



**Redactie – Rédaction:**

Frans Bouckaert (emerit. KU Leuven), Johan Erauw (UGent), 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 (UGent), Nadine Watté (UL Bruxelles), Patrick Wautelet (ULiège)

**Samenstelling van dit nr. – Composition de ce n°:**

Henri Storme (FWO – UGent)

**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](mailto: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 2005, nr. 3, p. ...

**Vos contributions**

Nous sommes heureux de recevoir vos contributions. Celles-ci peuvent être envoyées par courrier électronique à l'adresse suivante: [Revue@dipr.be](mailto: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 2005, n° 3, p. ...

**Inhoud/Contenu**

**RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE**

Cour de Justice, affaire n° C-148/03, arrêt du 28 octobre 2004

Cour de Justice, affaire n° C-70/03, arrêt du 9 septembre 2004

Arbitragehof, arrest nr. 121/20005 van 6 juli 2005

Cour d'arbitrage, arrêt n° 84/2005 du 4 mai 2005

Hof van Cassatie, arrest van 29 april 2004

Hof van Beroep Gent, arrest van 5 september 2005

Cour du travail de Bruxelles, arrêt du 25 mai 2005

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 8 juin 2004

Hof van Beroep Antwerpen, arrest van 24 mei 2004

Hof van Beroep Antwerpen, arrest van 8 december 2003

**RECHTSLEER/DOCTRINE**

Thalia Kruger – Forumbedingen, hun geldigheid en de interactie tussen internationale verdragen en verordeningen

Xu Bin – Study Report on Transfer of International Technology in China

**ACTUALITEIT/ACTUALITÉ**

Nieuwe adoptiewetgeving in werking getreden – La nouvelle législation concernant l'adoption est entrée en vigueur

Voorstel tot uitbreiding Brussel I Vo en Betekeningsverordening naar Denemarken – Proposition d'accord étendant les règlements n° 44/2001 et n° 1348/2000 au Danemark

Convention de La Haye sur les accords d'élection de for ouverte à la signature – Haags verdrag inzake forumbedingen open voor ondertekening

Nieuwe boeken – Nouvelles publications



# INHOUDSOPGAVE/TABLE DE MATIÈRES

<b>RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE.....</b>	<b>6</b>
Cour de Justice, affaire n° C-148/03, arrêt du 28 octobre 2004.....	6
Transport international – compétence internationale – défendeur qui ne se prononce pas sur le fond – article 31 CMR – relation avec la Convention de Bruxelles – article 57 Convention de Bruxelles .....	6
Internationaal transport – internationale bevoegdheid – verweerde die zich niet ten gronde uitspreekt – artikel 31 CMR – verhouding met EEX-verdrag – artikel 57 EEX-verdrag.....	6
Cour de Justice, affaire n° C-70/03, arrêt du 9 septembre 2004 .....	10
Directive 93/13 du 5 avril 1993 – clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs – champ d'application et niveau de protection – rattachement avec la Communauté – lien étroit avec le territoire des États membres – notion – plus large que les critères de rattachement de l'article 5 de la Convention de Rome.....	10
Richtlijn 93/13 van 5 april 1993 – oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – toepassingsgebied en beschermingsniveau – band met de Gemeenschap – nauwe band met het grondgebied van een Lidstaat – begrip – ruimer dan de aanknopingscriteria van artikel 5 EVO .....	10
Arbitragehof, arrest nr. 121/20005 van 6 juli 2005 .....	16
Nationaliteit – artikel 12bis, §4, Wetboek Belgische nationaliteit – beroepstermijn – 15 dagen in plaats van 1 maand – verenigbaarheid met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (ja) .....	16
Nationalité – article 12bis, §4, du Code de la nationalité belge – délai d'appel – 15 jours au lieu d'un mois – conformité avec les articles 10 et 11 de la Constitution (oui) .....	16
Cour d'arbitrage, arrêt n° 84/2005 du 4 mai 2005 .....	19
Constitution – non-discrimination et égalité homme-femme – Convention générale sur la sécurité sociale entre la Belgique et le Maroc – article 24, §2 – bigamie – reconnaissance – répartition de la pension de survie entre deux épouses .....	19
Grondwet – niet-discriminatie en gelijkheid man-vrouw – Belgisch-Marokkaans algemeen verdrag betreffende de sociale zekerheid – artikel 24, §2 – bigaam huwelijk – erkenning – verdeling overlevingspensioen tussen twee echtgenotes ...	19
Hof van Cassatie, arrest van 29 april 2004 .....	23
Internationale bevoegdheid – artikel 31 CMR – forumbeding – vormvereisten en totstandkoming – toepasselijk recht .....	23
Compétence internationale – article 31 CMR – clause d'élection de for – forme et élaboration – droit applicable .....	23
Hof van Beroep Gent, arrest van 5 september 2005 .....	26
Jeugdbescherming – internationale bevoegdheid – Brussel IIbis Vo – toepassingsgebied – ambtshalve controle bevoegdheid – artikel 8 – gewone verblijfplaats – artikel 15 – verwijzing naar een ander gerecht – voorwaarden .....	26



Protection de la jeunesse – compétence internationale – Règlement Bruxelles IIbis – champ d’application – vérification d’office de la compétence – article 8 – résidence habituelle – article 15 – renvoi à une autre jurisdicton – conditions .....	26
Cour du travail de Bruxelles, arrêt du 25 mai 2005 .....	30
Contrat de travail – employé d’un consulat belge à l’étranger – droit applicable – Convention de Rome – article 6 – les liens les plus étroits – critères .....	30
Arbeidsovereenkomst – werknemer van een Belgisch consulaat in het buitenland – toepasselijk recht – EVO-verdrag – artikel 6 – de meest nauwe band – criteria .....	30
Cour d’appel de Bruxelles, arrêt du 8 juin 2004 .....	33
Demande d’exequatur – forme – article 40 Règlement Bruxelles I – requête unilaterale – recevabilité (non).....	33
Vordering tot exequatur – vorm – artikel 40 Brussel I Vo – eenzijdig verzoekschrift – ontvankelijkheid (neen) .....	33
Hof van Beroep Antwerpen, arrest van 24 mei 2004 .....	34
1. Internationale koop – vóór 1 september 1999 - toepasselijke wet – verdrag van Den Haag 15 juni 1955 – a. voorrang op EVO – b. (impliciete) rechstkeuze – c. toepasselijkheid CISG – d. artikel 4 Haags verdrag 1955 – onderzoekspligt koper – afzonderlijke aanknoping – plaats waar onderzoek moet gebeuren – 2. Schuldvergelijking – toepasselijk recht – cumulatieve toepassing van de op de onderscheiden verbintenissen toepasselijke wetten– 3. Cessie van schuldbordering – tegenwerpelijkheid – toepasselijk recht – artikel 12, 2, EVO – 4. Frans faillissementsvonnis – vóór 31 mei 2002 – erkenning – artikel 8 Frans-Belgisch verdrag 8 juli 1899 – erkenning de plano.....	34
1. Vente internationale – avant le 1 <sup>er</sup> septembre 1999 – droit applicable – Convention de La Haye du 15 juin 1955 – a. priorité sur la Convention de Rome – b. choix (implicite) du droit applicable – c. applicabilité de la CVIM – d. article 4 Convention de La Haye 1955 – obligation d’examen de l’acheteur – rattachement séparé – lieu où l’examen doit être fait – 2. Compensation – droit applicable – cumul des lois applicables aux obligations en cause – 3. Cession de créance – opposabilité – droit applicable – article 12, 2, convention de Rome – 4. Déclaration de la faillite en France – avant le 31 mai 2002 – reconnaissance – article 8 Convention franco-belge du 8 juillet 1899 – reconnaissance de plein droit .....	34
Hof van Beroep Antwerpen, arrest van 8 december 2003 .....	46
Commissionair-expediteur – verbintenis tot niet-afgifte goederen bij afwezigheid van toestemming door verkoper – internationale bevoegdheid – artikel 5, 1, EEX-verdrag – plaats waar verbintenis moet worden uitgevoerd – band tussen verbintenis commissionair-expediteur en verkoopovereenkomst.....	46
Commissionnaire-expéditeur – obligation de rétention des marchandises en l’absence du consentement par le vendeur – compétence internationale – article 5, 1, Convention de Bruxelles – lieu où l’obligation doit être exécutée – relation entre l’obligation du commissionnaire-expéditeur et le contrat de vente .....	46
<b>RECHTSLEER/DOCTRINE .....</b>	<b>50</b>
Thalia Kruger – Forumbedingen, hun geldigheid en de interactie tussen internationale verdragen en verordeningen .....	50

A. Geldigheid van een forumbeding .....	50
B. Exclusiviteit van het forumbeding.....	51
C. Interactie tussen internationale verdragen en verordeningen .....	52
<b>Xu Bin – Study Report on Transfer of International Technology in China.....</b>	<b>54</b>
Introduction .....	54
Part I: The current Chinese law system of TOT.....	54
1. Interpretation of TOT in PRC Laws.....	54
2. Subjects of TOT in PRC laws .....	55
3. PRC's current Law Frame for TOT .....	58
1. The Existing Domestic Legal Sources of China in Regard to International Transfer of Technology .....	58
2. The International Legal Sources in Respect of the International Transfer of technology in China .....	61
Part II: The PRC's Legislation and Practice of International Technology Trade .....	61
1.The Current Administration Model Adopted by PRC over Technology Import and Export.....	61
2.The PRC Legislative Control on International TOT .....	64
Regulation on the scope and effect of common technology import and export Contract .....	64
3. Regulations on the Restrictive Business Clause in Technology Transfer.....	66
1. The Legislation Situation of China on Restrictive Business Practice in International Technology Transfer.....	67
2. Thoughts on the existing problems in the legislation on restrictive business practice in the international technology transfer .....	69
4. China's administration on technology investment of enterprises with foreign investment or technology transfer Contract .....	70
Part III: International Private Law Legislation and Practice of China over the International Technology Transfer Contract .....	72
1. Provisions on the issue of jurisdiction on international technology transfer of China .....	72
2. China's attitude toward and regulations on the application of law of the international technology transfer Contract .....	73
<b>ACTUALITEIT/ACTUALITÉ.....</b>	<b>76</b>
Nieuwe adoptiewetgeving in werking getreden – La nouvelle législation concernant l'adoption est entrée en vigueur .....	76
Voorstel tot uitbreiding Brussel I Vo en Betekeningsverordening naar Denemarken – Proposition d'accord étendant les règlements n° 44/2001 et n° 1348/2000 au Danemark .....	77
Convention de La Haye sur les accords d'élection de for ouverte à la signature – Haags verdrag inzake forumbedingen open voor ondertekening.....	78
Nieuwe boeken – Nouvelles publications .....	79

# RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

## Cour de Justice, affaire n° C-148/03, arrêt du 28 octobre 2004

*Transport international – compétence internationale – défendeur qui ne se prononce pas sur le fond – article 31 CMR – relation avec la Convention de Bruxelles – article 57 Convention de Bruxelles*

*Internationaal transport – internationale bevoegdheid – verweerde die zich niet ten gronde uitspreekt – artikel 31 CMR – verhouding met EEX-verdrag – artikel 57 EEX-verdrag*

Dans l'affaire C-148/03,

ayant pour objet une demande de décision préjudiciable, 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, introduite par l'Oberlandesgericht München (Allemagne), par décision du 27 mars 2003, parvenue à la Cour le 31 mars suivant, dans la procédure

**Nürnberg Allgemeine Versicherungs AG**

*contre*

**Portbridge Transport International BV,**

LA COUR (troisième chambre),

composée de M. A. Rosas, président de chambre, M. R. Schintgen (rapporteur) et Mme N. Colneric, juges, avocat général: M. A. Tizzano,

greffier: M. R. Grass,

vu la procédure écrite,

(...)

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans audience et sans conclusions,

rend le présent

### Arrêt

1. La demande de décision préjudiciable porte sur l'interprétation des articles 20 et 57, paragraphe 2, sous a), de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1972, L 299, p. 32, ci-après la «convention de Bruxelles»), 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).

2. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant la société Nürnberg Allgemeine Versicherungs AG (ci-après «Nürnberg») à la société Portbridge Transport International BV

(ci-après «Portbridge»), au sujet d'une demande de réparation du préjudice subi par Nürnberger en raison de la perte de marchandises qui auraient dû être acheminées par Portbridge au Royaume-Uni.

## Le cadre juridique

3. Aux termes de l'article 57, paragraphes 1 et 2, sous a), de la convention de Bruxelles:

«*1. La présente convention n'affecte pas les conventions auxquelles les États contractants sont ou seront parties et qui, dans des matières particulières, règlent la compétence judiciaire, la reconnaissance ou l'exécution des décisions.*

*2. En vue d'assurer son interprétation uniforme, le paragraphe 1 est appliqué de la manière suivante:*

*a) la présente convention ne fait pas obstacle à ce qu'un tribunal d'un État contractant partie à une convention relative à une matière particulière puisse fonder sa compétence sur une telle convention, même si le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État contractant non partie à une telle convention. Le tribunal saisi applique, en tout cas, l'article 20 de la présente convention.»*

4. L'article 20, premier alinéa, de la convention de Bruxelles dispose:

«*Lorsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant est attrait devant une juridiction d'un autre État contractant et ne compareît pas, le juge se déclare d'office incompétent si sa compétence n'est pas fondée aux termes de la présente Convention.»*

5. La convention relative au contrat de transport international de marchandises par route, signée à Genève le 19 mai 1956 (ci-après la «CMR»), s'applique, conformément à son article 1er, «à tout contrat de transport de marchandises par route à titre onéreux au moyen de véhicules, lorsque le lieu de la prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés dans deux pays différents dont un au moins est un pays contractant, [...] quels que soient le domicile et la nationalité des parties».

6. Aux termes de l'article 31, paragraphe 1, de la CMR:

«*Pour tous litiges auxquels donnent lieu les transports soumis à la présente Convention, le demandeur peut saisir, en dehors des juridictions des pays contractants désignées d'un commun accord par les parties, les juridictions du pays sur le territoire duquel:*

*a) le défendeur a sa résidence habituelle, son siège principal ou la succursale ou l'agence par l'intermédiaire de laquelle le contrat de transport a été conclu, ou  
b) le lieu de la prise en charge de la marchandise ou celui prévu pour la livraison est situé,*

*et ne peut saisir que ces juridictions.»*

7. Tant la République fédérale d'Allemagne que le royaume des Pays-Bas sont parties à la CMR.

## Le litige au principal et la question préjudiciale

8. Nürnberger est une société d'assurance-transport de droit allemand. Elle réclame à Portbridge, société de transport de droit néerlandais, des indemnités en raison de la perte, en juin 2000, de marchandises prises en charge par cette dernière à Vöhringen (Allemagne) et qui auraient dû être acheminées au Royaume-Uni.

9. Le transport en cause au principal est soumis aux dispositions de la CMR. Conformément à l'article 31, paragraphe 1, sous b), de cette convention, la juridiction saisie, à savoir le Landgericht Memmingen (Allemagne), serait compétente dès lors que le lieu de prise en charge des marchandises à transporter est situé dans le ressort de celle-ci. Portbridge a cependant contesté la compétence internationale de cette juridiction et ne s'est pas prononcée sur le fond.

10. Le Landgericht Memmingen a, dans un jugement incident, rejeté sa compétence internationale et rejeté, comme irrecevable, le recours de Nürnberger. Il a estimé que, nonobstant les règles de compétence prévues à l'article 31 de la CMR, il convenait, conformément à l'article 57, paragraphe 2, sous a), deuxième phrase, de la convention de Bruxelles, d'appliquer l'article 20 de ladite convention en cas de non-comparution du défendeur ou de refus de celui-ci de se prononcer sur le fond. Cette disposition exigerait que, dans ces circonstances, le juge saisi se déclare d'office incompétent si sa compétence n'était pas fondée aux termes de la convention de Bruxelles.

11. Nürnberger a interjeté appel de ce jugement devant l'Oberlandesgericht München, en faisant valoir que les dispositions en matière de compétence prévues à l'article 31, paragraphe 1, de la CMR priment les dispositions générales en matière de compétence de la convention de Bruxelles, même lorsque le défendeur ne s'est pas prononcé sur le fond, mais s'est limité à contester la compétence internationale de la juridiction saisie.

12. C'est dans ces conditions que la juridiction de renvoi a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudiciale suivante:

*«Convient-il également de donner priorité aux dispositions en matière de compétence d'autres conventions par rapport aux dispositions générales en matière de compétence de la convention de Bruxelles lorsque le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant à la convention de Bruxelles est attrait devant une juridiction d'un autre État contractant et que, dans la procédure devant cette juridiction, il ne se prononce pas sur le fond?»*

### **Sur la question préjudiciale**

13. Par cette question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 57, paragraphe 2, sous a), de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que la juridiction d'un État contractant, devant laquelle est attrait le défendeur domicilié sur le territoire d'un autre État contractant, peut fonder sa compétence sur une convention spéciale à laquelle est également partie le premier État et qui comporte des règles spécifiques sur la compétence judiciaire, en excluant l'application de la convention de Bruxelles, même lorsque le défendeur, dans le cadre de la procédure en cause, ne se prononce pas sur le fond.

14. À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 57 introduit une exception à la règle générale selon laquelle la convention de Bruxelles prime les autres conventions signées par les États contractants en matière de compétence judiciaire, de reconnaissance et d'exécution des décisions. L'objectif de cette exception consiste à faire respecter les règles de compétence prévues par des conventions spéciales, ces règles ayant été édictées en tenant compte des spécificités des matières qu'elles concernent (voir arrêt du 6 décembre 1994, Tatry, C-406/92, Rec. p. I-5439, point 24).

15. Portbridge soutient néanmoins que les règles de compétence énoncées à l'article 31, paragraphe 1, de la CMR doivent être écartées et doivent laisser place à l'application de la convention de Bruxelles en vertu de l'article 57, paragraphe 2, sous a), deuxième phrase, de celle-ci, aux termes duquel «[l]e tribunal saisi applique, en tout cas, l'article 20 de la présente convention».

16. Il y a lieu de rappeler que cet article 20 prévoit que, lorsque le défendeur est attrait devant une juridiction d'un autre État contractant et ne comparaît pas, le juge se déclare d'office incompétent si sa compétence n'est pas fondée aux termes de la convention de Bruxelles.

17. Or, en l'occurrence, la compétence du juge doit être considérée comme fondée sur la convention de Bruxelles, étant donné que l'article 57 de cette même convention prévoit précisément que les règles de compétence prévues par des conventions spéciales ne sont pas affectées par ladite convention.

18. Dans ces conditions, en vérifiant d'office sa compétence au regard de ladite convention, la juridiction d'un État contractant, devant laquelle le défendeur, domicilié dans un autre État

contractant, est attrait et ne compareît pas, doit tenir compte des règles de compétence prévues par des conventions spéciales auxquelles le premier État contractant est également partie.

19. Il en est également ainsi lorsque, comme en l'occurrence, le défendeur, tout en ne se prononçant pas sur le fond, conteste formellement la compétence internationale de la juridiction nationale saisie.

20. Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de répondre à la question posée que l'article 57, paragraphe 2, sous a), de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que la juridiction d'un État contractant, devant laquelle est attrait le défendeur domicilié sur le territoire d'un autre État contractant, peut fonder sa compétence sur une convention spéciale à laquelle est également partie le premier État et qui comporte des règles spécifiques sur la compétence judiciaire, même lorsque le défendeur, dans le cadre de la procédure en cause, ne se prononce pas sur le fond.

### **Sur les dépens**

21. 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. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (troisième chambre) dit pour droit:

**L'article 57, paragraphe 2, sous a), de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique, par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République 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, doit être interprété en ce sens que la juridiction d'un État contractant, devant laquelle est attrait le défendeur domicilié sur le territoire d'un autre État contractant, peut fonder sa compétence sur une convention spéciale à laquelle est également partie le premier État et qui comporte des règles spécifiques sur la compétence judiciaire, même lorsque le défendeur, dans le cadre de la procédure en cause, ne se prononce pas sur le fond.**

## Cour de Justice, affaire n° C-70/03, arrêt du 9 septembre 2004

*Directive 93/13 du 5 avril 1993 – clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs – champ d'application et niveau de protection – rattachement avec la Communauté – lien étroit avec le territoire des États membres – notion – plus large que les critères de rattachement de l'article 5 de la Convention de Rome*

*Richtlijn 93/13 van 5 april 1993 – oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten – toepassingsgebied en beschermingsniveau – band met de Gemeenschap – nauwe band met het grondgebied van een Lidstaat – begrip – ruimer dan de aanknopingscriteria van artikel 5 EVO*

Dans l'affaire C-70/03,

ayant pour objet un recours en manquement au titre de l'article 226 CE,

introduit le 17 février 2003,

**Commission des Communautés européennes**, représentée par Mme I. Martínez del Peral et M. M. França, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,  
partie requérante,  
*contre*

**Royaume d'Espagne**, représenté par Mme L. Fraguas Gadea, en qualité d'agent, ayant élu domicile à Luxembourg,  
partie défenderesse,

LA COUR (première chambre),

composée de M. P. Jann (rapporteur), président de chambre, M. A. Rosas et Mme R. Silva de Lapuerta, juges,  
avocat général: M. L. A. Geelhoed,  
greffier: M. R. Grass,  
vu la procédure écrite,  
ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 29 avril 2004,  
rend le présent

### Arrêt

1. Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que, en n'ayant pas correctement transposé dans son droit interne les articles 5 et 6, paragraphe 2, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO L 95, p. 29, ci-après la «directive»), le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions du traité CE et de ladite directive.

2. Aux termes de son article 1er, paragraphe 1, la directive a pour objet de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.

3. Selon l'article 10, paragraphe 1, de la directive, les États membres devaient mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à celle-ci au plus tard le 31 décembre 1994.

4. La transposition de la directive dans l'ordre juridique espagnol résulte de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación (loi sur les conditions générales des contrats du 13 avril 1998, (Boletín Oficial del Estado n° 89, du 14 avril 1998, p. 12304, ci-après la «loi 7/1998»), modifiant la Ley General 26/1984 para la defensa de los consumidores y usuarios (loi générale relative à la protection des consommateurs et des usagers du 19 juillet 1984), (Boletín Oficial del Estado n° 176, du 24 juillet 1984, p. 21686, ci-après la «loi 26/1984 modifiée»).

### **La procédure précontentieuse**

5. Après avoir mis le royaume d'Espagne en mesure de présenter ses observations, la Commission lui a adressé, le 25 mai 2000, un avis motivé dans lequel elle lui reprochait d'avoir transposé de manière incorrecte les articles 5 ainsi que 6, paragraphe 2, de la directive et l'invitait à se conformer à cet avis dans un délai de deux mois à compter de sa notification.

6. Le gouvernement espagnol a, par lettre du 27 septembre 2000, indiqué les raisons pour lesquelles il considérait qu'il avait procédé à une transposition correcte desdites dispositions de la directive.

7. La réponse du royaume d'Espagne à l'avis motivé ayant été jugée insatisfaisante par la Commission, cette dernière a introduit le présent recours.

### **Sur le premier grief, tiré de la transposition incorrecte de l'article 5 de la directive**

#### **Le cadre juridique**

##### *La directive*

8. L'article 5 de la directive dispose:

*«Dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. Cette règle d'interprétation n'est pas applicable dans le cadre des procédures prévues à l'article 7 paragraphe 2.»*

9. Les actions visées à l'article 7, paragraphe 2, de la directive sont les actions dites «en cessation», c'est-à-dire les procédures «permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses».

##### *La réglementation nationale*

10. L'article 10, paragraphe 2, de la loi 26/1984 modifiée prévoit:

*«En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.»*

11. L'article 6, paragraphe 2, de la loi 7/1998 énonce:

*«Les doutes dans l'interprétation de conditions générales obscures sont résolus en faveur de l'adhérent.»*

## *Moyens et arguments des parties*

12. La Commission reproche au royaume d'Espagne le fait que le législateur national n'a pas précisé que la règle de l'interprétation favorable au consommateur ne s'applique pas dans le cas des actions collectives en cessation visées à l'article 7, paragraphe 2, de la directive. Cette omission pourrait compromettre l'efficacité de telles actions, dans la mesure où le professionnel, en se prévalant de la règle de l'interprétation la plus favorable pour le consommateur, pourrait obtenir qu'une clause obscure et susceptible d'être interprétée comme une clause abusive ne soit pas interdite.

13. Le gouvernement espagnol soutient que la règle d'interprétation en cause ne concerne que les actions individuelles et que, s'agissant des actions collectives, la règle est celle d'une interprétation objective. Il ajoute que la législation nationale, qui offre une protection supérieure à celle prévue par la directive, comporte une liste de clauses qui, dans tous les cas, revêtent un caractère abusif. Le caractère impératif de cette liste s'opposerait à ce qu'une interprétation favorable au consommateur soit invoquée pour paralyser des actions en cessation.

## **Appréciation de la Cour**

14. Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 7 de ses conclusions, ce qui oppose les parties quant au premier grief est moins le contenu de l'obligation résultant de l'article 5 de la directive que la forme et les moyens selon lesquels cette obligation doit être transposée dans le droit interne.

15. Selon une jurisprudence constante, s'il est vrai que la transposition d'une directive n'exige pas nécessairement une action législative de chaque État membre, il est toutefois indispensable que le droit national en cause garantisse effectivement la pleine application de la directive, que la situation juridique découlant de ce droit soit suffisamment précise et claire et que les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales (voir, notamment, arrêts du 10 mai 2001, Commission/Pays-Bas, C-144/99, Rec. p. I-3541, point 17, et du 7 mai 2002, Commission/Suède, C-478/99, Rec. p. I-4147, point 18).

16. La distinction faite à l'article 5 de la directive, quant à la règle d'interprétation applicable, entre les actions impliquant un consommateur individuel et les actions en cessation, qui concernent des personnes ou des organisations représentatives de l'intérêt collectif des consommateurs, s'explique par la finalité différente de ces actions. Dans le premier cas, les tribunaux ou les organes compétents sont appelés à porter une appréciation *in concreto* sur le caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat déjà conclu, tandis que, dans le second cas, il leur incombe d'effectuer une appréciation *in abstracto* sur le caractère abusif d'une clause susceptible d'être incorporée dans des contrats qui n'ont pas encore été conclus. Dans le premier cas, une interprétation favorable au consommateur individuellement concerné bénéficie immédiatement à celui-ci. Dans le second cas, en revanche, pour obtenir, à titre préventif, le résultat le plus favorable à l'ensemble des consommateurs, il n'y a pas lieu, en cas de doute, d'interpréter la clause comme comportant des effets favorables à leur égard. Une interprétation objective permet ainsi d'interdire plus souvent l'utilisation d'une clause obscure ou ambiguë, ce qui a pour conséquence une protection plus large des consommateurs.

17. Il s'ensuit que la précision contenue à l'article 5, troisième phrase, de la directive constitue une règle normative et contraignante, qui confère aux consommateurs des droits et concourt à définir le résultat auquel tend cette directive.

18. Or, le gouvernement espagnol n'a pas établi que ce résultat peut être atteint dans l'ordre juridique national.

19. S'agissant de l'affirmation des autorités espagnoles selon laquelle la règle d'interprétation favorable aux consommateurs ne concerne que les actions individuelles, il y a lieu de souligner que le

royaume d'Espagne n'a identifié aucune disposition de son ordre juridique ni aucune décision des juridictions nationales au soutien de cette thèse.

20. Il convient en effet de constater que les articles 10, paragraphe 2, de la loi 26/1984 modifiée et 6, paragraphe 2, de la loi 7/1998 établissent une règle générale d'interprétation favorable aux consommateurs sans aucun type de limitation et que l'article 12 de la loi 7/1998, concernant les actions collectives en cessation, ne comporte aucune exception quant à l'application de cette règle d'interprétation.

21. La portée de ces dispositions est corroborée par la place qu'elles occupent dans la réglementation nationale. En effet, l'article 10 de la loi 26/1984 modifiée est intégré dans le chapitre II de cette loi, intitulé «Protection des intérêts économiques et sociaux», tandis que l'article 6 de la loi 7/1998 figure dans le chapitre I de ladite loi, lui-même intitulé «Dispositions générales». De tels intitulés laissent entendre qu'il s'agit de dispositions d'application générale, ne comportant aucune restriction quant au cas particulier des actions collectives en cessation.

22. Il y a lieu, dès lors, de considérer que le premier grief est fondé.

### **Sur le second grief, tiré de la transposition incorrecte de l'article 6, paragraphe 2, de la directive**

#### **Le cadre juridique**

##### *La directive*

23. L'article 6, paragraphe 2, de la directive est libellé comme suit:

*«Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres.»*

##### *La réglementation nationale*

24. L'article 10 bis, paragraphe 3, de la loi 26/1984 modifiée prévoit:

*«Les règles de protection des consommateurs contre les clauses abusives sont applicables, quelle que soit la loi que les parties ont choisie pour régir le contrat, dans les termes prévus à l'article 5 de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.»*

25. L'article 3, paragraphe 2, de la loi 7/1998 dispose:

*«Sans préjudice des dispositions des traités et conventions internationales, [la présente loi] s'applique aussi aux contrats soumis à une loi étrangère lorsque l'adhérent a manifesté son consentement sur le territoire espagnol et lorsqu'il y a sa résidence habituelle.»*

##### *La convention de Rome*

26. Aux termes de l'article 5, paragraphe 1, de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (JO L 266, p. 1, ci-après la «convention de Rome»), cet article «*s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture*». Selon ses paragraphes 4 et 5, ledit article 5 ne s'applique pas au contrat de transport, sauf si celui-ci offre pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement, ni au contrat de fourniture de services, lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle.



27. L'article 5, paragraphe 2, de la convention de Rome prévoit:

«[L]e choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle:

- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat

ou

- si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays

ou

- si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur s'est rendu de ce pays dans un pays étranger et y a passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.»

## Moyens et arguments des parties

28. La Commission fait valoir que l'article 6, paragraphe 2, de la directive vise à assurer la protection de tous les consommateurs dans tous les contrats conclus avec un professionnel, tandis que l'article 10 bis de la loi 26/1984 modifiée ne prévoit une telle protection que pour certains types de contrats, à savoir ceux visés à l'article 5, paragraphe 1, de la convention de Rome, et uniquement lorsque certaines conditions sont satisfaites, à savoir celles requises par le paragraphe 2 de cet article 5. Ces conditions seraient plus restrictives que la seule exigence prévue à l'article 6, paragraphe 2, de la directive, qui requiert simplement que «*le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres*».

29. Selon le gouvernement espagnol, il découle d'une interprétation cohérente des dispositions nationales relatives à la protection des consommateurs contre les clauses abusives que celles-ci revêtent un caractère impératif, quelle que soit la loi choisie par les parties pour régir le contrat. Il fait valoir que l'article 3, paragraphe 2, de la loi 7/1998 prévoit l'application impérative desdites dispositions nationales, c'est-à-dire de la protection accordée par la directive, aux contrats régis par une loi étrangère lorsque l'adhérent a manifesté son consentement sur le territoire espagnol et y a sa résidence. Ainsi, la notion de «*lien étroit avec le territoire des États membres*», au sens de l'article 6, paragraphe 2, de la directive, se concrétiserait pour les contrats ayant un lien avec le droit espagnol.

## Appréciation de la Cour

30. Ainsi qu'il ressort de son sixième considérant, la directive vise à «*protéger le citoyen dans son rôle de consommateur lorsqu'il acquiert des biens et des services par des contrats régis par la législation d'États membres autres que le sien*» (voir, à cet égard, arrêts précités Commission/Pays-Bas, point 18, et Commission/Suède, point 18). L'article 6, paragraphe 2, de la directive complète ce dispositif. Comme il ressort du vingt-deuxième considérant de la même directive, cette disposition vise à prévenir le risque que, dans certains cas, le consommateur soit privé de la protection communautaire par la désignation du droit d'un pays tiers comme étant le droit applicable au contrat. À cet effet, elle prévoit le maintien, dans les relations contractuelles impliquant des pays tiers, de la protection que ladite directive accorde aux consommateurs dans les relations contractuelles intracommunautaires, dès lors que le contrat présente un rattachement étroit avec le territoire des États membres.

31. S'agissant du champ d'application matériel de la protection accordée par la directive, il ressort des articles 1er, paragraphe 1, et 3, paragraphe 1, de cette dernière qu'il s'étend, pour tous les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, aux clauses n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Il est vrai que, comme l'a fait valoir à juste titre la Commission, l'article 10



bis de la loi 26/1984 modifiée a un champ d'application plus limité, puisqu'il ne s'applique qu'aux types de contrats visés à l'article 5, paragraphes 1, 4 et 5, de la convention de Rome. Toutefois, ainsi que l'a soutenu le gouvernement espagnol, cette lacune est comblée par l'article 3, paragraphe 2, de la loi 7/1998, qui est applicable à tous les contrats conclus, sans négociation individuelle, sur la base de conditions générales.

32. S'agissant du rattachement avec la Communauté, l'article 6, paragraphe 2, de la directive se borne à indiquer que le contrat doit présenter «*un lien étroit avec le territoire des États membres*». Cette formule générale vise à permettre la prise en considération de divers éléments de rattachement en fonction des circonstances de l'espèce.

33. Si la notion délibérément vague de «*lien étroit*» que le législateur communautaire a retenue peut éventuellement être concrétisée par des présomptions, elle ne saurait en revanche être limitée par une combinaison de critères de rattachement prédefinis, tels que les conditions cumulatives relatives à la résidence et à la conclusion du contrat visées à l'article 5 de la convention de Rome.

34. En se référant à cette dernière disposition, de manière explicite en ce qui concerne l'article 10 bis de la loi 26/1984 modifiée et de manière implicite s'agissant de l'article 3, paragraphe 2, de la loi 7/1998, les dispositions de l'ordre juridique espagnol censées transposer l'article 6, paragraphe 2, de la directive introduisent donc une restriction incompatible avec le niveau de protection fixé par celle-ci.

35. Il s'ensuit que le second grief est également fondé.

36. Dans ces conditions, il y a lieu de constater que, en n'ayant pas correctement transposé dans son droit interne les articles 5 et 6, paragraphe 2, de la directive, le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ladite directive.

### **Sur les dépens**

37. En vertu de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation du royaume d'Espagne et celui-ci ayant succombé en ses moyens, il convient de le condamner aux dépens.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) déclare et arrête:

**1) En n'ayant pas correctement transposé dans son droit interne les articles 5 et 6, paragraphe 2, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, le royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ladite directive.**

**2) Le royaume d'Espagne est condamné aux dépens.**

## **Arbitragehof, arrest nr. 121/20005 van 6 juli 2005**

*Nationaliteit – artikel 12bis, §4, Wetboek Belgische nationaliteit – beroepstermijn – 15 dagen in plaats van 1 maand – verenigbaarheid met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (ja)*

*Nationalité – article 12bis, §4, du Code de la nationalité belge – délai d'appel – 15 jours au lieu d'un mois – conformité avec les articles 10 et 11 de la Constitution (oui)*

In zake (rolnummer 3095): de prejudiciële vraag betreffende artikel 12bis, § 4, derde lid, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, gesteld door het Hof van Beroep te Brussel.

Het Arbitragehof,  
samengesteld uit rechter P. Martens, waarnemend voorzitter, voorzitter A. Arts en de rechters M. Bossuyt, A. Alen, J.-P. Snappe, E. Derycke en J. Spreutels, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van rechter P. Martens,  
wijst na beraad het volgende arrest:

### **I. Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging**

Bij arrest van 28 september 2004 in zake Y. O., waarvan de expeditie ter griffie van het Arbitragehof is ingekomen op 4 oktober 2004, heeft het Hof van Beroep te Brussel de volgende prejudiciële vraag gesteld :

*«Schendt artikel 12bis, § 4, derde lid, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit de artikelen 10, 11 en 191 van de Grondwet, in zoverre het bepaalt dat het hoger beroep tegen een beslissing gewezen op negatief advies van de procureur des Konings in het raam van de procedure van nationaliteitsverklaring moet worden ingesteld binnen vijftien dagen na de kennisgeving van die beslissing aan de betrokkene, terwijl de gewone termijn voor hoger beroep in burgerlijke zaken, zoals vastgesteld in artikel 1051 van het Gerechtelijk Wetboek, één maand bedraagt na de betrekking van de kennisgeving van het vonnis?».*

(...)

### **III. In rechte**

- A -

*Memorie van de Ministerraad*

A.1. De Ministerraad herinnert in de eerste plaats aan het arrest nr. 52/2004 dat door het Hof is gewezen op 24 maart 2004, en waarnaar wordt verwezen in het verwijzingsarrest. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat artikel 12bis, § 4, derde lid, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre het niet voorziet in een verlenging van de termijn voor hoger beroep wanneer die ingaat na het begin van de gerechtelijke vakantie.

De Ministerraad is van oordeel dat het vermelde arrest niet op deze zaak kan worden toegepast. Het Hof heeft overigens reeds uitdrukkelijk erkend dat de wetgever, zonder de artikelen 10 en 11 van de Grondwet te schenden, in afwijkende en ingekorte termijnen voor hoger beroep vermag te voorzien.

A.2. De termijn voor hoger beroep van 15 dagen bedoeld in artikel 12bis van het Wetboek van de Belgische nationaliteit is niet recent, betoogt de Ministerraad, en stond reeds vermeld in de originele versie van dat artikel. Volgens de Ministerraad heeft de wetgever eenvoudige en snelle procedures ter verkrijging van de nationaliteit gewild, wat, volgens hem, de kortere termijnen zou verantwoorden die inzake hoger beroep worden toegekend.

De Ministerraad doet opmerken dat de termijn van vijftien dagen voor hoger beroep identiek is met die welke bedoeld is in de artikelen 174 en 203 van het Wetboek van Strafvordering, in artikel 14 van de faillissementswet (onder voorbehoud van het uitgangspunt) en in artikel 145 van het Burgerlijk Wetboek. Bovendien gaat die termijn niet gepaard met een onevenredige beperking van de rechten van de partijen. De aanvrager kan een nieuw verzoek tot verklaring instellen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand in het geval waarin zijn aanvraag zou worden verworpen en *a fortiori* in het geval waarin zijn verzoekschrift tot hoger beroep niet tijdig zou zijn neergelegd, wat niet mogelijk is in het raam van een gewone burgerlijke procedure, krachtens het beginsel van gezag van gewijsde, verankerd in de artikelen 23 tot 28 van het Gerechtelijke Wetboek.

- B -

B.1.1. Naar luid van artikel 1051 van het Gerechtelijk Wetboek bedraagt de termijn om hoger beroep aan te tekenen één maand te rekenen vanaf de betrekking van het vonnis of de kennisgeving ervan overeenkomstig artikel 792, tweede en derde lid.

B.1.2. Artikel 12bis, § 4, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, zoals vervangen bij de wet van 22 december 1998 en gewijzigd bij de wet van 1 maart 2000, waarvan het derde lid het voorwerp vormt van de prejudiciële vraag, bepaalt :

*«Binnen vijftien dagen na de ontvangst van het negatieve advies bedoeld in § 3, kan de belanghebbende bij een ter post aangetekende brief aan de ambtenaar van de burgerlijke stand vragen zijn dossier over te zenden aan de rechtbank van eerste aanleg.*

*De rechtbank van eerste aanleg doet, na de belanghebbende te hebben gehoord of opgeroepen, uitspraak over de gegrondheid van het negatieve advies. De beslissing wordt met redenen omkleed.*

*De beslissing wordt aan de belanghebbende ter kennis gebracht door toedoen van de procureur des Konings. De belanghebbende en de procureur des Konings kunnen binnen vijftien dagen na de kennisgeving hoger beroep instellen tegen de beslissing, bij een aan het hof van beroep gericht verzoekschrift.*

*[...].».*

B.2. De prejudiciële vraag heeft betrekking op het verschil in behandeling dat bestaat tussen de personen die hoger beroep instellen in een procedure van gemeen recht en diegenen die hoger beroep instellen tegen een beslissing die is gewezen op het negatieve advies van de procureur des Konings uitgebracht in het kader van de procedure van nationaliteitsverklaring waarin het voormelde artikel 12bis voorziet, in zoverre de eerstgenoemden een termijn van één maand genieten om hoger beroep in te stellen terwijl de laatstgenoemden over een termijn van vijftien dagen beschikken.

B.3.1. Artikel 12bis, §§ 1 en 2, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit voorziet in een procedure van administratieve aard waarvoor specifieke regels gelden, die onder meer betrekking hebben op de termijnen binnen welke de nationaliteitsverklaring wordt behandeld. De persoon die onderworpen is aan de regels van die bepalingen, kan niet worden vergeleken met diegene die zich in de loop van een burgerlijk proces moet houden aan de regels van het Gerechtelijk Wetboek.

B.3.2. Artikel 12bis, § 4, voorziet evenwel, na de administratieve fase, in een gerechtelijke behandeling van een aanvraag die betrekking heeft op een subjectief recht.

In dat stadium zijn de rechtscolleges die belast zijn met de kennismeming van de nationaliteitsverklaring, enerzijds, en van de burgerlijke geschillen van gemeen recht, anderzijds, dezelfde burgerlijke kamers van de rechtbank van eerste aanleg. Wat meer bepaald de termijnen voor het aanwenden van rechtsmiddelen betreft, bevinden de personen die betrokken zijn in een procedure

van nationaliteitsverklaring en diegenen die hoger beroep instellen tegen een beslissing die volgens het gemeen recht is gewezen, zich in een situatie die voldoende vergelijkbaar is.

B.4. Het verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen dat voortvloeit uit de toepassing van verschillende procedureregels in verschillende omstandigheden, houdt op zich geen discriminatie in. Van discriminatie zou slechts sprake kunnen zijn indien het verschil in behandeling dat voortvloeit uit de toepassing van die procedures gepaard zou gaan met een onevenredige beperking van de rechten van de daarbij betrokken personen.

B.5. De procedure van nationaliteitsverklaring is ingesteld bij artikel 12bis van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, overeenkomstig artikel 8 van de Grondwet, op grond waarvan het de burgerlijke wet is die de regels vaststelt volgens welke «*de staat van Belg wordt verkregen, behouden en verloren*». Het is aan de burgerlijke rechtscolleges van de rechterlijke orde dat de wetgever het contentieux met betrekking tot de nationaliteitsverklaring heeft toegewezen, rechtscolleges die op dezelfde wijze zijn samengesteld als in eender welke burgerlijke zaak die aan het openbaar ministerie moet worden meegedeeld.

B.6. De termijn van vijftien dagen, bedoeld in artikel 12bis, § 4, derde lid, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, ingevoegd bij de wet van 28 juni 1984, is overgenomen van artikel 10, vijfde lid, van de op 14 december 1932 gecoördineerde wetten betreffende de nationaliteit, zonder dat hij het voorwerp van een bijzondere verantwoording is geweest tijdens de parlementaire voorbereiding van dat Wetboek.

B.7. De enkele omstandigheid dat de termijn van hoger beroep in de in het geding zijnde bepaling de helft bedraagt van de gemeenrechtelijke termijn van hoger beroep in artikel 1051 van het Gerechtelijk Wetboek, zonder dat de wetgever tijdens de parlementaire voorbereiding daarvoor een bijzondere verantwoording heeft verstrekt, volstaat op zich niet om de in het geding zijnde bepaling als een onevenredige maatregel te beschouwen.

De termijn van vijftien dagen bestaat reeds sedert vele jaren in de specifieke wetgeving inzake de nationaliteit en moet derhalve worden geacht voldoende bekend te zijn bij de belanghebbenden en hun raadslieden. Die termijn is niet dermate kort dat hij de aanwending van het rechtsmiddel van het hoger beroep buitensporig moeilijk of onmogelijk zou maken.

B.8. De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

## **OM DIE REDENEN, HET HOF ZEGT VOOR RECHT:**

Artikel 12bis, § 4, derde lid, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit schendt de artikelen 10, 11 en 191 van de Grondwet niet.

Aldus uitgesproken in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, op de openbare terechting van 6 juli 2005.

De griffier,  
P.-Y. Dutilleux.  
De wnd. voorzitter,  
P. Martens.

## Cour d'arbitrage, arrêt n° 84/2005 du 4 mai 2005

*Constitution – non-discrimination et égalité homme-femme – Convention générale sur la sécurité sociale entre la Belgique et le Maroc – article 24, §2 – bigamie – reconnaissance – répartition de la pension de survie entre deux épouses*

*Grondwet – niet-discriminatie en gelijkheid man-vrouw – Belgisch-Marokkaans algemeen verdrag betreffende de sociale zekerheid – artikel 24, §2 – bigaam huwelijk – erkenning – verdeling overlevingspensioen tussen twee echtgenotes*

En cause (numéro du rôle: 2960): les questions préjudiciales relatives à l'article 24, § 2, de la Convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc, signée à Rabat le 24 juin 1968 et approuvée par la loi du 20 juillet 1970, posées par la Cour du travail de Bruxelles.

La Cour d'arbitrage,  
composée du juge P. Martens, faisant fonction de président, et du président A. Arts, et des juges R. Henneuse, M. Bossuyt, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le juge P. Martens,  
après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant:

### I. Objet des questions préjudiciales et procédure

Par arrêt du 17 mars 2004 en cause de l'Office national des pensions contre T. H., dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour d'arbitrage le 26 mars 2004, la Cour du travail de Bruxelles a posé les questions préjudiciales suivantes:

1. «*En ce qu'il comporte une différence de traitement selon que le conjoint survivant d'une personne ayant travaillé en Belgique est un homme ou une femme, l'article 24, § 2, de la Convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc, signée à Rabat le 24 juin 1968 et approuvée par la loi du 20 juillet 1970, est-il conforme aux principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, consacrés par les articles 11 et 11bis de la Constitution coordonnée (1994) ainsi qu'à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et qu'aux articles 2, § 1er, et 26 du Pacte de l'O.N.U. sur les droits civils et politiques?»;*
2. «*En ce qu'il comporte une différence de traitement entre veuves d'un ressortissant belge et veuves d'un ressortissant marocain bigame, voire polygame, l'article 24, § 2, de la Convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc, signée à Rabat le 24 juin 1968 et approuvée par la loi du 20 juillet 1970, est-il conforme aux principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, consacrés par les articles 11 et 11bis de la Constitution coordonnée (1994) ainsi qu'à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et qu'aux articles 2, § 1er, et 26 du Pacte de l'O.N.U. sur les droits civils et politiques?».*

(...)

### II. Les faits et la procédure antérieure

A la suite du décès de son époux, B. C., de nationalité marocaine, qui a travaillé en Belgique de 1966 à 1994, T. H., intimée devant la juridiction *a quo*, a, le 13 mai 1996, obtenu de l'Office national des pensions le versement d'une pension de survie.

La seconde épouse du défunt, M. C., qu'il avait épousée au Maroc le 11 février 1991, introduit à son tour une demande de pension. Par une décision du 6 avril 1998, l'Office national des pensions annule sa décision antérieure, recalcule le montant de la pension versée à la première épouse et précise que ce montant sera liquidé pour une moitié en faveur de T. H. et pour l'autre en faveur de M. C., et ce conformément à l'article 24, § 2, de la Convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc signée à Rabat le 24 juin 1968 et approuvée par la loi du 20 juillet 1970.

T. H. conteste cette décision devant le Tribunal du travail de Bruxelles, qui fait droit à sa demande, considérant que la décision de partage «heurte l'ordre public belge».

Saisie d'un appel dirigé contre ce jugement, la Cour du travail de Bruxelles a soulevé, d'office, les deux questions mentionnées ci-dessus.

### **III. En droit**

- A -

#### *Position de l'Office national des pensions*

A.1.1. A titre principal, l'Office national des pensions soulève l'incompétence de la Cour – *ratione temporis* – pour connaître de ces questions parce que l'article 3, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage a réduit à soixante jours le délai dans lequel on peut introduire une demande en annulation d'une loi portant assentiment d'un traité international. Permettre qu'une question préjudicielle soit posée sans délai à propos d'une loi d'assentiment reviendrait, selon l'Office national des pensions, à faire fi de l'article précité.

A.1.2. A titre subsidiaire, l'Office national des pensions considère que la Cour n'est pas compétente – *ratione materiae* – pour contrôler une convention internationale, laquelle prime, selon lui, sur les dispositions nationales.

A.1.3. A titre infiniment subsidiaire, l'Office national des pensions soutient que l'article 24, § 2, de la Convention belgo-marocaine incriminé n'est pas contraire à la Constitution. Il considère que l'ordre public belge ne s'oppose pas à la reconnaissance en Belgique des effets découlant de mariages multiples et qu'il est par ailleurs normal qu'en l'espèce, le droit belge ne puisse pas attribuer à toutes les veuves une pension complète.

Les questions préjudiciales appellent donc, selon l'Office national des pensions, une réponse négative.

- B -

#### *Quant à la compétence de la Cour d'arbitrage*

B.1.1. La Cour est interrogée sur la compatibilité avec les articles 11 et 11bis de la Constitution de la loi du 20 juillet 1970, en ce qu'elle approuve notamment l'article 24, § 2, de la Convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc, signée à Rabat le 24 juin 1968.

B.1.2. Aux termes de l'article 26, § 1er, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, la Cour statue, à titre préjudiciel, par voie d'arrêt, sur les questions relatives à:

«[...]

*3° la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, des articles du titre II ' Des Belges et de leurs droits ', et des articles 170, 172 et 191 de la Constitution».*

Aux termes de l'article 26, § 1erbis, de la même loi spéciale:

*«Sont exclus du champ d'application de cet article les lois, les décrets et les règles visées à l'article 134 de la Constitution par lesquels un traité constituant de l'Union européenne ou la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou un Protocole additionnel à cette convention reçoit l'assentiment».*

B.1.3. La loi du 20 juillet 1970 en cause n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 26, §1erbis, précité, la Cour est compétente pour répondre aux deux questions préjudiciales.

#### *Quant au fond*

B.2. L'article 24, § 2, de la Convention générale précitée, approuvée par la loi du 20 juillet 1970, dispose:

*«La pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré».*

B.3. Il ressort des faits de la cause et de la décision de renvoi que la Cour est interrogée sur la double discrimination qui résulterait de la disposition précitée : d'une part, entre les conjoints survivants marocains d'une personne de nationalité marocaine ayant travaillé en Belgique, selon que ceux-ci sont un homme ou une femme, seul l'homme pouvant, en raison du statut personnel propre au droit marocain, être polygame alors que la femme, ne pouvant contracter plusieurs mariages, sera seule victime des effets de la répartition éventuelle de la pension de survie; d'autre part, entre les veuves selon qu'elles sont veuve d'un ressortissant belge ou veuve d'un ressortissant marocain, seule la seconde pouvant être victime de la répartition de la pension entre plusieurs veuves.

B.4.1. L'octroi d'une pension de survie au conjoint survivant d'un travailleur salarié ou assimilé est justifié par l'affiliation de ce dernier à un ou plusieurs régimes d'assurance décès.

Aux termes de l'article 147 du Code civil, «*on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier*». Par ailleurs, l'article 391 du Code pénal punit le crime de bigamie de la réclusion.

Dans le secteur public, au cas où il y a deux ayants droit, par exemple une épouse divorcée et une veuve, la pension de survie est partagée au prorata du temps vécu dans le mariage par l'épouse divorcée, la veuve percevant le solde. Dans le régime des travailleurs salariés, les personnes divorcées n'ont pas droit à une pension de survie. Lorsqu'elles ont droit à une pension de retraite, celle-ci est calculée au prorata du temps vécu dans le mariage.

Il résulte de ceci que, dans le système belge, il n'y a jamais qu'une seule pension de survie qui est versée mais que, le cas échéant, elle doit être partagée.

B.4.2. La Convention générale sur la sécurité sociale précitée du 24 juin 1968, approuvée par la loi du 20 juillet 1970, a pour objet de garantir le bénéfice des législations sur la sécurité sociale en vigueur au Maroc et en Belgique aux personnes auxquelles s'appliquent ces législations. Il résulte de cette Convention qu'on applique en Belgique la législation belge relative à la pension de survie des travailleurs salariés aux travailleurs de nationalité marocaine qui ont été affiliés au régime belge de l'assurance décès. Toutefois, l'article 24, § 2, de cette Convention prévoit que l'on doit tenir compte, pour la répartition de la pension, du statut personnel de l'assuré. Ceci a pour conséquence que, si le travailleur était marocain, de sexe masculin et qu'il avait contracté plusieurs mariages, conformément au droit marocain qui réglait son statut personnel, chacune de ses veuves peut prétendre à une partie de la pension.

B.5. L'article 11 de la Constitution garantit que la jouissance des droits et libertés est assurée sans discrimination. L'article 11bis de la Constitution précise en particulier que cette garantie doit être assurée aux femmes et aux hommes. Selon la juridiction a quo, ces deux dispositions constitutionnelles seraient violées par l'article 24, § 2, de la Convention générale précitée du 24 juin 1968 approuvée par la loi du 20 juillet 1970.

Il ressort des B.4.1 et B.4.2 que le régime mis en place par la Convention générale précitée a pour conséquence qu'on peut appliquer en Belgique à des ayants droit de travailleurs de nationalité marocaine le régime belge applicable aux Belges en matière de pension de survie. Le montant de la pension versé au conjoint survivant est le même que celui qui serait versé au conjoint survivant belge d'un travailleur belge affilié dans les mêmes conditions.

En permettant de tenir compte du statut personnel du travailleur marocain, l'article 24, § 2, de la Convention fait application d'une règle de droit international privé reprise à l'article 21 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, qui admet qu'on puisse reconnaître en Belgique les effets découlant de mariages contractés à l'étranger conformément au statut personnel des époux et sous réserve de ce que ces effets ne troubent pas l'ordre public international belge, ce qu'il appartient au juge a quo de contrôler in concreto.

En prévoyant que, dans ce cas, le montant de la pension est réparti entre les bénéficiaires survivants et non pas versé dans sa totalité à chacun d'entre eux, l'article 24, § 2, respecte les principes du régime belge qui, en matière de pension de survie, ne prévoit pas qu'elle puisse être intégralement versée à plusieurs bénéficiaires, mais permet, notamment dans les hypothèses mentionnées en B.4.1, qu'elle soit répartie entre plusieurs ayants droit.

B.6. Il résulte de ceci que les différences de traitement dénoncées dans les questions préjudiciales découlent du droit marocain sur lequel la Cour ne peut se prononcer.

Les questions préjudiciales n'appellent pas de réponse.

**PAR CES MOTIFS,  
LA COUR DIT POUR DROIT:**

Les questions préjudiciales n'appellent pas de réponse.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, à l'audience publique du 4 mai 2005.

Le greffier,  
P.-Y. Dutilleux.  
Le président f.f.,  
P. Martens.

# Hof van Cassatie, arrest van 29 april 2004<sup>1</sup>

*Internationale bevoegdheid – artikel 31 CMR – forumbeding – vormvereisten en totstandkoming – toepasselijk recht*

*Compétence internationale – article 31 CMR – clause d'élection de for – forme et élaboration – droit applicable*

Nr. C.02.0250.N

C., naamloze vennootschap, met maatschappelijke zetel te 8400 Oostende, (...), eiseres, vertegenwoordigd door Mr. Philippe Gérard, (...),

*tegen*

1. Z.A., vennootschap naar Italiaans recht, met maatschappelijke zetel te (...) (Italië), verweerster, vertegenwoordigd door Mr. Huguette Geinger, (...),

2. B.H.,

verweerde, vertegenwoordigd door Mr. Pierre Van Ommeslaghe, (...),

3. P.H., vennootschap naar het recht van Groot-Brittannië, met maatschappelijke zetel te (...) (Groot-Brittannië), verweerster,

de verwerende partijen sub 2 en 3 minstens opgeroepen in bindendverklaring van het arrest.

## I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 26 oktober 2001 gewezen door het Hof van Beroep te Gent.

## II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Eric Dirix heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Marc Timperman heeft geconcludeerd.

## III. Middel

Eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

### Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 31.1 van het Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg ("CMR-Verdrag"), goedgekeurd bij wet van 4 september 1962;
- de artikelen 1108 en voor zoveel als nodig, 1101, 1109, 1115, 1138, 1134, 1135, 1160 en 1338 van het Burgerlijk Wetboek;
- artikel 25 van het Wetboek van Koophandel (wet van 15 december 1872).

### Aangevochten beslissingen

De appèlrechter beslist dat de Belgische gerechten geen kennis kunnen nemen van de zaak en bevestigt het bestreden vonnis, op grond van de volgende motieven:

*"2. De transporten, die het voorwerp uitmaken van de facturen, waarvan [eiseres] betaling vordert, betreffen telkens een internationaal vervoer van Italië naar Groot-Brittannië.*

*Aangezien de plaats van inontvangstneming van de goederen, noch de plaats van de aflevering van de goederen in België gelegen is, en de [eerste verweerster] geen verblijfplaats, hoofdzetel, filiaal of agentschap*

<sup>1</sup> Zie de noot van T. KRUGER in dit nummer.

heeft in België, beroept [eiseres] zich op het eerste lid van artikel 31 van het CMR-Verdrag om te besluiten dat zij haar vordering voor de Belgische rechter kan brengen.

Krachtens deze bepaling kunnen alle rechtsgedingen, waartoe een aan het verdrag onderworpen vervoer aanleiding geeft, door de eiser worden gebracht voor de gerechten van de bij dit verdrag partij zijnde landen, 'bij beding tussen partijen aangewezen'.

Nu de factuurvoorraarden van [eiseres] een bevoegdheidsaanwijzingend beding bevatten ten voordele van de rechbanken, 'die territoriaal bevoegd zijn op de uitbatingszetels van Detrafor NV (= de vroegere benaming van [eiseres])', en haar facturen door [eerste verweerster] niet werden geprotesteerd, is zij van oordeel dat op basis van het Belgisch recht deze voorraarden tegenstelbaar zijn aan haar medecontractant, zodat moet worden aangenomen dat deze bevoegdheidsregeling bindend is voor de partijen.

Het is correct dat het Belgisch recht niet uitsluit dat eenzijdige factuurvoorraarden bij gebrek aan protest kunnen tegenstelbaar zijn aan en bindend voor een handelaar, doch [eiseres] kan zich ten deze niet steunen op deze theorie, nu het CMR-Verdrag, dat van dwingend recht is, strengere voorraarden oplegt met betrekking tot de toepassing van een bevoegdheidsbeding.

Hoewel het verdrag zelf niets bepaalt nopens de formele geldigheidsvoorraarden van een bevoegdheidsovereenkomst, laten de Franse, respectievelijk de Engelse, tekst van het hiervoor aangehaald artikel 31.1° ("désignées d'un commun accord entre les parties" en "designated by agreement between the parties") er geen enkele twijfel over bestaan dat een bevoegdheidsclausule uitdrukkelijk door de partijen moet zijn aanvaard. Een louter gebrek aan reactie op de eenzijdige (na uitvoering van het transport aan de tegenpartij toegezonden) factuurvoorraarden, waarin wordt verwezen naar een territoriaal bevoegde rechter, kan dan ook niet worden beschouwd als een overeenkomst desbetreffend, in de zin zoals in de verdragstekst wordt bedoeld".

### Grieven

Overeenkomstig artikel 31.1 van het CMR-Verdrag kunnen alle rechtsgedingen, waartoe het aan dit Verdrag onderworpen vervoer aanleiding geeft, door de eiser onder meer gebracht worden "voor de gerechten van de bij dit Verdrag partij zijnde landen, bij beding tussen partijen aangewezen", naast de andere gerechten vermeld in deze bepaling;

Artikel 31.1 CMR-Verdrag legt geen enkele bijzondere voorwaarde of vormvereiste op voor dit "beding tussen partijen" waarbij de partijen het gerecht aanwijzen van een land dat lid is bij het Verdrag en bepaalt niet dat dergelijk beding steeds uitdrukkelijk dient te worden aanvaard door partijen en niet stilzwijgend kan worden overeengekomen;

Naar Belgisch recht kan de toestemming van een partij, behoudens andersluidende wetsbepaling, niet alleen uitdrukkelijk maar ook stilzwijgend tot uiting komen en bijgevolg die partij binden;

Door te beslissen dat het CMR-Verdrag strengere voorraarden oplegt dan het Belgisch recht met betrekking tot de aanvaarding van een bevoegdheidsbeding en dat er geen enkele twijfel over bestaat dat een bevoegdheidsclausule in de zin van artikel 31.1 CMR-Verdrag steeds uitdrukkelijk door de partijen moet zijn aanvaard en op grond van die overweging te beslissen dat een louter gebrek aan reactie op de eenzijdige (na uitvoering van het transport aan de tegenpartij) toegezonden factuurvoorraarden, waarin wordt verwezen naar een territoriaal bevoegde rechter, dan ook niet kan worden beschouwd als een overeenkomst desbetreffend in de zin zoals in de verdragstekst, heeft de appèlrechter derhalve zijn beslissing niet naar recht verantwoord (schending van artikel 31.1 CMR-Verdrag en van de artikelen 1108 en voor zoveel als nodig, 1101, 1109, 1115, 1138, 1134, 1135, 1160 en 1338 van het Burgerlijk Wetboek en van artikel 25 van het Wetboek van Koophandel).

### IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat, krachtens artikel 31.1 van het Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR), alle rechtsgedingen, waartoe het aan dit Verdrag onderworpen vervoer aanleiding geeft, kunnen worden gebracht voor de gerechten van de bij dit Verdrag partij zijnde landen aangewezen bij beding tussen partijen;

Dat het Verdrag geen bepalingen bevat betreffende de vorm en de totstandkoming van een dergelijk bevoegdheidsbeding;

Dat, mede gelet op het bepaalde in artikel 71.1 van de Verordening nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000, die aspecten onderworpen zijn aan het nationale recht dat de overeenkomst tussen de partijen beheert;

Dat de appèlrechter ervan uitgaat dat het Belgische recht toepasselijk is op de overeenkomst; dat dit uitgangspunt niet wordt betwist;

Overwegende dat, krachtens artikel 25 van het Wetboek van Koophandel, het bewijs van een overeenkomst tussen kooplieden kan geleverd worden door een aanvaarde factuur; dat die bewijswaarde ook betrekking heeft op de contractsvoorwaarden die op de factuur zijn vermeld; dat een factuur, in beginsel, wordt geacht aanvaard te zijn wanneer zij niet tijdig werd geprotesteerd;

Overwegende dat de appèlrechter overweegt dat "*het Belgische recht niet uitsluit dat eenzijdige factuurvoorwaarden bij gebrek aan protest tegenwerpelijk zijn en bindend voor een handelaar, doch dat (eiseres) zich ten deze niet kan steunen op deze theorie, nu het CMR-Verdrag (...) strengere voorwaarden oplegt*" en dat "*een bevoegdheidsclausule bedoeld in artikel 31.1 CMR uitdrukkelijk door de partijen moet zijn aanvaard*";

Dat de appèlrechter vervolgens oordeelt dat geen rechtsgeldig bevoegdheidsbeding is tot stand gekomen, nu de toestemming van verweerster niet kan worden afgeleid uit de afwezigheid van protest op de factuur van eiseres die een bevoegdheidsbeding bevat dat verwijst naar de Belgische rechter en op die gronden beslist dat "*de Belgische gerechten geen rechtsmacht hebben*";

Dat het arrest door aldus te oordelen zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het middel gegrond is;

**OM DIE REDENEN,  
HET HOF,**

Vernietigt het bestreden arrest;

(...)

Verwijst de zaak naar het Hof van Beroep te Antwerpen.

Aldus geoordeeld door het Hof van Cassatie, eerste kamer, te Brussel, door voorzitter Ivan Verougstraete, de raadsheren Greta Bourgeois, Eric Dirix, Eric Stassijns en Albert Fettweis, en in openbare terechting van negentwintig april tweeduizend en vier uitgesproken door voorzitter Ivan Verougstraete, in aanwezigheid van advocaat-generaal Marc Timperman, met bijstand van griffier Philippe Van Geem.

## Hof van Beroep Gent, arrest van 5 september 2005

*Jeugdbescherming – internationale bevoegdheid – Brussel IIbis Vo –  
toepassingsgebied – ambtshalve controle bevoegdheid – artikel 8 – gewone  
verblijfplaats – artikel 15 – verwijzing naar een ander gerecht – voorwaarden*

*Protection de la jeunesse – compétence internationale – Règlement Bruxelles  
IIbis – champ d’application – vérification d’office de la compétence – article 8 –  
résidence habituelle – article 15 – renvoi à une autre jurisdiction – conditions*

Het Hof van Beroep te Gent, 15° Kamer, recht doende in jeugdzaken, in nakoming van de wet van 8 april 1965

in de zaak van het openbaar ministerie inzake

- de minderjarige BD, verblijvende te (...) (Nederland) en haar ouders: BM en CA,
- JW, en J-R N, samenwonende te (...) (Nederland), (...) vrijwillig tussenkomende partijen, (...)

Bij beschikking van de jeugdrechtbank te Oudenaarde d.d. 29 juni 2005, met inachtneming van o.a. de volgende overwegingen:

*“Gezien de stukken van het dossier, waaronder de verwijzing van de zaak door de Nederlandse Kinderrechter naar Ons dd. 28.06.2005.*

*(...)*

*Dat er ernstige aanwijzingen zijn dat BD door haar juridische ouders tegen geldelijke vergoeding werd afgestaan aan derden.*

*Dat het er derhalve naar uit ziet dat zij aldus het voorwerp is geweest van exploitatie en zulks tot nadenken stemt over, minstens, de mentaliteit van de juridische ouders.*

*Dat de verblijfplaats van BD in Nederland op illegale wijze is tot stand gekomen doch dat zij zich, gezien het gebeurde, bij haar juridische ouders in een problematische opvoedingssituatie zou bevinden en er zich daarom in haar belang een afdwingbare pedagogische voorlopige maatregel van bewaring, behoeding en opvoeding opdringt in de zin zoals hierna zal worden gezegd en dit in afwachting van het resultaat van een door de Sociale Dienst van de Vlaamse Gemeenschap bij de Jeugdrechtbank alhier uit te voeren maatschappelijke enquête.”*

werd als volgt beslist:

*“Stellen BD met ingang van heden bij wijze van voorlopige maatregel, die – onder voorbehoud van herziening – maximaal zal duren tot bij eventueel vonnis ten gronde, met dien verstande dat de zaak binnen de zes maanden vanaf de vordering opnieuw zal worden overgemaakt aan het Openbaar Ministerie voor eventuele eindvordering en dat het Openbaar Ministerie vervolgens twee maanden zal hebben om tot eventuele dagvaarding ten gronde over te gaan, onder toezicht van de Sociale Dienst van de Vlaamse Gemeenschap bij de Jeugdrechtbank alhier, en verklaren onderhavige uitvoerbaar bij voorraad.”*

Tegen deze beschikking werd hoger beroep ingesteld:

- op 4 juli 2005 voor en namens BM en CA, ouders van de minderjarige
- op 6 juli 2005 door het Openbaar Ministerie

Werden gehoord in openbare terechting in het Nederlands en buiten de aanwezigheid van andere minderjarigen:

- B M en C A, ouders van de minderjarige, in hun middelen van verdediging en conclusies en stukken en aanvullende stukken, met toestemming van het Hof vertegenwoordigd door Mr Claudia Van Der Stichelen, advocaat te Sint-Lievens-Houtem

- Het openbaar ministerie, in zijn mondelinge en schriftelijke vordering en een neergelegd stuk, bij monde van advocaat-generaal Christian Maes
- BD, minderjarige, in haar middelen van verdediging en conclusies, omwille van haar jeugdige leeftijd, vertegenwoordigd door Mr J. Van Den Bossche, advocaat te Zwalm
- J W en J-R N, vrijwillig tussenkomende partijen, in hun tussenkomst en conclusies en neergelegde stukken, met toestemming van het Hof vertegenwoordigd door Mr M. Heymans en Mr D. Van Renne, beiden advocaat te Gent

De hoger beroepen zijn tijdig en regelmatig naar de vorm ingesteld.

De vrijwillige tussenkomst is eveneens regelmatig geschied. Zij is toelaatbaar.

### a) Het aanhangig maken

De zaak werd regelmatig bij de eerste rechter aanhangig gemaakt door de vordering van het openbaar ministerie van 24 juni 2005. Deze vordering werd genomen op basis van art. 22, 1e alinea, 1° Decreten inzake Bijzondere Jeugdbijstand gecoördineerd op 4 april 1990. De zaak werd immers op 15 juni 2005 door de Bemiddelingscommissie van het arrondissement Oudenaarde doorverwezen naar het openbaar ministerie overeenkomstig art. 17, § 2, 4° G.D.

### b) De territoriale bevoegdheid

De territoriale bevoegdheid van de Jeugdrechter van Oudenaarde en bij uitbreiding van deze jeugdkamer van het Hof van Beroep van Gent wordt betwist. Daartoe wordt verwezen naar Verordening EG nr. 2201/2003 van de Raad van de Europese Unie, de zgn. Verordening Brussel II bis. Brevitatis causa, omwille van de bondigheid zal die verordening verder aangeduid worden als Verordening 2201/2003.

Artikel 1,1 van de Verordening 2201/2003 stelt weliswaar dat zij alleen betrekking heeft op burgerlijke zaken. De huidige zaak is geen burgerlijke zaak. Zij is immers gestoeld op de Gecoördineerde Decreten. Die zijn van publiek recht. Naar luid van art. 1, 2 van Verordening 2201/2003 echter valt de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een inrichting toch onder haar toepassing. Dat is blijkbaar zelfs het geval als die maatregelen in een bepaald land tot het publiek recht behoren.

In huidige zaak strekt de vordering van het openbaar ministerie ertoe om voorlopige maatregelen te nemen in een zaak van problematische opvoedingssituatie. Die voorlopige maatregelen kunnen onder andere bestaan in het plaatsen van het kind in een pleeggezin of een inrichting (art. 23, § 1 G.D.).

Uit dit alles dient te worden afgeleid dat zaken die betrekking hebben op de bijzondere jeugdbijstand onder Verordening 2201/2003 vallen. Dit standpunt wordt versterkt door het feit dat art. 1.2.g Verordening 2201/2003 alleen de als misdrijf omschreven feiten van haar toepassing uitsluit, zonder de bijzondere jeugdbijstand te vermelden. Er kan eveneens nuttig verwezen worden naar overweging 5 die aan de verordening voorafgaat: de Verordening 2201/2003 is van toepassing op maatregelen ter bescherming van het kind.

Art. 8 Verordening 2201/2003 stelt dat ter zake van de ouderlijke verantwoordelijkheid de gerechten bevoegd zijn van de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip dat de zaak bij het gerecht aanhangig gemaakt wordt.

Er bestaat geen twijfel over dat de gewone verblijfplaats van BD zich op het ogenblik van de vordering van het openbaar ministerie en nu nog steeds in Nederland bevond en bevindt. Naar luid van het maatschappelijk onderzoek werd het kind drie of vier dagen na de geboorte reeds naar Nederland overgebracht. Het verbleef er ononderbroken. Daarom was op het ogenblik van de vordering het gerecht met rechtsmacht in Nederland bevoegd, d.w.z. de Rechtbank van Utrecht. Die bevoegdheid werd door het gerecht in Utrecht overigens ook werkelijk geassumeerd. Dat blijkt niet uit de beschikking van de Kinderrechter van Utrecht van 25 mei 2005 en uit de beschikking van de Voorzieningenrechter van Utrecht van 15 juli 2005. Dat zijn immers voorlopige beschikkingen

genomen op basis van art. 20 van de Verordening 2201/2003. Art. 20 Verordening 2201/2003 bepaalt uitdrukkelijk dat dringende beschikkingen kunnen genomen worden ongeacht de vaststelling welke rechtsmacht bevoegd is. Die acceptatie van bevoegdheid blijkt wèl uit de brief van de Kinderrechter van Utrecht van 28 juni 2005 aan de eerste rechter. Het staat buiten kijf dat de verwijzing door de Kinderrechter van Utrecht een uitdrukkelijk aanvaarden van territoriale bevoegdheid inhoudt. Naar luid van art. 15 (aanhef) Verordening 2201/2003 kan het één namelijk niet zonder het ander. Wie verwijst, acht zich bevoegd.

Ter zitting leggen de consorten B-C nog een oproeping voor om voor de ontzetting ten gronde te verschijnen voor de Rechtbank van Utrecht op 21 september 2005. Ook dit is minstens een aanwijzing dat de Rechtbank van Utrecht zijn bevoegdheid blijvend assumeert.

Art. 9.1 Verordening 2201/2003 kan niet toegepast worden. BD is naar Nederland verhuisd omstreeks 1 maart 2005. De vordering van het openbaar ministerie dateert van 24 juni 2005. De termijn van drie maand van art. 9.1 Verordening 2201/2003 is daarmee overschreden.

Art. 10 Verordening 2201/2003 kan evenmin worden toegepast. Er is ten deze immers geen sprake van een bewezen ongeoorloofde overbrenging naar Nederland in de zin van de Verordening 2201/2003 (zie art. 2, 11 Verordening 2201/2003). Het overbrengen naar Nederland is niet geschied in strijd met het gezagsrecht van de consorten BM-CA. Zij hebben in die overbrenging toegestemd. Mocht het zo zijn dat de consorten BM-CA, BD “verkocht” hebben aan de vrijwillig tussenkomende partijen, dan kan dit in voorkomend geval een inbreuk op de strafwet uitmaken. Er zou daarover nog een strafonderzoek bezig zijn. Er moet op gewezen worden dat dit strafonderzoek nog niet heeft geleid tot enige veroordeling van de consorten BM-CA. De kinderhandel staat daarmee (nog) niet erga omnes, ten aanzien van eenieder, vast.

De artikelen 12 en 13 Verordening 2201/2003 vermogen ook niet de jeugdkamer van het Hof van Beroep van Gent bevoegd te maken. Er kan geen prorogatie van rechtsmacht zijn: de vordering is geen corrolarium, geen aanhangsel van een echtscheidingsprocedure. Bovendien verklaarden niet alle partijen zich uitdrukkelijk akkoord met de bevoegdheid van de Jeugdrechter van Oudenaarde. Alleen het openbaar ministerie deed dat.

Art. 20 Verordening 2201/2003 tenslotte is ook niet van toepassing. De vordering van het openbaar ministerie strekt er weliswaar toe om voorlopige maatregelen te nemen, maar BD bevindt zich niet in den lande.

Krachtens het bepaalde in art. 8 Verordening 2201/2003 is het gerecht van een andere EU-lidstaat bevoegd: die waar BD haar gewone verblijfplaats heeft. Bij toepassing van art. 17 Verordening 2201/2003 dient de jeugdkamer van het Hof van Beroep van Gent zich daarom zelfs ambtshalve onbevoegd te verklaren om van de vordering kennis te nemen.

### c) De verwijzing

In de bestreden beschikking vermeldt de eerste rechter ook de verwijzing van de zaak naar hem door de Kinderrechter van Utrecht.

Art. 19, 2. Verordening 2201/2003 voorziet in een regeling wanneer er in verschillende lidstaten procedures aanhangig zijn. In hoc casu, in deze zaak is de zaak in de tijd eerst aanhangig bij het gerecht van Utrecht. De Kinderrechter van Utrecht velde zoals gezegd reeds een beschikking op 25 mei 2005. Dat die beschikking een voorlopige maatregel uitmaakt doet daar niets van af.

De Kinderrechter van Utrecht heeft bij brief van 28 juni 2005 aan de eerste rechter gemeld dat er op verzoek van de eerste rechter toepassing wordt gemaakt van art. 15 Verordening 2201/2003. Als reden wordt aangehaald dat de eerste rechter beter in staat is om de zaak te behandelen.

Er is bij de doorverwijzing door het gerecht van de eerste staat of op verzoek van de tweede staat toestemming van tenminste één van de partijen nodig.

Die toestemming ligt niet voor. De consorten BM-CA melden in hun conclusie dat zij niet akkoord gaan met die doorverwijzing. Dat zij nooit akkoord gegaan zijn is aannemelijk: zij hebben ook de vraag tot doorverwijzing van de Kinderrechter van Utrecht van 7 juli 2005 niet gehonoreerd. De Kinderrechter vroeg toen het akkoord met de verwijzing naar Oudenaarde van het verzoekschrift tot ontzetting van het gezag en benoeming gezamenlijke voogdij. Ook van de vrijwillig tussenkomende partijen ligt geen toestemming voor noch van de Raad voor de Kinderbescherming. De brief van 13 juli 2005 van de Raad voor de Kinderbescherming kan niet voor geldige toestemming aangezien worden want dateert van na de verwijzing op 28 juni 2005. De Procureur des Konings van Oudenaarde kan geacht worden wel in te stemmen met de doorverwijzing. Anders zou hij zijn vordering niet genomen hebben op 24 juni 2005. Maar hij was en is geen partij in het geding in Utrecht.

Omdat geen toestemming van één van de partijen is bekomen, is de verwijzing naar de Jeugdrechter van Oudenaarde niet conform art. 15 Verordening 2201/2003 geschied. Verordening 2201/2003 raakt de openbare orde. Daarom kan van haar bepalingen niet worden afgewezen. Zeker niet in deze aangelegenheid: de betrokkenen hadden niet de gelegenheid om aan de Kinderrechter van Utrecht hun visie te laten kennen op de eventuele verwijzing.

Met het terugwijzen van de zaak in haar geheel naar Utrecht rijst de vraag of dit geen aanleiding kan geven tot een juridische carrousel waarbij twee rechtkanten de zaak voortdurend heen en weer kaatsen. Het antwoord op die vraag is negatief. Als de tweede rechtkant (in hoc casu, in deze zaak: de jeugdkamer van het Hof van Beroep van Gent) zijn bevoegdheid afwijst of niet tijdig aanvaardt, behoudt de verwijzende rechtkant (in dit geval de Kinderrechter van Utrecht) zijn bevoegdheid en moet hij die uitoefenen (zie Europese Commissie, "Practical Guide for the application of the new Brussels II regulation", blz. 19 laatste alinea, te raadplegen op het webadres [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/ejn/parental\\_resp/parental\\_resp\\_ec\\_nl.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/parental_resp/parental_resp_ec_nl.htm)).

#### **d) Voorlopige uitvoerbaarheid**

Elke voorlopige maatregel maakt een overheidsbemoeienis uit in het persoonlijke leven van de betrokkenen. Wanneer die bemoeienis ontrecht is dient zij onmiddellijk tot een einde te komen. Daarom moet dit arrest voorlopig uitvoerbaar zijn.

### **OM DEZE REDENEN HET HOF, op tegenspraak,**

Gelet op

- Art. 24 Wet 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtzaken
- Art. 162 – 190 – 211 Sv

De door de eerste rechter aangehaalde wetsartikelen

- Art. 1.1 – 1.2 g - 8 – 9.1 – 10 – 12 – 13 – 15 – 17 – 19.2 - 19, 3 - 20 Verordening EG 2201/2003 van de Raad van de Europese Unie
- Art. 44 – 46 – 54 – 54, bis – 55 – 56 – 58 – 62 – 63, bis – 63, ter – 71 Wet 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming

Al deze wetsbepalingen ter zitting van heden voorgebracht door de voorzitter,

Ontvangt de hoger beroepen en de vrijwillige tussenkomst

Doet de bestreden beschikking met onmiddellijke ingang teniet en opnieuw wijzende:

Verklaart zich territoriaal onbevoegd om kennis te nemen van de vordering

Stelt vast dat de verwijzing naar de Jeugdrechter van Oudenaarde niet conform art. 15, 2e lid in fine Verordening 2201/2003 van de Raad van de Europese Unie is geschied

Verwijst partijen dientengevolge naar de Kinderrechtsbank in Utrecht

Laat de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep ten laste van de Staat

Verklaart dit arrest voorlopig uitvoerbaar.

## Cour du travail de Bruxelles, arrêt du 25 mai 2005

*Contrat de travail – employé d'un consulat belge à l'étranger – droit applicable  
– Convention de Rome – article 6 – les liens les plus étroits – critères*

*Arbeidsovereenkomst – werknemer van een Belgisch consulaat in het  
buitenland – toepasselijk recht – EVO-verdrag – artikel 6 – de meest nauwe  
band – criteria*

En cause de:

**ETAT BELGE**, représenté par Monsieur le Ministre des Affaires Etrangères, (...), partie appelante, représentée par Maître D. Votquenne, avocat à Bruxelles;

*Contre*

**1. W. A.,**

**2. L. A.-C.,**

Parties intimées représentées par Maître O. Creplet, avocat à Bruxelles;

Vu les pièces de la procédure légalement requises et notamment:

- le jugement rendu contradictoirement par le Tribunal du Travail de Bruxelles (24ème chambre) en date du 23 juillet 2004;
- la requête d'appel déposée au greffe de la Cour du Travail de Bruxelles en date du 6 septembre 2004 ;
- les conclusions ainsi que les conclusions de synthèse des parties intimées déposées au greffe respectivement les 15 décembre 2004 et 15 mars 2005 ;
- les conclusions de l'appelant déposées au greffe le 14 février 2005 ;

Entendu les parties en leurs dires et moyens à l'audience publique du 27 avril 2005;

L'appel, interjeté dans le délai légal et régulier en la forme, est recevable;

Par requête du 6 septembre 2004 précisée en conclusions du 14 février 2005 L'Etat belge demande que le jugement a quo soit réformé et que les demandes originaires soient déclarées non fondées.

En conclusions de synthèse du 15 mars 2005 les parties intimées demandent la confirmation du jugement.

### Faits et antécédents de la cause

Mesdames W. et L. sont engagées en qualité d'agent auxiliaire recruté sur place, par l'Etat belge, représenté par le consul général de Belgique à Milan. Les intimées exercent un emploi de secrétaire. Les contrats d'engagement ne font pas élection de la loi applicable aux relations des parties. L'article 9 des contrats de travail prévoit que “*chacune des parties au présent contrat peut y mettre fin, à tout moment, moyennant un préavis donné conformément aux dispositions légales en la matière*”. Par lettre recommandée à la poste du 31 janvier 2002 l'employeur met fin au contrat. Il notifie un préavis de 90 jours à Madame W. et de 45 jours à Madame L.

Par jugement du 23 juillet 2004 le Tribunal du travail de Bruxelles

“*Statuant après un débat contradictoire, (...)*

*Dit les demandes recevables et fondées,*

*En conséquence,*

*- condamne l'Etat belge (...)" ;*

### Discussion et position de la Cour

1. L'Etat belge soutient que les règles à observer à l'occasion du licenciement sont celles du Droit Italien. Les parties intimées plaignent que le droit belge doit être appliqué.

2. La Cour observe que les parties n'ont pas fait le choix de la législation applicable à leurs relations de travail.

3. L'article 6 de la convention de Rome du 19 juin 1980 approuvée par le loi du 14 juillet 1987 dispose que:

*“Art. 6. Contrat individuel de travail*

*1. Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.*

*2. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi:*

*a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou*

*b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur.*

*A moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable”*

L'Etat belge soutient que le dernier alinéa de l'article 6 vise exclusivement l'hypothèse reprise sus le 2.b . Les intimées allèguent que cet alinéa concerne les deux situations envisagées au 2 de l'article.

4. La Cour est d'avis que l'alinéa querellé envisage les deux hypothèses du paragraphe 2 de l'article 6. D'une part cet alinéa est graphiquement séparé du petit b ce qui suppose qu'il vise l'ensemble du texte du point 2 de l'article 6. D'autre part la doctrine est dans ce sens: Madame Hélène Gaudemet-Tallon, professeur à l'Université de Paris 2 écrit:

*“Cette dernière, loi applicable à défaut de choix, varie selon les cas: c'est, en principe la loi du pays où le travailleur exécute habituellement son travail et ce principe demeure même en cas de détachement temporaire du travailleur dans un autre pays. S'il est impossible de déterminer le lieu d'exécution habituelle du travail, on appliquera la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur: ce sera le cas, par exemple, pour un travail de chantier, toujours itinérant, ou encore pour un travail exécuté hors de tout Etat, comme celui effectué sur une plate-forme pétrolière en haute mer.*

*L'article 6 complète ces dispositions par un dernier alinéa destiné à assurer la souplesse de la règle de conflit: les rattachements que nous venons de mentionner peuvent être écartés “s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable”. On retrouve donc le principe général de l'article 4, mais qui n'intervient ici qu'à titre tout à fait subsidiaire”.*

(Le nouveau droit international privé européen des contrats. Commentaire de la convention C.E.E. n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 in *Revue internationale de Droit Européen*, 1981 spécialement P.256)

Les paragraphes 1 et 2 et 5 de l'article 4 de la convention disposent que:

*“Art. 4. Loi applicable à défaut de choix.*

*1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.*

*2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de*

*la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.*

(...)

*5. L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays."*

5. La Cour observe que l'employeur est l'Etat belge, les travailleuses sont de nationalité belge. Les prestations de travail sont fournies au profit de l'Etat belge. Leur rémunération a fait l'objet du précompte professionnel calculé selon les normes belges. Ces divers éléments montrent que c'est avec la Belgique que les relations des parties ont les liens les plus étroits en manière telle qu'en l'absence de choix explicite, il y a lieu de décider que la loi belge est applicable pour fixer les droits des intimées à l'occasion de la rupture des deux contrats de travail. Ce point de vue n'est pas contredit par le fait qu'elles sont domiciliées en Italie et soumises à la sécurité sociale italienne.

6. En conclusion il y a lieu, pour ces motifs, de confirmer le jugement entrepris.

**PAR CES MOTIFS  
LA COUR,**

Statuant contradictoirement,

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

Reçoit l'appel;

Le dit non fondé;

Confirme le jugement querellé et condamne l'appelant aux dépens d'appel fixés à ce jour à la somme de 279,62 Euros étant l'indemnité de procédure d'appel pour les intimées.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique de la quatrième chambre de la Cour du Travail de Bruxelles en date du 25 mai deux mille cinq où étaient présents:

P. Blondiau, Président

S. Kohnenmergen, Conseiller social au titre d'employeur

O. Vandueren, Conseiller social au titre d'employé

Ch. Everard, Greffier adjoint principal



## Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 8 juin 2004

*Demande d'exequatur – forme – article 40 Règlement Bruxelles I – requête unilatérale – recevabilité (non)*

*Vordering tot exequatur – vorm – artikel 40 Brussel I Vo – eenzijdig verzoekschrift – ontvankelijkheid (neen)*

La demande originale introduite par requête unilatérale tendait à obtenir l'exequatur d'une décision rendue le 7 janvier 2004 par le tribunal de Grande Instance de Grasse, signifiée à la partie adverse, Monsieur Michel F. en date du 22 janvier 2004.

Le premier juge a considéré que la demande en tant que fondée exclusivement sur l'article 570 du Code judiciaire était irrecevable parce que les modes habituels pour introduire les procédures étaient en Belgique, sauf exception légale, le procès-verbal de comparution volontaire ou la citation et que l'appelant ne faisait valoir aucune particularité justifiant une dérogation de cette règle de procédure.

En degré d'appel, l'appelant réitère sa demande et fait valoir qu'il base sa requête sur le Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ainsi que sur les règles judiciaires relatives à l'introduction et l'instruction de la demande sur requête unilatérale.

L'article 38 du Règlement n° 44/2001 stipule que "*les décisions rendues dans un Etat membre et qui y sont exécutoires sont mises à exécution dans un autre Etat membre après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée*".

C'est à tort que l'appelant déduit de cette disposition que sa demande d'exequatur pourrait être introduite par requête unilatérale, les mots "sur requête" signifiant "sur demande" de toute partie intéressée. Ceci est confirmé par l'article 40 du Règlement précité qui stipule que les modalités du dépôt de la requête sont déterminées par la loi de l'Etat membre requis.

La requête ou demande d'exequatur doit donc être introduite conformément à la loi belge qui, comme l'a observé le premier juge, ne connaît comme modes habituels pour introduire les procédures que la citation ou le procès-verbal de comparution volontaire, sauf exception prévue par la loi.

Or, ni le Règlement invoqué, ni l'article 570 du Code judiciaire, ni les dispositions relatives à l'introduction d'une demande par ordonnance unilatérale ne prévoient que la demande d'exequatur peut être introduite par requête unilatérale.

La demande d'exequatur introduite par requête unilatérale est donc irrecevable.

L'appel est en conséquence non fondé.

### **PAR CES MOTIFS,**

**LA COUR**, statuant sur requête unilatérale,

(...)

Dit l'appel recevable et non fondé;

(...)

Ainsi jugé et prononcé en chambre du conseil de la chambre 17 de la Cour d'appel de Bruxelles le 8 juin 2004



## Hof van Beroep Antwerpen, arrest van 24 mei 2004

1. Internationale koop – vóór 1 september 1999 - toepasselijke wet – verdrag van Den Haag 15 juni 1955 – a. voorrang op EVO – b. (impliciete) rechstkeuze – c. toepasselijkheid CISG – d. artikel 4 Haags verdrag 1955 – onderzoeksplicht koper – afzonderlijke aanknopping – plaats waar onderzoek moet gebeuren – 2. Schuldvergelijking – toepasselijk recht – cumulatieve toepassing van de op de onderscheiden verbintenissen toepasselijke wetten – 3. Cessie van schuldbordering – tegenwerpelijkheid – toepasselijk recht – artikel 12, 2, EVO – 4. Frans faillissementsvonnis – vóór 31 mei 2002 – erkenning – artikel 8 Frans-Belgisch verdrag 8 juli 1899 – erkenning de plano

1. Vente internationale – avant le 1<sup>er</sup> septembre 1999 – droit applicable – Convention de La Haye du 15 juin 1955 – a. priorité sur la Convention de Rome – b. choix (implicite) du droit applicable – c. applicabilité de la CVIM – d. article 4 Convention de La Haye 1955 – obligation d'examen de l'acheteur – rattachement séparé – lieu où l'examen doit être fait – 2. Compensation – droit applicable – cumul des lois applicables aux obligations en cause – 3. Cession de créance – opposabilité – droit applicable – article 12, 2, convention de Rome – 4. Déclaration de la faillite en France – avant le 31 mai 2002 – reconnaissance – article 8 Convention franco-belge du 8 juillet 1899 – reconnaissance de plein droit

Het Hof van Beroep, zitting houdend te Antwerpen, 4e KAMER, recht doende in burgerlijke zaken, heeft volgend arrest gewezen:

Inzake: 2000/AR/685:

**NV P.**, (...), appellante tegen het vonnis van de rechtkamer van koophandel te Tongeren d.d 19 januari 2000; vertegenwoordigd door Meester P. De Keersmaecker loco Meester P Buntinx, (...); tegen

**Mter. Jean-Yves GUILLEMONAT**, gerechtelijk mandataris, met kantoor te Frankrijk, (...), vervangende Mter. Jacqueline CARIVEN als gerechtelijk vereffenaar (curator) van de vennootschap naar Frans recht SARL A., waarvan de maatschappelijke zetel gelegen was te Frankrijk, (...); geïntimeerde vertegenwoordigd door Meester S. Brauner loco Meester J Bornet, (...);

(...)

Overwegende dat geïntimeerde q.q bij exploit van 29/07/1998 appellante dagvaardde in betaling van vijf facturen, zich uitstrekend over een periode van 01/03/1995 tot en met 23/05/1995, ten bedrage van in totaal 97.547,95 EUR (639.872,60 FRF), te verminderen met een kredietnota nr. 25/95 van 23/05/1995 ten bedrage van 30,49 EUR (200,00 FRF), hetzij van een bedrag van 97.517,46 EUR (639.672,60 FRF), te vermeerderen met de moratoire intresten vanaf 16/06/1995, de gerechtelijke intresten berekend op grond van de conventionele rentevoet van 8,73% per jaar, de jaarlijkse kapitalisatie van de vervallen intresten en de kosten van het geding, wegens verkoop en levering van schoenproducten aan appellante;

Overwegende dat het bestreden vonnis de vordering ontvankelijk en grotendeels gegronde verklaarde;

(...)

Overwegende dat de feiten die ten grondslag liggen van de hoofdvordering van geïntimeerde q.q. kunnen worden geschatst als volgt:

- dat geïntimeerde q.q. beweert dat appellante aan haar een bedrag van 97517,46 EUR (639.672,60 FRF) in hoofdsom verschuldigd is – uit hoofde van vijf facturen, zich uitstrekend over een periode van 01/03/1995 tot en met 23/05/1995, verminderd met een kredietnota van 23/05/1995 ten bedrage van 30,49 EUR (200,00 FRF) – wegens levering van verschillende partijen goederen (vnl schoenartikelen);
- dat bij vonnis van 06/04/1995, gewezen door de rechbank van koophandel te Crêteil (Frankrijk), op de SARL A. – die in 1995 in financiële moeilijkheden verkeerde – het algemeen stelsel van “redressement judiciaire” toepasselijk werd verklaard, met een observatieperiode van 6 maanden, teneinde een herstelplan uit te werken;
- dat luidens dit vonnis Mter. Jacqueline CARIVEN, gerechtelijk mandataris, werd benoemd tot vertegenwoordiger van de schuldeisers;
- dat bij vonnis van 08/06/1995 de rechbank van koophandel te Crêteil heeft vastgesteld dat de SARL A. niet meer levensvatbaar was, zodat de gerechtelijke vereffening (het faillissement) van de vennootschap werd bevolen overeenkomstig artikel 36 van de Franse Faillissementswet van 25/01/1985;
- dat luidens dit tweede vonnis Mter. Jacqueline CARIVEN werd aangesteld als gerechtelijke vereffenaar (curator);
- dat geïntimeerde q.q. tevergeefs de schuldvordering van de gefailleerde SARL A. jegens appellante, niettegenstaande herhaalde ingebrekestellingen bij brieven van respectievelijk 16/06/1995, 28/07/1995, 05/10/1995, 19/01/1996 en 13/01/1997, poogde te innen;
- dat geïntimeerde q.q. uiteindelijk dagvaarding liet betekenen op 29/07/1998 (zie hierboven);

## I. Wat betreft de toepasselijke wet

**1.** Overwegende dat de (oorspronkelijke) vordering trekking heeft op verschillende (internationale) koopovereenkomsten van schoenartikelen (lichamelijke roerende goederen), gesloten (in de periode tussen maart en mei 1995 – vgl. de factuurdata) tussen een Franse verkoper (SARL A.) en een Belgische koper (NV P.);

**a.** Overwegende dat, rekening houdend met de aard van de verkochte koopwaar enerzijds en met de datum waarop de kwestieuze koop/verkoopovereenkomsten werden gesloten anderzijds, de toepasselijke wet, zoals terecht door geïntimeerde q.q. aangevoerd, dient te worden bepaald overeenkomstig het Verdrag van Den Haag van 15/06/1955 met betrekking tot de op de internationale koop van roerende lichamelijke goederen toepasselijke wet, goedgekeurd bij wet van 21/09/1962 (BS 29/09/1964);

dat dit Verdrag weliswaar op 19/02/1999 door België werd opgezegd met ingang van 01/09/1999 (B.S. 30/06/1999), doch dit van toepassing blijft op eerder gesloten koopovereenkomsten, hetgeen in casu het geval is nu de koopovereenkomsten tussen partijen dateren van 1995;

Overwegende dat de stelling van appellante dat niet het Verdrag van Den Haag van 1955, maar wel het Verdrag van Rome van 1980 EVO) van toepassing is op onderhavig geding (daarbij verwijzend naar TRAEST M., “De opzegging door België van het Haagse Verdrag van 15/06/1955 nopens de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet”, DAOR 1999, 45-47), dient te worden verworpen;

Overwegende dat inderdaad, hoewel in de rechtsleer controversie bestaat over deze kwestie, het Hof van oordeel is dat in casu het Haagse Verdrag van 1955 in de rechtsorde voorrang heeft op het EVO, nu artikel 21 EVO zelf bepaalt “dit verdrag laat onverlet de toepassing van internationale verdragen waarbij een verdragsluitende Staat partij is of zal worden”;

dat op grond van deze bepaling de lex specialis steeds voorrang heeft op de lex generalis; dat dit concreet betekent – gelet op het bijzonder karakter van het Haagse Verdrag van 1955 – dat dit Verdrag primeert op de regels van het EVO; dat dit laatste Verdrag een algemene draagwijdte heeft doordat het betrekking heeft op alle verbintenissen uit overeenkomst met een internationaal karakter;

Overwegende dat volgens de collisieregel vervat in artikel 2 van het Verdrag van Den Haag van 1955 de koop wordt beheerst door de interne wet van het door de contracterende partijen

aangewezen land; dat deze aanwijzing moet geschieden bij uitdrukkelijk beding of ontwijfelaar voortvloeien uit de bepalingen van de overeenkomst;

dat bij gebreke van een door partijen, met inachtneming van de bepalingen van voormeld artikel 2, toepasselijk verklaarde wet, de koop wordt beheerst door de interne wet van het land, waar de verkoper zijn gewoon verblijf heeft op het ogenblik waarop hij de order ontvangt (artikel 3 van het Verdrag van Den Haag van 1955);

Overwegende dat de kwestieuze door geïntimeerde q.q. uitgestelde niet geprotesteerd facturen (onderaan, naast het totaal bedrag) verwijzen naar de Franse wetten nr. 92 -1442 van 31/12/1992 en nr. 80335 van 12/05/1980;

dat, overeenkomstig artikel 2 van het Verdrag van Den Haag van 15/06/1955, hieruit, in tegenstelling tot de bewering van appellante, wel degelijk blijkt dat partijen ontwijfelaar de Franse wet hebben aangewezen;

dat bovendien alleszins, gelet op de ligging (in Frankrijk) van de maatschappelijke zetel van SARL A. (verkoper), de Franse wet van toepassing is, overeenkomstig artikel 3 van het Verdrag van Den Haag van 1955;

Overwegende dat het toepassingsgebied van de (Franse) contractswet zeer ruim is en onder meer de totstandkoming van de overeenkomst, haar interpretatie, de gevallen van uitdoving van de verbintenis, de gevolgen van de niet-nakoming, enz... bestrijkt (Zie J. Erauw e.a. "Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht – overzicht van rechtspraak", T.P.R 1998, nr. 237, blz.1500);

**b.** Overwegende dat, wat het materieel recht zelf betreft, ook dient te worden benadrukt dat het V.N. Verdrag inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken van 11/06/1980 (ook aangeduid als C.I.S.G - Verdrag of Weens Koopverdrag) van toepassing was in Frankrijk op het ogenblik waarop de kwestieuze koopovereenkomsten werden gesloten (begin 1995);

dat uit de lijst van de gebonden staten, gevoegd bij de Belgische Wet van 04/09/1996 houdende de instemming met het Weens Koopverdrag, immers blijkt dat dit Verdrag in Frankrijk reeds in werking is getreden op 01/01/1988 (zie B.S. 01/07/1997, blz. 17.490 of idem in T.B.H., 1998, blz 345);

Overwegende dat dienvolgens het Frans recht, met inbegrip van de relevante bepalingen van het Weens Koopverdrag, in het onderhavig geval dienen te worden toegepast, niettegenstaande België nog geen partij was bij het Weens Koopverdrag op het ogenblik waarop de kwestieuze koopovereenkomsten werden gesloten;

**2.** Overwegende dat voormelde beschouwingen dienen te worden genuanceerd, zoals hierna gezegd;

**a.** Overwegende dat artikel 4 van het Verdrag van Den Haag van 15/06/1955 immers voorziet in een bijzondere conflictenregel met betrekking tot het onderzoek van de roerende lichamelijke zaken: dat, behoudens uitdrukkelijk beding van het tegendeel, de interne wet van het land waar het onderzoek van de goederen moet plaatsvinden van toepassing is ten aanzien van de wijze en de termijnen waarbinnen het onderzoek en de kennisgevingen met betrekking tot het onderzoek moet geschieden, alsook ten aanzien van de maatregelen te nemen in geval van weigering van de goederen; dat de plaats waar de verkoper de goederen moet leveren aan de koper (of zijn vervoerder) doorgaans wordt gelijkgesteld met de plaats waar de koper (of zijn vertegenwoordiger) het onderzoek moet uitvoeren op de verkochte goederen (zie J. Erauw e.a. a.w., T.P.R.1998, nr.236, blz 1500);

Overwegende dat in casu partijen niet uitdrukkelijk de wet hebben aangewezen die toepasselijk is op het onderzoek van de kwestieuze koopwaar;

dat dienvolgens rechtsvragen omtrent het onderzoek van de kwestieuze goederen moeten worden opgelost aan de hand van het Frans recht (met inbegrip van het Weens Koopverdrag, zie hierboven), indien blijkt dat het onderzoek in Frankrijk moet plaatsvinden;

dat zo integendeel blijkt dat dit onderzoek in België moet geschieden, op dit vlak het Belgisch recht relevant zal zijn, met inbegrip van de (thans opgeheven) Eenvormige Wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken van 01/07/1964 (afgekort E.W.I.K.), en niet het Weens Koopverdrag;



dat in België het Weens Koopverdrag immers slechts op 01/11/1997 in werking is getreden; dat internationale koopovereenkomsten die (zoals in casu) voor die datum gesloten zijn, beheerst blijven door de E.W.I.K. wanneer de collisieregel het Belgisch recht aanduidt;

**b.** Overwegende dat een tweede nuancing zich opdringt in verband met de exceptie van schuldvergelijking die door appellante wordt opgeworpen (zie hieromtrent verder), om reden dat men inzake schuldvergelijking tegenover wederzijdse schulden staat;

Overwegende dat, wanneer de wederzijdse schulden door onderscheiden wetten worden beheerst, het verantwoord lijkt de cumulatieve toepassing van de beide wetten te vereisen, omdat men zich moeilijk kan inbeelden dat een verbintenis door schuldvergelijking uitdooft, zonder dat de wet, die deze verbintenis beheerst, deze uitdovingsmodaliteit toelaat (PH. Colle, Problemen van internationaal faillissementsrecht in een Belgisch en rechtsvergelijkend perspectief, *T.P.R.* 1993, blz. 473, i.h.b. nr. 58, blz. 503);

Overwegende dat in casu het door appellante aangevoerd middel van compensatie (wederzijdse schuldvordering) steunt op facturen van partijen schoenen, die appellante zelf en een (Belgische) zustervenootschap (NV T.) aan de SARL A. in 1995 verkochten, zodat (bij gebreke van uitdrukkelijke wetskeuze), krachtens artikel 3 van het Verdrag van Den Haag van 15/06/1955, het Belgisch recht van toepassing is ten aanzien van deze verkoopovereenkomsten;

dat daarentegen, zoals hierboven aangetoond, de koopovereenkomsten, die ten grondslag liggen van de schuldvordering van geïntimeerde q.q., beheerst worden door het Frans recht;

Overwegende dat derhalve, om de aangevoerde schuldvergelijking te beoordelen, het Frans en het Belgisch recht cumulatief moeten worden toegepast;

dat, zoals hierna aangetoond, de cumulatieve toepassing van het Frans en het Belgisch recht geen verregaande gevolgen heeft, gezien beide rechtstelsels gelijklopende beginselen huldigen inzake schuldvergelijking;

**c.** Overwegende dat een deel van de door appellante ingeroepen schuldvordering, die zij inroeft ter ondersteuning van de door haar opgeworpen schuldvergelijking, naar verluid onbetaalde facturen (niet medegedeeld) betreft, die door haar Belgisch zusterbedrijf (NV T.) voor het faillissement van de SARL A. werden uitgeschreven (zie beroepsconclusies van appellante blz. 7 en 8);

dat volgens appellante de NV T. de uitstaande schuldvordering op de S.A.R.L A. aan haar heeft geceerdeerd;

Overwegende dat, afgezien van de vraag of het bestaan zelf van deze overdracht al dan niet is bewezen (zie hieromtrent verder ten gronde), er subsidair alleszins problemen rijzen op het vlak van de tegenstelbaarheid van deze cessie;

dat, wat betreft de tegenstelbaarheid van de cessie, rekening dient te worden gehouden met artikel 12, lid 2, van het Europees Verdrag van 19/06/1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (afgekort E.V.O) om de wet te bepalen die de tegenstelbaarheid van de bedoelde cessie van schuldvordering beheerst;

dat, overeenkomstig artikel 12, lid 2 van het E.V.O., het recht dat de geceerdeerde vordering beheerst bepaalt, of zij voor cessie vatbaar is, alsmede of de betrekkingen tussen de cessionaris en schuldenaar, de voorwaarden waaronder de cessie aan de schuldenaar kan worden tegengeworpen en of de schuldenaar door betaling is bevrijd;

dat het rapport Guilano-Lagarde betreffende het E.V.O. (waarvan de volledige tekst beschikbaar is op de website [www.ipr.be](http://www.ipr.be)) te dezen bepaalt dat: “*De bewoordingen “voorwaarden waaronder de cessie aan de schuldenaar kan worden tegengeworpen” omvatten eveneens de voorwaarden voor de overdraagbaarheid van de geceerdeerde vordering, alsmede de vormen die in acht moeten zijn genomen om de cessie ten aanzien van de schuldenaar te doen werken*”;

dat met andere woorden in de verhouding tussen de beweerde geceerdeerde schuldenaar (in casu geïntimeerde q.q.) en de beweerde cessionaris (in casu appellante), is op de aangevoerde overdracht van schuldvordering hetzelfde recht van toepassing als op de oorspronkelijke schuldvordering van de NV T. ten aanzien van geïntimeerde q.q.;

dat deze schuldvordering, overeenkomstig artikel 3 van het Verdrag van Den Haag van 15/06/1955, wordt beheerst door het Belgisch recht, zodat in beginsel de beweerde overdracht ervan ten aanzien van geïntimeerde q.q. ook moet worden beoordeeld volgens het Belgisch recht;

**d.** Overwegende dat wat betreft het faillissement van de SARL A. vooralsnog de volgende algemene aanmerkingen kunnen worden gemaakt;

Overwegende dat de Europese Insolventieverordening van 29/05/2000 ratione temporis alleen van toepassing is op insolventieprocedures die geopend zijn na haar inwerkingtreding, hetzij vanaf 31/05/2002;

dat insolventieprocedures die geopend werden voor de inwerkingtreding van de Verordening en die onder toepassing vallen van een bilateraal Verdrag, door dit laatste beheerst blijven;

dat de gevolgen in België van een Frans faillissementsvonnis dat, zoals in het geval van de SARL A., werd uitgesproken voor de inwerkingtreding van de Verordening, beheerst blijven door het Frans-Belgisch Verdrag van 08/07/1899, hetgeen overigens niet betwist is tussen partijen;

dat, krachtens artikel 8 § 2 van dit Verdrag, de gevolgen van een in “een” van de verdragstaten uitgesproken faillissement in de andere verdragstaat de plano zullen erkend worden;

## **II. Wat betreft de benoeming van geïntimeerde q.q. en de gevolgen hiervan**

**1.** Overwegende dat Mter. CARIVEN aan de rechbank van koophandel te Crêteil heeft verzocht om in haar vervanging te voorzien als gerechtelijke vereffenaar van de vennootschap SARL A.;

dat dit verzoek werd ingewilligd en geïntimeerde q.q. werd benoemd ter vervanging van Mter. CARIVEN krachtens een vonnis gewezen op 04/06/2002

**2.**

**a.** Overwegende dat de benoeming van geïntimeerde q.q. als gerechtelijke vereffenaar van de vennootschap SARL A. geen hervatting van het geding vereist;

Overwegende dat volgens de Belgische procedureregeling (lex fori) de hervatting van geding niet nodig is, wanneer een geding namens de inmiddels failliet verklaarde of onder gerechtelijk akkoord geplaatste partij wordt voortgezet; dat in dit geval het faillissement of het gerechtelijk akkoord immers de procespartij niet doet verdwijnen en er geen verandering van staat is in de zin van artikel 815 van het Gerechtelijk Wetboek;

dat de curator van een faillissement dan ook geen hervatting van geding hoeft te doen in de lopende gedingen waarin de gefailleerde betrokken is op het ogenblik van de faillietverklaring;

dat eveneens kan worden gesteld dat de curator zijn ambt van rechtswege uitoefent en aldus de gefailleerde wettelijk vertegenwoordigt; dat door de kennisgeving van het faillissement de curator van rechtswege formele geding partij is in opvolging van de gefailleerde;

dat deze oplossing eveneens moet worden toegepast ten aanzien van de Franse gerechtelijke vereffenaars, aangezien artikel L622-9, Frans Wb.Kh (vroeger: artikel 152 van de Franse faillissementswet van 25/01/1985) bepaalt dat de gerechtelijke vereffenaar (in casu geïntimeerde q.q.) alleen en van rechtswege gerechtigd is om, in die hoedanigheid, in rechte te ageren namens de gefailleerde (SARL A.) ten gevolge van diens ontzetting;

dat dit gevolg van een Frans faillissementsvonnis de plano in België wordt erkend (artikel 8 § 2 van het Frans -Belgisch Verdrag van 08/07/1899);

dat a fortiori geen hervatting van het geding vereist is wanneer, zoals in casu, de curator (of een Franse gerechtelijke vereffenaar) zelf, in de loop van het geding, door een andere curator wordt vervangen bij een gerechtelijke beslissing;

**b.** Overwegende dat Mter Jean-Yves GUILLEMONAT, gerechtelijk mandataris, subsidair, in gecoördineerde conclusies in hoger beroep, neergelegd ter griffie van dit Hof op 01/09/2003, zover als nodig, het geding ingeleid namens Mter. CARIVEN q.q. hervat en verder zet;

dat het Hof hiervan akte neemt;



### **III. Wat betreft de zaak ten gronde**

**1.** Overwegende dat appellante de vordering van geïntimeerde betwist, aanvoerende dat de vordering van geïntimeerde q.q. is teniet gegaan, deels door compensatie met de factuur nr9501 01 van appellante – 29.745,85 EUR (195.120,00 FRF) – en deels met de schuldvordering van de NV T. op de gefailleerde – 66.275,08 EUR (434.736,00 FRF) – die volgens appellante aan haar werd gecedeerd;

**a. Schuldvergelijking met de factuur nr. 950101 van appellante – 29.745,85 EUR (195.120,00 FRF);**

Overwegende dat geïntimeerde q.q. blijkens zijn gecoördineerde besluiten in hoger beroep, neergelegd ter griffie van dit Hof op 01/09/2003, berust in het vonnis a quo waar dit beslist dat de vordering van geïntimeerde q.q. diende te worden verminderd met de niet betwiste factuur met nummer 950101 van 03/01/1995 ten bedrage van 29.745,85 EUR (195.120,00 FRF) ingevolge schuldvergelijking van rechtswege overeenkomstig artikel 1290 B.W;

Overwegende dat appellante de verhoging van de voormelde factuur nastreeft met de conventionele intresten van 16% per jaar sedert de vervaldag ervan, zijnde 03/03/1995;

Overwegende dat, zoals hierboven reeds gezegd, overeenkomstig het vonnis a quo (dat op dat vlak niet wordt bestreden), de factuur voormeld van appellante van rechtswege werd uitgedoofd door schuldvergelijking met de facturen van geïntimeerde q.q., en meer bepaald, met haar eerste factuur van 01/03/1995, waarvan het hoofdbedrag – 30.378,67 EUR (199.271,00 FRF) – het hoofdbedrag van de factuur van appellante te boven gaat;

dat bijgevolg de factuur van appellante volledig werd aangezuiverd voor haar vervaldatum, zodat er hoegenaamd geen sprake kan zijn van nalatigheidsintresten;

dat inderdaad wettelijke schuldvergelijking van rechtswege plaats heeft uit kracht van de wet, zelfs buiten weten van de schuldenaars; dat ingevolge de aldus automatisch intredende compensatie de vorderingen teniet gaan met inbegrip van de accessoria zoals zekerheden en intresten;

Overwegende dat ten overvloede kan worden opgemerkt dat appellante niet aantoont dat een conventionele intrest van 16% per jaar werd bedongen; dat haar factuur (stuk 1 van appellante) hiervan overigens geen melding maakt;

**b. Schuldvergelijking met de schuldvordering van NV T. – 66.275,08 EUR (434.736,00 FRF);**

**b1.** Overwegende dat appellante beweert dat begin 1995 tussen partijen werd afgesproken dat de schuld van appellante ten aanzien van SARL A. gecompenseerd zou worden met de schuldvordering van haar zustervenootschap (NV T.) ten aanzien van SARL A., dewelke vervolgens aan appellante zou zijn overgedragen;

Overwegende dat geïntimeerde q.q. zulks betwist en beweert dat dergelijke akkoorden hem volledig onbekend zijn;

Overwegende dat appellante geen enkel bewijs bijbrengt van het bestaan van de beweerde (conventionele) compensatie tussen de schuld van SARL A. ten aanzien van NV T. enerzijds, en de schuld van appellante ten aanzien van SARL A. anderzijds;

**b2.** Overwegende dat bovendien de uitleg van appellante te dezen niet geloofwaardig voorkomt, rekening houdend met de volgende elementen:

- dat, indien het de bedoeling van partijen was om de betalingsachterstand van SARL A. ten aanzien van NV T. aan te zuiveren door middel van compensatie met facturen betreffende de levering van goederen door SARL A., het logischer ware geweest dat deze laatste deze goederen aan de NV T. zelf had geleverd en gefactureerd (in plaats van aan een aanverwante vennootschap, zijnde appellante);
- dat de stelling van appellante bovendien wordt ontzenuwd door de dagvaarding die NV T. nog op 27/05/1995 liet uitreiken aan SARL A. teneinde betaling te bekomen van haar facturen ten bedrage van 66.275,08 EUR (434.736,00 FRF) (zie stuk 16 van geïntimeerde q.q.), terwijl in maart 1995 SARL A. reeds goederen aan appellante had geleverd en gefactureerd tot beloop

van een hoger bedrag (stukken 1 tot en met 4 van geïntimeerde); dat met andere woorden, indien de door appellante beweerde compensatie-overeenkomst werkelijk bestond, haar zustermaatschappij (NV T.) noodzakelijkerwijze diende te beschouwen dat krachtens deze overeenkomst haar factuur uitgedoofd was door de facturen van SARL A.;

- dat de stelling van appellante wordt tegengesproken door de houding van de NV T. nadat zij op 23/06/1995 een versteckonniss had bekomen tegen SARL A., nu de raadsman van de NV T. in zijn brief van 27/06/1995 aan Mter CARIVEN vroeg of zijn cliënte de inning van een dividend mocht verwachten in het faillissement van SARL A., zonder enige melding, laat staan voorbehoud, te maken met betrekking tot de thans ingeroepen schuldvergelijking;
- dat dit alles immers minstens voldoende zwaarwichtige vermoedens en overeenstemmende elementen oplevert om te besluiten dat er altijd twee onderscheiden verhoudingen bestonden: SARL A./appellante, enerzijds, en SARL A./NV T. anderzijds;

**b3.** Overwegende dat overigens wettelijke compensatie op grond van de artikelen 1289-1290 B.W. (dezelfde tekst in België en Frankrijk) vereist dat er wederkerige schuldvorderingen bestaan, hetgeen inhoudt dat dezelfde twee personen respectievelijk elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn;

- dat in casu de vereiste van wederkerigheid niet vervuld is, aangezien de schuldeiser van SARL A. (NV T.) zich niet vereenzelvigt met haar schuldenaar (appellante);
- dat de bewering van appellante dat de door SARL A. gefactureerde schoenen afkomstig waren van NV T. en dat deze vervolgens doorverkocht werden aan appellante – en dat er aldus tussen deze schuldvorderingen een nauwe band bestaat en er een reden is om compensatie toe te staan – niet bewezen is, en bovendien niet relevant is omdat wettelijke schuldvergelijking in casu niet kon plaatsgrijpen bij gebreke van wederzijdse schulden tussen dezelfde personen;

**b4.** Overwegende dat appellante verder beweert dat de schuldvordering van de NV T. tegen SARL A. aan haar werd overgedragen;

Overwegende dat geïntimeerde q.q. terecht het bestaan van deze overdracht niet bewezen acht, rekening houdend met de hiernavolgende elementen;

- de door de NV T. op basis van de (voormalde) dagvaarding van 27/04/1995 bekomen veroordeling bij versteek van SARL A. ten bedrage van 66.275,08 EUR (434.736,00 FRF) - (vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen van 23/06/1995, stuk 16 van geïntimeerde);
- de omstandigheid dat, toen NV T. vernam dat haar schuldenaar (S.A.R.L A.) failliet werd verklaard, de raadsman van NV T. (ook de raadsman van appellante) in zijn brief van 27/06/1995 gewag maakt van een schuldvordering namens NV T. (stuk 16 van geïntimeerde q.q.);
- de omstandigheid dat appellante de beweerde overdracht van de schuldvordering van haar zustervennootschap (NV T.) slechts voor het eerst in haar conclusies in eerste aanleg van 1998 heeft ingeroepen, hetzij drie jaar na de feiten;
- de omstandigheid dat appellante het bestaan ervan tracht te bewijzen aan de hand van een niet-gedateerde verklaring (stuk 9 van appellante), dewelke zij voor het eerst met haar aanvullende conclusies in eerste aanleg van oktober 1999 heeft overgelegd;
- de bewering dat de kwestieuze verklaring door de verantwoordelijken van beide vennootschappen zijn ondertekend, terwijl hun naam niet wordt vermeld, noch het bedrag van de overdracht en dergelijke meer, alsook deze verklaring evenmin wordt gestaafd door enig deugdelijk bewijsstuk;
- dat volgens deze verklaring de beweerde overdracht van schuldvordering plaatsgreep op 05/07/1995, zijnde amper een week nadat gewag werd gemaakt van de schuldvordering namens NV T. (stuk 16 van geïntimeerde q.q.);
- de verklaring van de curator van de inmiddels in staat van faillissement verklaarde NV T., Mter. E. VAN MEENSEL, die luidt als volgt: *"Ik was eertijds curator van het faillissement NV T. dat reeds geruime tijd door mij werd afgesloten wegens ontoereikend aktief. Voor zover ik kan terugvinden is de overdracht van schuldvordering tussen NV T. en NV P. mij nooit meegedeeld en mij derhalve onbekend. Ik kan ook niet uitmaken wie voor NV T. het stuk*



*ondertekend zou hebben. Indien het stuk authentiek zou zijn en inderdaad op 5 juli 1995 zou opgesteld geweest zijn, zou er minstens een tegenprestatie van P. moeten zijn voor NV T., doch ik heb hiervan ook geen enkele kennis. Aan de hand van de gegevens die ik ken en aan de hand van de stukken die U overmaakt, kan ik mij niet van de indruk ontdoen dat de overdracht van schuldvordering slechts achteraf werd opgesteld teneinde de vordering van uw cliënte te kunnen tegengaan..."* (stuk 16 ter van geïntimeerde q.q.);

Overwegende dat al deze elementen de beweerde overdracht zeer onwaarschijnlijk maken, hetgeen nogmaals bevestiging vond in het feit dat de NV T. op 12/05/2000 de hernieuwing van het versteckonniss van 23/06/1995 ten laste van SARL A. heeft nagestreefd op grond van artikel 806 van het Gerechtelijk Wetboek (stuk 18 van geïntimeerde q.q.);

dat uit dit alles dient te worden afgeleid dat NV T. steeds de enige titularis is geweest van haar schuldvordering en zich als dusdanig ook gedroeg, zodat de overdracht ervan aan appellante niet afdoende naar recht wordt aangetoond;

**b5.** Overwegende dat ten overvloede kan worden opgemerkt dat de beweerde overdracht van schuldvordering van de NV T. aan appellante slechts tegen de SARL A. kon worden ingeroepen mits vervulling van de door de wet voorgeschreven voorwaarden;

dat deze kwestie dient te worden beoordeeld op grond van de Belgische wet, aangezien het Belgisch recht van toepassing is op de (beweerde) geceerde schuldvordering, dewelke zelf voortvloeit uit de aanvankelijke koopovereenkomst tussen de NV T. en de SARL A. (artikel 12, lid 2 van het E.V.O.);

dat in België artikel 1690 BW (zoals gewijzigd bij Wet van 06/07/1994, B/S 15/07/1994) bepaalt dat "*de overdracht kan slechts tegen de geceerde schuldenaar worden ingeroepen vanaf het ogenblik dat zij aan de geceerde schuldenaar ter kennis werd gebracht of door hem werd erkend*";

dat in casu de kwestieue schuldvordering in het faillissement van SARL A. werd aangegeven in naam en voor rekening van NV T. (stuk 16 van geïntimeerde q.q.);

dat slechts drie jaar later, hetzij door de mededeling van appellante in eerste aanleg van 14/12/1998 (blz. 4 in fine), de beweerde overdracht van schuldvordering voor de eerste maal aan Mter. CARIVEN q.q. ter kennis werd gebracht in de zin van artikel 1690 B.W.;

dat volgens het document dat appellante in 1999 heeft neergelegd (zie stuk 9 van appellante), de schuldvordering van de NV T. aan haar werd overgedragen op 05/07/1995, hetzij na de opening van de insolventieprocedure ("redressement judiciaire") van de SARL A., en zelfs na diens faillissement ("liquidation judiciaire");

dat de overdracht van schuldvordering, minstens de kennisgeving ervan, laattijdig is, aangezien de opening van de insolventieprocedure ("redressement judiciaire") van de SARL A. de schorsing van het individueel vorderingsrecht tot gevolg heeft en derhalve belet om nadien de overdracht van een schuldvordering ten aanzien van de gefailleerde nog aan de boedel tegenstelbaar te maken (zie artikel 47 van de Franse Faillissementswet van 25/01/1985, thans artikel L621-40 Wb Kh); dat deze schorsing gehandhaafd blijft na de gerechtelijke vereffening (Rép Dalloz, "Sociétés", deel II, tw. "Faillite – redressement judiciaire (Phase de traitement - L'entreprise)", nr 199; Parijs, 14/01/1988, D., 1989, Somm.9; Parijs, 30/11/1988, D., 1989, I.R.; 23);

dat dit gevolg van rechtswege in België wordt erkend (artikel 8, § 2, van het Belgisch -Frans Verdrag);

Overwegende dat bijgevolg, zelfs indien de beweerde overdracht van schuldvordering bewezen is (quod non, zie hierboven), zij geen enkele uitwerking kan hebben, nu zij alleszins plaatsgreep na het faillissement van SARL A. en zij slechts veel later ter kennis van geïntimeerde q.q. werd gebracht, terwijl de schuldvordering zelf reeds in het passief van deze laatste was opgenomen ten verzoeken van en namens NV T.;

**b6.** Overwegende dat tevens ten overvloede kan worden opgemerkt dat, zelfs zo een schuldvordering nog kan worden overgedragen en ingeroepen na de faillietverklaring van de "geceerde" schuldenaar, niettegenstaande de schorsing van het individueel vorderingsrecht (quod non), dit geenszins betekent dat de "cessionaris" (in casu appellante) de overgenomen schuldvordering kan aanwenden tot



aanzuivering (schuldvergelijking) van zijn eigen schuld ten aanzien van de failliet verklaarde "gecededeerde" schuldenaar (in casu geïntimeerde q.q);

dat wanneer, zoals in casu de wederzijdse schuldvorderingen door onderscheiden wetten beheerst worden, zij slechts kunnen worden gecompenseerd indien de cumulatieve toepassing van beide wetten zulks toelaat {zie hierboven};

dat compensatie na faillissement en gelijkaardige samenloopsituaties in beginsel verboden is in zowel het Belgisch recht als in het Frans recht op basis van artikel 1298 B.W (dat in beide landen deze wetsbepaling dezelfde is);

Overwegende dat de beide rechtsstelsels weliswaar een uitzondering erkennen op het principieel verbod van schuldvergelijking na faillissement, met name wanneer de wederzijdse schuldvorderingen met elkaar verknoot zijn;

dat indien de oorzaak van de beide schuldvorderingen echter niet voortvloeit uit eenzelfde wederkerige relatie, de schuldvergelijking dient te worden verworpen;

Overwegende dat er bijgevolg geen samenhang kan bestaan tussen twee schuldvorderingen die hun oorsprong vinden in rechtsverhoudingen tussen onderscheiden personen; dat in casu geen enkele samenhang bestaat tussen:

- enerzijds de schuldvordering van geïntimeerde q.q. dewelke voortspruit uit een reeks verkoopcontracten tussen geïntimeerde q.q. en appellante, en
- anderzijds, de rechten die appellante beweert te hebben verworven van de N.V T. ten gevolge van de beweerde cessie, welke rechten niet voortvloeien uit de kwestieuze verkoopcontracten tussen geïntimeerde q.q. en appellante, doch wel uit de onderscheiden relatie tussen geïntimeerde q.q. en de NV T.;

**2.** Overwegende dat appellante met betrekking tot de vordering van geïntimeerde q.q. de *exceptio non adimpleti contractus* opwerpt, aanvoerende dat de kwestieuze facturen van geïntimeerde q.q. de levering van partijen schoenen betreffen, die gebreken vertoonden, en zodoende de beweerde schade in mindering dient te worden gebracht (zie debetnota's);

**2a.** Overwegende dat appellante verwijst naar zes debetnota's, die volgens haar tegelijkertijd werden opgemaakt op datum van 30/06/1995 en die betrekking hebben op de kwestieuze facturen (zie stuk 2 van appellante);

Overwegende dat geïntimeerde q.q. beweert dat appellante deze debetnota's en de beweerde onderliggende aanspraken (klachten omtrent beweerde gebreken en dergelijke meer) haar voor de eerste maal heeft medegedeeld met en vermeld in haar conclusies in eerste aanleg van 14/12/1998, en dat deze debetnota's haar voorheen volledig onbekend waren;

Overwegende dat evenwel uit de door appellante medegedeelde stukken blijkt dat de debetnota's en facturen in kwestie wel degelijk in haar eigen boekhouding van 1995, waren ingeschreven, zodat hieruit een vermoeden van toezending van de kwestieuze debetnota's aan geïntimeerde q.q. begin juli 1995 kan worden afgeleid, tot bewijs van het tegendeel, *quod non*;

Overwegende dat de kwestieuze debetnota's in feite facturen uitmaken, die voor het overgrote deel betrekking hebben op beweerde geleden schade ingevolge levering van gebrekkige schoenen, alsook op onder meer te hoog aangerekende prijzen en aangerekende goederen die niet voor haar bestemd waren;

dat evenwel secundaire verbintenissen uit overeenkomsten, zoals schadevergoeding wegens contractuele wanprestatie, geen aanleiding geven tot het opmaken van een factuur; dat bijgevolg, niettegenstaande de kwestieuze debetnota's door geïntimeerde q.q. niet (tijdig) werden geprotesteerd, er geen sprake is van een aanvaarding door geïntimeerde q.q. van deze debetnota's, of noch als dusdanig kunnen worden beschouwd;

**2b.** Overwegende dat een deel van de door appellante overgelegde debetnota's betrekking heeft op gebreken waarmee, volgens appellante, de door SARL A. geleverde schoenen behept waren;

Overwegende dat geïntimeerde q.q. aanvoert dat appellante in gebreke blijft aan te tonen dat de geleverde schoenen behept waren met gebreken ingevolge het niet tijdig protesteren met betrekking tot de kwestieuze schoenen bij de levering ervan, en van de desbetreffende facturen;

Overwegende dat, bij gebreke van enig andersluidend beding, de kwestie of er al dan niet tijdig protest werd uitgebracht, moet worden beoordeeld aan de hand van de wet van het land waar het onderzoek van de goederen moest plaatsvinden, hetzij de plaats van hun levering (zie het hierboven gestelde met betrekking tot artikel 4 van het Verdrag van Den Haag van 15/06/1955);

**2b1.** Overwegende dat, aangezien de SARL A. in haar eerste factuur nr34/95 van 01/03/1995 (stuk 1 van geïntimeerde) bepaalde dat zij de goederen aan appellante zou bezorgen (zie de melding: "livraison par nos soins"), mag worden aangenomen dat het onderzoek in België moest geschieden en dat de betwistingen die hieruit voortvloeien op basis van het toen geldend Belgisch recht (inclusief de EWIK) moeten worden beslecht;

dat artikel 38.1 E.W.I.K. (Verdrag van Den Haag van 1964 – LUFI) bepaalt dat de koper de zaak op korte termijn moet keuren of doen keuren;

dat artikel 39 E.W.I.K. bepaalt dat de koper binnen een korte termijn, nadat hij de afwijking heeft ontdekt of had moeten ontdekken bij de verkoper dient te protesteren; dat de koper bij zijn protest de aard van de afwijking duidelijk moet aangeven en de verkoper moet uitnodigen om de zaak te keuren; dat de koper het recht om zich op een afwijking van de overeenkomst te beroepen verliest, indien hij niet binnen een termijn van twee jaar te rekenen van de afgifte van de zaak heeft geprotesteerd;

dat met andere woorden bij niet naleving van deze bepalingen, de koper het recht verliest om zich erop te beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt;

**2b2.** Overwegende dat, aangezien de volgende leveringen plaatsvonden in de magazijnen van de SARL A. in Frankrijk te St.-Maur (zie de stukken 2 tot 5 van geïntimeerde), mag worden aangenomen dat te dezen het onderzoek in Frankrijk moest geschieden en dat de betwistingen die hieruit voortvloeien op basis van het Frans recht (inclusief het Weens Koopverdrag) moeten worden beslecht;

dat artikel 38 van het Weens Koopverdrag bepaalt dat de koper de zaken moet keuren of doen keuren, op een zo kort mogelijke termijn als doenbaar is in de omstandigheden;

dat na deze keuringstermijn, een nieuwe termijn begint te lopen waarbinnen de koper de verkoper op de hoogte moet brengen van de niet-conformiteit van de goederen; dat artikel 39 van het Weens Koopverdrag bepaalt dat de koper het recht verliest om zich erop te beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt indien hij niet binnen een redelijke termijn nadat hij het niet-beantwoorden van de zaak aan de overeenkomst heeft ontdekt of moet ontdekken, hiervan kennis geeft aan de verkoper en de aard van het niet-beantwoorden aan de overeenkomst preciseert; dat de koper in elk geval dit recht verliest, indien hij van de niet-conformiteit van de goederen geen kennis geeft aan de verkoper binnen een termijn van twee jaar na het tijdstip waarop de zaken effectief aan de koper werden overhandigd (of met andere woorden binnen de twee jaar na de levering);

**2b3.** Overwegende dat in casu, zo de aangevoerde gebreken al overeenstemmen met de werkelijkheid, dient te worden vastgesteld dat appellante tekort is geschoten aan de verplichtingen vervat in de voormelde bepalingen van de E.W.I.K. en van het Weens Koopverdrag;

dat inderdaad de kwestieuze debetnota's geen nauwkeurige omschrijving bevatten van de beweerde gebreken, doch enkel melding maken van vage begrippen zoals "verworpen goederen" ("rejected goods"), "slechte kwaliteit" ("mauvaise qualité"), en dergelijke meer, terwijl appellante in het verleden de aangevoerde gebreken wel omschreef, zoals blijkt uit de klacht van 17/05/1995 (stuk 6 van geïntimeerde q.q.), waarin appellante stelt dat acht paar schoenen door schimmel zijn aangetast ("8 paires avec du moisie");

dat, met uitzondering van voormeld stuk 6, in de documenten van de SARL A. geen spoor van enige betwisting met betrekking tot de kwaliteit van de kwestieuze goederen is terug te vinden;

dat bij gebreke van enig ander bewijs omrent het bestaan of de juiste aard van de beweerde niet-conformiteit van de goederen, de kwestieuze debetnota's niet van aard zijn om de door appellante beweerde geleden schade te schrageren;

Overwegende dat bovendien, in acht genomen dat, waar de debetnota's dateren van juni 1995, de belangrijke leveringen plaatsvonden drie à vier maanden voor de datum vermeld op de debetnota's (30/06/1995), hetzij respectievelijk op 28/02/1995: levering ter waarde van 30.378,67 EU R

(199.271,00 FRF), (stuk 1 van geïntimeerde q.q.), op 01/03/1995: levering ter waarde van 39.505,18 EUR (259.137,00 FRF), (stuk 2 van geïntimeerde q.q.) en op 27/03/1995: levering ter waarde van 22.442,63 EUR (147.214,00 FRF), (stuk 3 van geïntimeerde q.q.), en dat appellante bovendien de goederen bij hun ontvangst had gekeurd, nu de leveringsbonnen (gevoegd bij de kwestieuze facturen) door haar werden ondertekend zonder enig voorbehoud naast het beding: “*de onderstaande goederen ontvangen in goede staat*” (“*reçu les marchandises ci-dessus en bon état*”), het protest van appellante niet werd geformuleerd binnen de in artikel 39 E.W.I.K. bedoelde “korte termijn” of binnen de door artikel 39 van het Weens Koopverdrag bepaalde “redelijke termijn” (die geïnterpreteerd moet worden als “een heel korte termijn” – J. Erauw a.w. TPR, 1998, nr. 260, blz. 1517);

Overwegende dat appellante tenslotte evenmin enige toelichting, laat staan bewijs, verschafft nopens het bedrag van de schade die zij wegens de beweerde gebreken zou hebben geleden;

## 2c.

**2c1.** Overwegende dat, wat betreft de debetnota's die niet op beweerde gebreken slaan, volgens de debetnota nr. 950605 (stuk 7 van appellante) de daarin vermelde schoenartikelen aan de zustervenootschap van appellante moeten worden gefactureerd (“*Goods to be invoiced to T. NV*”);

dat deze schoenartikelen evenwel overeenstemmen met de niet geprotesteerde factuur van SARL A. gericht aan appellante van 02/03/1995 (stuk 2 van geïntimeerde q.q.), zodat de poging van appellante om deze factuur opnieuw te laten uitschrijven op naam van haar zustervenootschap alleszins laattijdig is, nu deze debetnota minstens vier maanden na de factuur werd opgesteld;

dat deze debetnota bovendien tegenstrijdig is met de stelling van appellante, volgens welke begin 1995 werd overeengekomen dat de nieuwe leveringen via haar (en niet NV T.) zouden verlopen (zie blz. 7 van de beroepsconclusie van appellante);

**2c2.** Overwegende dat de debetnota nr. 950606 (stuk 8 van appellante) betrekking heeft op “prijsverschillen” (0,46 EUR (3,00 FRF) à 0,61 EUR (4,00 FRF) /paar) tussen schoenartikelen die begin maart 1995 aan appellante werden gefactureerd (stuk 1 van geïntimeerde q.q.) en soortgelijke schoenartikelen die eind maart 1995 werden gefactureerd (stuk 3 van geïntimeerde q.q.);

dat het hier eveneens gaat om een laattijdige poging van appellante om een prijsverhoging te voorkomen, waarmee zij, bij gebreke van een protest desbetreffend binnen een redelijke termijn (d.i. korte termijn), minstens stilzwijgend haar instemming heeft betuigd;

**2c3.** Overwegende dat de debetnota nr. 950603 (stuk 5 van appellante) betrekking heeft op nalatigheidsintresten met betrekking tot de factuur nr. 950101 van 03/01/1995;

dat ook met deze debetnota geen rekening kan worden gehouden omdat, zoals hierboven reeds gezegd, de toepassingsvooraarden voor de nalatigheidsintresten op deze factuur niet verenigd zijn;

**2d.** Overwegende dat verder ten overvloede kan worden opgemerkt dat aangezien, vanaf het vonnis van 06/05/1995 (“*redressement judiciaire*”), appellante de exceptio non adimplenti contractus niet meer mocht inroepen, doch zij een aangifte van schuldvordering diende in te dienen van de door haar ingeroepen schuldvorderingen (de zes debetnota's) jegens de gefailleerde;

dat artikel L 621-28, Fr. Wb.Kh. (vroeger artikel 37, lid 2 van de Franse Faillissementswet) bepaalt dat “*de medecontractant zijn contractuele verplichtingen moet nakomen, niettegenstaande het gebrek aan uitvoering door de schuldenaar van verplichtingen aangegaan voor het vonnis krachtens hetwelk het ‘redressement judiciaire’ werd bevolen; dat dit gebrek aan uitvoering aan de schuldeisers geen ander recht verleent dan een aangifte van schuldvordering in het passief*” (“*Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à une déclaration au passif*”) - (zie ook artikel L 621-40, Fr. Wb. Kh.; vroeger: artikel 47, lid 1 van deze wet);

dat de erkenning in België van de gevolgen van het faillissement van de SARL A. inhoudt dat deze aangifte van schuldvordering moest plaatsvinden volgens de modaliteiten en in de vormen voorgeschreven door de wet die het faillissement beheert, hetzij de Franse Faillissementswetgeving;



dat appellante deze aangifte diende te doen binnen de wettelijke termijn, voorzien in artikel 53, lid 1, van de (toenmalige) Franse Faillissementswet van 25/01/1995 – dat intussen werd opgenomen in artikel L 621-46 van het Franse Wb. Kh. en moet worden samen gelezen met artikel 66 van het Uitvoeringsdecreet nr. 85-1388 van 27/12/1985, dat nog steeds van kracht is – hetzij vier maanden vanaf de datum van publicatie van het vonnis krachtens hetwelk het “*redressement judiciaire*” werd bevolen ten laste van de gefailleerde (“*jugement d'ouverture*”);

dat, bij gebreke hiervan, appellante nog gedurende een jaar de toelating kon bekomen om haar schuldvordering laattijdig aan te geven (“*relevé de forclusion*”), overeenkomstig artikel 53, lid 2 van de (toenmalige) Franse faillissementswet;

dat bij gebreke van het ene of het andere, de door appellante nagestreefde schuldvorderingen uitgedoofd zijn, overeenkomstig artikel 53, in fine van de (toenmalige) Franse Faillissementswet;

**3.** Overwegende dat appellante tenslotte ten onrechte de door geïntimeerde gevorderde nalatigheidsintresten betwist;

dat inderdaad, gelet op al het voorgaande, de eerste rechter terecht de door geïntimeerde gevorderde nalatigheidsintresten heeft ingewilligd vanaf de eerste ingebrekestelling, zijnde 16/06/1995;

dat appellante niet te goeder trouw haar eigen verzuim kan aanwenden om de vermindering van de hieruit voortvloeiende intresten te bekomen; dat het appellante zelf toekwam om haar schuld te betalen, teneinde de schadebeperkingsplicht na te leven;

#### **IV. Conclusie**

Overwegende dat dienvolgens, gelet op al het voorgaande, het bestreden vonnis, zij het op grotendeels andere motieven, dient te worden bevestigd;

#### **OM DIE REDENEN HET HOF**

Recht doende op tegenspraak;

(...)

Ontvangt het hoger beroep; verklaart het ongegrond;

Bevestigt het bestreden vonnis, zij het op grotendeels andere motieven, (...)

Aldus gedaan en uitgesproken in openbare terechting van vierentwintig mei tweeduizendvier, waar aanwezig waren: de Heer P. RENAERS – Voorzitter; de Heer M. CARETTE – Raadsheer; de Heer P. DE BAETS – Raadsheer; Mevrouw M. VAN AMMELEN – Griffier



## Hof van Beroep Antwerpen, arrest van 8 december 2003

*Commissionair-expediteur – verbintenis tot niet-afgifte goederen bij afwezigheid van toestemming door verkoper – internationale bevoegdheid – artikel 5, 1, EEX-verdrag – plaats waar verbintenis moet worden uitgevoerd – band tussen verbintenis commissionair-expediteur en verkoopovereenkomst*

*Commissionnaire-expéditeur – obligation de rétention des marchandises en l'absence du consentement par le vendeur – compétence internationale – article 5, 1, Convention de Bruxelles – lieu où l'obligation doit être exécutée – relation entre l'obligation du commissionnaire-expéditeur et le contrat de vente*

Het Hof van Beroep, zitting houdend te Antwerpen, vierde bis kamer, recht doende in burgerlijke zaken, heeft volgend arrest gewezen:

Inzake: 2001/AR/1839

**K. NV**, (...), appellante, vertegenwoordigd door Mr. Similon M. loco Mr. Vanhoyland Roger, (...) tegen het vonnis gewezen op 30 april 2001 door de Rechtbank van koophandel te Hasselt tegen

**E. BV**, met maatschappelijke zetel te Nederland, (...), geïntimeerde, vertegenwoordigd door Mr. De Boitselier J., (...)

(...)

De eerste rechter verklaarde zich zonder rechtsmacht gelet op het arbitragebeding. Het hoger beroep strekt tot de vernietiging van dit vonnis en, na zich bevoegd te hebben bevonden, te horen zeggen voor recht dat het Belgisch recht van toepassing is en zodoende de vordering ontvankelijk en gegrond te verklaren. Appellante werpt op dat de eerste rechter zich ten onrechte zonder rechtsmacht verklaard heeft gelet op de arbitrageclausule in de FENEX voorwaarden, die alhoewel haar niet meegedeeld waren toch van toepassing verklaard werden, gezien het Nederlandse recht een dergelijk werkwijze rechtsgeldig zou maken. Geïntimeerde streeft de bevestiging na van het bestreden vonnis.

Aan de hand van de uiteenzetting der partijen en de neergelegde stukken overweegt het Hof als volgt:

**1.** De doelstellingen van de door appellante ingestelde vordering en de toedracht van de feiten, die er aan ten grondslag liggen, alsmede de respectieve stellingen van partijen worden te dezen in het bestreden vonnis nauwkeurig toegelicht, zodat het Hof ernaar verwijst.

Het volstaat te herhalen dat E. BV tussen januari 1995 en maart 1996 als commissionair-expediteur opgetreden is voor de Russische koper L., handeldrijvende onder de benaming BT en VT, voor het doen vervoeren van containers inhoudende alcoholhoudende dranken afkomstig van K. NV met diverse bestemmingen in de GOS landen. E. BV ontkent in opdracht van K. NV gehandeld te hebben. De ladingen werden wel verkocht 'af fabriek' met de verbintenis van E. BV dat zij slechts na toestemming van K. NV zullen worden vrijgegeven.

**2.** Een aantal containers zouden echter zonder schriftelijke toestemming van K. NV verscheept geworden zijn naar de haven van Riga, waarna de lading vodka verdwenen zou zijn waardoor de facturen gericht aan de koper, voorwerp van huidig geding, onbetaald gebleven zijn.

E. BV heeft nog getracht via de scheepsagent van A. Lines in Riga de containers aldaar te doen blokkeren. Bij aangetekend schrijven van 23 december 1996 stelde K. NV dat geïntimeerde alle aansprakelijkheid draagt voor het verlies van de ladingen.

**3.** Om E. BV te kunnen aanspreken beroept appellante zich op het feit dat van E. BV, aangesteld door de koper, gevraagd werd ten behoeve van de verkoper tussen te komen in de koopverkoopovereenkomst, om zonder wederprestatie van de verkoper, de verplichting op zich te nemen de 'af fabriek' verkochte goederen niet te verscheperen zo zij geen schriftelijke toestemming heeft van de verkoper.

Appellante is van oordeel dat er aldus sprake is van een driepartijenovereenkomst, minstens van de tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud van de verkoper aan de commissionair-expediteur die bovendien ten overstaan van de verkoper de eenzijdige verbintenis aangegaan is om slechts te laten verscheperen na diens schriftelijke toelating. De eenzijdige verbintenis van de commissionair-expediteur is van substantieel belang en maakt als het ware het sluitstuk uit van de handelsbetrekkingen tussen de drie partijen aangezien slechts hierdoor de verkoper zijn eigendomsvoorbehoud kan beveiligen.

Deze verbintenis valt onder de driepartijenovereenkomst, al was het volgens de accessoriumtheorie (adagium 'accessorium sequitur principale'). E. BV had kennis van alle modaliteiten van de verkoopovereenkomsten, zodat zij gebonden is door de factuurvoorwaarden die voorzien in de bevoegdheid van de rechtbanken van Hasselt.

**4.** Volgens appellante is het bijzondere dat E. BV de verbintenis opneemt ten aanzien van de K. NV, die niet zomaar een derde is maar wel de contractant van de opdrachtgever van de expediteur. In deze verhouding heeft de commissionair geen geheimhoudingsplicht en komt integendeel tussen om via haar eigen opdracht en afgeleide verbintenis een garantie te leveren voor de verkoop, met name heel specifiek voor het eigendomsvoorbehoud zoals contractueel door K. NV voorbehouden te opzichte van de koper.

**5.** Geïntimeerde stelt vooreerst wel degelijk toestemming te hebben verkregen om de leveringen aan de koper vrij te geven en dat de opdracht tot blokkering van de lading in de haven van Riga enkel gebeurde tot zekerheid van haar eigen schuldvordering op de koper. Zij heeft dan ook de agent van rederij N.T.B. BV voor de vrijgave aansprakelijk gesteld.

**6.** Partijen betwisten wel niet dat E. BV als commissionair-expediteur opgetreden is en de eenzijdige verbintenis op zich genomen heeft om de goederen slechts na toestemming aan de koper vrij te geven.

Voor geïntimeerde is deze eenzijdige verbintenis evenwel volledig autonoom en vreemd aan de koopovereenkomst. Als commissionair-expediteur komt zij immers enkel tussen tegen vergoeding de goederen te laten vervoeren in eigen naam maar voor rekening van haar committent. De commissieovereenkomst met de koper behelst alle met het vervoer verbonden en samenhangende verrichtingen. De verbintenis aangegaan met K. NV staat daar volledig los van en valt geenszins te situeren binnen de relatie van de koopverkoopovereenkomst en de aldaar gangbare factuurvoorwaarden.

**7.** Naar het oordeel van geïntimeerde kan trouwens uit het feit dat minstens het eigendomsvoorbehoud van de verkoper tegenwerpelijk zou zijn aan de commissionair-expediteur, evenmin afgeleid worden dat de rechtsverhouding tussen de gedingpartijen ondergeschikt of bijkomstig zou zijn aan deze ten aanzien van de relatie binnen de koopverkoopovereenkomst, laat staan dat de rechten en verplichtingen eigen aan deze eerste rechtsverhouding zouden komen te vervallen en deze verhouding volledig zou worden beheerst door de rechten en verplichtingen spruitende uit de koopverkoop.

**8.** De tegenstelbaarheid of externe werking van een overeenkomst heeft betrekking op het bestaan van de overeenkomst als een rechtseit.

Derden zijn niet alleen verplicht het bestaan van een overeenkomst te erkennen maar zij moeten vanaf het ogenblik dat de uit een overeenkomst voortvloeiende rechtstoestand tot stand gekomen is, ook de gevolgen die een overeenkomst tussen de contracterende partijen teweegbrengt, erkennen. Dit heeft meestal als consequentie dat van een derde een onthoudingsplicht kan verwacht worden.



De relativiteit van de overeenkomst wordt doorbroken doordat de persoon die op het eerste gezicht een derde is, het statuut van de contractpartij toegekend krijgt. Een persoon is immers niet alleen contractpartij wanneer hij op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst heeft gehandeld, maar ook na dat ogenblik kan hij contractpartij worden door tot een bestaande overeenkomst toe te treden. Door de contractstoetreding gaan de contractuele rechten en plichten doorwerking krijgen tegen deze 'contractueel betrokken' partij.

**9.** E. BV had kennis van de jarenlange handelsrelatie tussen K. NV en de Russische koper, voor wie zij in het verleden reeds meermaals als expediteur opgetreden is.

In de handel met voormalige GOS landen was het bovendien in het begin van de jaren 1990 gebruikelijk om de vrijgave van de goederen afhankelijk te maken van de toestemming van de verkoper nadat er betaling ontvangen werd.

Indien een derde bij samenhangende overeenkomsten aanvaard heeft met kennis van zaken en zonder voorbehoud om een deel van de uitvoering van de oorspronkelijke overeenkomst te verzorgen, treedt deze door éénzijdige rechtshandeling toe tot dat contract.

Door uitdrukkelijk persoonlijk de verbintenis te onderschrijven om de ladingen slechts vrij te geven na toestemming van de verkoper, is E. BV minstens wat deze prestatie betreft toegetreden tot de bestaande koopverkoopovereenkomst.

Het gevolg is de tegenstelbaarheid van alle contractuele clausules van deze oorspronkelijke koopverkoopovereenkomst, zodat E. BV zich niet meer op de eigen clausules uit zijn commissieovereenkomst met haar onmiddellijke contractant kan beroepen ten aanzien van appellante, aangezien tussen hen de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst van toepassing zijn.

De FENEX voorwaarden van E. BV zijn in deze relatie alleszins niet van kracht.

**10.** Het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst (EVO) is van toepassing op contractuele wanprestaties. Luidens art. 4.1 EVO wordt bij gebreke aan een rechtskeuze door partijen de overeenkomst beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst verbonden is, waarbij de mogelijkheid open gelaten wordt een deel van het contract af te scheiden indien dit deel nauwer verbonden is met een ander recht.

Het EVO voorziet in art. 4.2 een aantal weerlegbare vermoedens, met onder meer het vermoeden van de wet van de plaats waar de partij die de karakteristieke prestatie moet verrichten, gevvestigd is.

**11.** Op basis van dit vermoeden is de meest kenmerkende prestatie terecht de leveringsverplichting van appellante, waaraan de verbintenis tot niet vrijgave verankerd werd, zodat de overeenkomst vermoed wordt het nauwst verbonden te zijn met België als zijnde het land van de vestigingsplaats van appellante.

Het order tot 'het onder zich houden' van de goederen is onlosmakelijk verbonden met de leveringsverplichting spruitend uit de koopverkoopovereenkomst en de wil om het eigendomsvoorbewoud veilig te stellen.

**12.** De vraag dient bijgevolg gesteld of naar het Belgisch recht het bevoegdheidsbeding zoals voorzien in de algemene factuurvoorwaarden van K. NV ook van toepassing is in de: relatie met E. BV. Partijen laten na hierover te besluiten.

Het Hof van Justitieoordeelde reeds dat aan de voorwaarden van art. 17 EEX voldaan is, indien het bevoegdheidsbeding als geldig erkend is in de verhouding tussen de aanvankelijke contractpartijen en de toetredende derde volgens het toepasselijk nationale recht als rechtsopvolgers kan worden beschouwd (per analogie zie "Tilly Russ - arrest", H.v.j., 19 juni 1984, R.W.1984-85,109).

**13.** Appellante concludeert wel dat op grond van art. 5.1 EEX de Belgische rechtkrachten territoriaal bevoegd zouden zijn als het gerecht van de plaats waar de verbintenis, die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Het EEX Verdrag creëert hiermee een bijkomende bevoegdheidsregel waarbij eerst dient uitgemaakt te worden welke verbintenis precies wordt betwist, vervolgens moet nagaan worden via de conflictregels het recht van toepassing op deze verbintenis, om

dan, ten slotte, volgens de bepalingen van dit recht na te gaan waar de verbintenis concreet dient te worden uitgevoerd.

De te lokaliseren verbintenis is de betwiste verbintenis, die aan de vordering ten grondslag ligt. In concreet is dit de vrijgave van de ladingen zonder toestemming van de verkoper. Deze vrijgave kaderde in de leveringsplicht van verkoper, die contractueel bepaald werd als 'af fabriek' te Zonhoven.

**14.** Volgens het destijds vóór 1 november 1997 in België toepasselijke 'Eenvormige Wet inzake de Internationale koop van roerende lichamelijke zaken (EKW)' art. 19, 2e lid, geschiedde de aflevering van de goederen door de afgifte van de zaken door de verkoper aan de vervoerder ter verzending aan de koper. Zoals het trouwens tevens is volgens het Verdrag inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende goederen, gesloten te Wenen op 11 april 1980 (CISG), art. 31, indien de verkoper niet gehouden is de zaken op enige ander bepaalde plaats af te leveren, bestaat zijn verplichting tot aflevering voor de koopovereenkomsten die tevens het vervoer van de zaken omvatten, uit het afgeven van de zaken aan de eerste vervoerder ter verzending aan de koper.

In deze zaak dus met conventionele levering 'af fabriek' op de vestigingsplaats van appellante te Zonhoven.

**15.** Bijgevolg moet besloten worden dat de rechtkant van Hasselt op grond van art 5.1 EEX Verdrag weldegelijk bevoegd was om kennis te nemen van onderhavig geschil, zodat op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep het Hof de zaak in haar geheel naar zich trekt.

**16.** E. BV wordt verweten in strijd met haar verbintenis de zaak vrijgegeven te hebben zonder schriftelijke toestemming van de verkoper, waardoor de verkoper geen betaling ontving voor de ladingen.

Er bestaat absoluut geen twijfel dat de ladingen verscheept werden naar de haven van Riga, alwaar de scheepsagent van A. Lines tegen de instructies in ze heeft laten weghalen. Hierdoor wordt E. BV een miskenning van haar contractuele verplichting verweten.

Het bestaan van een mondelinge toezegging vanwege K. NV tot vrijgave van de ladingen wordt uitdrukkelijk ontkend. Wel stelt ESTA terecht dat zij zich niet verbonden heeft om de goederen slechts na toestemming te verscheppen. Men dient een onderscheid te maken tussen 'vrijgeven' en 'verscheppen'. Significant daarbij is dat alhoewel de facsimile van 9, 14 en 19 februari 1996 melding maken van de verschepping per ms. 'A. T.' (later gewijzigd in ms. 'H.') naar Riga, hierop geen reactie volgt vanwege appellante. Zelfs onmiddellijk na de verschepping op 27 en 29 februari 1996 reageerde appellante niet en zij zal uiteindelijk wachten tot 23 december 1996 alvorens deze handelwijze te bekritisieren. Derhalve staat het niet vast dat E. BV tekortgeschoten is aan haar verplichtingen en dient de vordering van appellante te worden afgewezen.

Niettegenstaande E. BV de daartoe nodige instructies gegeven heeft, zijn de ladingen buiten haar wil in Riga toch verdwenen.

## **OM DIE REDENEN:**

### **HET HOF,**

(...)

Recht doende op tegenspraak;

Verklaart het hoger beroep toelaatbaar en deels gegrond;

Hervormt het bestreden vonnis binnen de perken van het hoger beroep;

En opnieuw wijzende;

Verklaart zich bevoegd om kennis te nemen van het geschil;

Ontvangt de vordering van appellante tegen geïntimeerde doch verklaart ze ongegrond;

(...)

Aldus gedaan en uitgesproken in openbare terechting van 8 december 2003

waar aanwezig waren:

de heer P. Adriaensen, Raadsheer

mevrouw C. Verswyvelen, Griffier

# RECHTSLEER/DOCTRINE

## Thalia Kruger - Forumbedingen, hun geldigheid en de interactie tussen internationale verdragen en verordeningen

Noot onder Hof van Cassatie, 29 april 2004

Het Hof van Cassatie vond in dit arrest dat de geldigheid van een forumbeding dat onder het toepassingsgebied van het Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR-Verdrag<sup>1</sup>) valt, naar Belgisch recht moet worden beoordeeld.

In deze noot zal even aandacht besteed worden aan de geldigheid van forumbedingen die onderworpen zijn aan verschillende internationale verdragen en verordeningen. Vervolgens wordt gekeken naar het verschil tussen exclusieve en niet-exclusieve forumbedingen. Tenslotte is het nuttig om de interactie tussen de verschillende internationale verdragen en verordeningen te bekijken.

### A. Geldigheid van een forumbeding

Het CMR-Verdrag bepaalt dat partijen de bevoegde rechter contractueel mogen vaststellen, maar bevat geen bepalingen over de geldigheid van dat forumbeding.<sup>2</sup> Deze wordt dus bepaald volgens het nationale recht. Een onderscheid moet worden gemaakt tussen formele en materiële geldigheid. Volgens het oude Belgische internationaal privaatrecht, hoewel niet volledig eenduidig, werd de formele geldigheid onderworpen aan het forumrecht en de materiële geldigheid aan het recht van toepassing op de overeenkomst.<sup>3</sup> In het besproken arrest waren zowel het recht van het forum als dat van de overeenkomst (gekozen door de partijen) het Belgische recht. Het feit dat dit arrest het onderscheid niet duidelijk maakt en het Hof blijkbaar het gekozen recht op de formele geldigheid toepast, heeft dan ook geen belang in de praktijk. Toch zou een verduidelijking van het onderscheid een meerwaarde gehad hebben voor de precedentwaarde van dit arrest.

Het wetboek internationaal privaatrecht (WbIPR<sup>4</sup>) heeft getracht meer duidelijkheid te scheppen; het breidt de regel van het Europese Overeenkomstenverdrag (EVO<sup>5</sup>) uit tot de contractuele materies die dat verdrag uitsluit.<sup>6</sup> Concreet: het EVO bepaalt dat de geldigheid van forumbedingen niet onder zijn toepassingsgebied valt.<sup>7</sup> Het WbIPR stelt dan dat de regel van het EVO over het recht toepasselijk op contractuele verbintenissen toch moet worden toegepast om de geldigheid van een forumbeding te bepalen. Voortaan worden dus zowel formele als materiële geldigheid bepaald volgens het recht van toepassing op de overeenkomst. Het voordeel van deze formule is de voorspelbaarheid voor de contractpartijen: het gekozen recht beheert alles, en wat geldig is volgens dat recht, kan niet meer ongeldig worden gemaakt. Ook in de afwezigheid van een keuze, is het voordelig dat hetzelfde recht het geheel van de rechtsvragen beheert.

<sup>1</sup> Afgesloten in Genève, 19 mei 1956. In België: wet van 4 september 1962, *B.S.* 8 november 1962.

<sup>2</sup> Art. 31(1) CMR-verdrag.

<sup>3</sup> Zie F. Rigaux & M. Fallon, *Droit international privé* (band II, 2e ed.), Brussel, Larcier, 1993, p. 550; H. Van Houtte, noot onder Cass. 15 juni 1988, *TBH* 1989, p. 565-567.

<sup>4</sup> Wet van 16 juli 2004, *B.S.* 27 juli 2004, in werking sedert 1 oktober 2004.

<sup>5</sup> Rome, 19 juni 1980. Dit verdrag is van toepassing in de 15 oude EU lidstaten.

<sup>6</sup> Art. 98§1 WbIPR. Zie ook de Toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel, *Parl. St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, p. 33 & 123-124; Verslag Commissie Justitie Senaat, *Parl. St.* Senaat BZ 2004, nr. 3-27/7, p. 175.

<sup>7</sup> Art. 1(2)(d) EVO.

Het Hof van Cassatie oordeelt ook dat het niet mogelijk is om extra vereisten voor de geldigheid in de tekst van het CMR-Verdrag te lezen en deze als aanvullend op het Belgische recht te interpreteren, zoals het Hof van Beroep te Gent blijkbaar heeft trachten te doen. Deze gevolgtrekking zou gelden voor zowel formele als materiële geldigheid. De Rechtbank van Koophandel te Hasselt heeft echter in een vonnis het CMR-Verdrag, ook steunend op de Engelse en Franse verdragsteksten, op dezelfde wijze geïnterpreteerd als het Hof van Beroep te Gent.<sup>8</sup> De rechtbank kwam in die zaak tot de conclusie dat zij internationale bevoegdheid had, ook al zou het forumbeding ongeldig zijn, omdat de goederen in België in ontvangst moesten worden genomen. Dat was in de besproken zaak niet het geval.

De EEX-Vo<sup>9</sup> bevat een ander type regeling: ze bepaalt zelf de regels voor de formele geldigheid van een forumbeding. Een EU-lidstaat mag geen extra vereisten stellen aan een forumbeding om geldig te zijn.<sup>10</sup> Een onzeker punt in de toepassingssfeer van de EEX-Vo is de materiële geldigheid. Mag dan het nationaal recht worden gebruikt om het forumbeding ongeldig te bevinden?<sup>11</sup> Men kan zich moeilijk voorstellen dat dit beding geldig moet zijn louter omdat er geen verwijzing naar het probleem wordt gemaakt in de EEX-Vo. Het EVO sluit, zoals vermeld, de geldigheid van forumbedingen volledig uit van zijn toepassingsgebied zodat daar ook geen antwoord kan worden gevonden.

Een paar maanden geleden is er een Haags Forumbedingenverdrag bijgekomen (in burgerlijke en handelszaken).<sup>12</sup> Het verdrag is uiteraard nog niet in werking getreden, maar een blik in de toekomst is hier wel aangewezen. Om de geldigheid te bepalen verwijst dat verdrag naar het recht van de gekozen rechtbank. In het ontwerp-rapport wordt echter verduidelijkt dat hieronder moet worden verstaan de IPR-regels van de staat van de gekozen rechtbank. Het is dus toch aan de rechtbank zelf om te bepalen welke regels moeten worden toegepast.<sup>13</sup> In het geval onder bespreking zou men door het toepassen van verschillende IPR-regels (recht van het gekozen forum of recht van toepassing op het contract) bij hetzelfde resultaat komen, maar clausules waarbij partijen een rechtbank van één land, maar een rechtssysteem van een ander kiezen, komen ook voor in de praktijk (vaak als compromis).<sup>14</sup> Een puzzel dus voor de rechtspracticus.

## B. Exclusiviteit van het forumbeding

Het CMR-Verdrag stelt dat partijen ook een vordering mogen instellen voor de gerechten aangeduid in een forumbeding. Uit de bewoordingen valt af te leiden dat het gaat om een alternatieve bevoegdheid. Een forumbeding schept dus een extra mogelijkheid voor de eiser, maar onneemt niet de internationale bevoegdheid die bestaat op basis van het verdrag. Met andere woorden, had een van de partijen in dit arrest een andere rechtbank aangesproken, bijv. die van de plaats van de inontvangstneming van de goederen (Groot-Brittannië), dan zou die rechtbank ook internationaal bevoegd zijn. Deze regel van het CMR-Verdrag is in overeenstemming met de vermoedens in de meeste *common law* landen. Ook daar worden forumbedingen als aanvullend eerder dan exclusief gezien, en blijven andere regels van internationale bevoegdheid intact zodat ook andere rechtbanken dan de gekozen rechtbank hun bevoegdheid behouden.

<sup>8</sup> Vonnis van 8 oktober 2003; zie <http://www.euprocedure.be>.

<sup>9</sup> Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken; Pb. L 12 van 16 januari 2001, 1.

<sup>10</sup> H.v.J. 24 juni 1981, nr. 150/80, *Elefanten Schuh GmbH t. Jacqmain, Jur H.v.J.* 1981, 1671.

<sup>11</sup> Zie in dit verband A. Briggs & P. Rees, *Civil Jurisdiction and Judgments* (3e ed.), London, LLP, 2002, p. 106-108; H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe* (3e ed.), Parijs, L.G.D.J., 2002, p. 110-111 ; L. Strikwerda, *De overeenkomst in het IPR*, Deventer, Kluwer, 2004, p. 81-82.

<sup>12</sup> Gesloten op 30 juni 2005; zie <http://www.hcch.net>.

<sup>13</sup> Zie het ontwerp-rapport door T.C. Hartley en M. Dogauchi, p. 22; <http://www.euprocedure.be>.

<sup>14</sup> P. Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 84, stelt dat in dat geval voorkeur moet worden gegeven aan het recht van het gekozen forum, in het belang van de rechtszekerheid.



In dit opzicht verschilt het CMR-Verdrag van de EEX-Vo, die een vermoeden van exclusiviteit hanteert. Wanneer partijen contractueel een rechtkant kiezen, wordt vermoed dat het ook hun bedoeling was om de internationale bevoegdheid aan andere rechtkanten te ontnemen, tenzij het tegenovergestelde uit hun overeenkomst blijkt.<sup>15</sup>

Het nieuwe Haagse Forumbedingenverdrag volgt de benadering van de EEX-Vo: er bestaat een vermoeden van exclusiviteit van het forumbeding.<sup>16</sup> Enkel wanneer partijen expliciet stellen dat andere rechtkanten hun bevoegdheid behouden, zal het beding als niet-exclusief worden behandeld. Het Haags verdrag is in beginsel ook enkel van toepassing op exclusieve forumbedingen. Er bestaat echter een mogelijkheid voor verdragsstaten om de toepassingssfeer uit te breiden bij wijze van wederzijdse verklaring waarin ze zich ertoe verbinden om uitspraken op basis van niet-exclusieve forumbedingen ook te erkennen en ten uitvoer te leggen.<sup>17</sup>

### C. Interactie tussen internationale verdragen en verordeningen

Aan de interactie tussen verschillende internationale instrumenten die bepalingen over forumbedingen bevatten, heeft het Hof van Cassatie niet veel woorden besteed. De woorden “*mede gelet op het bepaalde in artikel 71.1 van de Verordening nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000, die aspecten onderworpen zijn aan het nationale recht dat de overeenkomst tussen de partijen beheert*” kunnen verwarringen zijn. Het is immers niet de Verordening die bepaalt welk nationaal recht van toepassing is. In deze overweging van het Hof van Cassatie zitten m.i. twee elementen. In de eerste plaats bepaalt de EEX-Vo dat zijzelf niet van toepassing is. Vervolgens valt men dan terug op de nationale IPR-regels (in casu van België).

De regel over de voorrang op de EEX-Vo is inderdaad duidelijk: “*Deze verordening laat onverlet de verdragen waarbij de lidstaten partij zijn en die, voor bijzondere onderwerpen, de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen regelen.*”<sup>18</sup> Het CMR-Verdrag regelt een bijzonder onderwerp, met name het vervoer van goederen over de weg. Dat verdrag is zelfs ouder dan de eerste versie van het EEX-Verdrag (1968), voorganger van de EEX-Vo, zodat er geen twijfel bestaat dat de bepalingen van het CMR-Verdrag voorrang genieten.

Op deze voorrang zijn er echter een aantal nuances. Wanneer een verdrag over een bijzonder onderwerp geen regels over litispendentie bevat, en eenzelfde zaak aanhangig is voor de gerechten van twee EU-lidstaten, is de oplossing van de EEX-Vo toepasselijk: de eerst gevattede rechtkant heeft voorrang.<sup>19</sup>

De beveiliging voor verweerders met woonplaats in de EU blijft ook intact. Zelfs bij de toepassing van internationale bevoegdheidsgronden uit andere verdragen, zijn de gerechten van de lidstaten verplicht om uit eigen beweging te onderzoeken of de verweerde die niet verschijnt, wel degelijk betekend is volgens de bepalingen van de Betekeningsverordening<sup>20</sup> of het Haags Betekeningsverdrag.<sup>21</sup> De

<sup>15</sup> Art. 23(1) EEX-Vo.

<sup>16</sup> Art. 3(b) Haags forumbedingenverdrag.

<sup>17</sup> Art. 22 Haags forumbedingenverdrag.

<sup>18</sup> Art. 71(1) EEX-Vo.

<sup>19</sup> Art. 27 EEX-Vo. Zie H.v.J. 6 december 1994, nr. C-406/92, *The owners of the cargo lately laden on board the ship ‘Tatry’ t. The owners of the ship ‘Maciej Rataj’*, Jur H.v.J. 1994, I, 5439. Het CMR-Verdrag bevat wel een eigen regel over litispendentie; art. 31(2).

<sup>20</sup> Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekenis en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken; Pb. L 160 van 30 juni 2000, 37.

<sup>21</sup> Verdrag inzake de betekenis en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en handelszaken (15 november 1965). Zie Artt. 71 en 26(2) EEX-Vo.



rechtsbank in de EU moet ook ambtshalve haar bevoegdheid nagaan, zelfs al is deze bevoegdheid gebaseerd op een ander verdrag en niet op de EEX-Vo zelf.<sup>22</sup>

De erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen in de EU gebeuren semi-automatisch, en de bevoegdheidsgrond wordt hierbij niet geverifieerd. Daarom kunnen beslissingen waarbij de internationale bevoegdheid op een ander verdrag gebaseerd is, volgens de eenvoudige EU procedure worden erkend. Indien het verdrag echter specifieke voorwaarden stelt voor de erkenning en tenuitvoerlegging, vinden deze toepassing.<sup>23</sup> Zo kan een verdrag bijvoorbeeld specifieke weigeringsgronden voorzien, die eigen zijn aan de materie die het regelt.

Verder is het interessant om even de interactie tussen de EEX-Vo en het nieuwe Haagse Forumbedingenverdrag te bekijken. Dat verdrag komt niet ter sprake wanneer zowel eiser als verweerde in EU-lidstaten wonen en een rechtsbank in een EU-lidstaat werd aangewezen.<sup>24</sup> Echter, de EEX-Vo stelt momenteel dat ze ook van toepassing is wanneer een partij met woonplaats in de EU en een partij met woonplaats in een derde land een EU rechtsbank kiezen.<sup>25</sup> Hier zal het Haags Forumbedingenverdrag verandering in brengen. Deze forumbedingen zullen onder dat verdrag vallen wanneer het in werking treedt in de EU. De geldigheid van het beding zal dus niet meer volgens de regels van de EEX-Vo moeten worden bekeken, maar volgens het recht dat de IPR-regels van de gekozen rechtsbank aanwijst. Het voordeel van deze nieuwe regel is dat de resulterende beslissing ook zal kunnen worden erkend en ten uitvoer gelegd in niet EU-lidstaten die partij zijn bij het Haags verdrag volgens de regels van dat verdrag. De erkenning en tenuitvoerlegging van een vonnis van een EU-lidstaat zullen nog steeds in andere EU-lidstaten gebeuren volgens de eenvoudige procedure van de EEX-Vo.

De litispendentie-regel wordt er niet gemakkelijker op. Volgens het Haags Forumbedingenverdrag heeft de gekozen rechtsbank altijd voorrang, ook wanneer een andere rechtsbank eerst gevat is door een contractspartij die argumenteert dat het beding ongeldig is. In de EU geldt de omgekeerde regel: een forumbeding kan de prioriteitsregel niet belemmeren. Dat werd onlangs door het Europese Hof van Justitie vastgesteld in de *Gasser* zaak.<sup>26</sup> In die zaak hadden de partijen in hun contract een rechtsbank in Oostenrijk gekozen, maar één van hen stelde een vordering in in Italië. Het Europese Hof van Justitie oordeelde dat de tweede gevattede rechtsbank in Oostenrijk, de keuze van de partijen ten spijt, de zaak moest aanhouden totdat de Italiaanse rechtsbank oordeelt of zij internationaal bevoegd is. De volgende analyse moet dus worden gemaakt wanneer het Haags verdrag van toepassing is in de EU: is een zaak aanhangig in een EU-lidstaat en tegelijkertijd in een niet EU-lidstaat die partij is bij het Haags verdrag, dan heeft het forumbeding altijd voorrang, ongeacht welke rechtsbank eerst gevat is. Zijn echter de rechtsbanken van twee EU-lidstaten gevat, dan geldt de strenge litispendentie-regel, ongeacht het forumbeding.

Ten slotte kan worden gesteld dat de uitkomst van dit korte arrest van het Hof van Cassatie niet echt verbaast. Toch gaf het een mooie gelegenheid om een aantal zaken die verband houden met forumbedingen nog eens te bekijken, ook in het licht van recente ontwikkelingen.

Thalia Kruger,  
Instituut voor Internationaal Privaatrecht,  
K.U.Leuven

<sup>22</sup> Artt. 71 en 26(1) EEX-Vo. Over de verhouding tussen de artt. 26(1) en 26(2) van de EEX-Vo, zie I. Bambust & T. Kruger, "Artikel 19 Betekening-Vo en artikel 26 EEX-Vo: een juridisch practicum", *R.W.*, 2004, 1435-1439.

<sup>23</sup> Art. 71(2)(b) EEX-Vo.

<sup>24</sup> Art. 26(6)(a) Haags Forumbedingenverdrag.

<sup>25</sup> Art. 23(1) EEX-Vo.

<sup>26</sup> H.v.J. 9 september 2003, nr. C-116/02, *Gasser GmbH t. MISAT srl*. Zie ook de noot door P. Wautelet, *T.B.H.*, 2004, 794-799.

# Xu Bin<sup>1</sup> - Study Report on Transfer of International Technology in China

## Introduction

Shortage of the resources and divergence of the interest have accelerated the fierce competition among countries in this multi-polarized world pattern. This competition is mainly concentrated on the economic field, while the economic prosperity is closely depended on the progress of the technology. Every country has put a plenty of labour and material resources into the new-tech development and foreign-tech introduction. The global economic system is moving towards integrity, which fastens the ties among countries and paves the road for further technology exchange; the imbalance between countries makes international transfer of technology (TOT) possible; and the inherent lifecycle of technology and its quickening updating speed have pushed the advancement of international transfer of technology in the reality. In order to maintain its technology advantage, cover the cost as well as make profit to the largest extent, TOT, compared to self-development of technology, not only can save the valuable domestic resources and time, but also can master the core of the technology in the shortest period. In this way, the efficacy of the method of transfer can be furthest exerted.

The forming and the development of TOT have posed a lot of challenges towards traditional law. Up to now, there has not formed a uniform law system to regulate this issue in the whole world. Coming down to the domestic law of every country, although a few of countries have set up a full-rounded law system on it, a specific structure of TOT law still have not come into being in most countries, where the common practice is just to regulate the different aspects of TOT respectively in IP laws, Anti-trust laws, Sino-foreign invested enterprises laws, etc. It can be assumed that it is an important period for the forming and shaping of the TOT law system, and there is very hot discussion about some fundamental issues of TOT, such as its basic principles, the managing pattern of the government, the allocation of rights and duties and the remedy to the disputes arising from it. Focusing on the current legislative and judicial situation of China, this report will give you a general description of China's practice on these issues.

## Part I: The current Chinese law system of TOT

### **1. Interpretation of TOT in PRC Laws**

TOT in China refers to acts that right owners of technology, including those entitled to transfer the technology, transfer the specific patents, patents application, know-how, excluding those just under research and development or knowledge, technique and information not in relation to patents, patents application, know-how, to others by assignment or license.<sup>2</sup> While international TOT laws regulate technology transfer Activities involving with foreign affairs. In practice, 'involving with foreign affairs' encompasses three kinds of technology trade: 1) technology transfer across the border; 2) the two parties of the technology trade reside in different countries; 3) although the two parties reside in the same country, one of them is the subsidiary company, filial or branch agency of a foreign company. In the second circumstance, if the transferee acquires the technology as the subsidiary company, filial or branch agency of the foreign transferor, the technology itself does not transfer

<sup>1</sup> Ms Xu Bin's family name is Xu. She is postgraduate student of East China University of Law and Politics, majoring in international law. Professor Shan Hailing, her tutor, made guidance for subject selection and amendment to her paper draft. Yin Yan, senior postgraduate student of East China University of Law and Politics provided plenty relevant information for the paper.

<sup>2</sup> Article 1 of Interpretation

across the border; and the technology does not transfer across the border absolutely in the third circumstance.<sup>3</sup> Substantially speaking, the nature of TOT is the real transfer of productivity among countries.<sup>4</sup> It means that the transferred technology should be delivered across the border substantially, therefore TOT, in the economic sense, refers only to technology transfer Activities among different countries, including technology trade across the border and international economic cooperation program with technology transfer. The typical form of the former way is license trade while Sino-foreign invested enterprises are the most common type of the latter way, which combines technology and foreign fund importation.

According to paragraph 1 of Article 178,<sup>5</sup> Several opinions of The Supreme Court on carrying out General Principles of the Civil Law of PRC, civil relations with foreigners, in its broad sense, refers to technology transfer with at least one foreign element of subject, object and content.<sup>6</sup> While, PRC Administration of Technology Import and Export Regulations (hereinafter ‘ATIER’), newly promulgated by the State Council on 10 December 2001 and effective as of 1 January 2002, provides in article 2 that:<sup>7</sup> Technology import and export referred to in these Regulations means the Law of transferring technology from outside the territory of the People's Republic of China to inside the territory of the People's Republic of China or from inside the territory of the People's Republic of China to outside the territory of the People's Republic China by way of trade, investment or economic technological cooperation.<sup>8</sup> It shows that ATIER tends to confine the regulatory scope to the first and second kinds,<sup>9</sup> highlighting the transfer activities across the border rather than the identities of the parties, which is just the standard of former annulled Regulations of PRC Administration of Technology-Introduction Contract (Promulgated by the State Council on 24 May, 1985)<sup>10</sup>. Therefore, as long as the technology is transferred across the border, the transfer Activity can be bound by ATIER.<sup>9</sup>

## 2. Subjects of TOT in PRC laws

ATIER defines the subjects of the technology as ‘...including patent transfer, the transfer of the right of patent filing, patent execution license, know-how transfer, technical service and other forms of technology transfer’. So it classifies the main subjects of TOT as patent and know-how. It does not mention computer software, because PRC laws treat this as a kind of copyright. However, **Protection**

<sup>3</sup> Zhengchengsi, General Comment on TOT (1987), China prospect press, p. 10.

(郑成思：《国际技术转让法通论》，中国展望出版社 1987年版，第10页)

<sup>4</sup> Liulisheng, IP Protection and International Technology Trade (1995), China economy press, p. 157. (刘李胜：  
《知识产权保护与国际技术贸易》，中国经济出版社 1995年版，第157页)

<sup>5</sup> It provides: civil relations with foreigners occur when one or two parties of the civil relation is or are foreigners, persons without nationality foreign legal persons, the object of the civil relation is in the foreign territory, or the civil juristic facts, which establish, change or terminate civil rights and obligations, takes place in foreign countries.

<sup>6</sup> Sunbangqing, Guide for Technology Transfer Practice (2002), Intellectual Property Press, p. 219.  
(孙邦请：《技术合同实务指南》，知识产权出版社 2002年版，第219页)

<sup>7</sup> Zhengchengsi, IP Law (2003), Legal Press 2nd edition, P47. (郑成思：《知识产权法》，法律出版社  
2003年第2版，第47页)

<sup>8</sup> The annulled *Regulations of PRC Administration of Technology-Introduction Contract* defined Introduction of technology as’...acquisition of technology by any corporation, enterprise, organization or individual within the territory of the People's Republic of China(hereinafter referred to as the recipient) from any corporation, enterprise, organization, or individual outside the territory of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the supplier), by means of trade or economic and technical cooperation, such as:1. Assignment or licensing of patent or other industrial property rights; 2. Proprietary technology provided in the forms of drawings, technical data, technical specifications, etc, such as technological processes, formulae, product designs, quality control and management skills; 3. Technical services.

<sup>9</sup> Wang Yunfang, Understanding and Thinking over’ PRC Administration of Technology Import and Export Regulations, collected in *Learning Forum*, the13th volume (75<sup>th</sup> in the total volume).

(王允方：《对〈技术进出口管理条例〉的理解与思考》，载于《学术论坛》13卷，总期第75期)



**of Computer Software Regulations**, Promulgated by the State Council on 20 December 2001 and effective as of 1 January 2002, provides in the article 22 that: 'Chinese citizens, legal persons or other organizations that license or assign Software copyright to foreigners shall comply with the relevant provisions of ATIER. It means that PRC laws have agreed to recognize the software as one subject in the technology transfer.

This attitude is finally reflected in *Several Questions Concerning The Application of Law to The Trial of Dispute Cases Involving Technology Contracts Interpretation*<sup>10</sup>, (hereinafter '*Interpretation*') which makes the scope clear as 6 types, prescribing that 'the term "technology achievements" means technology programmers involving products, skills, materials and the modification thereof using scientific and technical knowledge, information or experience, including patents, patent applications, technological secrets, computer software, integrated circuit layout design, and new plant varieties, etc<sup>11</sup>'. Besides reiterating patent and know-how as two important form of patent applications, it introduces new ones, which are never stated before in the PRC laws such as computer software, integrated circuit layout design, and new plant varieties. For patent applications, which are published and under temporary protection period but without patent issued, *Interpretation* also provides protection for them as technology achievements, which is really a significant improvement. This definition shows that technology achievements shall be a kind of technology plan not including labor achievements without technology contents such as trademark of common goods. Technology achievements and IP are two definitions with certain crossing scope but still not equal to each other. General speaking, most of the technology achievements have IP, but it is not compulsory for all the technology achievements to be qualified as IP.

In the practice, these three kinds of subjects also have taken a majority part of all the TOT Activities. A statistic report, *Comprehensive Analysis of PRC High-tech Products Importation and Exportation* in the year of 2002 <sup>12</sup>issued by Minister of Commerce has evidenced it, showing that: the total sum of patent transfer or assignment contracts is 5.831 million dollars whose percentage is up to 33.54% of all; the total sum of know-how transfer or assignment contracts is 4.914 million dollars whose percentage is up to 28.26%; and the sum of computer software transfer or assignment contracts is 1.237 million dollars whose percentage is up to 7.12%; the remainder are transfer of trademark and copyright, technical service and consultation, which are accessory to the above-mentioned three kinds of IP. What should be paid more attention is the patent, as most of the patent transfers are patent portfolio in which patent is mixed with know-how transfer; there are scarcely single-patent transfer contract in the practice. Since most of the countries in the world the principle adopt 'early disclosure, deferred examination' principle in their patent laws, the patentee is not likely to file key points of his/her technology but preserves them as know-how for fear of future failure of filing or objections from 3rd party. Therefore, in order to fulfill their goals, the transferees shall sign another know-how license for the supplement of the original patent license. Solely transfer of trademark or copyright except computer software cannot be regarded as technology transfer, but it is common practice to transfer them attached to the patent or know-how. It is reflected in the *Regulations for International TOT activities*, whose attitude toward trademark transfer is it cannot be a subject of TOT independently, but can be one among the subjects portfolio. The reason for copyright protection in the TOT is that most of the information materials are copyright protected, whether it is patent or know-how instructions. So the transferor always insists preservation of copyright, these materials cannot be copied without the permission of the owner.

---

10 The Judicial Commission of the Supreme People's Court promulgated the *Several Questions Concerning The Application of Law to The Trial of Dispute Cases Involving Technology Contracts Interpretation* on 16 December 2004 and shall be implemented as of 1 January 2005.

11 Prescribed in Article 1 of *Interpretation*.

12 From <http://www.moftec.gov.cn/>, published in 28 February 2003.

There have been unified definitions of patent and computer software in China. According to PRC, Patent Law (2nd Revision)<sup>13</sup>, China provides patent protection for inventions, utility models and exterior designs. Software is protected in China as a kind of copyright, PRC Copyright Law (Revised), Promulgated on, and effective as of, 27 October 2001, explicitly includes computer software into the forms of copyright. The definition given by Protection of Computer Software Regulations is computer programs and their relevant files which have been developed independently by a developer and fixed on physical media.<sup>14</sup> Besides, article 40 of The Notice Issued by the Supreme Court of the National Courts' IP Trial Meeting Briefs about Certain Issues on Trial of technology Contract disputes (hereinafter called *Briefs*) provides that 'contract disputes arising from development, license and transfer of computer software shall comply with Copyright Law and other laws. If no express provision in the Copyright Law or in other laws, the General Provisions of Contract Law apply, and reference may be made to part 18 of Contract Law and this *Briefs*'.

There has not been an explicit definition about know-how until Interpretation came into effect. Regulations of PRC Administration of Technology-Introduction Contract once defined it in article 2 as '... proprietary technology provided in the forms of drawings, technical data, technical specifications, etc, such as technological processes, formulae, product designs, quality control and management skills.' Rules for the Implementation of the Regulations of the PRC on Administration of Technology-Introduction Contracts (annulled), approved by the State Council on December 30, 1987, promulgated by the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade on January 20, 1988, provided in article 2 that 'Contracts for licensing of proprietary technology refer to those for supply or impartiment of technical know-how which is not yet publicized nor under legal protection as industrial property, for manufacturing a product or applying a technology as well as for product designs, technological processes, formulae, quality control and management, etc.' Although these two regulations are no longer in force, they can at least reflect PRC's attitudes towards know-how in the former practice. It can be assumed that PRC's know-how protection is focused on industry technology and manufacture management. Comparable to the common definition in the international law community, it does not include business management experience.<sup>15</sup> While, with the continuous development of TOT and more important role the business management experience exerts in the existence and development of enterprises, PRC's definition obviously cannot keep up with the need of the current practice, it has been a necessary trend for China to extend the scope of know-how to business management experience. Among all the valid laws, PRC, Anti-unfair Competition Law, promulgated on 2 September 1993 and effective as of 1 December 1993, is the main legal resource for know-how protection. Article 10 of it recognizes know-how as a part of trade secret,<sup>16</sup> and defines trade secret as 'technical information and business information that is non-public, can bring economic benefits to the party that has rights in such secrets and is practical, and for which the party that has rights in such secrets has adopted measures to maintain its confidentiality.' Non-public herein refers to the entirety, the precise arrangement or combination or the elements of the technology is unavailable or common unknown to those usually work within the scope of it. Bringing economic benefits to the party that has rights in such secrets and being practical herein refer to the commercial value out of its confidentiality, which helps the owner to acquire economic profits or competition advantage. Party

<sup>13</sup> It is Adopted at the 4th Session of the Standing Committee of the 6th National People's Congress on 12 March 1984; first amendment made at the 27th Session of the Standing Committee of the 7th NPC on 4 September 1992; second amendment made at the 17th Session of the Standing Committee of the 9th NPC on 25 August 2000.

<sup>14</sup> Article 2 of Protection of Computer Software Regulations provides: For the purposes of these Regulations, the term 'computer software' (Software) shall mean computer programs and their relevant files; Article 4 provides: Software must have been developed independently by a developer and fixed on physical media in order to be protected under these Regulations.

<sup>15</sup> Liulisheng, *IP Protection and International technology Trade* (1995), China Economy Press, p. 239.  
(刘李胜：《知识产权保护与国际技术贸易》中国经济出版社 1995年版，第239页)

<sup>16</sup> Wuhezheng, *Technology Contract* (2000), People's Court Press, p. 280.  
(吴合振主编：《技术合同》人民法院出版社 2000年版，第280页)

that has rights in such secrets has adopted measures to maintain its confidentiality refers to the legitimate holder adopts proper measures to keep the technology in secret in normal circumstances.<sup>17</sup> It is reiterated in the Interpretation, article 1 of which gives definition of ‘technological secrets’ as technical information not known to the general public, which has commercial value, and the right owner has taken measures to keep it confidential, which summarizes ‘practical and economic benefits’ as ‘commercial value’ to be in compliance with international standard and custom. Article 26 of PRC, ATIER explicitly provides protection to TOT with the subject of know-how.<sup>18</sup> When the confidential part of the technology is disclosed or used by 3<sup>rd</sup> party with the fault of the transferee, the transferor can claim for indemnity because of the breach of the transferee. As to the scope of know-how, it includes technology, which has not filed for patent, which has not got patent approval and which is not protected by patent law.<sup>19</sup>

After the access to WTO, in order to meet the least protection extent made by TRIPs to every kind of intellectual properties, China has continually revised all the IP laws and regulations to be consorted with regulations in the WTO. Both the degree and scope have been enhanced and enlarged under the precondition that it would not be against public order and fair competition. In the revised Patent Law, ‘imminent infringement’ and ‘provisional injunction’ is introduced; Patent Administration Authority is now granted the power of cognizance of infringement and mediation of indemnity sum; the power of final reexamination and declaration the patent right of utility models and exterior designs invalid as final judgment is withdrawn from Patent Re-examination Board, chances for judicial examination is available accordant with WTO’s requirement. In the revised Trademark Law, protection of ‘geographical indication’ is added; protection degree of ‘well-known trademark’ is enhanced; injunction and order of preservation of property or evidences available for the trademark registrant or the materially interested party prior to instituting an Action. Besides, judicial examination is also available for Trademark Review and Adjudication Board’s decision of canceling the trademark.

### 3. PRC’s current Law Frame for TOT

#### 1. *The Existing Domestic Legal Sources of China in Regard to International Transfer of Technology*

The trade in international transfer of technology developed in China after the opening-up policy was adopted as a fundamental state policy in the late 1970’s. Within a period of less than three decades, while having taken many roundabout courses, China has achieved remarkable success and accumulated much precious experience. Since the General Principles of Civil Law of 1986 for the first time incorporated intellectual property rights as a whole into basic civil law, China has gradually formulated and perfected various laws and administrative regulations concerning transfer of technology, upon which a preliminary legal system regulating international transfer of technology has been established. In aspect of the legislative form, China has adopted a ‘combination’ approach in enacting domestic law related to international TOT, which means that separate regulations and other regulations as well as judicial interpretation are employed in coordination to the end of adjustment. Among them the separate regulations with regard to transfer of technology are mainly as follows:

1. ATIER;
2. The Measures of PRC on Registration Administration of Contracts Concerning Import and Export of Technology (issued by the Former Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation (hereinafter referred to as MOFTEC, the predecessor of the Ministry of Commerce) on November 16, 2001);

<sup>17</sup> It is provided in Article 2 of the Brief.

<sup>18</sup> Article 26 of ATIER provides: ‘The licensee and licensor to a technology import contract shall undertake the obligation of confidentiality in respect of the confidential part of the technology provided by the licensor that has not been made public to the extent, and within the term, of confidentiality stipulated in the contract.’

<sup>19</sup> Hukangsheng, Paraphrase PRC Contract Law (1999), p. 514. (胡康生—全国人大常委会法工委副主任主编：《中华人民共和国合同法释义》1999年版，第514页)



3. The Measures of PRC on Administration of Technology Prohibited or Restricted from Import (issued by MOFTEC on December 28, 2001);

Other relevant important laws and regulations are listed as follows:

1. The General Principles of Civil Law of the PRC (GPCL, issued by the National People's Congress (NPC) on April 12, 1986);
2. The Contract Law of the PRC (issued by the NPC on March 15, 1999) with its part dedicated to technology contract;
3. PRC, Anti-unfair Competition Law (issued by the Standing Committee of the NPC (SCNPC) on September 2, 1993);
4. PRC The Foreign Trade Law (modified and issued by the SCNPC on April 6, 2004, hereinafter referred to as FTA);
5. The existing intellectual property laws of China, mainly including the Patent Law revised and adopted by the SCNPC in August 2000 and the Detailed Rules for the Implementation of the Patent Law issued by the State Council in July 2001, the Trademark Law revised and passed by the SCNPC in October 2001 and the Detailed Rules for Implementation of the Trademark Law issued by the State Council in August 2002, the modified Copyright Law adopted by the SCNPC in October 2000, and the revised Regulations on Protection of Computer Software issued by the State Council;
6. Laws concerning foreign investment enterprises, of which the comparatively important ones includes the Law of the PRC on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures (modified and issued by the NPC on March 5, 2001) and the detailed rules for its implementation, the Law of the PRC on Chinese-Foreign Contractual Joint Cooperative Enterprises (revised and issued by the NPC on October 31, 2000) and the detailed rules for its implementation and the Law of the PRC on Wholly Foreign-owned Enterprises (revised and passed by the NPC on October 31, 2000) and the detailed rules for its implementation.
7. Judicial interpretation by the Supreme People's Court of the Several Questions Concerning The Application of Law to The Trial of Dispute Cases Involving Technology Contracts Interpretation.

By a vertical analysis, a preliminarily comprehensive legal system regulating international transfer of technology with national basic laws at the top level, regulations promulgated by the State Council and the respective ministries and committees in the middle and the local regulations at the primary level has already come into existence in China.

The General Principles of the Civil Law (hereinafter GPCL) of 1986 not only confirms the status of intellectual property right, but also in its eighth chapter provides rules for application of laws, which paves the way for the legal protection of the trade in international technology. Correspondent provisions concerning the administration of international transfer of technology can also be found in the Civil Procedure Law, the Contract Law, the Foreign Trade Law and various intellectual property laws, foreign investment enterprises laws and other basic laws which were issued in succession in more than a decade subsequent to the enactment of the General Principles of the Civil Law. All these basic laws have established the fundamental principles and directions for Chinese legislation on foreign related transfer of technology and laid a foundation for the formulation of concrete regulations specially directed to the administration of the international transfer of technology.

The administrative regulations promulgated by the State Council and the respective ministries and committees consistently serve as the most direct and specific legal bases for the international transfer of technology in China. For the purpose of adapting to the development of the trade in international transfer of technology and maintaining the import and export order of technology in China, pursuant to the Foreign Trade Law and other relevant laws, the State Council on October 31, 2001 issued the PRC ATIER; according to ATIER, the MOFTEC issued the Measures of PRC on Registration Administration of Contracts Concerning Import and Export of Technology on December 30, 2001 and

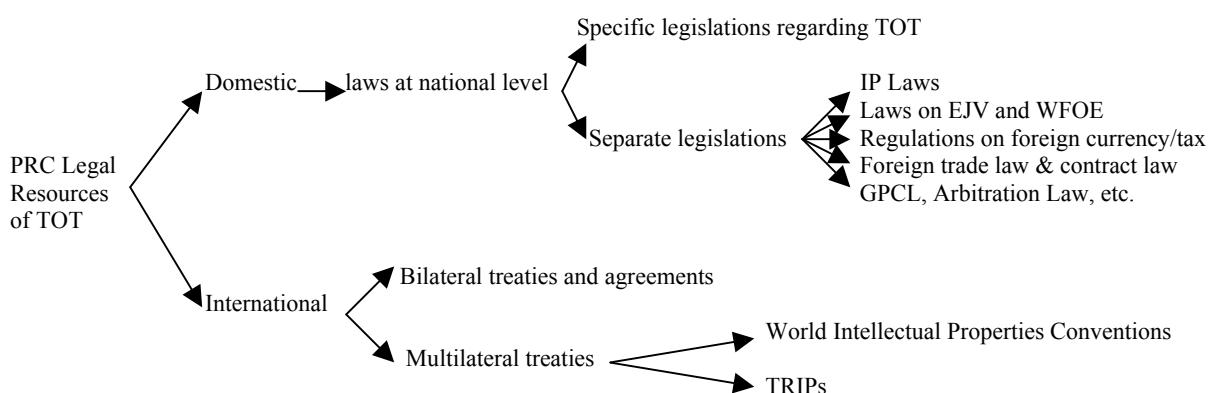
in addition jointly with the State Economic and Trade Commission promulgated the Measures for the Administration of Import-restricted and Import-prohibited Technologies, and jointly with the Ministry of Science and Technology issued the Measures of PRC on Administration of Technology Prohibited or Restricted from Import, all of which became effective as of January 1, 2002. The formulation and entry into force of the above-mentioned regulations and measures constitute the primary legal bases for the current administration of international transfer of technology in China.

Apart from the laws and regulations at the national level, with a view to the fact that the situation of economic development varies from area to area, some provinces, municipalities directly under the central government, capital cities, cities directly under state planning and economic development zones, based on the particular local conditions, have in succession respectively formulated local regulations regarding international transfer of technology, which under the guidance of the laws and administrative regulations and in a relatively detailed manner address the concrete problems arising from the foreign related transfer of technology conducted within their jurisdictions (notwithstanding the existence of some inconsistency with the national laws and regulations). At the early stage after the setup of the special economic zones (hereinafter 'SEZs'), some typical local regulations concerning the administration of the import of technology, for instance, the Temporary Rules of Shenzhen SEZ on the Import of Technology approved by the Standing Committee of Guangdong People's Congress in 1984 and the Rules of Xiamen SEZ on the Import of Technology approved by the Standing Committee of Fujian People's Congress in 1984 not only laid down more detailed substantive requirements and more specific procedural rules on examination and approval for the trade in transfer of technology within their own jurisdictions, but also provided certain preferential treatment not found in Chinese laws and regulations to the parties to the technology Contracts for the purpose of encouraging the imports of technologies urgently needed for the economic development of the SEZs. An illustration of this is the article 6 of the Rules of Xiamen SEZ on the Import of Technology, which stipulated that upon the import of the obviously advanced and competitive technology, the transferee may be entitled to the preferential treatment provided for by the government of Xiamen city and applying to the state banks for low-interest loans or financial aids. Albeit these rules of the SEZs ceased to be effective with the adoption of the uniform regulations on the administration of the import and export of technology, they indeed played a significant role in promoting the economic development and technological progress of the SEZs at the initial stage of their establishment.

By a horizontal analysis, PRC's legal system regarding the international transfer of technology includes provisions in both substantive and procedural aspects. The so-called substantive provisions mainly refer to those in respect of the protection of the subject matters of intellectual property, the type of the transferred technology, the form of the transfer, the clauses of the Contract, the rights and obligations of the parties and the restrictive business practices, etc. involved in the international transfer activities of technology. The procedural issues primarily include the examination and approval of the Contract, the conclusion procedures of the Contract, the dispute settlement and the application of laws to the Contract, etc. The majority of the laws and regulations adopt a legislative approach of 'substantive plus procedural' in formulating substantive together with procedural rules. In addition, due to the broad employment of the method of examination and approval or registration for the administration of the Contracts concerning the import and export of technology, the administrative authorities at all levels have prescribed separate procedural rules to regulate the above procedures. Provisions in this respect can be found in the state regulations (e.g., The Measures on the Registration Administration of the Contracts Concerning the Import and Export of Technology issued by MOFTEC in November 2001) as well as in some local regulations (e.g., The Measures of the Beijing Municipality on the Administration of the Confirmation and Registration of the Technology Contracts issued by the Beijing Municipal Government in November 1990 and The Temporary Measures on the Registration Administration of the Technology Contracts issued by the Shanghai Municipal Government on July 1 of 1990, etc.).

## 2. The International Legal Sources in Respect of the International Transfer of technology in China

In addition to domestic legislations, China has been consistently seeking to enhance the bilateral and multilateral exchanges and cooperation at the international level. China has not only signed bilateral agreements or memorandums with many countries upon the transfer of technology, but also acceded to some major international conventions on protection of intellectual property rights, for instance, the Paris Convention on Protection of Industrial Properties became binding upon China on March 19, 1985 followed by the Berne Convention on Protection of the Works of Literature and Arts on October 15, 1992, the World Convention on Copyright on October 30, 1992 and the Convention on Protecting the Producers of Phonograms from unauthorized reproduction of Their Phonograms on April 30, 1993. In October 1989, China joined the Madrid Agreement and on October 4, 1989 became one of the first batch signatories to the Treaty on Protection of Intellectual Property Involved in the Circuits. The Treaty on Patent Cooperation also became binding upon China on January 1, 1994 and correspondently the Patent Office of China has become an acceptance bureau as well as a unit for international index and international preliminary examination under the treaty. In addition, China has become a formal member to the TRIPS since the entry into WTO. In a sense, signing of and accession to a series of international treaties have not only enhanced the protection of intellectual property rights and improved foreign related legal system regarding the transfer of technology, but also unified domestic laws and the relevant provisions of international conventions, realizing to the maximum degree the compliance with the international practices. In conclusion, the legal sources of China with regard to the international transfer of technology can be illustrated in the following diagram:



## Part II: The PRC's Legislation and Practice of International Technology Trade

### 1. The Current Administration Model Adopted by PRC over Technology Import and Export

In practice, the administration of every country over its technology import and export can be generalized into two categories: the registration system and examination-approval system. Under the registration system, the parties to the technology import and export Contract shall go to specific governmental departments for registration. Though the governmental approval of the Contract's content is not a prerequisite for the effect of the Contract, the government can exert its supervision over the performance of the Contract according to the content of registration, or make suggestions on

the modification of the Contract's content during the registration process.<sup>20</sup> However, the governmental approval is the prerequisite for the entry into force of the technology import and export Contract under the examination-approval system. The legislation of countries adopting examination-approval system mainly focuses on the procedure and standard of examination and approval.

Generally speaking, our country institutes a uniform administration system over technology import and export: the Department of Commerce (the former Foreign Economic Relations and Trade Department) and the competent departments in charge of foreign economic relations and trade of the provinces, municipalities directly under the central government and autonomous regions shall be respectively responsible for the administration of technology import and export throughout the country and in their respective administration areas. In terms of administration measures, the foreign trade law and regulations adopt a model with strict and loose stipulations combined: basing on the category of the technologies, technologies under prohibition or restriction are subject to strict prohibitions or examination-approval, while technologies not within the two categories are subject to comparatively loose regulations.

In China, the main means of using intellectual property rights are by transfer (transfer of the ownership) and issuance of licenses. If the transferor is to transfer the ownership of industrial property, the Contracting parties shall conclude a written Contract, and the transfer Contract of patent and trademark shall only enter into force after the approval and registration of competent administrative departments, while transfer of computer software may be registered with relevant departments in charge.<sup>21</sup> In case of conducting technology transfer by means of issuing licenses, if the transferor means to provide patent or other technology licenses instead of his own know-how as the subject of licensing, the prerequisites are: firstly, he shall apply and acquire patent or the industrial property in our country, the formula and procedures of which are generally accorded to regulations in international conventions to which both our country and the country where the transferor locates are members or mutual preference agreement, and if these don't exist, the principle of equity and reciprocity shall apply; secondly, the contracting parties shall conclude written Contract and submit to the relevant competent departments for approval or registration.<sup>22</sup> Detailed analysis is as follows:

1. The state prohibits the import and export of technologies under prohibition and adopt examination-approval system towards technology import and export Contract under restriction. For the sake of an easier operation, the former MOFTEC, together with the state economic relations and trade committee, promulgated Decree No15, 2001, publishing the detailed content catalogue of import-prohibited and import-restricted technologies, and the former MOFTEC, together with the state economic relations and trade committee, published Decree No 18, 2001, promulgating Measures for the Administration of Import-restricted and Import-prohibited Technologies, and the former MOFTEC also promulgated Decree No 17,2001, regulating the registration content and procedure of technology import and export Contract. Article 19 of Foreign Trade Law makes detailed regulations of the form of restriction: '*Technologies under import and export restrictions shall be managed by issuing licenses. Technologies managed by issuing licenses may be imported or exported, as prescribed by the State Council, only with the permission of the competent department in charge of foreign economic relations and trade under the State Council or together with relevant departments under the State Council.*' In the trade of technologies under restriction, the functions of licenses are mainly as follows:

<sup>20</sup> Zhangruiping, Analysis to the Administration Model of Technology Import and Export, collected in *Legal System and Society development* (1998), 2<sup>nd</sup> volume. (张瑞平:  
《技术进出口管制模式的分析》，载于《法律体制与社会发展》 1998年第二期）

<sup>21</sup> Referred to article 10 of *Patent Law*, Article 39 of *Trademark law*, article 20 and 21 of *Software Protection Regulation*.

<sup>22</sup> Referred to article 40 of *Copyright Law*, article 18, 19, 21 of *Software Protection Regulation*.

i ) It is documents of approval for technology import and export. Article10. 33: ‘Technologies under import or export restrictions shall be administered by issuing licenses and no technology of this kind may be imported or exported without license.’

ii ) It is the prerequisite for the Contract to enter into force. Article16,38:’If the technology import and export is permitted, the State Council foreign trade department shall issue a technology import license. The technology import Contract shall enter into force from the date on which the technology import license is issued.’

iii) It is the certificate to go through formalities of banking, taxation, customs, foreign exchange, etc.

In respect of the examination-approval procedure of technologies under restriction, the new Regulations and Measures enhanced prior examination. According to Article12-16 of ATIER, Contracting parties shall apply to the State Council foreign trade department for a letter of intent for technology import licensing before they sign technology import Contracts, and then they shall submit a copy of the Contract and relevant documents to the State Council foreign trade department and apply for a technology import license. The technology import Contract shall enter into force from the date on which the technology import license is issued.

A diagram can illustrate the detailed procedure of examination-approval as follows:



According to the ATIER, standards for examination are mainly as follows:

- i ) It shall be advanced and applicable technologies, as regulated by Article 7;
- ii ) The transferor in a technology import Contract shall guarantee the technology provided to be complete, errorless, effective and capable of achieving the agreed technological target;
- iii) In general circumstances, a technology import Contract shall not contain any restrictive commercial terms as prohibited by laws and regulations, as stipulated in detail in Article 29 of the Regulation.<sup>23</sup>

2. For technologies that may be freely imported or exported, the registration formalities of the Contracts on import and export of such technologies can be made on line or with competent departments. Section 3, Article 15 of Foreign Trade Law regulates: ‘Registration of the import or export of technologies that may be freely imported or exported shall be made with the State Council foreign trade department or agencies authorized by it.’ Article17, 39 of the Regulations provide: ‘A Contract registration system shall be instituted for administration of technologies that may be freely imported. For the import or export of technologies that may be freely imported or exported, the Contracts therefore shall enter into force when such Contracts are legally executed, and the registration of the Contracts is not a prerequisite for the entry into force of the Contracts.’

<sup>23</sup> referred to article 29 of ATIER.

Additionally, Administration of Registration of Technology Import and Export Contracts Procedures promulgated by Decree No17 of the former foreign economic relations and trade department makes detailed provisions on the registration content and procedure of the technology import and export Contract. The measures apply leveled management to key projects and non-key projects. Projects established and approved by the State Council, or projects financed or partly financed by the State fiscal budget, loan granted by foreign governments or international financial institutions belong to key projects of technology introduction, whose Contracts shall be registered and managed by the MOFTEC (now the Department of Commerce); while other non-key projects on technology introduction shall be registered by competent local departments of foreign trade according to principle of locality. When the technology import Contracts for key projects come into force, the importer shall make registration on the website of China International E-Commerce Network (<http://info.ec.com.cn>), and submit to MOFTEC the application for registration, copies of the Contracts and documents evidencing the legal status of the Contracting parties for registration. MOFTEC shall check the contents of the Contracts and issue the Registration Certificates for Technology Import Contracts within three working days.

Though the registration system doesn't require the governmental approval as a requirement for the technology import and export Contract to come into force, the government can exert its influence on the content of the Contract through the registration process and supervise its performance. For those Contracts that their parties don't apply for registration or to which the government refuse to register, the government can actually impede the performance by means of controlling the remit of the price, and etc. The examination-approval system can make those technology import and export Contracts that aren't in conformity with the standards unable to enter into force, while the registration system can make Contracts not in conformity with the standards actually unenforceable: achieving the same effect through two different ways.<sup>24</sup>

## 2.The PRC Legislative Control on International TOT

The regulation of the state over technology import and export Contract is mainly reflected in the legal basis of the examination-approval standards adopted by the government for examining or registering Contracts. It mainly contains two aspects: firstly, whether the scope and effect of the Contract are in accordance with the law, and secondly, whether the Contract contains any restrictive business terms prohibited by law.

### *Regulation on the scope and effect of common technology import and export Contract*

Article 14 of the Foreign Trade Law provides: 'The state shall allow free import and export of goods and technologies, however, except as otherwise provided for in laws or administrative rules and regulations'. Articles 7, 30 of ATIER provide: 'The state encourages the import of advanced and applicable technologies', 'the state encourages the export of mature industrialized technologies.' The above-mentioned principle provisions reflect our countries' legislative goal as to encourage the import and export of technologies to promote the international exchange of economic technologies. Under the basic principle of encouraging the import and export of technologies, the state exams the content of Contracts mainly in the following two aspects:

Firstly, regulations on the scope of technology import and export. Articles 8,31 of ATIER and Article 18 of the Foreign Trade Law provide: 'The state shall prohibit or restrict the import or export of technologies falling into any of the categories provided in Articles 16 and 17 of the Foreign Trade

<sup>24</sup> Zhangruiping, Analysis to the Administration Model of Technology Import and Export, collected in *Legal System and Society development* (1998), 2<sup>nd</sup> volume. (张瑞平:

《技术进出口管制模式的分析》, 载于《法律体制与社会发展》 1998年第二期)

Law. The competent department in charge of foreign economic relations and trade under the State Council shall, in collaboration with other relevant departments under the State Council, formulate, readjust and publicize the catalogue of technologies whose import or export is prohibited or restricted.<sup>24</sup> Meanwhile, in order to prevent adverse effect of some emergency conditions on the order of technology import and export, Section (2), Article 18 of Foreign Trade Law further regulates: ‘The competent department in charge of foreign economic relations and trade under the State Council may, independently or jointly with relevant departments under the State Council, subject to the approval of the State Council and within the scope stipulated in Articles 16 and 17 of this law, specially decide to restrict or prohibit the import or export of specific goods or technologies which are not included in the catalogue specified in the preceding paragraph.’

As to circumstances where prohibitions or restrictions can be applied, Article 16 of Foreign Trade Law numerates 10 categories: The state may restrict or prohibit the import and export of the goods and technologies under any of the following circumstances:

- (1) For safeguarding national security or public interests or public morals, there is need to restrict or prohibit imports or exports;
- (2) For the protection of human health or safety, the protection of lives or health of animals and plants, and the protection of environment, there is need to restrict or prohibit the imports or exports;
- (3) For the implementation of measures relevant with the import and export of gold or silver, there is need to restrict or prohibit the imports or exports;
- (4) Due to short supply on domestic market or for effective conservation of exhaustive domestic resources, there is need to prohibit or restrict imports or exports;
- (5) Due to the limited market capacity in the importing countries or regions, there is need to prohibit or restrict imports or exports;
- (6) Due to the serious chaos in the export operation order, there is need to restrict exports;
- (7) For establishing or accelerating the establishment of a particular domestic industry, there is need to restrict imports;
- (8) For any form of agricultural, animal husbandry or fishery products, there is need to restrict imports;
- (9) For safeguarding the state’s international financial position and ensuring the balance of international payments, there is need to restrict imports;
- (10) According to law and administrative regulations, any other imports or exports that need to be restricted or prohibited;
- (11) Under the international treaties or agreements signed or acceded to by the People’s Republic of China, any other imports or exports that need to be restricted or prohibited.’

The following Article 17 deletes regulations on circumstances where ‘the state prohibits import and export’, and substitutes it with ‘the state may, in order to safeguard state security, adopt necessary measures on the import and export in relation to fission and fusion substances, and the goods and technology related to the substances from which these types of substances are derived.<sup>25</sup> During wartime or in order to safeguard world peace and security, the state may adopt any necessary measures regarding import and export of goods and technology’. This modification deletes former law’s definite provision on compulsory prohibition or restriction on import and export, and substitutes it with ‘may prohibit or restrict’. It empowers the government to make different decisions in different circumstances to avoid the rigidity of law, and it better suits the shift of governmental function on macroeconomic control.

---

<sup>25</sup> referred to article 17 of *Foreign Trade Law*

Secondly, regulations on the effect of technology import and export. Article 329 of the Contract Law of the People's Republic of China regulates: 'any technology Contract that illegally monopolizes technologies, impedes technological progress or infringe upon technological results of other is null and void.' Article 343 regulates: 'A technological transfer Contract may stipulate the scope for the transferor and transferee to exploit the patent or to use the technological know-how, but may not restrict technological competition and technological development.' Article 355 regulates: 'Where laws and administrative regulations stipulate otherwise on Contracts for technology import and export... the relevant provisions thereof shall govern.' Article 10 of the People's Supreme Court's *Interpretation* detailed provisions on the technology Contract content provided by Article 329 of the Contract Law as 'illegally monopolizes technology, and impedes the technological progress:

- (1) Restricting the other party from conducting new research and development on the basis of the Contract targeted technology, or the terms on which the two parties are to exchange improved technology is non-reciprocal, including requiring one party to provide independently improved technology to the other party for free, to transfer to the other party on non-reciprocal terms, to acquire exclusive ownership for free or share the intellectual property rights of the improved technologies;
- (2) Restricting the other party from acquiring technologies from other sources;
- (3) Impeding the other party from fully apply the Contract targeted technology in reasonable methods according to the market needs; including unreasonably restricting the quantity, type, sale price, marketing channels and exporting market of products manufactured or services provided by the transferee, applying the Contract targeted technology;
- (4) Requiring the transferee to accept attached conditions that are not indispensable for the implementation of the technology, including the purchase of technologies, services, raw materials, equipment or products that are not necessary and acceptance of talents who are not demanded by the transferee;
- (5) Unreasonably restricting transferee from freely choosing to purchase raw materials, parts and components or equipment from different sources;
- (6) Prohibiting transferee from challenging the effectiveness of the intellectual property right of the Contractual targeted technology.

### **3. Regulations on the Restrictive Business Clause in Technology Transfer**

Restrictive business clause (also called restrictive business practice) in technology transfer is an international problem commonly existing in international technology transfer practice, which usually takes the form of transferor inflicting upon the transferee some unreasonable business restrictions. The reason mainly lays upon the transferor who, out of the purpose of acquiring technological monopolies, market monopolies and sustaining huge interest, in the pretext of protecting the lawful exclusiveness of patent or secret of know-how, takes advantage of his advantageous status in the technology market to inflict upon the disadvantaged transferee kinds of unilateral restrictions that are against voluntary, equity and reciprocity principles. In essence, the transferor, under the pretext of protecting intellectual property rights or technological know-how, pursues unlawful monopoly interest. This kind of Law not only harms the legitimate interest of the transferee, impedes the acquisition and upgrading speed of the transferee's technologies, but also restricts the free trade of technology and fair play of the technology market.

The international society hasn't reached consensus on the definition of restrictive business clause. The definition given in 'A Series of Fair Principles and Rules of Multilateral Agreements on Controlling

'Restrictive Business Practices' (shortly as 'Principles and Rules') formulated by the United Nations 1980 is generally accepted as the comparatively authentic interpretation up till now. It generalized the restrictive business practice as the following conducts and Laws: 'All kinds of conducts and Laws that, in misusing its commanding status in the market power, it restricts the market access or restricts competition by other unlawful means, and thus produces or is likely to produce adverse effects on international trade, especially the developing countries' international trade and their economic development; or by formal or informal, written or unwritten agreements or other arrangements between enterprises, it produces the same effect.' Countries vary in their understanding of the definition and scope of restrictive business practices because of their different economic interests, political systems and status in the international technology transfer, the conflict is especially serious between developed countries and developing countries. How to reach a compromising agreement on legislation is still a problem to be resolved. The following analysis will focus on the legislation and practice of China on the restrictive business clause.

### *1. The Legislation Situation of China on Restrictive Business Practice in International Technology Transfer*

The state's regulation on restrictive business practice in technology import and export can be seen in both national laws and regulations and local regulations. Generally speaking, local regulations are more detailed ones formulated under the principle guidance of laws and regulations, and are standards parties to international technology Contract directly refer to. However, due to the different opening-up level and actual situation among regions, regulations vary in some details in strictness.

The Foreign Trade Law makes a principle and generalized provision. Article 30 provides:<sup>7</sup> Where the owner of the intellectual property rights commits any one of the Laws such as preventing licensees from challenge on the validity of the intellectual property rights specified in the licensing Contract, giving compulsory package license, stipulating terms of exclusive grantback right in licensing Contract and etc, thereby harming the order of fair competition in foreign trade, the State Council departments in charge of foreign trade may adopt necessary measures to eliminate such harm.<sup>8</sup> Article 32 provides:<sup>9</sup> In the course of foreign trade business Activities, no Law of monopoly that violates the provisions of laws and administrative regulations on anti-trust may be implemented. Where a Law of monopoly is implemented in foreign trade business Activities and the fair competition of the market is harmed thereby, the matter shall be handled in accordance with the provisions of laws and administrative regulations on anti-trust. If an illegal Law specified in the preceding paragraph is committed and the foreign trade order is harmed thereby, the State Council department in charge of foreign trade may adopt necessary measures to eliminate the harm.<sup>10</sup>

Under the guidance of the Foreign Trade Law, the Regulations on ATIER make further provisions on the prohibited restrictive business practice: Article 29 of ATIER provides: A technology import Contract shall not contain any of the following restrictive terms:

- (1) Requiring the transferee to accept attached conditions that are not indispensable for the import of the technology, including the purchase of technologies, raw materials, products, equipment or services that are not necessary;
- (2) Requiring the transferee to pay royalties or to undertake relevant obligations for the technology the patent of which has expired or been declared invalid;
- (3) Restricting the transferee from making improvements to the technology provided by the transferor or restricting the transferee from using the improved technology;
- (4) Restricting the transferee from acquiring, from other sources, technologies similar to or competitive with the technology provided by the transferor;
- (5) Unreasonably restricting the channels or sources from which the transferee buys raw materials, parts and components, products or equipment;
- (6) Unreasonably restricting the quantity, type or sale price of the products



manufactured by the transferee; or

- (7) Unreasonably restricting the export channels of the products manufactured by the transferee with the importer technologies.

ATIER make some substantial modifications on the former 1985 Regulations and changes to some extent the ‘patriarchy’ administration model adopted by the former 1985 Regulations and its Rules of Implementation under the economic system of that time. Under the modern enterprise system, enterprises are the subjects of market Activities and have independent operation rights over the legal person’s property. Enterprises, as the party to the Contractual technology license agreement, shall have the freedom to Contract like other Contracting parties. Whether to introduce a technology and in what conditions to introduce a technology are for the enterprise to decide independently.<sup>26</sup> Comparing the two regulations, the scope of restrictive business practice reduces from 9 items to 7, and the deleted two items are:

(1) The grantback of improved technologies. The former Detailed Rules of Implementation of the Regulations provided that the transferee shall provide improved technologies on the same condition as the transferor providing improved technologies. However, the new Regulations not only delete the provision of ‘on the same condition’, but also delete Article 9 of the former Regulations providing ‘the two parties exchange the improved technologies on non-reciprocal condition’. This actually grants the Contracting parties freedom to negotiation concerning the issue of technological grantback. The two Contracting parties may agree to the exchange means of the improved technology, not necessarily on the same condition. This doesn’t mean our country has allowed the non-reciprocal exchange of improved technologies. The Supreme People’s Court on the Summary of Several Issues Concerning the Trial over Technology Contract Disputes still considers Laws as ‘the two parties improve technologies on non-reciprocal conditions, including one party provides independently-improved technology to the other party for free, for exclusive ownership or shares the intellectual property rights of the improved technology with the other party’ as circumstances referred to by Article 329 of the Contract Law as ‘illegally monopolizes technologies and impedes the technological progress.’ Then what is the purpose of such modification made by the new Regulations? It mainly aims to immune some technology grantback that doesn’t violate ‘equity and reciprocity, not impeding fair competition principle’. For example, if the improved technology can be independent from the transferred technology, the transferee may grantback the non-exclusive license to the transferor

(2) The continuous use of technology after the expiration of the Contract. The new Regulations delete the article of former Regulations and its Detailed Rules of Implementation providing ‘the Contract shall not provide to prohibit the transferee from continuingly using the technology after the expiration of the Contract unless permitted by the approving agencies’. Thus, under the system of the new Regulations, the right to decide whether to continue the usage or not is handed back to the Contracting parties. They can negotiate on the continuous use of the technology according to their own express of will and the principle of fair and reasonableness. It is in conformity with the foundation of the Contract theory: the requirement of party autonomy.

The residual 7 items of restrictive business practices, though remained, have also been moderately modified: deleted the provision that ‘requiring the transferee to pay royalty or undertake obligations for patent not used’, for non-usage doesn’t necessarily mean the loss of value, and it is reasonable to pay royalty or undertake obligations since the targeted technology is worth importing;<sup>27</sup> added ‘restrictive transferee’, since the transfer of technology is in itself a dynamic process, and the

<sup>26</sup> Liyongjie, Comment on the Control of Anti-Competition Activities in the Technology Transfer, *Law Master Essay of Foreign Economic and Trade University*.

(李咏捷：《论技术许可中反竞争行为的控制》，对外经济贸易大学法律硕士论文）

<sup>27</sup> Zhangweijun, New Change to the Law System of Technology Import and Export, collected in *Research and Developments of WTO*. (张伟军：《技术进出口法律制度的新变化》，载于《世界贸易组织动态与研究》2002年第4期)

improved technology is the extension of the original technology together with which can it achieve the expected goals of the transferee, so it is reasonable to transfer it to the transferee; substituted the prohibition and restriction of irrelevant tied-up purchase with prohibiting ‘not indispensable’ tied-up purchase, in the main consideration that the equipment, raw materials of enterprises in our country cannot reach the provided standards at present time, and without the import of related equipment, parts and components or raw materials, the technological products may not be qualified or even cannot be manufactured at all, so in this circumstances, reasonable tied-up purchase becomes very important; and based on the same reason, added the restrictive ‘unreasonable’ before ‘restricting the transferee from purchase, from other channels or sources, raw materials, parts and components, products or equipment’, and ‘restricting the manufacturing quantity, type and sale quantity of the transferee’s products’.

## *2. Thoughts on the existing problems in the legislation on restrictive business practice in the international technology transfer*

From PRC’s relevant laws and regulations, it is not difficult to see that the state neither accepts nor denies all kinds of restrictive business practices in technology transfer, but Laws according to the needs of specific circumstances. The force of restrictive business practice is determined by principle of reasonableness, not naturally effective or void.<sup>28</sup>

The new Regulations make new definition of the scope and content of restrictive business practice, and shift the focus of administration method from prior examination to post supervision. These new changes can better adapt to the tendency of liberation of the international trade, learn from provisions of competition law of developed countries, and also show the legislation tendency of simplifying administration and delegating rights and respecting the express of wills of Contracting parties. However, with respect to the current legislation model and specific provisions concerning restrictive business practice of our country, there are still some defects which require improvements in future legislation or modification.

(1) In defining the scope, type and determining the effect of restrictive business practice, there are considerable conflicts between national legislations, national and local legislations, which leads to the confusion of Contracting parties when concluding technology transfer Contract as to the choice of applicable law. The conflicts are especially serious before the promulgation of the new regulations. For example, Interim Provisions on Technology Introduction of Guangzhou SEZ promulgated by people’s government of the Guangzhou municipality provides on restrictive business practice almost as the same as the former Regulations, but cannot suit well with the modification of the new Regulations; Article 9 of Rules of Xiamen SEZ on the Import of Technology promulgated by People’s Congress Standing Committee of Fujian Province enumerates only four items: ‘paying royalties for patent technology that has already expired or become invalid, restricting the transferee from introducing technologies from other sources, restricting improvement or development of the technologies in the process of using and other attached conditions that are obviously unfair’, then are all Laws that are not provided cannot be considered as restrictive measures? If can, where is the legal reason, and if cannot, there will be a conflict that a certain kind of business practice is considered legal in Xiamen Special Economic Zone while considered as restricting competition in other regions. The new regulations delete two items of the original 9 items of the restrictive business clause, and make broader definition of six items among the residual 7 items. However, most of the local regulations haven’t been timely updated and renewed. Thus, there won’t be a conflict between higher and lower level regulations temporarily. But in the situation of the present striking unbalanced development among regions of our country, blank in substantive regulations on technology import and export is not the best way to solve practical problems concerning the technology transfer. What’s more, the new

<sup>28</sup> Yuguoqing, *Laws and Practice of International technology Transfer* (2000), People’s Court Press, p. 417.

(庾国庆：《国际技术转让法律与实务》，人民法院出版社 2000年版，417页）

Regulations follow legislation method that provides more principles than detailed provisions, leaving many practical problems to be interpreted or solved by regional regulations and provisions.

(2) Up till now, there hasn't been a clear and complete definition on what is restrictive business practice. Though regulations and other laws have enumerated the detailed practices, a substantive definition on restrictive business practice is still lacking. No laws or regulations can exhaust all kinds of restrictive business practices that shall be prohibited. With the development of international technology trade, transferor will resort to more new and changed restrictive business practice. The former laws and regulations cannot deal with these new and changed practices unless they shall be updated frequently, which will on the other hand harm the stability of laws. So if the laws of our country don't give a complete definition timely, it will leave loopholes for those transferors who want to take advantage from them. It will not only do harm to the legal interest of transferees of our country, but also impair the equal and reciprocal competition order.

(3) At present, our country adopts 'development' theory in determining whether it constitutes restrictive business practice and use 'principle of reasonableness' to regulate those practices not absolutely prohibited. However, when using the principle of reasonableness to determining restrictive business practice, the standards of 'reasonableness' is ambiguous, and the practical conduct is for the examination-approval agencies to decide. Though these agencies have a better understanding of state's policy towards technology trade and national interests than enterprises, these agencies cannot represent Contracting parties who know their own specific and detailed interests best, since most technology transfer Contract won't reach to such a degree as to influence the national interests. So the 'reasonable' shall not be the 'reasonable' considered by these agencies, but a reciprocity that won't impair competition or national interest. Though at present our country is technology-importing based, in the long term, it will transmit gradually to both technology import and export based, even technology-export based. Thus, when legislating, in one hand, as a technology-importing country, we shall protect our interests; in the other hand, as a technology-exporting country we cannot constrain ourselves by too complicated provisions.<sup>29</sup> Considering the advantages and disadvantages, competition standard supplemented with reasonable consideration of development standard is suggested.

#### 4. China's administration on technology investment of enterprises with foreign investment or technology transfer Contract

Foreign parties making technology investment in economic and technology cooperation is also an important means of international technology transfer. ATIER only provides that the examination and approval standards and procedures of laws on enterprises with foreign investment can be applied to this special form of technology transfer.<sup>30</sup> Enterprises with foreign investment in China mainly take the three forms of Sino-foreign equity joint ventures, Sino-foreign Contractual joint ventures and exclusively foreign-owned enterprises. Provisions of relevant laws and regulations and detailed rules of implementation on technology investment also exert management on the two above-mentioned aspects. The following analysis will take the 'Sino-foreign Equity Joint Ventures Law' and its rules of implementation as an example.

(1) Provisions on the scope of technology introduction. Section 1, Article 5 of the Sino-foreign Equity Joint Ventures Law provides: 'The technology or equipment contributed by a foreign party as investment shall be truly advanced and appropriate to China's need.' Article 3 of Rules of Implementation of the Sino-foreign Equity Joint Venture Law makes supplementary provisions on

<sup>29</sup> Fanzhipeng, Thought and Countermeasures of Anti-Competitive Activities in the technology Transfer, collected in *Advancement and Countermeasures of Science and Technology* (1997), 4<sup>th</sup> volume. (范志鹏：《技术贸易中限制性商业行为的思考与对策》，载于《科技进步与对策》1997年第14卷 第4期)

<sup>30</sup> referred to article 22 of ATIER.

this: ‘Industries in which the establishment of joint ventures is encouraged, permitted, restricted or prohibited by the State shall be handled in accordance with the provisions of the State for directing foreign investment and Foreign Investment Industrial Guidance Catalogue.’ The implementing regulations also provide the scope of technology investment in joint ventures by enumerating the scope of ventures that cannot be established. Article 4 provides on circumstances where the technology introduction shall not be approved:

- Where China's sovereignty would be harmed;
- Where China's laws would be violated;
- Where the requirements for the development of China's national economy would not be satisfied;
- Where environmental pollution would be caused; or
- Where there is obvious inequity in the agreement, Contract or articles of association signed, causing harm to the rights and interests of one party.

(2) Provisions on the effect the technology introduction ought to achieve. Equity joint ventures shall lay stress on economic results, and as a result, the technology transfer during its establishment and operation shall also be helpful to the improvement of the venture’s beneficial results and the upgrading of the technology capacity of the importing country. Article 26 of the Rules of implementation of the Sino-foreign equity joint venture law provides: ‘Industrial property or know-how contributed by the foreign party as investment shall meet one of the following requirements:

- Can notably improve the property, quality of the present product, and improve production efficiency;
- Can notably save raw material, bunker or energy.

(3) The foreign enterprises Contract shall include technology-introduction article or conclude an independent technology-introduction Contract to regulate the technology investment by the foreign party. Chapter 6 ‘technology transfer’ of the implementing regulations makes specific provisions on this. Article 41 provides: ‘The technology acquired by the joint venture shall be appropriate and advanced and shall enable the venture's products to have clear domestic social and economic results or to be competitive on the international market. Article 42 provides: ‘The right of a joint venture to independent business management shall be preserved when making technology transfer agreements. Relevant information shall be provided by the technology exporting party in accordance with the provisions of Article 26 of these Regulations.’ Article 43 further provides: ‘Technology transfer agreements signed by a joint venture shall be submitted to the examination and approval authority for approval. Technology transfer agreements shall comply with the following stipulations:

- Fees for the use of technology shall be fair and reasonable;
- Unless otherwise agreed by both parties, the technology exporting party shall not restrict the quantity, price or region of sale of products that are to be exported by the technology importing party;
- The term of a technology transfer agreement shall generally be no longer than ten years;
- After the expiry of a technology transfer agreement, the technology importing party shall have the right to continue to use the technology;
- Conditions for mutual exchange of information on the improvement of technology by both parties of a technology transfer agreement shall be reciprocal;
- A technology importing party shall have the right to buy the required machinery, equipment, spare parts and raw materials from sources it considers suitable; and
- No unreasonable or restrictive clauses prohibited by the laws or regulations of China shall be included.

(4) Provisions on the contribution of technology as investment. Article 26 of the implementing regulations makes clear requirements that: ‘A foreign investor that capitalize industrial property or proprietary technology according to its value shall present relevant information on the industrial property or proprietary technology, including photocopies of the patent certificates or trademark registration certificates, statements of validity, its technical characteristics, practical value, the basis

for conducting valuation and the price agreement signed with the Chinese investor. The above information shall be annexed to the Contract.' Then, Article 27 further provides: 'The machinery, equipment or other materials, industrial property or proprietary technology contributed by a foreign investor as investment shall be submitted to the examination and approval authority for approval. At last, Article 29 requires: 'After the investment is paid by the parties to a joint venture, a Chinese chartered accountant shall verify it and provide a verification certificate, in accordance with which the joint venture shall issue an investment certificate.'

(5) Provisions of Chapter 6 'technology import' of these implementing regulations shall also apply to other means of technology transfer besides the contribution of technology as investment. The most distinguish difference between the two is the settlement of disputes and the application of law. As only the law of the PRC shall be applied to the conclusion, effect, interpretation and execution of the Contract of three kinds of foreign investment enterprises, and courts of the PRC have exclusive jurisdiction of this, the technology transfer clause or Contract of the contribution of technology as investment, as part of the principal Contract or accessory Contract, shall be subject to the compulsory jurisdiction of the courts of the PRC and the compulsory application of the Chinese laws. While other means of technology transfer other than the contribution of technology as investment constitute an independent transfer legal relation, and shall subject to provisions on application of law and settlement of disputes adopted by the PRC for general foreign-related Contracts.

### Part III: International Private Law Legislation and Practice of China over the International Technology Transfer Contract

An international technology transfer usually involves two kinds of legal relations: one is the Contract legal relation of international transfer, and the other is administrative legal relation of international technology transfer.<sup>31</sup> As to the first one, as every international technology transfer Contract will involve foreign elements to some extent, it is very likely to lead to conflict of two or more than two countries over the applicable law; while as for the later one, it refers to the administer and administered relation between the government and the technology Contract parties. Because of the speciality of the target matter of international technology transfer, almost every country promulgates its own laws and regulations controlling the technology transfer involving foreign elements to protect its own public policy. As these laws and regulations have strict locality, there are usually no conflicts as to this aspect of international technology transfer Contract.

#### **1. Provisions on the issue of jurisdiction on international technology transfer of China**

If parties to technology Contract neither conclude arbitration clause in the Contract prior to the dispute, nor reach agreement to submit to arbitration after the dispute, if dispute does occur, under the condition of a failed or broken negotiation and conciliation, any party has the right to bring a suit before the court to solve the dispute. In the resolution of a judicial suit, the first issue to decide is the jurisdiction of the court.

From the provisions of laws of every country, standards for deciding jurisdiction are mainly as follows: territorial jurisdiction, personal jurisdiction, agreed jurisdiction and exclusive jurisdiction. According to Article 237 of Civil Procedure Law: 'on the issue of jurisdiction over technology transfer Contract involving foreign element, if other relevant laws and regulations have specific provisions,

<sup>31</sup> Guoshoukang, *International Technology Transfer* (1989), Legal Press, p. 155.

(郭寿康: 《国际技术转让》, 法律出版社 1989年版, 155页)

such provisions shall apply; if there is no such specific provisions, the general provisions on jurisdiction of the Civil Procedure Law shall apply'. Thus, according to Civil Procedure Law and other relevant laws and regulations, the following principles are to be applied in deciding court jurisdiction over disputes on technology transfer Contract involving foreign element.

(1) According to Article 22 of Civil Procedure Law, principle of 'jurisdiction on the defendant' shall apply in deciding jurisdiction of economic and trade cases involving foreign element. In detail, if the defendant is a natural person, courts of our country have jurisdiction if he has residence or domicile within our country; if the defendant is a legal person or non-legal entity, our courts have jurisdiction if its representative agency is within our country. This is the reflect of territorial jurisdiction.<sup>32</sup>

(2) For disputes arising from Contract, our court has jurisdiction if the performing place of the Contract is in our country. Additionally, Article 243 provides: 'in specific circumstances, in the case of an action concerning a Contract dispute or other disputes over property rights and interests, brought against a defendant who has no domicile within the territory of the People's Republic of China, if the Contract is signed or performed within the territory of the PRC, or if the object of the Action is located within the territory of the PRC, or if the defendant has distrainable property within the territory of the PRC, or if the defendant has its representative office within the territory of the PRC, the people's court of the place where the Contract is signed or performed, or where the object of the Action is, or where the defendant's distrainable property is located, or where the defendant's representative office is located, shall have jurisdiction.'

(3) According to Article 24, the parties may agree to choose in their written Contract the jurisdiction court that has substantial relations with the dispute. If the defendant in Action involving foreign element doesn't challenge on the jurisdiction of the people's court and replies with defense, the court is considered to have jurisdiction. This is the reflection of agreed jurisdiction.

(4) Dispute arising from technology transfer clause involved or contained in Sino-foreign Equity Joint Ventures Contract, Sino-foreign Contractual Joint Ventures Contract and Sino-foreign Cooperation in Exploiting and Exploration of Natural Resources Contract performed within the territory of the PRC, shall be subject to the jurisdiction of the people's court. This is the mandatory provision of exclusive jurisdiction that cannot be changed by any agreement between the Contracting parties.

The *Interpretation* provide the level jurisdiction in article 43 that' Belonging to IP disputes, the technology contract disputes are usually under the jurisdiction of courts at or above intermediate level with the exception of other prescription by other judicial interpretations. High courts can designate certain courts at county level for the first trial after approval from the Supreme Court. Also in article 43, it provides that' in a contract with both the technology and other contents, disputes arising from both aspects will be subject to the jurisdiction of the court with technology jurisdiction. In the case that parties mixed technology contract and other contracts in a miscellaneous contract or the title was inconsistent with promissory right and duty of the contract, article 42 of Interpretation provides that court should ascertain the nature of the case based on the content of their disputes and promissory right and duty of the parties.

## 2. China's attitude toward and regulations on the application of law of the international technology transfer Contract

In respect of the international uniform substantive rules and rules of conflicts, there haven't been any uniform and effective rules up till now, because there is great disparity between countries' regulations

<sup>32</sup> Yuguoqing, *Laws and Practice of International technology Transfer* (2000), People's Court Press, p. 445.  
(庾国庆：《国际技术转让法律与实务》，人民法院出版社 2000年版，445页）

on the issue of the choice of applicable law of the parties to the international technology transfer Contract. During the drafting process of the ‘drafted code of conduct for technology transfer’ conducted by the UN Committee of Trade and Development, the article of application of law, as an important part of the draft, is the part that is most disputed and debated by the two main groups. Therefore, as for the current situation, the law application problem of the international technology transfer Contract is still limited to the substantive rules of every country. Party autonomy combined with the most significant relations principle is the commonly adopted principle to solve the problem of the applicable law of Contract by countries worldwide, and this principle can also be applied in the field of technology Contract. Because of the speciality of the technology Contract and the compulsionness of state’s administrative interference, mandatory rules have been a new kind of practice in the application of law for international technology transfer Contract.<sup>33</sup> Nowadays, the dispute mainly focuses on the scope of party autonomy and whether there is necessity to formulate mandatory rules.

China’s legislation doesn’t make specific regulations on the application of law for international technology transfer Contract, and generally considers it as the general kind of Contract, and deals with it according to the general provisions of the Contract law. According to our current legislation, the general rule adopted in solving the application of law for the international technology transfer Contract is: both parties to the international technology transfer Contract may choose the applicable law of the Contract. But when the parties didn’t make a choice or failed to make an effective choice, the law of the country that has the most significant relationship with the international technology transfer Contract shall apply. So the state also adopts the principle of limited party autonomy combined with the most significant relationship. Detailed analysis is as follows:

1. The parties choose the applicable law by party autonomy. Article 145 of the GPCL and Article 126 of the Contract law provide that parties to a foreign-related Contract may choose the applicable law to settle their Contractual disputes, except as otherwise stipulated by law. The ‘otherwise stipulated by law’ is a limitation of the party autonomy, and it is mainly reflected as follows:

According to Article 142 of GPCL, mandatory rules in international treaties concerning the resolution of international technology transfer Contract disputes concluded or acceded to by PRC, shall be directly applied, and the optional rules may be applied when the parties choose to; if any international treaty concluded or acceded to by PRC contains provisions different from those in the civil laws of the PRC, the provisions of the international treaty shall apply, unless the provisions are ones on which the PRC has made reservations.

When choosing a foreign law as applicable law, if that foreign law doesn’t have any relevant provisions concerning the disputes between the parties, international practice may be referred to.

When the applicable law is a foreign law, and the PRC cannot determine its content and cannot ascertain by means of ascertainment of foreign law provided by the laws of the PRC, the relevant laws of the PRC may be referred to in order to settle the disputes.

According to Article 150 of GPCL, when the applicable law is a foreign law, if the application of that foreign law violates the basic principle of laws of the PRC or the public interest of the PRC, such foreign law shall not be applied and relevant PRC laws shall apply.

Article 126 of the Contract Law provides that: for technology introduction as part of the foreign investment contained in Contracts on Sino-foreign equity joint ventures, Sino-foreign Contractual joint ventures and on Sino-foreign cooperation in exploring and exploiting natural resources, the laws of the PRC shall apply.

2. If the parties to a foreign-related Contract fail to make a choice of applicable law or the choice is void, the court can be decided by principle of the most significant relationship. Article 126 of the Contract Law has provisions on this. For standards to decide ‘the place of the most significant relationship’, the people’s supreme court’s reply on several issues concerning the application of

<sup>33</sup> Anli, *International Technology Transfer Law* (2003), China Legal Press, p. 274.

(安丽：《国际技术转让法》 中国法制出版社 2003年版，274页）



foreign-related economic Contract stipulates that: for technology Contract, when the parties fail to make such choice, the law of the country where the transferee's operating premises locates shall be applied; but if the Contract is obviously more closely related with laws of another country or region, the court shall apply laws of that country or region to deal with the dispute. Though the Law of Foreign-related Economic Contract Involving Foreign Elements has been combined with other two Contract laws to become the uniform Contract Law, the former means of dealing with disputes can be followed before the interpretation of the Contract Law is promulgated, under the premise of not violating the basic principles and goals of the Contract Law.

3. In the special circumstances of Sino-foreign equity joint Contract and Sino-foreign Contractual joint Contract, the application of law is comparatively complicated concerning both the technology transfer Contract or technology transfer clause. If the foreign party contributes technology as part of investment for the establishment of Sino-foreign equity joint venture or Sino-foreign Contractual joint venture, whatever forms it takes, it is part of the Sino-foreign equity or Contractual joint venture Contract, and therefore shall apply the law of our country according to the provisions of the Contract Law of the PRC. If after the establishment of equity or Contractual joint venture, the foreign party transfers technology to that venture in the form of technology transfer Contract, then shall this technology transfer Contract be considered as an independent Contract? There is no uniform opinion at present to this question. But analyzing from the jurisprudence point of view, this technology transfer Contract has close and inseparable relations with the original equity or Contractual joint venture Contract both in economic and legal aspects. Though the technology transfer Contract is between the joint venture and the foreign party, actually the foreign party always holds more than half shares in the equity or Contractual joint venture, the goal of the conclusion of the technology Contract is to fulfill the aim of the original equity or Contractual joint venture, and the performance of the two Contract is within the territory of our country. Thus, in this sense, this technology transfer Contract can be considered as the accessory Contract to the principal Contract of equity or Contractual joint venture. As a result, the application of law shall be in consistence with the principal Contract and apply the law of our country.

4. The application of law for technology Contract of several special subject matters. Article 41 of the *Briefs* provides: 'Contractual disputes about the transfer of technological achievements on new medicines, the transfer of the right to applying for new plant types, transfer of new plant type's right and license for usage, and etc, shall be regulated by provisions of the general principles of the Contract Law, and in accordance with Chapter 18 of the Contract Law and the provisions of this summary on the technology transfer Contract; but if it is otherwise regulated by the law, that provision is to apply.' Article 42 provides: 'for contractual dispute concerning the development, license and transfer of computer software, if it is otherwise provided by the copyright law or any other laws, such provision shall apply; if there is no such specific provision, the general principle of the Contract law shall apply, and Chapter 18 of the Contract law and relevant provisions of this summary may be referred to.' Article 46 of *Interpretation* also provides similarly on this issue.

## ACTUALITEIT / ACTUALITÉ

### Nieuwe adoptiewetgeving in werking getreden – La nouvelle législation concernant l'adoption est entrée en vigueur

In het *Belgisch Staatsblad* van 29 augustus 2005 werd het **Koninklijk Besluit van 24 augustus 2005** tot vaststelling van maatregelen houdende uitvoering van de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie, van de wet van 13 maart 2003 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de adoptie betreft en van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, gepubliceerd. Overeenkomstig artikel 6 van dat koninklijk besluit traden de wet van 13 maart tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de adoptie betreft<sup>1</sup> en de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie<sup>2</sup> in werking op **1 september 2005**. Op dezelfde datum traden afdeling 2 van Hoofdstuk V en de artikelen 131 en 139, 5° en 12° van het Wetboek internationaal privaatrecht in werking (artikel 7 van het Koninklijk besluit).

In dezelfde editie van het *Belgisch Staatsblad* werden eveneens gepubliceerd :

- het **Ministerieel besluit van 24 augustus 2005** tot aanwijzing van de federale centrale autoriteit inzake interlandelijke adoptie, bedoeld in artikel 360-1, 2°, van het Burgerlijk Wetboek;
- de **Oenzendbrief van 24 augustus 2005** betreffende de tenuitvoerlegging van de hervorming van de adoptie.

Au *Moniteur Belge* du 29 août 2005 fut publié l'**Arrêté royal du 24 août 2005** fixant des mesures d'exécution de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, de la loi du 13 mars 2003 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'adoption et de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé. En vertu de l'article 6 dudit arrêté, la loi du 13 mars 2003 modifiant le Code Judiciaire en ce qui concerne l'adoption<sup>3</sup> et la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption<sup>4</sup>, entrèrent en vigueur **le 1<sup>er</sup> septembre 2005**. Au même jour, section 2 du Chapitre V et les articles 131 en 139, 5° et 12°, du Code de droit international privé entrèrent en vigueur (article 7 de l'arrêté royal).

Furent publiés dans la même édition du *Moniteur Belge*:

- l'**Arrêté ministériel du 24 août 2005** désignant l'autorité centrale fédérale en matière d'adoption internationale, visée à l'article 360-1, 2°, du Code Civil;
- la **Circulaire du 24 août 2005** relative à la mise en œuvre de la réforme de l'adoption.

<sup>1</sup> B.S. 16 mei 2003.

<sup>2</sup> B.S. 16 mei 2003. Die wet werd gewijzigd door de wet van 16 juli 2004 (B.S. 27 juli 2004), de programmawet van 27 december 2004 (B.S. 31 december 2004) en de wet van 20 juli 2005 (B.S. 29 juli 2005).

<sup>3</sup> M.B. du 16 mai 2003.

<sup>4</sup> M.B. du 16 mai 2003. Cette loi fut modifiée par la loi du 16 juillet 2004 (M.B. du 27 juillet 2004), la loi programme du 27 décembre 2004 (M.B. du 31 décembre 2004) et la loi du 20 juillet 2005 (M.B. du 29 juillet 2005).

## **Voorstel tot uitbreiding Brussel I Vo en Betekeningsverordening naar Denemarken – Proposition d'accord étendant les règlements n° 44/2001 et n° 1348/2000 au Danemark**

De Europese Commissie heeft op 15 april 2005 een voorstel ingediend van besluit tot het ondertekenen en sluiten van een overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en het Koninkrijk Denemarken houdende de uitbreiding van het toepassingsgebied van de Brussel I Vo<sup>1</sup> tot Denemarken (**COM (2005) 145 definitief**). Op 18 april 2005 volgde een voorstel van besluit tot het ondertekenen en sluiten van een overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en het Koninkrijk Denemarken houdende de uitbreiding van het toepassingsgebied van de Betekeningsverordening<sup>2</sup> tot Denemarken (**COM (2005) 146 definitief**).

Le 15 avril 2005, la Commission européenne présenta une proposition de décision relative à la signature et la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark étendant le champ d'application du Règlement Bruxelles I<sup>3</sup> au Danemark (**COM (2005) 145 final**). Le 18 avril 2005, ladite proposition fut suivie par la proposition de décision concernant la signature et la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark étendant le champ d'application du Règlement relatif à la signification et à la notification<sup>4</sup> au Danemark (**COM (2005) 146 final**).

---

<sup>1</sup> Verordening nr. 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PB* 2001 L 12 van 16 januari 2001, 1-23).

<sup>2</sup> Verordening nr. 1348/2000 van de Raad inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en handelszaken (*PB* 2000 L 160 van 30 juni 2000, 37-52).

<sup>3</sup> Règlement n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*JO* 2001 L 12 du 16 janvier 2001, 1-23).

<sup>4</sup> Règlement n° 1348/2000 du Conseil relatif à la signification et al notification dans les États membres d'actes judiciaire et extrajudiciaire en matière civile et commerciale (*JO* 2000 L 160 du 30 juin 2000, 37-52).

## **Convention de La Haye sur les accords d'élection de for ouverte à la signature – Haags verdrag inzake forumbedingen open voor ondertekening**

Le 30 juin 2005, la *Convention sur les accords d'élection de for* fut conclue dans la Conférence de La Haye de droit international privé<sup>1</sup>. La Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois après le dépôt du deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion (article 31 de la Convention)<sup>2</sup>.

Op 30 juni 2005 werd in de schoot van de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht het *Verdrag betreffende forumbedingen*<sup>3</sup> gesloten<sup>4</sup>. Het zal in werking treden op de eerste dag van de maand die volgt op de derde maand na het neerleggen van de tweede akte van ratificatie, aanvaarding, goedkeuring of toetreding (artikel 31 van het Verdrag)<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Voy. La contribution de Thalia Kruger, publiée dans ce numéro.

<sup>2</sup> L'état actuel de la convention peut être consulté sur le site de la Conférence: <http://hcch.e-vision.nl>.

<sup>3</sup> Vrije vertaling; er is nog geen officiële Nederlandse vertaling.

<sup>4</sup> Zie de bijdrage van Talia Kruger, gepubliceerd in dit nummer.

<sup>5</sup> De stand van het verdrag kan geconsulteerd worden op de website van de Haagse Conferentie: <http://hcch.e-vision.nl>.

## Nieuwe boeken – Nouvelles publications

S. FRANCQ, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 736 p.

ORDE VAN ADVOCATEN TE KORTRIJK (ed.), *Internationale aspecten in de verschillende takken van het recht*, De Boeck & Larcier, 2005, 424 blz.

Met o.a. volgende bijdragen:

“Internationaal privaatrechtelijk familierecht: Echtscheiding – Ouderlijk gezag – Onderhoudsgeld” (Erna Guldix); “Krachtlijnen van het nieuwe Wetboek van Internationaal Privaatrecht” (Johan Erauw); “De EEX-Verordening in de praktijk: enkele knelpunten” (Marta Pertegás Sender); “Raakvlakken en afgrenzing tussen het Weens Koopverdrag en het gemeen recht” (Eric Dursin); “Recente rechtspraak Weens Koopverdrag: de keurings- en kennisgevingsplicht van de koper” (Kristof Cox); “Distributierecht vanuit mededingingsrechtelijk perspectief: voorstel van praktische aanpak” (Frank Wijckmans); “Grensoverschrijdende Insolventie – recente ontwikkelingen” (Patrick Wautelet)

F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, De Boeck & Larcier, 2005, 1040 p.

H. STORME en S. BOUZOUMITA, *Recente evoluties in het internationale pravaatrecht betreffende arbeidsovereenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 2005, 127 blz.

P. WAUTELET (réd.), *Actualités du contentieux familial international*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2005, 296 p.

Avec les contributions suivants:

“Guide pratique des sources du contentieux familial international” (Patrick Wautelet); “La célébration et la validité du mariage” (Sylvie Saroléa); “La dissolution du mariage en droit international privé – compétence, droit applicable et reconnaissance des décisions étrangères” (Patrick Wautelet); “Le contentieux familial provisoire: aspects de droit international privé” (Fleur Collienne); “La responsabilité parental, l'enlèvement des enfants et les obligations alimentaires” (Marta Pertegás Sender); “Enlèvement international d'enfants – la pratique des juridictions belges” (Fleur Collienne et Patrick Wautelet); “Nouvelles formes de relation de couples. Mariage entre personnes du même sexe, partenariat enregistré, Pacs etc.” (Stéphanie Francq).