 van toepassing het recht van zijn effectieve nationaliteit, dat wil zeggen ‘het recht van de staat waarvan hij de nationaliteit bezit, waarmee hij alle omstandigheden in aanmerking genomen het nauwst verbonden is’. Geen regeling is ontworpen voor de situatie dat de persoon slechts de nationaliteit van één staat heeft, maar met deze staat geen binding heeft (de realiteitstoets). Het advies besteedt aan deze situatie geen aandacht, kennelijk omdat de realiteitstoets bij de bijzondere onderwerpen van personen- en familierecht aan de orde komt en voor het overige art. 11 (de algemene exceptieclausule) in uitzonderingsgevallen uitkomst kan bieden. Naast de problematiek van de meervoudige nationaliteit geeft het ontwerp van de Staatscommissie ook een algemene bepaling met het oog op staatlozen (art. 5) en vluchtelingen (art. 17).

In het ontwerp van de Staatscommissie treft men ook enige bepalingen aan die meer tot het materiële IPR gerekend zouden kunnen worden. Het gaat daarbij om de regel over de formele geldigheid van rechtshandelingen (art. 13), over de kenbaarheid van de rechtskeuze (art. 14) en over de regel inzake verjaring en verval van rechten (art. 16). Art. 15 geeft een regeling met betrekking tot de bewijslast en de wettelijke vermoedens. De bepaling bevindt zich op het snijvlak van materieel en formeel recht.

Formeel IPR – de regeling inzake de rechtsmacht en de erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen – komt in het ontwerp van de Staatscommissie niet aan de orde. Wel wordt aandacht besteed aan de ambtshalve toepassing van regels van IPR en van het door die regels aangewezen vreemde recht (art. 2). In deze bepaling wordt aangesloten bij de heersende opvatting dat de ambtshalve toepassing van het recht, zoals neergelegd in art. 25 Rv (art. 48 *oud* Rv), ook geldt ten aanzien van het IPR en het buitenlandse recht. De leer van het facultatieve conflictenrecht wordt door de Staatscommissie verworpen.²⁶

In het bovenstaande zijn reeds onderwerpen genoemd die niet in het ontwerp zijn opgenomen. Evenmin treft men in het ontwerp een bepaling aan waarin een definitie wordt gegeven van internationaal privaatrecht en waarin wordt omschreven wanneer sprake is van een internationaal geval.²⁷ De Staatscommissie heeft zich over de vraag gebogen of daarover een bepaling zou moeten worden opgenomen, doch is terecht tot de conclusie gekomen dat het opnemen van zo’n bepaling weinig zin heeft.²⁸ De praktijk heeft er geen behoefte aan. Bovendien zou een bepaling over deze kwestie min of meer neerkomen op het intrappen van een open deur. Het BW opent immers ook niet met een bepaling waarin wordt aangegeven op welke gevallen dit wetboek moet worden toegepast. Wat in het ontwerp eveneens ontbreekt, is een regeling van het interregionaal privaatrecht, voor de verhoudingen binnen de verschillende delen van het Koninkrijk der Nederlanden (Nederland, Nederlandse Antillen en Aruba). Bepalingen daaromtrent passen niet in de Algemene Bepalingen over het IPR. Wel wordt in art. 7 aandacht besteed aan het fenomeen van meervoudige rechtsstelsels door in het algemeen een regel te geven voor problemen van interregionaal recht dan wel van

²⁶ Advies, p. 14 onder nr. 27.

²⁷ Zie hierover L. Strikwerda, *Partij-autonomie en het internationale geval*, Studiekring ‘Prof. Mr. J. Offerhaus’, reeks Internationaal Privaatrecht, no. 12, 1981.

²⁸ Advies, p. 7 onder nr. 8.



interpersoneel (intergentioneel) recht, wanneer op basis van de conflictregel wordt verwezen naar een meervoudig rechtsstelsel. Dit neemt niet weg dat binnen het Koninkrijk der Nederlanden regels van interregionaal privaatrecht soms niet worden gemist en dat vaak toevlucht wordt gezocht in de analoge toepassing van IPR-bepalingen.²⁹ Dit is echter een verlegenheidsoplossing.

5. Slot

Met het ontwerp van deze Algemene Bepalingen is het sluitstuk tot stand gebracht van de codificatie van het Nederlandse IPR. De consolidatie van de IPR-wetten in Boek 10 BW zal door het Ministerie van Justitie ter hand worden genomen. Natuurlijk kan men als bezwaar aanvoeren dat het vreemd is dat de algemene bepalingen pas zijn ontworpen nadat de meeste aanbouwwetten waren voltooid. Zo zouden de algemene bepalingen ‘als mosterd na de maaltijd komen’.³⁰ Theoretisch gezien is deze kritiek juist, maar praktisch gezien niet. De ontwikkeling heeft geleerd dat de methode van aanbouwwetgeving, ondanks alle daaraan verbonden bezwaren, de geesten in Nederland steeds meer en meer rijp heeft gemaakt voor een algemene codificatie van het Nederlandse IPR. De laatste loodjes van de codificatie in de vorm van Algemene Bepalingen bleken, ondanks de vijf jaar noeste arbeid door de Staatscommissie, toch wat minder zwaar te wegen. Waren de codificatiewerkzaamheden aangevangen met de Algemene Bepalingen, dan ben ik ervan overtuigd dat overeenstemming daarover niet in vijf jaar was bereikt met als gevolg dat de aanbouwwetgeving nog in de kinderschoenen zou staan. En dat had weer tot de conclusie kunnen leiden om, gelet op de voortgaande europeanisering, het hele codificatieproject maar af te blazen. Zo ver is het gelukkig niet gekomen. Als het een beetje mee zit, heeft Nederland over een paar jaar een eigen IPR-codificatie met als opening (en nu niet als sluitstuk) de Algemene Bepalingen.

²⁹ Zie bijv. HR 25 november 1988, NJ 1989, 421 m.nt. JCS.

³⁰ Zie H.U. Jessurun d’Oliveira, De artikelen 4, 5, 7 en 17 van het Ontwerp, WPNR (2003) 6537, p. 454.



Thibault Verbiest - Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II») : adaptée aux technologies de l'information et de la communication ?

Après une longue procédure de consultation, la Commission européenne a rendu public le 22 juillet 2003 une proposition de règlement qui vise à harmoniser les règles concernant la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»)¹.

Un tel instrument manquait en effet au dispositif communautaire, puisque la question de la compétence internationale des tribunaux est réglée par le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, qui s'applique tant aux obligations contractuelles que non-contractuelles, tandis qu'en matière de conflits de loi, les règles relatives aux contrats ont été harmonisées par la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Notre propos n'est pas de dresser ici un tableau exhaustif de la proposition de règlement, mais d'examiner succinctement dans quelle mesure le texte en projet tient compte des spécificités des technologies de l'information et de la communication.

En effet, la proposition de règlement « Rome II » aura vocation à s'appliquer fréquemment aux litiges survenant sur les réseaux informatiques mondiaux, tels que l'internet, qui abolissent les frontières et mettent fréquemment en scène des parties situées aux quatre coins du monde. Ainsi, un internaute européen peut être victime de propos diffamatoires propagés depuis un serveur américain, des thèses révisionnistes diffusées depuis un site étranger peuvent soulever l'ire d'associations anti-racistes, des actes de concurrence déloyale ou de contrefaçon sont susceptibles d'être commis depuis un site situé sur un autre territoire.

La règle générale : rattachement au pays du lieu où le dommage direct est survenu

L'article 3 dispose :

«1. La loi applicable à l'obligation non contractuelle est celle du pays où le dommage survient ou menace de survenir, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quel que soit le ou les pays dans le(s)quel(s) des conséquences indirectes du dommage surviennent.»

Le critère du «lieu où le fait dommageable s'est produit» (*lex loci delicti commissi*) est bien connu du droit international privé.

¹ COM (2003) 427 final 2003/0168 (COD)



Il n'est toutefois pas interprété de manière uniforme dans tous les pays européens. Ainsi, en Belgique, dans un arrêt rendu en audience plénière le 17 mai 1957, la Cour a consacré le rattachement de la responsabilité civile au critère de la *lex loci delicti commissi*, étant précisé qu'il s'agit de la loi de l'Etat où s'est produit le fait générateur du dommage, et non la loi de l'Etat où est subi le dommage².

En matière de compétence juridictionnelle (article 5 de la Convention, puis du Règlement de Bruxelles), un critère similaire a été consacré par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, mais en lui donnant une portée plus large, puisqu'il vise à la fois le lieu de l'événement causal et le lieu où le dommage est survenu³.

Certains Etats membres ont adopté une interprétation analogue en ce qui concerne la détermination de la loi applicable aux obligations non contractuelles (la France par exemple).

Dans un souci de prévisibilité juridique, la proposition de règlement entend mettre fin à l'option accordée à la victime - dans certains Etats membres- de choisir la loi qui lui est la plus favorable.

Ainsi, dans la majorité des cas, la loi du « lieu où le dommage direct est survenu » correspondra à celle du pays de la résidence de la victime. Les termes "risque de survenir" indiquent que le règlement proposé, à l'instar de l'article 5, paragraphe 3, du règlement de Bruxelles, couvre également les actions préventives comme, par exemple, les actions en cessation.

La proposition prévoit deux exceptions:

« 2. Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, l'obligation non contractuelle est régie par la loi de ce pays.

3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que l'obligation non contractuelle présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays peut se fonder notamment sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat présentant un lien étroit avec l'obligation non contractuelle en question.»

L'on sait que le critère de compétence de l'article 5 du Règlement de Bruxelles aboutit à une universalisation de la compétence des tribunaux dès lors que l'acte litigieux a été commis sur le réseau. Cette compétence « universelle » s'accompagne aussi, dans nombre de pays européens, d'une application systématique de la loi du for, au nom de la *lex loci delicti commissi*.

² Pas., 1957, I, p. 1111 ; Cass., 30 octobre 1981, Pas., 1982, I, p. 306 ; Cass, 29 avril 1996, J.T., 1996, p. 842.

³C.J.C.E., 30 nov. 1976 : Rec. jur. C.J.C.E. 1976, p. 1735. La compétence de l'art. 5 ne s'impose pas au demandeur, qui pourra toujours choisir d'assigner le défendeur devant un tribunal sur le territoire de son domicile (art. 2).



Les jurisprudences nationales ont déjà eu l'occasion de le confirmer dans plusieurs affaires, dont la fameuse affaire Yahoo !⁴

L'exception « des liens manifestement plus étroits avec un autre pays » permettrait-elle d'échapper à cette tentation universaliste ? Rien n'est moins sûr. En effet, le recours à ce critère accessoire se veut explicitement « exceptionnel », comme l'indique le terme « manifestement »⁵.

A notre sens, il eût été indiqué de suivre l'exemple de l'avant-projet de Convention internationale sur la compétence juridictionnelle de la Conférence de La Haye, dont l'article 10 reprend, dans son principe, le critère du lieu du fait dommageable tel qu'il a été interprété par la Cour de Justice, mais en introduisant une limitation importante : le tribunal du lieu de survenance du dommage ne sera pas compétent si le défendeur établit que « la personne dont la responsabilité est invoquée ne pouvait raisonnablement prévoir que l'acte ou l'omission était susceptible de produire un dommage de même nature dans cet État ».

Transposée aux activités de l'internet, cette limitation pourrait être invoquée pour prévenir certains excès de compétence.

Ainsi, il pourrait être défendu qu'un site américain ne pouvait raisonnablement prévoir qu'une activité licite dans son pays et conçue essentiellement pour le public américain violerait une loi française et causerait un préjudice à un résident français.

Il en irait bien entendu autrement si le site litigieux a été délocalisé dans un pays où l'activité est licite ou a été configuré de manière à donner l'impression que le site cible un autre public dans le seul but d'échapper à la loi dont la violation fonde l'action en réparation de la victime. Dans ce cas, la fraude à la loi pourra être invoquée.

Une réserve devrait également être retenue dans l'hypothèse où l'activité licite dans le pays d'origine cible une ou plusieurs personnes déterminées et leur cause fautivement un dommage selon le droit du pays de destination. Dans ce cas, l'activité étant spécifiquement dirigée, le responsable pouvait raisonnablement prévoir la survenance d'un dommage. Nous verrons que la proposition de règlement retient cette hypothèse en matière d'actes de concurrence déloyale.

⁴ TGI Paris, réf., 22 mai 2000 : *Rev. Lamy dr. aff. 2000*, n° 29, n° 1844, obs. L. Costes ; TGI Paris, réf., 11 août 2000, *Rev. Lamy dr. aff. 2000*, n° 31, n° 1979, obs. L. Costes ; Stéphane Lilti, Pas de priorité absolue pour la liberté d'expression : Analyse des jurisprudences Réseau Voltaire et Yahoo : *Expertises*, 2001, n°246, p.101 ; Cyril Fabre, Y-a-t-il une morale dans l'affaire Yahoo ? : *Expertises*, n°246, p.107 ; Anne Cousin, Alain Bensoussan, Les règles de droit international privé et la responsabilité délictuelle sur Internet : *Gaz. Pal.*, 2001, n°105, p.34. Toutes les ordonnances sont disponibles sur le site www.droit-technologie.org, rubrique « jurisprudence ».

⁵ Une initiative sénatoriale mérite d'être signalée à ce sujet : le 7 juillet 2003, une proposition de loi portant le Code de droit international privé a été déposé, selon laquelle la loi du dommage ne s'appliquerait qu'en cas de convergence avec la loi de l'acte. A défaut, serait applicable la loi de l'Etat avec lequel l'obligation en cause présente les liens le plus étroits. Sénat, *Doc. 3-27*. Cette formulation nous semble préférable, car moins restrictive.



Il est aussi intéressant de relever que la proposition de règlement semble consacrer un certain critère de prévisibilité en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (article 4), dont on aurait pu s'inspirer pour le critère général :

« Sans préjudice de l'article 3, paragraphes 2 et 3, la loi applicable à l'obligation non contractuelle en cas de dommage ou de risque de dommage causé par un produit défectueux est celle du pays dans lequel la personne lésée a sa résidence habituelle, à moins que la personne dont la responsabilité est invoquée ne prouve que le produit a été commercialisé dans ce pays sans son consentement, auquel cas la loi applicable est celle du pays dans lequel la personne dont la responsabilité est invoquée à sa résidence habituelle. »

En effet, l'absence de consentement équivaudra certainement à l'absence de prévisibilité dans le chef de la personne dont la responsabilité est invoquée (souvent le vendeur).

Concurrence déloyale : rattachement à la loi du marché affecté

L'article 5 prévoit un rattachement autonome pour les actions en réparation d'un dommage résultant d'un acte de concurrence déloyale :

« 1. La loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou risquent d'être affectés de façon directe et substantielle.

2. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 3, paragraphes 2 et 3, est applicable.»

Le marché « affecté » est le marché sur lequel les concurrents agissent pour gagner la faveur des clients. En ce qui concerne l'appréciation des effets sur ce marché, seuls les effets directs et substantiels d'un acte de concurrence déloyale sont pris en considération.

Ceci importe notamment dans les situations internationales (comme sur l'internet) dans la mesure où le comportement anticoncurrentiel entraîne le plus souvent des effets sur plusieurs marchés et mènerait à une application distributive des lois en présence.

Atteinte à la vie privée et aux droits de la personnalité

L'article 6, paragraphe 1, du règlement proposé précise que la loi applicable aux atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité est déterminée selon les règles de l'article 3 qui conduisent à l'application de la loi du lieu du dommage direct – à moins que les parties ne résident dans le même Etat ou que le litige présente des liens plus étroits avec un autre pays.



Inutile de préciser que ce critère de rattachement justifie l'applicabilité de la loi du for au seul motif de la réception de l'information litigieuse via l'internet, sauf à établir que le litige présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays...

Toutefois, la Commission a également été sensible à l'inquiétude exprimée tant par les organes de presse que par certains Etats membres quant à l'hypothèse dans laquelle un tribunal d'un Etat membre A pourrait se voir obligé de condamner un éditeur également ressortissant de l'Etat A en application de la loi de l'Etat membre B, voir de celle d'un Etat tiers, alors même que la publication litigieuse serait parfaitement conforme aux normes en vigueur de l'Etat A.

Il a en effet été souligné que l'application de la loi B pourrait alors constituer une violation des règles constitutionnelles de l'Etat A en matière de liberté de la presse.

Pour tenir compte du caractère sensible de cette matière dans laquelle les règles constitutionnelles des Etats membres présentent encore des différences non négligeables, la Commission a jugé adéquat de rappeler expressément à l'article 6, paragraphe 1, que la loi désignée par l'article 3 doit être écartée au profit de la *lex fori* lorsqu'elle se révèle incompatible avec les principes fondamentaux du for en matière de liberté de la presse:

« 1. La loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité est celle du for lorsque l'application de la loi désignée par l'article 3 serait contraire aux principes fondamentaux du for en matière de liberté d'expression et d'information. »

Par ailleurs, la proposition introduit un critère de rattachement propre au droit de réponse :

« 2. La loi applicable au droit de réponse ou aux mesures équivalentes est celle du pays où l'organisme de radiodiffusion ou l'éditeur de journaux a sa résidence habituelle. »

Il est regrettable que les termes utilisés fassent expressément référence à la presse audiovisuelle et écrite, ce qui pourrait inciter les juges à exclure la presse multimédia...

Droits de propriété intellectuelle : maintien du principe "*lex loci protectionis*"

L'article 8 introduit des règles spéciales pour les obligations non contractuelles résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, notion qui couvre également les droits de propriété industrielle :

« 1. La loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée. »

La proposition de règlement ne pouvait que confirmer un principe universellement reconnu qui est celui de la *lex loci protectionis*, c'est-à-dire l'application de la loi du pays pour lequel



la protection est revendiquée (principe consacré par la Convention de Berne de 1886 en matière de propriété littéraire et artistique ainsi que par la Convention de Paris de 1883 sur la propriété industrielle).

Moralité en cas de litiges survenant sur le réseau : le juge du for pourra toujours se déclarer compétent en vertu de l'article 5 du règlement de Bruxelles, et pourra appliquer sa propre loi...

Cette compétence « automatique » n'est pas sans poser de graves problèmes sur l'internet, comme l'illustrent certaines affaires de marques, dans lesquelles un demandeur établi dans un Etat A et un défendeur dans un Etat B sont tous deux titulaires de marques identiques valables dans leur propre pays (principe de l'effet territorial du dépôt de la marque). Mais le demandeur exige la cessation de l'usage de la marque du défendeur au seul motif qu'étant « visible » sur l'internet, elle constitue une contrefaçon de sa marque sur son territoire national⁶.

Par ailleurs, le paragraphe 2 de l'article 8 vise les atteintes aux droits unitaires d'origine communautaire, tels que la marque communautaire, les dessins et modèles communautaires ou le brevet communautaire.

La *lex loci protectionis* étant alors la Communauté dans son ensemble, les obligations non contractuelles visées par la proposition de règlement sont directement régies par le droit communautaire qui présente un caractère unitaire.

En cas d'atteinte, et lorsque, pour une question précise, le texte communautaire pertinent ne contient ni de règle matérielle ni de règle de conflit de lois spéciale, l'article 8, paragraphe 2, du règlement proposé contient une règle subsidiaire selon laquelle la loi applicable est celle de l'Etat membre dans lequel il a été porté atteinte au droit de propriété intellectuelle d'origine communautaire :

« 2. En cas d'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété industrielle communautaire à caractère unitaire, le règlement communautaire pertinent est applicable. Pour toute question qui n'est pas régie par ce règlement, la loi applicable est celle de l'Etat membre dans lequel il a été porté atteinte à ce droit. »

⁶ Voy. notamment l'affaire *Payline* : dans une ordonnance du 13 octobre 1997, le tribunal de grande instance de Nanterre a eu l'occasion d'appliquer le critère du lieu du fait dommageable à un acte de contrefaçon commis sur le réseau internet par une société allemande (Brokat) au préjudice d'une société française (SG2). La société allemande souleva l'incompétence du tribunal français au motif que seul le tribunal du fait générateur du dommage avait en l'espèce une compétence « globale » (art. 5, 3°, de la Convention de Bruxelles), la demande de la société SG2 tendant en fait à obtenir une interdiction mondiale sur le réseau internet. L'argument fut rejeté laconiquement par le tribunal, au motif « (...) que la diffusion d'Internet étant par nature mondiale et accessible en France, le dommage a lieu sur le territoire français (...) ». TGI Nanterre, réf., 13 oct. 1997, *Sté SG2 c/ Brokat Informations Systeme GmbH* (Allemagne), disponible à l'adresse <http://www.droit-technologie.org>, rubrique jurisprudence.



Relation avec d'autres dispositions du droit communautaire

L'article 23.1 vise les mécanismes traditionnels de droit international privé qui peuvent résulter des traités ou du droit dérivé (règles spéciales de conflit de lois dans des matières particulières, lois de police d'origine communautaire, et exception d'ordre public communautaire) :

« 1. Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions contenues dans les traités fondant les Communautés européennes ou dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes et qui :

1. dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles, ou

2. édictent des règles qui s'appliquent quelle que soit la loi nationale régissant, en vertu du présent règlement, l'obligation non contractuelle en question, ou

3. s'opposent à l'application d'une disposition ou des dispositions de la loi du for ou de la loi désignée par le présent règlement. »

Le paragraphe 2 est plus pertinent pour notre propos puisqu'il vise des principes propres au marché intérieur relatifs à la libre circulation des biens et services, communément désignés par les expressions "principe de reconnaissance mutuelle" et "principe du contrôle par le pays d'origine" :

« 2. Le présent règlement n'affecte pas les instruments communautaires qui, dans des matières particulières, et dans le domaine coordonné par lesdits instruments, assujettissent la fourniture de services ou de biens au respect des dispositions nationales applicables sur le territoire de l'État membre où le prestataire est établi et qui, dans le domaine coordonné, ne permettent de restreindre la libre circulation des services ou des biens provenant d'un autre État membre que, le cas échéant, sous certaines conditions. »

Sera notamment visée la directive sur le commerce électronique qui soumet les prestataires de services de la société de l'information, tels que des opérateurs de sites web, à la législation de l'Etat membre où ils sont établis (sous réserve de l'application des législations protectrices des consommateurs résidents d'un autre Etat membre)⁷.

Thibault Verbiest, avocat (Cabinet ULYS),
Maître de conférences à l'Université de Liège,
chargé de cours à l'Université de Paris I
Sorbonne (Thibault.verbiest@ulyes.net)

⁷Article 3.1 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), J.O L 178/1 à 16 du 17 juillet 2000.



Johan Meeusen - Het arrest *Inspire Art*: Het Hof van Justitie bevestigt zijn liberale benadering van de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen

Zeer snel na het inmiddels al befaamde *Überseering*-arrest¹, kreeg het Hof van Justitie een nieuwe gelegenheid om zich uit te spreken over de draagwijdte van de vestigingsvrijheid van vennootschappen in de EG. In het *Inspire Art*-arrest van 30 september 2003² bevestigde het Hof zijn liberale benadering ter zake. Het arrest is voorts interessant als illustratie van de controle die het Hof van Justitie uitoefent op (de toepassing van) het internationaal privaatrecht (ipr) van de lidstaten.

Inspire Art Ltd is een naar Engels recht opgerichte vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, met statutaire zetel in Folkestone. De vennootschap verricht haar werkzaamheden nochtans uitsluitend in Nederland, middels haar filiaal in Amsterdam, en heeft geen plannen om enige activiteit in het Verenigd Koninkrijk uit te oefenen. Het blijkt dat de oprichting in het Verenigd Koninkrijk plaatsvond om de enkele reden dat de Engelse rechtsregels inzake oprichting en instandhouding van vennootschappen op velerlei vlakken soepeler zijn dan de Nederlandse.

Inspire Art is in het handelsregister te Amsterdam ingeschreven zonder de vermelding dat zij een formeel buitenlandse vennootschap is in de zin van de Nederlandse wet van 17 december 1997 op de formeel buitenlandse vennootschappen (WFBV). Met deze wet trachtte Nederland, dat in zijn internationaal vennootschapsrecht al geruime tijd de liberale incorporatieleer volgt, het toenemend aantal zgn. pseudo-buitenlandse vennootschappen te bekampen door bijzondere verplichtingen op te leggen aan elke “naar een ander dan Nederlands recht opgerichte, rechtspersoonlijkheid bezittende kapitaalvennootschap, die haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en voorts geen werkelijke band heeft met de staat waarbinnen het recht geldt waarnaar zij is opgericht”. Die bijzondere verplichtingen betreffende voornamelijk de verplichte vermelding door de vennootschap in uitgaande stukken van haar hoedanigheid van formeel buitenlandse vennootschap, het minimumkapitaal en de opmaak, inrichting en openbaarmaking van de jaarstukken.

Nadat de Kamer van Koophandel het Kantongerecht van Amsterdam had verzocht te gelasten dat de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister wordt aangevuld met de vermelding formeel buitenlandse vennootschap, oordeelde dit Kantongerecht dat *Inspire Art* inderdaad een dergelijke formeel buitenlandse vennootschap is en stelde de rechter het Hof van Justitie prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van dergelijke regelgeving met artikelen 43 en 48 EG.

¹ H.v.J., 5 november 2002, C-208/00, *Überseering*, *Jur.*, 2002, I-9919.

² H.v.J., 30 september 2003, C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/*Inspire Art Ltd*, n.n.g.



Het aan het Hof van Justitie voorgelegde vraagstuk is verwant met de problematiek die het Hof beslechtte in de welbekende *Centros*-zaak³. In *Centros* besloot het Hof tot de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de Deense weigering tot inschrijving van het filiaal van een in Londen opgerichte vennootschap, die enkel middels haar Deens filiaal actief was. Ook hier was de oprichting naar Engels recht ingegeven door de wens de toepassing van restrictievere Deense wetgeving te vermijden. De centrale vraag in *Inspire Art* is dan ook of het feit dat het Nederlandse recht niet de inschrijving van het filiaal weigert maar (enkel) onderwerping aan de eisen van de WFBV oplegt, een afwijking van het *Centros*-arrest rechtvaardigt.

Het Hof van Justitie stelt eerst vast dat een aantal van de in de WFBV opgenomen verplichtingen niet meer zijn dan de implementatie van de Elfde richtlijn vennootschapsrecht (richtlijn 89/666/EEG van 21 december 1989 betreffende de openbaarmakingsplicht voor in een lidstaat opgerichte bijkantoren van vennootschappen die onder het recht van een andere staat vallen, *Pb.L.*, 30 december 1989, nr.395, 36), en derhalve niet als een belemmering van de vrijheid van vestiging kunnen worden beschouwd (al moet de verwijzende rechter wel onderzoeken of de in de WFBV opgelegde sancties conform het gemeenschapsrecht zijn). Andere openbaarmakingsverplichtingen van de WFBV worden daarentegen niet voorzien in de Elfde richtlijn, die nochtans een volledige harmonisatie realiseert, en zijn er dan ook mee in strijd.

Vervolgens onderzoekt het Hof de verenigbaarheid met artikelen 43 en 48 EG van een aantal WFBV-bepalingen die niet binnen de werkingssfeer van de Elfde richtlijn vallen, in het bijzonder deze over minimumkapitaal en sanctionering (hoofdelijke aansprakelijkheid). Het antwoord is negatief. Het Hof blijft bij zijn eerdere *Centros*-rechtspraak dat een binnen het toepassingsgebied van art.48 EG vallende vennootschap het recht heeft d.m.v. een filiaal activiteiten in een andere lidstaat te ontplooiën. Voor de toepassing van de bepalingen inzake vestigingsvrijheid is het niet van belang dat een vennootschap in een lidstaat wordt opgericht met het enkele doel om in een andere lidstaat activiteiten te ontplooiën; ook levert de omstandigheid dat de vennootschap in een bepaalde lidstaat wordt opgericht met het doel gebruik te maken van een gunstiger wettelijke regeling geen misbruik op. In dit licht is het dan ook evident dat het Hof besluit dat de Nederlandse regeling de door artikelen 43 en 48 EG gegarandeerde vestigingsvrijheid beperkt.

Tenslotte onderzoekt het Hof het bestaan van eventuele rechtvaardigingsgronden, zoals o.m. schuldeiserbescherming, maar komt ook hier tot een negatief besluit. In die context staat het Hof nogmaals stil bij het argument dat de Nederlandse regeling gerechtvaardigd wordt door de noodzaak oneigenlijk gebruik van de vestigingsvrijheid te bestrijden. Hoewel het Hof erkent dat lidstaten maatregelen mogen treffen om te verhinderen dat hun wetgeving wordt ontdoken en dat de justitiabelen zich met het oog op misbruik of bedrog op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen, helpt dit Nederland niet in het onderhavige geval. Het Hof bevestigt zijn in *Centros* ontwikkelde stellingen dat de keuze van een onderdaan van een lidstaat voor oprichting van een vennootschap in de lidstaat waar het vennootschapsrecht hem het minst beperkend lijkt, en tot oprichting van filialen in andere lidstaten, inherent is aan de communautaire vestigingsvrijheid, en dat het feit dat een vennootschap geen activiteiten

³ H.v.J., 9 maart 1999, C-212/97, *Centros*, *Jur.*, 1999, I-1459.



ontplooit in de lidstaat waar zij gevestigd is maar uitsluitend of hoofdzakelijk in de lidstaat van haar filiaal, niet volstaat ten bewijze van misbruik of bedrog.

Met *Inspire Art* bevestigt het Hof van Justitie derhalve zijn liberale benadering van de communautaire vestigingsvrijheid voor vennootschappen. Door haar compromis tussen de liberale incorporatieleer en de toepassing van specifieke dwingende normering op pseudo-buitenlandse vennootschappen vormde de Nederlandse ipr-wetgeving nochtans een interessant compromis tussen twee traditionele hoofdbekommernissen van het internationaal vennootschapsrecht: bevordering van het internationaal rechtsverkeer en bescherming van de eigen rechtsorde. Nadat het *Überseering*-arrest (door het Hof in r.o.103 van *Inspire Art* bevestigend geciteerd), de toepassing van de werkelijke zetel-leer aan strikte voorwaarden onderwierp⁴, blijkt het Hof eveneens streng te staan tegenover lidstatelijke nuancerings van de liberale incorporatieleer.

Uit dit laatste mag niet worden besloten dat ook de werkelijke zetel-leer, die uiteraard nog beduidend meer restrictief is en sterker gericht op de bescherming van de eigen rechtsorde dan de in *Inspire Art* onderzochte Nederlandse ipr-benadering, strijdig zou zijn met het gemeenschapsrecht.

De werkelijke zetel-leer, die o.m. in België wordt gevolgd, stond als zodanig uiteraard niet ter discussie in de *Inspire Art*-zaak, die immers betrekking had op de regelgeving van twee lidstaten die de incorporatieleer volgen (het Verenigd Koninkrijk en Nederland). Maar ook de door het Hof van Justitie in *Inspire Art* ontwikkelde redenering verplicht niet tot andere besluiten over de werkelijke zetel-leer dan die deze reeds voortvloeiden uit het *Überseering*-arrest. Ofschoon dit laatste betrekking had op de primaire vestigingsvrijheid, en *Inspire Art* en *Centros* de secundaire vestigingsvrijheid betroffen, volgt het Hof in deze drie arresten een consequente benadering. Telkens staat de houding van de ontvangststaat ter discussie. Het blijkt dat een geldig naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap (lidstaat van herkomst), die voldoet aan de voorwaarden van art.48, door de andere lidstaten niet belemmerd mag worden in de uitoefening van haar vestigingsvrijheid. Het opleggen van nieuwe eisen, b.v. betreffende maatschappelijk kapitaal en aansprakelijkheid, waaraan de vennootschap moet voldoen vooraleer in de ontvangstlidstaat activiteiten te mogen uitoefenen, houdt een dergelijke belemmering in.

Vertaald naar het internationaal privaatrecht, betekent dit dat art.48 EG een erkenningsnorm inhoudt. De onbelemmerde uitoefening van de communautaire vestigingsvrijheid veronderstelt de volledige erkenning door de ontvangstaat van de in de lidstaat van herkomst geldig opgerichte vennootschap, wat in de *Inspire Art*-zaak ten gevolge van de eisen van de Nederlandse WFBV niet gebeurde⁵. De interpretatie van art.48 EG, voor wat zijn weerslag op het internationaal privaatrecht betreft, als een erkenningsnorm, verplicht wel tot aanpassing, maar niet tot verwerping van de werkelijke zetel-leer. Met name moet de traditionele multilaterale benadering voor de intracommunautaire relaties worden vervangen door een unilaterale benadering, met respect voor de eisen die in het oprichtingsland zijn gesteld voor

⁴ Zie J. Meeusen, "De werkelijke zetel-leer en de communautaire vestigingsvrijheid van vennootschappen", *T.R.V.*, 2003, 95 e.v.

⁵ Zie r.o.100 van de conclusie van advocaat-generaal Alber bij het *Inspire Art*-arrest.



de geldige oprichting en functionering van de vennootschap⁶. Zoals Nederland in de *Inspire Art*-zaak de Britse vennootschap –die voldeed aan de eisen van de Britse vennootschapswetgeving- moest erkennen, moet ook België erkenning geven aan elders in de EG geldig opgerichte vennootschappen, ook al werd daarbij niet voldaan aan de eisen van de werkelijke zetel-leer. De andere lidstaten zijn er evenwel toe gehouden hetzelfde te doen bij het grensoverschrijdend optreden van Belgische vennootschappen, d.w.z. vennootschappen die hebben voldaan aan alle Belgische wettelijke eisen voor de geldige oprichting van vennootschappen en waarvoor het Belgisch recht als *lex societatis* geldt, in weerwil van de voorwaarden opgelegd door hun eigen wetgeving. Het internationaal vennootschapsrecht illustreert aldus dat het intracommunautaire regime van wederzijdse erkenning en vertrouwen aanleiding kan geven tot een internationaal privaatrechtelijke versoepeling die de wetgever bewust weigert voor de extracommunautaire betrekkingen.

Prof. Dr. Johan MEEUSEN
Universiteit Antwerpen
Jean Monnet Leerstoel *ad personam*

⁶ Zie hierover uitgebreid J. MEEUSEN, *l.c.*, 117 e.v.



ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Verordening ‘Brussel Ibis’ / Règlement ‘Bruxelles Ibis’

Op 23 december werd de **Verordening (EG) nr. 2201/2003** van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 gepubliceerd (2003 L 338, 1-29). Ze treedt in werking op 1 augustus 2004.

Le 23 décembre 2003, le **Règlement (CE) n° 2201/2003** du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, a été publié. Il entrera en vigueur le 1^{er} août 2004.



Omzendbrief betreffende huwelijken van personen van hetzelfde geslacht / Circulaire relative au mariage de personnes de même sexe

23 JANUARI 2004. - Circulaire tot vervanging van de circulaire van 8 mei 2003 betreffende de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek

(B.S. 27 januari 2004)

Aan de dames en heren Procureurs-generaal bij de hoven van beroep;

Aan de dames en heren Ambtenaren van de burgerlijke stand van het Rijk.

Deze circulaire strekt ertoe de omzendbrief van 8 mei 2003 betreffende de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek te vervangen, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 16 mei 2003.

De wet van 13 februari 2003 past in het kader van de wens het familierecht aan te passen aan de evolutie van de rol en de structuur van het moderne gezin. Dit is overigens reeds tot uiting gekomen in punt 10 van de resolutie over de bescherming van het gezin en andere gezinsvormen bij de afsluiting van het internationaal jaar van het gezin, die is goedgekeurd door het Europees Parlement op 14 december 1994 (R4-3077/1994 PB C 18 tot 23 januari 1995).

Aangezien het Belgisch recht het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht heeft opengesteld, ben ik van oordeel dat een bepaling van buitenlands recht betreffende het geslacht van de echtgenoten, op grond waarvan het huwelijk tussen personen van

23 JANVIER 2004. - Circulaire remplaçant la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil

(M.B. du 27 janvier 2004)

A Mesdames et Messieurs les Procureurs généraux près les Cours d'appel;

A Mesdames et Messieurs les Officiers de l'état civil du Royaume.

La présente circulaire a pour objet de remplacer la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, publiée au Moniteur belge le 16 mai 2003.

La loi du 13 février 2003 s'inscrit dans la volonté d'adapter le droit de la famille à l'évolution du rôle et de la structure de la famille moderne, volonté par ailleurs exprimée au point 10 de la Résolution sur la protection des familles et de la cellule familiale au terme de l'année internationale de la famille, adoptée par le Parlement européen le 14 décembre 1994 (R4-3077/1994 JO C 18 du 23 janvier 1995).

Le droit belge ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe, il me paraît qu'une disposition de droit étranger relative au sexe des époux, interdisant le mariage de personnes de même sexe, doit être considérée comme discriminatoire et contraire à notre

www.ipr.be



www.dipr.be

hetzelfde geslacht is verboden, als discriminerend en in strijd met onze internationale openbare rechtsorde moet worden beschouwd.

Daarom meen ik dat een bepaling van buitenlands recht die het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht verbiedt, niet moet worden toegepast indien één van die personen de nationaliteit bezit van een Staat waarin, krachtens het nationale recht, een dergelijk huwelijk is toegestaan of op het grondgebied van een dergelijke Staat zijn gewone verblijfplaats heeft.

A. Formaliteiten inzake de voltrekking van het huwelijk en de vereisten om een huwelijk te kunnen aangaan

1. Openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht

De nieuwe wetsbepalingen sluiten aan bij de huidige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek.

1.1. Krachtens artikel 2 van de wet worden de woorden « pour mari et femme » in de Franse tekst van artikel 75 van het Burgerlijk Wetboek vervangen door de woorden « pour époux ».

Deze wetswijziging heeft tot doel dit artikel geslachtsneutraal te maken.

De Nederlandse tekst moest niet worden aangepast, want daarin werden de termen « tot echtgenoten » reeds gebruikt.

1.2. Overeenkomstig artikel 3 van de wet wordt in het Burgerlijk Wetboek een nieuw artikel 143 ingevoegd : « Artikel 143, eerste lid - Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van hetzelfde geslacht. »

ordre public international.

Dès lors, j'estime que l'application d'une disposition de droit étranger doit être écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit autorise un tel mariage.

A. Formalités relatives à la célébration du mariage et conditions requises pour pouvoir contracter mariage

1. Ouverture du mariage aux personnes de même sexe

Les nouvelles dispositions de la loi s'inscrivent dans les dispositions actuelles du Code civil.

1.1 L'article 2 de la loi remplace dans le texte français de l'article 75 du Code civil les mots « pour mari et femme » par les mots « pour époux ».

Cette modification de la loi a été dictée par le souci de rendre cet article neutre du point de vue du sexe.

Cela n'a pas été utile dans le texte néerlandais car celui-ci utilisait déjà le terme « tot echtgenoten ».

1.2. L'article 3 de la loi introduit un nouvel article 143 dans le Code civil : « Article 143, alinéa 1^{er} - Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage.»



Hoewel in het Burgerlijk Wetboek nergens was bepaald dat enkel personen van een verschillend geslacht een huwelijk kunnen aangaan, werd het geslachtsverschil in de rechtsleer en de rechtspraak steeds beschouwd als een positieve vereiste om een huwelijk aan te gaan, zulks conform de artikelen 162 en 163 van het Burgerlijk Wetboek die de huwelijksbeletselen tussen broer en zus, oom en nicht en tante en neef bevatten.

De wetgever heeft het evenwel nuttig geacht uitdrukkelijk te voorzien in de mogelijkheid voor personen van hetzelfde geslacht om een burgerlijk huwelijk aan te gaan. Het uitgangspunt van de geslachtsneutraliteit van het huwelijk wordt hiermee tot uitdrukking gebracht.

Dit heeft tot gevolg dat wanneer twee personen van hetzelfde geslacht met elkaar in het huwelijk treden, hun verbintenis volledig wordt gelijkgeschakeld met die van twee personen van verschillend geslacht, met uitzondering van de gevolgen van het huwelijk inzake afstamming.

1.3. Afstamming

Krachtens artikel 3 van de wet wordt aan artikel 143 van het Burgerlijk Wetboek een paragraaf 2 toegevoegd :
« Indien het huwelijk werd aangegaan tussen personen van hetzelfde geslacht, is artikel 315 niet van toepassing. »

Aan kinderen die thans tijdens een huwelijk worden geboren wordt louter door hun geboorte binnen het huwelijk een afstammingsband toegekend, zowel tussen hen en de moeder (artikel 312 van het Burgerlijk Wetboek) als tussen hen en de vader (artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek).

Ingeval artikel 143 van het Burgerlijk

Bien que le Code civil n'ait nulle part stipulé que seules les personnes de sexe différent pouvaient contracter mariage, doctrine et jurisprudence ont toujours considéré que la différence de sexe était une condition positive de la conclusion du mariage. Elles ont trouvé appui dans les articles 162 et 163 du Code civil, qui contiennent les empêchements à mariage entre frère et soeur, oncle et nièce, et tante et neveu.

Néanmoins, le législateur a jugé utile de prévoir explicitement la possibilité pour des personnes de même sexe de se marier civilement. L'idée de départ, qui est la neutralité du mariage du point de vue du sexe, est de la sorte exprimée.

Cela a pour conséquence que, lorsque deux personnes de même sexe contractent mariage ensemble, leur union est mise sur un total pied d'égalité avec celle qui lie deux personnes de sexe différent, à l'exception des effets du mariage en matière de filiation.

1.3. De la filiation

L'article 3 de la loi ajoute un second paragraphe à l'article 143 du Code civil :
« Si le mariage a été contracté entre des personnes de même sexe, l'article 315 n'est pas applicable. »

Les enfants qui, actuellement, naissent pendant le mariage voient s'établir, par le seul fait de la naissance dans le mariage, un lien de filiation non seulement entre eux et la mère (article 312 du Code civil), mais aussi entre eux et le père (article 315 du Code civil).

Si l'article 143 du Code civil exclut



Wetboek de toepassing van artikel 315 van hetzelfde Wetboek uitsluit, kunnen de artikelen 316, 317 en 318 uiteraard ook niet worden toegepast (zie Senaat, verslag, doc. nr. 1173/3, blz. 78).

De artikelen 315 tot 318 van het Burgerlijk Wetboek, die betrekking hebben op het vermoeden van vaderschap, zijn uitsluitend gegrond op situaties die biologisch gezien mogelijk zijn. In deze artikelen worden immers enkel de termen « vaderschap » en « vader » gebruikt. De wetgever heeft geoordeeld dat het van rechtswege verbinden van afstammingsrechtelijke gevolgen aan een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht tot een te grote abstractie van de werkelijkheid zou leiden.

2. Aangifte van huwelijk

Overeenkomstig artikel 63 van het Burgerlijk Wetboek moet ieder huwelijk worden voorafgegaan door een aangifte van huwelijk.

Het huwelijk mag niet worden voltrokken voor de veertiende dag na de datum van opmaak van de akte van deze aangifte (artikel 165, § 1, van hetzelfde Wetboek).

De toekomstige echtgenoten moeten op het tijdstip van die aangifte de voorwaarden vervullen die vereist zijn om een huwelijk te kunnen aangaan. Bijgevolg kan de ambtenaar van de burgerlijke stand de aangiften van huwelijk uiteraard slechts in ontvangst nemen zodra de wet in werking is getreden. Dit beantwoordt overigens aan een algemeen rechtsbeginsel : op een wet kan geen beroep worden gedaan voor de inwerkingtreding ervan.

Voor de inwerkingtreding van de wet mogen de ambtenaren van de burgerlijke stand evenwel informatie verstrekken over dit huwelijk en de toekomstige echtgenoten helpen bij de samenstelling van hun dossier,

l'application de l'article 315 du même Code, il va de soi que les articles 316, 317 et 318 ne peuvent pas non plus trouver application (voir Sénat, rapport, doc. n° 1173/3, p.78).

Les articles 315 à 318 du Code civil, qui traitent de la présomption de paternité, sont exclusivement basés sur des situations biologiquement possibles. Ces articles n'utilisent en effet que les termes « paternité » et « père ». Le législateur a estimé que lier de plein droit des effets en matière de filiation à un mariage entre deux personnes du même sexe reviendrait à faire une trop grande abstraction de la réalité.

2. Déclaration de mariage

En vertu de l'article 63 du Code civil, tout mariage doit être précédé d'une déclaration de mariage.

Le mariage ne peut être célébré avant le 14^e jour qui suit la date de l'établissement de l'acte de cette déclaration (article 165, § 1^{er}, du même Code).

C'est au moment de cette déclaration de mariage que les futurs époux doivent remplir les conditions requises pour pouvoir contracter mariage. Il est dès lors évident que les déclarations de mariage ne peuvent être reçues par l'officier de l'état civil qu'à partir de l'entrée en vigueur de la loi. Cela correspond d'ailleurs à un principe général de droit : une loi ne peut être invoquée avant son entrée en vigueur.

Néanmoins, avant l'entrée en vigueur de la loi, les officiers de l'état civil peuvent donner des informations sur ce mariage et aider les futurs époux à constituer leur dossier, sans toutefois pouvoir recevoir la déclaration de



zonder evenwel de aangifte van huwelijk in ontvangst te mogen nemen.

2.1. Nationaliteit van de toekomstige echtgenoten van hetzelfde geslacht

De wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek doet geen afbreuk aan de beginselen van het internationaal privaatrecht die van toepassing zijn op het huwelijk. Krachtens die beginselen zijn de grondvoorwaarden voor het huwelijk onderworpen aan het persoonlijke statuut van de echtgenoten (artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek).

Met betrekking tot twee toekomstige echtgenoten met dezelfde nationaliteit is hun gemeenschappelijke nationale wet van toepassing om de grondvoorwaarden voor het huwelijk te bepalen. Ingeval de toekomstige echtgenoten een verschillende nationaliteit hebben, moet ieder van hen beantwoorden aan de voorwaarden die worden opgelegd in de eigen nationale wet (distributieve toepassing - voor in het buitenland gesloten huwelijken, zie artikel 170ter van het Burgerlijk Wetboek).

Ingeval, overeenkomstig een bepaling van het nationale recht van de echtgenoten of van één van hen, het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht is verboden, is die bepaling evenwel niet van toepassing ten voordele van de Belgische wet, voorzover één van de toekomstige echtgenoten Belg is of zijn gewone verblijfplaats in België heeft. Het verbod van een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht is immers discriminerend en in strijd met onze internationale openbare rechtsorde.

Deze strijdigheid met onze internationale openbare rechtsorde heeft noodzakelijkerwijs tot gevolg dat de Belgische wet betreffende

mariage.

2.1. Nationalité des futurs époux de même sexe

La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil ne porte pas atteinte aux principes de droit international privé applicables au mariage. En vertu de ces principes, les conditions de fond du mariage sont soumises au statut personnel des époux (article 3 du Code civil).

En présence de deux futurs époux possédant la même nationalité, la loi applicable pour déterminer les conditions de fond du mariage est leur loi nationale commune. Si les futurs époux sont de nationalité différente, chacun d'eux devra répondre aux conditions imposées par sa propre loi nationale (application distributive - pour les mariages célébrés à l'étranger, voir l'article 170ter du Code civil).

Toutefois, si une disposition de la loi nationale des époux, ou de l'un d'eux, interdit le mariage de personnes de même sexe, l'application de cette disposition doit être écartée, au profit de la loi belge, pour autant que l'un des futurs époux soit belge ou réside habituellement en Belgique. En effet, l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe est discriminatoire et contraire à notre ordre public international.

Cette contrariété à notre ordre public international doit nécessairement entraîner l'application de la loi belge relative au



het huwelijk van toepassing is op de voorwaarde inzake geslacht, voor zover één van de echtgenoten Belg is of in België zijn gewone verblijfplaats heeft.

2.2. Voor de aangifte van het huwelijk vereiste documenten

Artikel 64, § 1, van het Burgerlijk Wetboek vermeldt de documenten die moeten worden voorgelegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand bij de aangifte van het huwelijk.

Ter herinnering :

- 1° een voor eensluidend verklaard afschrift van de akte van geboorte;
- 2° een bewijs van identiteit;
- 3° een bewijs van nationaliteit;
- 4° een bewijs van de ongehuwde staat, en in voorkomend geval van de ontbinding of nietigverklaring van de vorige huwelijken;
- 5° een bewijs van de inschrijving in het bevolkings-, vreemdelingen- of wachtregister en/of een bewijs van de actuele verblijfplaats;
- 6° in voorkomend geval, een gelegaliseerd schriftelijk bewijs uitgaande van de bij de aangifte van het huwelijk afwezige aanstaande echtgenoot, waaruit diens instemming met de aangifte blijkt;
- 7° ieder ander authentiek stuk waaruit blijkt dat in hoofde van de betrokkene is voldaan aan de door de wet gestelde voorwaarden om een huwelijk te mogen aangaan.

Met betrekking tot punt 4° vestig ik de aandacht erop dat in de wetgeving van verscheidene vreemde landen onlangs een vorm van geregistreerd partnerschap is ingevoerd die voor de personen die gebonden zijn door het geregistreerd partnerschap een huwelijksbeletsel doet ontstaan.

De ambtenaar van de burgerlijke stand moet derhalve nagaan dat geen van de toekomstige echtgenoten gebonden is door een in het

mariage en ce qui concerne la condition de sexe, pour autant que l'un des futurs époux soit belge ou réside habituellement en Belgique.

2.2. Documents requis pour la déclaration de mariage

L'article 64, § 1^{er}, du Code civil énonce les documents qui doivent être remis à l'officier de l'état civil lors de la déclaration de mariage.

Ce sont, pour rappel:

- 1° une copie conforme de l'acte de naissance;
- 2° une preuve d'identité;
- 3° une preuve de nationalité;
- 4° une preuve de célibat et, le cas échéant, de la dissolution ou de l'annulation des précédents mariages;
- 5° une preuve de l'inscription dans les registres de la population, le registre des étrangers ou le registre d'attente et/ou une preuve de la résidence actuelle;
- 6° le cas échéant, une preuve écrite légalisée, émanant du futur époux absent lors de la déclaration du mariage, dont il ressort que celui-ci consent à la déclaration;
- 7° toute autre pièce authentique dont il ressort que l'intéressé remplit les conditions requises pour pouvoir contracter mariage.

En ce qui concerne le 4°, j'attire l'attention sur le fait que les législations de divers pays étrangers ont récemment institué une forme de partenariat enregistré qui crée, dans le chef de ceux qui sont liés par ce partenariat enregistré, un empêchement à mariage.

Dès lors l'officier de l'état civil doit vérifier qu'aucun des futurs époux n'est lié par un partenariat enregistré conclu à l'étranger et



buitenland geregistreerd partnerschap dat aanleiding geeft tot een huwelijksbeletsel.

Wat punt 7° betreft, moet overeenkomstig het hoger vermeld beginsel vanzelfsprekend geen rekening worden gehouden met een bepaling die zou zijn vervat in het normaal vereiste wetscertificaat, op grond waarvan het huwelijk enkel geldt voor personen van een verschillend geslacht.

3. *Huwelijksbeletfels*

1. Artikel 162 van het Burgerlijk Wetboek verbiedt het huwelijk tussen broer en zuster. Het huwelijksbeletsel wordt uitgebreid : ook twee broers of twee zusters mogen niet met elkaar in het huwelijk treden.

2. Artikel 163 van het Burgerlijk Wetboek verbiedt het huwelijk tussen oom en nicht en tussen tante en neef. Het huwelijksbeletsel wordt uitgebreid : ook tussen oom en neef en tussen tante en nicht is het huwelijk verboden.

3. Ik vestig uw aandacht erop dat het huwelijksbeletsel tussen schoonbroers en schoonzussen werd afgeschaft door de wet van 27 maart 2001 tot wijziging van de artikelen 162 en 164 van het Burgerlijk Wetboek (Belgisch Staatsblad van 11 mei 2001) die in werking is getreden op 21 mei 2001 en niet opnieuw in de wet is ingevoegd. Het kon dus niet worden uitgebreid tot huwelijken tussen schoonbroers of tussen schoonzusters.

De in het nieuwe artikel 164 aan de Koning geboden mogelijkheid het huwelijksbeletsel tussen die personen om gewichtige redenen op te heffen, heeft bijgevolg geen bestaansreden.

qui produit un empêchement à mariage. Quant au 7°, conformément au principe énoncé ci-dessus, il va de soi qu'il ne doit pas être tenu compte d'une disposition contenue dans le certificat de coutume normalement exigé, selon laquelle le mariage ne serait possible qu'entre personnes de sexe différent.

3. *Empêchements à mariage*

1. L'article 162 du Code civil prohibe le mariage entre frère et soeur. L'empêchement à mariage est étendu : deux frères ou deux soeurs ne peuvent pas non plus se marier ensemble.

2. L'article 163 du Code civil prohibe le mariage entre oncle et nièce, et entre tante et neveu. L'empêchement à mariage est étendu : le mariage est également prohibé entre oncle et neveu, et entre tante et nièce.

3. J'attire votre attention sur le fait que l'empêchement à mariage entre beaux-frères et belles-soeurs a été supprimé par la loi du 27 mars 2001 modifiant les articles 162 et 164 du Code civil (Moniteur belge du 11 mai 2001), entrée en vigueur le 21 mai 2001, et n'a pas été réintroduit par la nouvelle loi. Il n'a donc pas pu être étendu aux mariages entre beaux-frères, ni entre belles-sœurs

Par conséquent, la possibilité offerte au Roi, par le nouvel article 164, de lever pour des causes graves l'empêchement à mariage entre ces personnes, est sans objet.



B. Erkenning van het huwelijk van personen van hetzelfde geslacht in het buitenland

Supra is reeds gesteld dat België door de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht een rechtsfiguur instelt die als dusdanig in andere landen nog niet bekend is.

Het is dus niet uitgesloten dat dergelijke huwelijken in sommige landen niet worden erkend.

Bijgevolg zullen situaties ontstaan waarin sommige huwelijken volkomen geldig zijn in België, terwijl zij in het buitenland als ongeldig worden beschouwd.

Het is dus van het grootste belang dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de aandacht van de betrokkenen vestigt op de mogelijke nadelige gevolgen van deze huwelijken in het buitenland. De toekomstige echtgenoten hebben er belang bij zich terdege te laten adviseren over hun juridisch statuut indien zij zich in het buitenland vestigen of indien zij er vermogensbelangen of andere belangen hebben of verwerven.

Dat is des te belangrijker omdat het in het algemeen onvoorspelbaar is hoe de buitenlandse rechtspraak zal reageren op huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht. Zoals hoger reeds is gesteld, is het allereerst niet zeker dat dergelijke huwelijken als dusdanig worden erkend. Het is ook niet zeker of het gegeven dat een dergelijk huwelijk niet wordt erkend, inhoudt dat geen enkel gevolg wordt erkend of dat sommige gevolgen daarentegen wel worden erkend.

C. Voorwaarden voor de erkenning in België van een in het buitenland aangegaan huwelijk

Artikel 7 van de wet vervangt artikel 170 van het Burgerlijk Wetboek door een nieuwe

B. Reconnaissance à l'étranger du mariage de personnes de même sexe

La Belgique, comme cela a déjà été mentionné plus haut, en ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, instaure une institution juridique encore inconnue comme telle dans d'autres pays.

Il n'est donc pas exclu que de tels mariages ne soient pas reconnus dans certains pays.

Des situations apparaîtront ainsi où certains mariages seront parfaitement valables en Belgique, et, où, en même temps, aucun effet ne leur sera reconnu à l'étranger.

Il est donc extrêmement important que l'officier de l'état civil attire l'attention des intéressés sur les inconvénients possibles de ces mariages à l'étranger. Il est de l'intérêt des futurs époux de se faire dûment conseiller sur leur statut juridique dans l'hypothèse où ils s'établiraient à l'étranger, ou dans le cas où ils y auraient déjà ou acquerraient par la suite des intérêts patrimoniaux ou autres.

Cela est d'autant plus important que l'on ne peut faire que des prévisions globales quant à la manière dont la pratique juridique étrangère réagira aux mariages entre personnes de même sexe. Comme cela a déjà été précisé, il n'est d'abord pas certain que de tels mariages seront reconnus comme tels. Il n'est pas sûr non plus que le fait de ne pas reconnaître un tel mariage impliquerait qu'aucun effet ne lui serait reconnu, ou qu'au contraire certains effets lui seraient accordés.

C. Conditions auxquelles un mariage célébré à l'étranger est reconnu en Belgique

L'article 7 de la loi remplace l'article 170 du Code civil par une nouvelle disposition.



bepaling.

De voorwaarden om een in het buitenland aangegaan huwelijk in België geldig te beschouwen, moeten volgens de geest van de wet geslachtsneutraal worden gemaakt.

Artikel 170ter van het Burgerlijk Wetboek blijft niettemin van toepassing op de huwelijken bedoeld in artikel 170 van hetzelfde Wetboek. In hoofdzaak zijn deze huwelijken in België slechts geldig indien de contracterende partijen hebben voldaan aan de vereisten die door hun personeel statuut op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven om een huwelijk te mogen aangaan.

Overeenkomstig het beginsel, vermeld in de inleiding van deze circulaire, is een bepaling betreffende het persoonlijk statuut voor wat betreft het geslacht van de echtgenoten die het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht verbiedt, evenwel niet van toepassing indien één van die personen de nationaliteit bezit van een Staat waarin krachtens het nationale recht een dergelijk huwelijk is toegestaan of op het grondgebied van een dergelijke Staat zijn gewone verblijfplaats heeft, zulks vanaf de inwerkingtreding van de wet.

Wanneer een ambtenaar van de burgerlijke stand wordt geconfronteerd met een huwelijk, zoals bedoeld in voorgaande paragraaf, met name een huwelijk van personen van hetzelfde geslacht, kan hij bijgevolg niet weigeren om dat huwelijk te erkennen enkel en alleen omdat de echtgenoten of één van de echtgenoten niet voldoen of voldoet aan de voorwaarde inzake het persoonlijk statuut met betrekking tot het geslacht van de echtgenoten.

2. Artikel 8 van de wet wijzigt artikel 171 van het Burgerlijk Wetboek, dat de overschrijving regelt in de registers van de burgerlijke stand bij de terugkeer op het

L'esprit de la loi requiert que les conditions auxquelles un mariage célébré à l'étranger est considéré comme valable en Belgique, soient rendues neutres du point de vue du sexe.

L'article 170ter du Code civil reste néanmoins applicable aux mariages visés à l'article 170 du même Code. En substance, ces mariages ne sont valables en Belgique que si les parties contractantes ont satisfait aux conditions prescrites à peine de nullité par leur statut personnel pour pouvoir contracter mariage.

Néanmoins, conformément au principe énoncé dans l'introduction de cette circulaire, une disposition du statut personnel, relative au sexe des époux, interdisant le mariage de personnes de même sexe doit être écartée, lorsque l'un des époux a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit autorise un tel mariage et ce, dès l'entrée en vigueur de la loi.

Par conséquent un officier de l'état civil, confronté à un mariage visé à l'alinéa précédent, ne peut refuser de le reconnaître pour la seule raison que les époux, ou l'un d'eux, ne remplissent pas la condition de son statut personnel relative au sexe des époux.

2. L'article 8 de la loi modifie l'article 171 du Code civil, lequel règle la transcription sur les registres de l'état civil, au retour sur le territoire du royaume, de l'acte de célébration



grondgebied van het Rijk, van de akte van voltrekking van een huwelijk dat in het buitenland is aangegaan. In de geest van de wet moet ook dit artikel geslachtsneutraal worden gemaakt.

D. Onderhoudsverplichtingen

Artikel 9 van de wet wijzigt artikel 206 van het Burgerlijk Wetboek dat betrekking heeft op de onderhoudsverplichting tussen schoonouders en schoonkinderen. In 1° ervan is bepaald dat aan de onderhoudsverplichting een einde wordt gesteld als de schoonvader of de schoonmoeder een tweede huwelijk aangaat. De wijziging van artikel 206 van het Burgerlijk Wetboek beoogt een einde te maken aan het onderscheid dat in deze bepaling wordt gemaakt op grond van het geslacht.

E. Vaststelling van de afstamming van de overspelige kinderen van een echtgenoot (artikelen 10 tot 12 van de wet)

De artikelen 313, 319bis en 322 van het Burgerlijk Wetboek hebben betrekking op de gevallen waarin de ene echtgenoot op de hoogte wordt gebracht van de vaststelling van de afstamming van overspelige kinderen van de andere echtgenoot.

Deze artikelen werden aangepast opdat zij tevens zouden gelden in geval van een huwelijk met een persoon van hetzelfde geslacht.

In elk van de bovenvermelde gevallen moet dus erin worden voorzien dat zowel de ene als de andere echtgenoot op de hoogte wordt gebracht.

F. Adoptie (artikelen 13 tot 16 van de wet)

Aangezien aan een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht geen afstammingsrechtelijke gevolgen zijn

d'un mariage contracté en pays étranger. Dans l'esprit de la loi, il convenait également de rendre cet article neutre du point de vue du sexe.

D. Obligations alimentaires

L'article 9 de la loi modifie l'article 206 du Code civil, qui porte sur l'obligation alimentaire entre beaux-parents et beaux-enfants. Le 1° de cette disposition stipule que l'obligation alimentaire prend fin lorsque le beau-père ou la belle-mère a convolé en secondes noces. Par la modification de l'article 206 du Code civil, on vise à mettre un terme à la distinction basée sur le sexe existant dans cette disposition.

E. Etablissement de la filiation des enfants adultérins d'un époux (articles 10 à 12 de la loi)

Les articles 313, 319bis et 322 du Code civil visent les cas où l'établissement de la filiation des enfants adultérins d'un époux est porté à la connaissance de l'autre.

Ces articles ont été adaptés afin de les rendre également applicables en cas de mariage avec une personne de même sexe.

Dans chacun des cas susmentionnés, il faudra donc prévoir que tant l'époux que l'épouse soit mis(e) au courant.

F. L' adoption (articles 13 à 16 de la loi)

Les effets en matière de filiation n'étant pas reconnus à un mariage entre personnes de même sexe, comme cela a déjà été précisé



toegekend, is adoptie door een echtpaar van hetzelfde geslacht niet mogelijk, zoals supra reeds is gesteld.

De artikelen 345, tweede lid, 346, eerste en derde lid, 361, § 2, en 368, § 3, van het Burgerlijk Wetboek dienden dus dienovereenkomstig te worden aangepast.

Een aanpassing van artikel 358, §§ 2 en 3, en van artikel 370, § 3, van hetzelfde Wetboek was niet nodig, omdat de formulering van deze bepalingen enkel uitgaat van de klassieke man-vrouw-situatie.

G. Wijziging van andere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek

De artikelen 17 tot 20 van de wet wijzigen respectievelijk de artikelen 1398, 1676, 1940 en 1941 van het Burgerlijk Wetboek.

Deze wijzigingen strekken ertoe de tekst geslachtsneutraal te maken.

Artikel 21 van de wet daarentegen wijzigt artikel 16, III, van de wet van 30 april 1951 met betrekking tot de handelshuur-overeenkomsten, die vermeld is in Boek III, Titel VIII, Afdeling Ibis, van het Burgerlijk Wetboek.

Artikel 22 tenslotte brengt wijzigingen aan in artikel 48 van Boek III, Titel XVIII, van het Burgerlijk Wetboek betreffende voorrechten en hypotheek. De twee laatste wijzigingen hebben eveneens tot doel de tekst geslachtsneutraal te maken.

H. Inwerkingtreding van de wet

Deze wet is overeenkomstig artikel 23 ervan in werking getreden op de eerste dag van de vierde maand na die waarin zij werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

plus haut, l'adoption par un couple de personnes de même sexe n'est pas possible.

Il a donc été nécessaire de modifier les articles 345, alinéa 2, 346, alinéas 1^{er} et 3, 361, § 2, et 368, § 3, du Code civil en conséquence.

Une adaptation des articles 358, §§ 2 et 3, et 370, § 3, du même Code n'était en revanche pas utile puisque la formulation de ces dispositions ne vise que la situation classique homme-femme.

G. Modification d'autres dispositions du Code civil

Les articles 17 à 20 de la loi modifient respectivement les articles 1398, 1676, 1940 et 1941 et du Code civil.

Ces modifications ont été dictées par le souci de rendre le texte neutre du point de vue du sexe.

L'article 21 de la loi modifie quant à lui l'article 16, III, de la loi du 30 avril 1951, relative aux baux commerciaux, loi qui figure dans le Livre III, Titre VIII, section Ibis du Code civil.

Enfin, l'article 22 vient modifier l'article 48 du Livre III, Titre XVIII du Code civil relatif aux privilèges et hypothèques. Ces deux dernières modifications s'inspirent également du souci de rendre le texte neutre du point de vue du sexe.

H. Entrée en vigueur de la loi

Aux termes de l'article 23 de la loi, celle-ci est entrée en vigueur le premier jour du quatrième mois qui suivait celui au cours duquel elle a été publiée au Moniteur belge.



De datum van inwerkingtreding van de wet is
dus bepaald op 1 juni 2003.

La date d'entrée en vigueur de la loi a donc
été fixée au 1^{er} juin 2003.

De Minister van Justitie, Mevr. L.
ONKELINX

La Ministre de la Justice, Mme L.
ONKELINX

www.ipr.be



www.dipr.be