

Tijdschrift@ipr.be

Tijdschrift voor
Internationaal Privaatrecht

Revue de Droit International Privé

Revue@dipr.be



6^{de} jaargang – nr. 1 – juni 2007

6^{ième} année – n° 1 – juin 2007

Redactie – Rédaction:

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

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

Henri Storme (FWO – UGent)
Lotte Vanfraechem (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. Het tijdschrift werkt met "peer-review". Publicatie gebeurt alleen na controle door de redactieraad. Een weigering moet niet worden gemotiveerd.

Citeerwijze

Tijdschrift@ipr.be 2007, nr. 1, 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
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 2007, n° 1, p. ...

Inhoud/Contenu

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Hof van Justitie, zaak C-292/05 (Lechouritou e.a.),
arrest van 15 februari 2007

Cour de cassation, arrêt du 12 octobre 2006

Hof van Cassatie, arrest van 6 oktober 2006

Hof van Beroep te Gent, arrest van 18 mei 2006

Hof van Beroep te Gent, arrest van 30 maart 2006

Hof van Beroep te Gent, arrest van 23 september 2004

Hof van Beroep te Brussel, arrest van 2 februari 2004

RECHTSLEER/DOCTRINE

Herman Verbist - Bemiddeling in internationale
context

Liselot Samyn – La loi applicable à l'opposabilité de
la cession de créance aux tiers autres que le débiteur
cédé

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Lettre ouverte au Président de la République de
quarante juristes universitaires au sujet du « règlement
sur la loi applicable aux obligations contractuelles » et
contre-lettre ouverte

Verdediging proefschrift Clive Rommelaere



INHOUDSOPGAVE/TABLE DES MATIÈRES

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE..... 7

Hof van Justitie, zaak C-292/05 (Lechouritou e.a.), arrest van 15 februari 2007..... 7

Onrechtmatige daad – Vordering tot schadevergoeding wegens handelingen van strijdkrachten in oorlogstijd – Immuniteit van staten – EEX-verdrag – Toepassingsgebied – Burgerlijke zaken – Begrip – Artikel 1, eerste lid, eerste volzin – Handelingen krachtens overheidsbevoegdheid buiten het toepassingsgebied..... 7
Acte illicite — Action en indemnisation en raison des agissements des forces armées en temps de guerre – Immunité des états – Convention de Bruxelles — Champ d'application — Matière civile — Notion — Article 1er, premier alinéa, première phrase – Actes dans l'exercice de la puissance publique pas dans le champ d'application..... 7

Cour de cassation, arrêt du 12 octobre 2006..... 14

Acte illicite – Accident de la circulation – Action en dommages et intérêts conformément à l'article 29bis de la loi belge du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs – Droit applicable – Convention de la Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière – L'implication de fait dans l'accident litigieux d'un seul ou de plusieurs véhicules pertinent pour l'application des articles 3 et 4 – Lex loci delicti commissi – L'absence d'une disposition analogue à l'article 29bis ne porte pas atteinte à l'ordre public international belge..... 14
Onrechtmatige daad – Verkeersongeval – Vordering tot schadevergoeding conform artikel 29bis van de Belgische Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen – Toepasselijk recht – Verdrag van 's Gravenhage van 4 mei 1971 inzake de wet welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg – Feitelijke betrokkenheid bij het ongeval van één of meer voertuigen relevant voor de toepassing van de artikelen 3 en 4 – Lex loci delicti commissi – Afwezigheid van een aan artikel 29bis analoge bepaling niet strijdig met de Belgische internationale openbare orde..... 14

Hof van Cassatie, arrest van 6 oktober 2006..... 17

Onrechtmatige daad – Verkeersongeval – Vordering tot schadevergoeding – Internationale bevoegdheid – EEX-verdrag – Artikel 5.3 – Forum delicti commissi – Plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan – Locus acti en locus damni – Locus damni beperkt tot de plaats waar de veroorzakende gebeurtenis rechtstreekse schadelijke gevolgen heeft gehad voor degene die hierdoor direct is gelaedeerd..... 17
Acte illicite – Accident de la circulation – Action en dommages et intérêts – Compétence internationale – Convention européenne concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale – Article 5.3 – Forum delicti commissi – Lieu où le fait dommageable s'est produit – Locus acti et locus damni – Locus damni borné au lieu où le fait dommageable a directement produit ses effets dommageables à l'égard d'une personne directement lésée..... 17

Hof van Beroep te Gent, arrest van 18 mei 2006..... 22



| | |
|---|--|
| Onrechtmatige daad – Skiongeluk – Vordering tot schadevergoeding – Internationale bevoegdheid – Brussel 1-Vo – Artikel 2.1 – Forum domicilii – Toepasselijk recht – Artikel 3, eerste lid B.W. (oud) – Lex loci delicti commissi – Inhoud van het toepasselijk recht | 22 |
| Acte illicite – Accident de ski – Action en dommages et intérêts – Compétence internationale – Règlement européen concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale – Article 2.1 – Forum domicilii – Droit applicable – Article 3, alinéa 1 C.C. (ancien) – Lex loci delicti commissi – Contenu du droit applicable..... | 22 |
| Hof van Beroep te Gent, arrest van 30 maart 2006..... | 26 |
| Onrechtmatige daad – Skiongeluk – Vordering tot schadevergoeding – Toepasselijk recht – Afwijking van de oude lex loci delicti commissi-regel nu 1° de gevolgen van de onrechtmatige daad zich op het grondgebied van een andere staat voordoen, 2° beide partijen de nationaliteit van die andere staat hebben en 3° het normaal toepasselijke recht voorziet in een regel van renvoi ten gunste van de lex fori– Toepasselijkheid plaatselijke gedragscode..... | 26 |
| Acte illicite – Accident de ski – Action en dommages et intérêts – Droit applicable – Dérogation à l'ancienne règle de l'application du lex loci delicti commissi parce que 1° les conséquences de l'acte illicite se présentent sur le territoire d'un autre État, 2° les parties ont toutes les deux la nationalité de cet autre État et 3° le droit normalement applicable contient une règle de renvoi en faveur du lex fori – Pertinence du code de conduite local | 26 |
| Hof van Beroep te Gent, arrest van 13 oktober 2005..... | Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd. |
| Hof van Beroep te Gent, arrest van 23 september 2004 | 29 |
| Onrechtmatige daad – Skiongeluk – Vordering tot schadevergoeding – Toepasselijk recht – Artikel 3, eerste lid B.W. (oud) – Lex loci delicti commissi – Inhoud van het toepasselijk recht – Toepasselijkheid plaatselijke gedragscode..... | 29 |
| Acte illicite – Accident de ski – Action en dommages et intérêts – Droit applicable – Article 3, alinéa 1 C.C. (ancien) – Lex loci delicti commissi – Contenu du droit applicable – Pertinence du code de conduite local..... | 29 |
| Hof van Beroep te Brussel, arrest van 2 februari 2004..... | 35 |
| Onrechtmatige daad – Verkeersongeval – Vordering tot schadevergoeding – Toepasselijk recht – Artikel 3, eerste lid B.W. (oud) – Lex loci delicti commissi – Wettelijke indeplaatsstelling – Toepasselijk recht – Eigen aanknopng – Toepassing van de wet tot regeling van de betaling die de indeplaatsstelling tot stand brengt .. | 35 |
| Acte illicite – Accident de la circulation – Action en dommages et intérêts – Droit applicable – Article 3, alinéa 1 C.C. (ancien) – Lex loci delicti commissi – Subrogation légale – Droit applicable – Attachement propre – Application de la loi réglant le paiement qui entraîne la subrogation | 35 |
| Politierechtbank te Brugge, vonnis van 6 januari 2006 | Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd. |

RECHTSLEER/DOCTRINE 38

Herman Verbist - Bemiddeling in internationale context..... 38



| | |
|--|--------|
| I. Initiatieven van de Internationale Kamer van Koophandel (“ICC”) | 38 |
| (i) ICC Rules of Conciliation | 39 |
| (ii) ICC ADR Rules | 40 |
| II. Initiatieven van Uncitral | 42 |
| (i) UNCITRAL Rules of Conciliation 1980 | 42 |
| (ii) UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation | 43 |
| III. Initiatieven van de Europese Unie inzake alternatieve geschillenbeslechting | 44 |
| (i) Aanbevelingen voor kwaliteitscriteria inzake alternatieve geschillenbeslechting | 44 |
| (ii) Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht | 46 |
| (iii) Europese Gedragscode voor bemiddelaars | 47 |
| (iv) Voorstel voor Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken | 48 |
| (v) Eurobarometer - houding van de burgers tegenover buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen | 50 |
| IV. Bemiddeling in enkele omliggende landen | 51 |
| (i) Nederland | 51 |
| (ii) Frankrijk | 54 |
| (iii) Engeland | 56 |
| V. Conclusie | 59 |
| Liselot Samyn – La loi applicable à l’opposabilité de la cession de créance aux tiers autres que le débiteur cédé | 61 |
| Introduction | 61 |
| I. La loi de la résidence du cédant | 62 |
| A. La situation retenue par la Convention des Nations Unies du 12 décembre 2001 et par la législation belge | 62 |
| B. Avantages : sécurité juridique, facilité de déterminer le rang des tiers, facilité de céder des créances futures ou un portefeuille de créances et lié à la lex concursus | 64 |
| C. Désavantages : cessions successives, conflit mobile et pluralité de lois | 65 |
| II. La loi du domicile du débiteur cédé | 66 |
| A. La situation retenue en droit français et en droit belge classique | 66 |
| B. Avantages : fonction de centralisation, sécurité juridique, détermination du rang et cessions successives | 67 |
| C. Désavantages : dans tous les domaines | 68 |
| III. La loi applicable au contrat de cession | 69 |
| A. La situation retenue par la jurisprudence hollandaise et par l’ancien article 145 de la loi belge du 2 août 2002 | 69 |
| B. Avantages : sécurité juridique, uniformité, prévisibilité et libre choix | 70 |
| C. Désavantages : possibilité de choisir une loi néfaste, incertitude en cas de conflit de rang et de cessions successives | 71 |
| IV. La loi applicable à la créance cédée | 72 |
| A. La situation retenue par l’avant-projet de la Convention de Rome et par la jurisprudence allemande | 72 |
| B. Avantages : une seule loi applicable aux tiers, stabilité en cas de changement, solution pour les problèmes de rang et des cessions successives | 74 |
| C. Désavantages : impossibilité de céder des créances futures ou d’un portefeuille de créances et incertitude juridique | 74 |
| Conclusion | 75 |



| | |
|---|-----------|
| ACTUALITEIT/ACTUALITÉ..... | 76 |
| Lettre ouverte au Président de la République de quarante juristes universitaires au sujet du « règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles » et contre-lettre ouverte..... | 76 |
| La lettre ouverte | 76 |
| La contre-lettre ouverte | 79 |
| Verdediging proefschrift Clive Rommelaere | 82 |



Hof van Justitie, zaak C-292/05 (Lechouritou e.a.), arrest van 15 februari 2007

Onrechtmatige daad – Vordering tot schadevergoeding wegens handelingen van strijdkrachten in oorlogstijd – Immunititeit van staten – EEX-verdrag – Toepassingsgebied – Burgerlijke zaken – Begrip – Artikel 1, eerste lid, eerste volzin – Handelingen krachtens overheidsbevoegdheid buiten het toepassingsgebied

Acte illicite – Action en indemnisation en raison des agissements des forces armées en temps de guerre – Immunité des états – Convention de Bruxelles – Champ d'application – Matière civile – Notion – Article 1er, premier alinéa, première phrase – Actes dans l'exercice de la puissance publique pas dans le champ d'application

In zaak C 292/05,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens het Protocol van 3 juni 1971 betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ingediend door het Efeteio Patron (Griekenland) bij beslissing van 8 juni 2005, ingekomen bij het Hof op 20 juli 2005, in de procedure **Eirini Lechouritou e.a.** tegen **Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias**, wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: C. W. A. Timmermans, kamerpresident, R. Schintgen (rapporteur), J. Klučka, R. Silva de Lapuerta en J. Makarczyk, rechters,
advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
(...)

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 november 2006,

het navolgende

Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1 van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PB* 1972, L 299, blz. 32), zoals gewijzigd bij het Verdrag van 9 oktober 1978 inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (*PB* L 304, blz. 1, en – gewijzigde tekst – blz. 77), het Verdrag van 25 oktober 1982 inzake de toetreding van de Helleense Republiek (*PB* L 388, blz. 1) en het Verdrag van 26 mei 1989 inzake de toetreding van het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek (*PB* L 285, blz. 1; hierna: “*Executieverdrag*”).



2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen E. Lechouritou, V. Karkoulis, G. Pavlopoulos, P. Brátsikas, D. Sotiropoulos en G. Dimopoulos – verzoekers in het hoofdgeding, die Griekse onderdanen met woonplaats in Griekenland zijn – en de Bondsrepubliek Duitsland over de vergoeding van de vermogens en immateriële schade die zij hebben geleden wegens handelingen van de Duitse strijdkrachten waarvan hun ouders tijdens de bezetting van Griekenland in de Tweede Wereldoorlog slachtoffer zijn geworden.

Toepasselijke bepalingen

3. Artikel 1 van het Executieverdrag, dat titel I, “Toepassingsgebied”, daarvan vormt, bepaalt:
*“Dit verdrag wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht waarvoor deze zaken zich afspelen. Het heeft inzonderheid geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken of administratiefrechtelijke zaken.
Het is niet van toepassing op:*
1. *de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen;*
 2. *het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures;*
 3. *de sociale zekerheid;*
 4. *de arbitrage.”.*
4. De bevoegdheidsregels van het Executieverdrag zijn neergelegd in titel II, die de artikelen 2 tot en met 24 omvat.
5. Artikel 2, eerste alinea, van het Executieverdrag, dat valt onder afdeling 1, „Algemene bepalingen”, van titel II, formuleert de hoofdregel van het verdrag als volgt:
“Onverminderd de bepalingen van dit verdrag worden zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een verdragsluitende staat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen voor de rechten van die staat.”.
6. Artikel 3, eerste alinea, van het Executieverdrag, dat tot dezelfde afdeling 1 behoort, bepaalt:
“Degenen die op het grondgebied van een verdragsluitende staat woonplaats hebben, kunnen niet voor de rechter van een andere verdragsluitende staat worden opgeroepen dan krachtens de in de afdelingen 2 tot en met 6 van deze titel gegeven regels.”.
7. In de artikelen 5 tot en met 18 van het Executieverdrag, die de afdelingen 2 tot en met 6 van titel II vormen, zijn regels inzake de bijzondere, dwingende of exclusieve bevoegdheid vastgesteld.
8. Artikel 5, van afdeling 2, „Bijzondere bevoegdheid”, van titel II van het Executieverdrag bepaalt:
“De verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, kan in een andere verdragsluitende staat voor de navolgende rechten worden opgeroepen:
[...]
3. *ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad: voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan;*
 4. *ten aanzien van een op een strafbaar feit gegronde rechtsvordering tot schadevergoeding of tot teruggave: voor het gerecht waarbij de strafvervolging is ingesteld, zulks voor zover volgens de interne wetgeving dit gerecht van de burgerlijke vordering kennis kan nemen;*
[...].”.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

9. Blijkens de processtukken die de verwijzende rechter aan het Hof heeft overgelegd is het hoofdgeding terug te voeren op het bloedbad dat soldaten van de Duitse strijdkrachten op 13 december



1943 onder burgers hebben aangericht en waarbij 676 inwoners van de gemeente Kalavrita (Griekenland) zijn omgekomen.

10. In 1995 hebben verzoekers in het hoofdgeding zich tot het Polymeles Protodikeio Kalavriton gewend teneinde de Bondsrepubliek Duitsland te doen veroordelen tot vergoeding van de vermogensschade en de immateriële schade en van het psychische leed, die hun zijn veroorzaakt door de handelingen van de Duitse strijdkrachten.

11. In 1998 heeft het Polymeles Protodikeio Kalavriton, waarvoor de Bondsrepubliek Duitsland niet is verschenen, deze vordering afgewezen op grond dat de Griekse rechterlijke instellingen niet bevoegd zijn om hierop uitspraak te doen, daar de verwerende staat als soevereine staat overeenkomstig artikel 3, lid 2, van het Griekse Wetboek van burgerlijke rechtsvordering immuniteit geniet.

12. In januari 1999 zijn verzoekers in het hoofdgeding van dit afwijzend vonnis in beroep gekomen bij het Efeteio Patron, dat het beroep in 2001 formeel ontvankelijk heeft verklaard en daarop de behandeling van de zaak heeft geschorst in afwachting van de uitspraak van het Anotato Eidiko Dikastirio (bijzonder hooggerechtshof) in een parallelle zaak over de uitlegging van de regels van internationaal recht inzake de immuniteit van jurisdictie van de soevereine staat en de kwalificatie ervan als door de internationale gemeenschap algemeen aanvaarde regels. In bedoelde zaak was meer bepaald de vraag aan de orde of artikel 11 van de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van staten – ondertekend te Basel op 16 mei 1972, maar waarbij de Helleense Republiek geen partij is –, moet worden aangemerkt als een algemeen aanvaarde regel van internationaal recht. Krachtens dit artikel kan “[e]en overeenkomstsluitende staat [...] geen beroep doen op immuniteit ten aanzien van de rechtsmacht van de rechter van een andere overeenkomstsluitende staat indien het geding betrekking heeft op vergoeding voor lichamelijk letsel of materiële schade, voortvloeiende uit een gebeurtenis die zich heeft voorgedaan op het grondgebied van de staat van het forum, en indien de veroorzaker van het letsel of de schade zich op dat grondgebied bevond op het tijdstip waarop die gebeurtenis zich heeft voorgedaan”. Verder rees ook de vraag of deze uitzondering op de immuniteit van de overeenkomstsluitende staten overeenkomstig het internationale gewoonterecht mede geldt voor vorderingen tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad begaan tijdens een gewapend conflict, die leden van een bepaalde groep of van een concrete plaats heeft getroffen, die niets met de gevechten te maken hadden en niet aan de oorlogshandelingen deelnamen.

13. In 2002 heeft het Anotato Eidiko Dikastirio in de toen bij hem aanhangige zaak dienaangaande geoordeeld dat *“in het huidige stadium van ontwikkeling van het internationale recht de algemeen aanvaarde regel van dat recht blijft bestaan, volgens welke een staat niet geldig voor het gerecht van een andere staat kan worden opgeroepen tot vergoeding van de schade veroorzaakt door een onrechtmatige daad die op het grondgebied van het forum heeft plaatsgevonden en waarbij op de een of andere wijze strijdkrachten van de verwerende staat zijn betrokken, hetzij in oorlogstijd, hetzij in vreedstijd”*, zodat de verwerende staat in dat geval immuniteit geniet.

14. Overeenkomstig artikel 100, lid 4, van de Griekse Grondwet zijn de uitspraken van het Anotato Eidiko Dikastirio *“onherroepelijk”*. Verder geldt volgens artikel 54, lid 1, van het Wetboek betreffende het Anotato Eidiko Dikastirio een uitspraak van deze rechterlijke instantie over de vraag of een regel van internationaal recht als algemeen aanvaard moet worden beschouwd, *“erga omnes”*, zodat een uitspraak van het Anotato Eidiko Dikastirio, waarin twijfels worden weggenomen omtrent de vraag of een bepaalde regel van internationaal recht als algemeen aanvaard moet worden aangemerkt, en de in die uitspraak geformuleerde beoordeling dienaangaande niet alleen bindend zijn voor de rechter die de vraag aan het Anotato Eidiko Dikastirio heeft voorgelegd of de partijen die het beroep waarin deze uitspraak is gedaan hebben ingesteld, maar ook voor iedere rechter of ieder orgaan van de Helleense Republiek waarvoor dezelfde rechtsvraag wordt opgeworpen.

15. Verzoekers in het hoofdgeding hebben zich beroepen op het Executieverdrag, meer bepaald op artikel 5, punten 3 en 4, daarvan, waarbij volgens hen de immuniteit van de staten is afgeschaft in alle



gevallen waarin de onrechtmatige daad op het grondgebied van de staat van het aangezochte gerecht is begaan, maar de verwijzende rechter twijfelt of het bij hem ingestelde beroep binnen het toepassingsgebied van dit verdrag valt, en wijst er in dit verband op dat het van het antwoord op betwiste rechtsvragen afhangt of de verwerende staat immuniteit geniet, en dus of de Griekse rechterlijke instanties onbevoegd zijn om het bij hen aanhangige geding te beslechten.

16. Daarop heeft het Efeteio Patron de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- “1) Vallen vorderingen tot schadevergoeding die door natuurlijke personen worden ingesteld tegen een verdragsluitende staat, als civielrechtelijk aansprakelijk voor handelingen of omissies van zijn strijdkrachten, volgens artikel 1 binnen het materiële toepassingsgebied van het EG Executieverdrag, wanneer die handelingen en omissies hebben plaatsgevonden tijdens de militaire bezetting van de woonstaat van de eisers na een aanvalsoorlog door de verweerder, onmiskenbaar in strijd zijn met het oorlogsrecht en ook als misdaden tegen de mensheid kunnen worden beschouwd?
- 2) Is het verenigbaar met het stelsel van het EG Executieverdrag, dat de verwerende staat zich op zijn immuniteit beroept, met het gevolg dat, bij bevestigend antwoord, de toepassing van het verdrag automatisch wordt geneutraliseerd, met name voor handelingen en omissies van de strijdkrachten van de verweerder die hebben plaatsgevonden vóór het betrokken verdrag in werking trad, namelijk in de jaren 1941-1944?”

Procesverloop voor het Hof

[...]

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

27. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, eerste alinea, eerste volzin, van het Executieverdrag aldus moet worden uitgelegd dat een in een verdragsluitende staat door natuurlijke personen tegen een andere verdragsluitende staat ingestelde rechtsvordering tot vergoeding van de schade die is geleden door de rechtverkrijgenden van de slachtoffers van handelingen van strijdkrachten in het kader van krijgsv verrichtingen op het grondgebied van eerstbedoelde staat, onder “*burgerlijke zaken*” in de zin van deze bepaling valt.

28. Om te beginnen zij vastgesteld dat in artikel 1, eerste alinea, eerste volzin, van het Executieverdrag weliswaar het beginsel is neergelegd dat het toepassingsgebied ervan beperkt is tot “*burgerlijke en handelszaken*”, doch nergens in dit verdrag de inhoud en de draagwijdte van dit begrip worden bepaald.

29. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de bewoordingen van deze bepaling niet dienen te worden opgevat als een eenvoudige verwijzing naar het nationale recht van een der betrokken staten, zulks ter verzekering van de grootst mogelijke gelijkheid en eenvormigheid van de rechten en verplichtingen die voor de verdragsluitende staten en de belanghebbende personen uit het Executieverdrag voortvloeien. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het begrip “*burgerlijke en handelszaken*” dan ook een autonoom begrip dat moet worden uitgelegd aan de hand van, enerzijds, de doelen en het stelsel van het Executieverdrag en, anderzijds, de algemene beginselen die in alle nationale rechtsstelsels worden gevonden (zie met name arresten van 14 oktober 1976, LTU, 29/76, *Jurispr.* blz. 1541, punten 3 en 5; 16 december 1980, Rüffer, 814/79, *Jurispr.* blz. 3807, punt 7; 14 november 2002, Baten, C 271/00, *Jurispr.* blz. I 10489, punt 28; 15 mei 2003, Préservatrice foncière TIARD, C 266/01, *Jurispr.* blz. I 4867, punt 20, en 18 mei 2006, ČEZ, C 343/04, *Jurispr.* blz. I 4557, punt 22).



30. Volgens het Hof leidt deze uitlegging ertoe dat bepaalde rechtsvorderingen of rechterlijke beslissingen buiten het toepassingsgebied van het Executieverdrag vallen wegens factoren die kenmerkend zijn voor de aard van de tussen de procespartijen bestaande rechtsbetrekkingen of van het voorwerp van het geschil (zie reeds aangehaalde arresten LTU, punt 4; Rüffer, punt 14; Baten, punt 29; Préservatrice foncière TIARD, punt 21, en ČEZ, punt 22, en arrest van 1 oktober 2002, Henkel, C 167/00, *Jurispr.* blz. I 8111, punt 29).

31. Zo heeft het Hof geoordeeld dat het Executieverdrag weliswaar van toepassing kan zijn op bepaalde geschillen tussen een overheidsinstantie en een particulier, doch dat dit anders is wanneer de overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid handelt (zie reeds aangehaalde arresten LTU, punt 4; Rüffer, punt 8; Henkel, punt 26; Baten, punt 30, en Préservatrice foncière TIARD, punt 22, en arrest van 21 april 1993, Sonntag, C 172/91, *Jurispr.* blz. I 1963, punt 20).

32. Op grond van dit beginsel heeft het Hof geoordeeld dat een publiekrechtelijk nationaal dan wel internationaal orgaan, dat belast is met de invordering van bijdragen die een particulier verschuldigd is wegens het gebruik van de installaties en diensten daarvan, krachtens overheidsbevoegdheid handelt, in het bijzonder wanneer dat gebruik verplicht en exclusief is en de hoogte van de bijdragen, de berekeningswijzen en de inningsprocedures eenzijdig aan de gebruikers worden opgelegd (arrest LTU, reeds aangehaald, punt 4).

33. Evenzo heeft het Hof geoordeeld dat het begrip “*burgerlijke en handelszaken*” in de zin van artikel 1, eerste alinea, eerste volzin, van het Executieverdrag geen rechtsvorderingen omvat die door de voor het beheer van de openbare vaarwateren bevoegde staat tegen de wettelijk aansprakelijke persoon zijn ingesteld teneinde terugbetaling te verkrijgen van kosten wegens opruiming van een wrak in het kader van de uitvoering van een internationale verbintenis, indien deze beheerder dat wrak krachtens overheidsbevoegdheid heeft opgeruimd of doen opruimen (arrest Rüffer, reeds aangehaald, punten 9 en 16).

34. Betwistingen van deze aard vloeien namelijk voort uit een uitoefening van overheidsbevoegdheden door een der partijen bij het geding, omdat daarbij gebruik wordt gemaakt van bevoegdheden die buiten het bestek vallen van de voor betrekkingen tussen particulieren geldende regels van gemeen recht (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Sonntag, punt 22; Henkel, punt 30, en Préservatrice foncière TIARD, punt 30, en arrest van 5 februari 2004, Frahuil, C 265/02, *Jurispr.* blz. I 1543, punt 21).

35. Deze beoordeling geldt *a fortiori* voor een rechtsvordering als die in het hoofdgeding.

36. De door verzoekers in het hoofdgeding tegen de Bondsrepubliek Duitsland ingestelde schadevordering vindt haar oorsprong namelijk in operaties van strijdkrachten tijdens de Tweede Wereldoorlog.

37. Zoals de advocaat-generaal in de punten 54 tot en met 56 van zijn conclusie heeft opgemerkt, lijdt het geen twijfel dat operaties van strijdkrachten een van de typische uitingen van staatssoevereiniteit zijn, in het bijzonder omdat daartoe eenzijdig en dwingend wordt besloten door de bevoegde overheidsinstanties en omdat zij onlosmakelijk verbonden lijken met het buitenlandse en defensiebeleid van de staten.

38. Handelingen als die welke ten grondslag liggen aan de door verzoekers in het hoofdgeding aangevoerde schade en dus aan de schadevordering die zij bij de Griekse rechterlijke instanties hebben ingesteld, moeten bijgevolg worden geacht voort te vloeien uit een uitoefening van overheidsbevoegdheden door de betrokken staat op de datum waarop deze handelingen zijn verricht.

39. Gelet op de in punt 30 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, valt een rechtsvordering zoals die welke bij de verwijzende rechter is ingesteld dus niet binnen het materiële



toepassingsgebied van het Executieverdrag zoals bepaald in artikel 1, eerste alinea, eerste volzin, ervan.

40. Aan deze uitlegging kan niet worden afgedaan door het betoog van met name verzoekers in het hoofdgeding, dat de vordering die zij bij de Griekse rechterlijke instanties tegen de Bondsrepubliek Duitsland hebben ingesteld moet worden aangemerkt als een vordering wegens civielrechtelijke aansprakelijkheid, die bovendien onder artikel 5, punten 3 en 4, van het Executieverdrag valt, en dat *iure imperii* verrichte handelingen niet de onwettige of onrechtmatige handelingen omvatten.

41. Om te beginnen heeft het Hof reeds geoordeeld dat het feit dat de eiser ageert op grond van een vorderingsrecht dat zijn oorsprong vindt in een overheidshandeling, volstaat om zijn actie, ongeacht de aard van de procedure die het nationale recht hem daartoe biedt, aan te merken als vallende buiten het toepassingsgebied van het Executieverdrag (zie arrest Rüffer, reeds aangehaald, punten 13 en 15). Dat de bij de verwijzende rechter ingestelde vordering een civielrechtelijk karakter heeft, voor zover zij strekt tot het verkrijgen van een geldelijke vergoeding voor de aan verzoekers in het hoofdgeding toegebrachte materiële en immateriële schade, is bijgevolg volstrekt irrelevant.

42. Irrelevant is voorts de verwijzing naar de bevoegdheidsregels die meer in het bijzonder in artikel 5, punten 3 en 4, van het Executieverdrag zijn neergelegd, omdat de vraag of dit verdrag van toepassing is op het hoofdgeding logischerwijs een voorafgaande vraag is die, bij ontkennend antwoord zoals *in casu*, de aangezochte rechter vrijstelt van de verplichting om de in dit verdrag vervatte materiële regels te onderzoeken.

43. Ten slotte betreft de vraag of de overheidshandelingen die aan de vordering in het hoofdgeding ten grondslag liggen al dan niet wettige handelingen zijn, de aard van deze handelingen, maar niet de materie waartoe zij behoren. Daar deze materie als zodanig moet worden geacht buiten het toepassingsgebied van het Executieverdrag te vallen, kan het onwettige karakter van dergelijke handelingen geen andere uitlegging rechtvaardigen.

44. Verder zou de stelling van verzoekers in het hoofdgeding dienaangaande, werd zij aanvaard, voorafgaande materiële vragen doen rijzen nog voordat het toepassingsgebied van het Executieverdrag met zekerheid zou kunnen worden afgebakend. Dergelijke moeilijkheden zouden evenwel zeker onverenigbaar zijn met de opzet en het doel van dit verdrag, dat – zoals uit de preambule ervan alsmede uit het rapport van P. Jenard over het Executieverdrag (*PB* 1979, C 59, blz. 1) blijkt – berust op het wederzijdse vertrouwen van de verdragsluitende staten in hun rechtsstelsels alsmede in hun rechterlijke instellingen, en rechtszekerheid beoogt te garanderen door middel van uniforme regels inzake jurisdictieconflicten in burgerlijke en handelszaken, alsmede de vereenvoudiging van de formaliteiten met het oog op een snelle erkenning en tenuitvoerlegging van in de verdragsluitende staten gegeven rechterlijke beslissingen.

45. Op hetzelfde gebied van gerechtelijke samenwerking in burgerlijke zaken preciseert voorts verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen (*PB L* 143, blz. 15), die volgens artikel 2, lid 1, ervan ook van toepassing is “*in burgerlijke en handelszaken*”, in dezelfde bepaling dat “*zij [...] geen betrekking [heeft] op [...] de aansprakelijkheid van de staat wegens handelingen en omissies bij de uitoefening van het staatsgezag (,acta iure imperii’)*”, zonder dienaangaande een onderscheid te maken naargelang deze handelingen en omissies al dan niet wettig zijn. Hetzelfde geldt voor artikel 2, lid 1, van verordening (EG) nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure (*PB L* 399, blz. 1).

46. Gelet op het voorgaande, moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 1, eerste alinea, eerste volzin, van het Executieverdrag aldus moet worden uitgelegd dat een in een verdragsluitende staat door natuurlijke personen tegen een andere verdragsluitende staat ingestelde rechtsvordering tot



vergoeding van de schade die is geleden door de rechtverkrijgenden van de slachtoffers van handelingen van strijdkrachten in het kader van krijgsverrichtingen op het grondgebied van eerstbedoelde staat, niet onder “*burgerlijke zaken*” in de zin van deze bepaling valt.

Tweede vraag

47. Gelet op het antwoord op de eerste vraag, behoeft op de tweede vraag niet te worden geantwoord.

Kosten

48. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Tweede kamer) verklaart voor recht:

Artikel 1, eerste alinea, eerste volzin, van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, zoals gewijzigd bij het Verdrag van 9 oktober 1978 inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, het Verdrag van 25 oktober 1982 inzake de toetreding van de Helleense Republiek en het Verdrag van 26 mei 1989 inzake de toetreding van het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek, moet aldus worden uitgelegd dat een in een verdragsluitende staat door natuurlijke personen tegen een andere verdragsluitende staat ingestelde rechtsvordering tot vergoeding van de schade die is geleden door de rechtverkrijgenden van de slachtoffers van handelingen van strijdkrachten in het kader van krijgsverrichtingen op het grondgebied van eerstbedoelde staat, niet onder “*burgerlijke zaken*” in de zin van deze bepaling valt.



Cour de cassation, arrêt du 12 octobre 2006

Acte illicite – Accident de la circulation – Action en dommages et intérêts conformément à l'article 29bis de la loi belge du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs – Droit applicable – Convention de la Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière – L'implication de fait dans l'accident litigieux d'un seul ou de plusieurs véhicules pertinent pour l'application des articles 3 et 4 – Lex loci delicti commissi – L'absence d'une disposition analogue à l'article 29bis ne porte pas atteinte à l'ordre public international belge

Onrechtmatige daad – Verkeersongeval – Vordering tot schadevergoeding conform artikel 29bis van de Belgische Wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen – Toepasselijk recht – Verdrag van 's Gravenhage van 4 mei 1971 inzake de wet welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg – Feitelijke betrokkenheid bij het ongeval van één of meer voertuigen relevant voor de toepassing van de artikelen 3 en 4 – Lex loci delicti commissi – Afwezigheid van een aan artikel 29bis analoge bepaling niet strijdig met de Belgische internationale openbare orde

N° C.05.0365.F

G. M.-P., demanderesse en cassation, (...), représentée par Maître Philippe Gérard, (...),
contre
P&V ASSURANCES, (...), défenderesse en cassation, représentée par Maître Huguette Geinger, (...)

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre le jugement rendu le 25 mars 2005 par le tribunal de première instance de Namur, statuant en degré d'appel.
(...)

II. Le moyen de cassation

La demanderesse présente un moyen libellé dans les termes suivants :

Dispositions légales violées

- articles 1er, 3, 4, littera a) et b), et 8 de la Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, faite à La Haye le 4 mai 1971, approuvée par la loi du 10 février 1975 ;
- article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs.



Décisions et motifs critiqués

Par confirmation du jugement dont appel, le jugement attaqué dit non recevable et rejette la demande, fondée sur l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989, tendant à obtenir la réparation du préjudice subi par la demanderesse à la suite d'un accident de la circulation routière dont elle avait été victime en Italie, le 17 juillet 2000, alors qu'elle était passagère du véhicule lui appartenant, piloté par son mari et assuré auprès de la défenderesse.

Le jugement justifie sa décision par tous ses motifs, censés être ici reproduits, en particulier par les motifs suivants :

“4. La Convention de La Haye du 4 mai 1971 détermine tant la loi applicable à la responsabilité civile que celle qui (est) applicable aux modalités et à l'étendue de la réparation des dommages découlant d'un accident de la circulation, quel qu'en soit le fondement, à condition qu'il soit extra-contractuel. Le champ d'application de la Convention englobe dès lors l'action fondée sur l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 (...).

Dans cette mesure, son rattachement dépend des règles de conflit de loi prévues par la Convention de La Haye du 4 mai 1971 relative à la loi applicable à la responsabilité civile découlant des accidents de la circulation routière.

5. L'article 3 de la Convention dispose que la loi applicable est la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu, soit en l'espèce la loi italienne.

Comme l'a justement relevé la (défenderesse), les exceptions de l'article 4 de la Convention ne s'appliquent pas en l'espèce puisque plusieurs véhicules ont été impliqués dans l'accident litigieux, dont l'un était immatriculé en Italie.

6. Les parties s'entendent pour confirmer que le droit italien ne connaît pas de disposition analogue à l'article 29bis de la loi belge du 21 novembre 1989 sur laquelle cependant (la demanderesse) base exclusivement sa réclamation.

Il n'y a dès lors pas lieu de faire droit à sa réclamation telle qu'elle est formulée à l'encontre de la (défenderesse).

7. Cette absence d'indemnisation sur la base de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 ne porte pas atteinte à l'ordre public belge puisque les parties reconnaissent toutes les deux que la loi italienne offre des possibilités de réparation basées sur d'autres dispositions même si jusqu'à présent aucun juge ne s'est apparemment prononcé sur l'application de ces dispositions (...).”

Griefs

L'article 1^{er} de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 dispose que cette convention détermine la loi applicable à la responsabilité civile extra-contractuelle découlant d'un accident de la circulation routière, quelle que soit la nature de la juridiction appelée à en connaître. Il est constant que le champ d'application de la Convention englobe l'action fondée sur l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989.

Aux termes de l'article 3 de la Convention, la loi applicable est, en principe, la loi du lieu de l'accident.

Il est dérogé à cette règle, en vertu de l'article 4, lettre a), « *lorsqu'un seul véhicule est impliqué dans l'accident et qu'il est immatriculé dans un Etat autre que celui sur le territoire duquel l'accident est survenu* ». Dans ce cas, « *la loi interne de l'Etat d'immatriculation est applicable à la responsabilité* », notamment à la responsabilité « *envers une victime qui était passager, si elle avait sa résidence habituelle dans un Etat autre que celui sur le territoire duquel l'accident est survenu* ».

Aux termes de l'article 4, lettre b), de la Convention, cependant, « *lorsque plusieurs véhicules sont impliqués dans l'accident, les dispositions figurant sous la lettre a ne sont applicables que si tous les véhicules sont immatriculés dans le même Etat* ». Si tel n'est pas le cas, la loi du lieu de l'accident s'applique, conformément à l'article 3.

Au sens de l'article 4, le véhicule « *impliqué* » n'est pas seulement celui qui est « *concerné* » par l'accident ou impliqué matériellement dans l'accident, mais également celui dont la « *responsabilité* » du conducteur peut être mise en cause. Dès lors, la règle énoncée par l'article 4, lettre a), de la Convention s'applique non seulement lorsque le véhicule dans lequel le passager a pris place est seul à être matériellement impliqué dans l'accident, mais également lorsque le passager poursuit le seul conducteur du véhicule dans lequel il se trouvait au moment de l'accident et ce, alors même que l'accident au cours duquel il a été blessé est survenu à la suite d'une collision avec un autre véhicule immatriculé dans un autre Etat.

Il s'ensuit qu'en décidant que « *les exceptions de l'article 4 de la Convention ne s'appliquent pas en l'espèce puisque plusieurs véhicules ont été impliqués dans l'accident litigieux, dont l'un était immatriculé en Italie* », alors que la demanderesse n'agissait que contre le seul assureur de la responsabilité civile du véhicule



immatriculé en Belgique dans lequel elle avait pris place comme passagère, et en décidant, dès lors, que la loi italienne était la loi applicable à la responsabilité civile extra-contractuelle découlant de l'accident litigieux, le jugement attaqué viole les dispositions légales visées en tête du moyen.

III. La décision de la Cour

Il résulte des articles 1^{er} et 3 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière que la loi applicable à la responsabilité civile extra-contractuelle découlant d'un accident de la circulation routière est la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu.

En vertu de l'article 4 de cette convention, il est, à certaines conditions, dérogé à cette règle pour appliquer la loi interne de l'Etat d'immatriculation, dans les deux cas suivants :

a) lorsqu'un seul véhicule est impliqué dans l'accident et qu'il est immatriculé dans un Etat autre que celui sur le territoire duquel l'accident est survenu ;

b) lorsque plusieurs véhicules sont impliqués dans l'accident et que tous les véhicules sont immatriculés dans le même Etat autre que celui sur le territoire duquel l'accident est survenu.

Le moyen qui soutient que la règle énoncée par l'article 4, littera a, de la Convention s'applique également lorsque le passager poursuit le seul conducteur du véhicule dans lequel il se trouvait au moment de l'accident et ce, alors même que l'accident au cours duquel il a été blessé est survenu à la suite d'une collision avec un autre véhicule immatriculé dans un autre Etat, manque en droit.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi ;

(...)

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Claude Parmentier, les conseillers Christian Storck, Didier Batselé, Albert Fettweis et Sylviane Velu et prononcé en audience publique du douze octobre deux mille six par le président de section Claude Parmentier, en présence de l'avocat général Thierry Werquin, avec l'assistance du greffier Marie-Jeanne Massart.



Hof van Cassatie, arrest van 6 oktober 2006

Onrechtmatige daad – Verkeersongeval – Vordering tot schadevergoeding – Internationale bevoegdheid – EEX-verdrag – Artikel 5.3 – Forum delicti commissi – Plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan – Locus acti en locus damni – Locus damni beperkt tot de plaats waar de veroorzakende gebeurtenis rechtstreekse schadelijke gevolgen heeft gehad voor degene die hierdoor direct is gelaedeerd

Acte illicite – Accident de la circulation – Action en dommages et intérêts – Compétence internationale – Convention européenne concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale – Article 5.3 – Forum delicti commissi – Lieu où le fait dommageable s'est produit – Locus acti et locus damni – Locus damni borné au lieu où le fait dommageable a directement produit ses effets dommageables à l'égard d'une personne directement lésée

Nr. C.05.0580.N

Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Landsverdediging, met kantoor te 1140 Evere, Everestraat 1, Kwartier Koningin Elisabeth, eiser, vertegenwoordigd door mr. Huguette Geinger, advocaat bij het Hof van Cassatie, kantoor houdende te 1000 Brussel, Quatre Brasstraat 6, alwaar keuze van woonplaats wordt gedaan.

tegen

Allgemeine Versicherungs Ag der Huk-Coburg, verzekeringsmaatschappij naar Duits recht, met zetel aan de Bahnhofplatz te 96442 Coburg (Duitsland) Reg. Gericht Coburg, met keuze van woonplaats bij de gerechtsdeurwaarders Christian Van Mieghem en Dorothea Hendrickx, kantoor houdende te 1180 Ukkel, Leo Erreralaan 40, verweerster.

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen een vonnis, op 13 december 2004 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.

(...)

II. Cassatiemiddel

De eiser voert in zijn verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 149 van de Grondwet;
- artikel 5.3 van het Verdrag van 27 september 1968 tussen de Staten-Leden van de Europese Economische Gemeenschap betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en in handelszaken, van het protocol en van de



gemeenschappelijke verklaring, ondertekend te Brussel, en goedgekeurd bij de wet van 13 januari 1971 (EEX-Verdrag).

Aangevochten beslissingen

Het bestreden vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel (21e kamer) dd. 13 december 2004 verklaart het hoger beroep gegrond om de volgende redenen:

“Artikel 2, al. 5, van het Verkeersongevallenverdrag van 4 maart 1971 inzake de toepasselijke wetgeving inzake regresvorderingen en subrogaties, noch artikel 93, lid 1, van de EEG-Verordening 1408/71 van 14.06.1971, noch artikel 3 van het (Belgisch) Burgerlijk Wetboek verhinderen dat de rechtbank vooreerst haar bevoegdheid ter zake dient te onderzoeken.

Bij de oorspronkelijke dagvaarding werd gesteld dat 'op grond van art. 5.3 van het Europees bevoegdheidsen executieverdrag (EEX-Verdrag) de rechter van de plaats waar de schade is opgetreden (zich laat voelen) bevoegd is (cfr. zaak Mines de Potasse)'

In artikel 5.3 van het verdrag van het EEX-Verdrag van 27 september 1968 wordt bepaald: 'De verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, kan in een andere verdragsluitende Staat voor de navolgende gerechten worden opgeroepen ... 3. ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad: voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan'.

In de zaak Bier Reinwater / Mines de Potasse d'Alsace (H.v.Justitie, 21/76, 30 november 1976 R.W. 1976-77, 2217 en J.T. 1977, 187) waarover eiser het blijkbaar heeft in zijn dagvaarding, werd gesteld:

De uitdrukking 'plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' moet aldus worden verstaan dat zowel de plaats waar de schade is ingetreden als de plaats waar de veroorzakende gebeurtenis zijn bedoeld. Hieruit volgt dat de verweerder ter keuze van de verzoeker kan worden opgeroepen voor de rechter hetzij van de plaats waar de schade is ingetreden hetzij van de plaats van de veroorzakende gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt.

De Belgische Staat stelt dat het ongeval uiteraard in Duitsland plaatsvond maar dat het nadeel hiervan door hemzelf als werkgever van mevrouw V.D.W. waarbij een kapitaal gevestigd diende te worden, in België ondervonden werd of ontstaan is, zodat 'de plaats waar de schade is ingetreden' in België moet gesitueerd worden.

Nu blijkt dat het Hof van Cassatie verwijzend naar deze zaak 21/76 aldus oordeelde (Cassatie 17 september 2002, AR C.98.0065..N en AR C .00.0013.N):

'Als plaats waar het schadebrengend feit zich heeft voorgedaan moet worden begrepen, volgens de arresten C 21/76 van 30 november 1976 en C 51/97 van 27 oktober 1998 van het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen, hetzij de plaats van de veroorzakende gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt hetzij de plaats waar de schade is ingetreden. Artikel 5, 3°, van het genoemd EEX-Verdrag mag evenwel niet zo ruim worden uitgelegd dat de algemene bevoegdheidsregel van artikel 2 van het verdrag zou worden uitgehold of dat een onredelijk vermenigvuldigen van fora mogelijk zou worden; onder meer uit arrest C 364/93 van het Hof van Justitie van 19 september 1995 blijkt dat als plaats waar de schade is ingetreden moet begrepen worden de plaats waar de veroorzakende gebeurtenis rechtstreeks schadelijke gevolgen heeft gehad voor degene die hierdoor direct is gelaedeerd; een persoon kan aldus in beginsel geen vordering instellen waar de schadelijke gevolgen voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt of waar hij de vermogensrechtelijke gevolgen ondervindt van in een andere Lid-Staat toegebrachte lichamelijke schade'.

De verbintenis om de schade te vergoeden is ook niet in België ontstaan in de zin van artikel 635 Gerechtelijk Wetboek.

In deze omstandigheden dient de rechtbank te beslissen dat de rechtbanken in België niet bevoegd zijn.”.



Grieven

Eerste onderdeel

Luidens artikel 5.3 van het Europees Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (EEX-Verdrag) van 27 september 1968 kan de verweerder, die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, in een andere verdragsluitende staat worden gedagvaard ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad, voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan.

In de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie is het begrip “*de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan*” verder gepreciseerd: het dient aldus te worden verstaan dat zowel de plaats waar de schade is ingetreden, als de plaats van de veroorzakende gebeurtenis bedoeld. Hieruit volgt dat de verweerder ter keuze van de verzoeker kan worden opgeroepen voor de rechter hetzij van de plaats waar de schade is ingetreden, hetzij van de plaats van de veroorzakende gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt (H.v.J. 30 november 1976, C-21/76, zaak Mines de Potasse d'Alsace, *Jurispr.* 1976, 1735;

H.v.J. 11 januari 1990, zaak Dumez France en Tracoba, C-220/88, *Jurispr.* 1990, I, 49, H.v.J. 7 maart 1995, zaak Shevill e.a., C-68/93, *Jurispr.* 1993, I, 415; H.v.J. 19 september 1995, zaak Marinari, C-364/93, *Jurispr.* 1995, I, 2719).

In het bestreden vonnis in hoger beroep heeft de rechtbank zich ten onrechte onbevoegd verklaard op grond van de overweging dat in casu de plaats waar de schade is ingetreden zich niet in België zou bevinden.

Nochtans betreft het geding de terugvordering van een kapitaal, dat door de eiser als werkgever is betaald aan het slachtoffer op grond van de Wet van 3 juli 1967 betreffende de schadevergoeding voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg van en naar het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector (*B.S.*, 10 augustus 1967). De verplichting van de eiser tot betaling van deze vergoeding is ontstaan in België, aangezien zij gebaseerd is op de (Belgische) arbeidsovereenkomst tussen eiser en het slachtoffer (beiden Belgisch), in het kader waarvan een arbeidsongeschiktheid werd vastgesteld die aanleiding gaf tot de kwestieuze vergoeding.

Het nadeel van het slachtoffer, waaromtrent men zou kunnen aanvoeren dat het in Duitsland is ontstaan, is *in casu* te onderscheiden van het nadeel van de eiser, dat wel degelijk in België is ontstaan en losstaat van de onmiddellijke gevolgen van het ongeval in Duitsland. Eiser dient te worden beschouwd als “*rechtstreeks gelaedeerde*” in België, in de zin van het arrest van het Hof d.d. 28 februari 2002 (A.R. C.98.0065.N en C.00.0013.N, www.cass.be), op grond van zijn arbeidsrechtelijke verplichtingen tegenover mevrouw V.D.W.

De rechtbank heeft aldus niet wettig kunnen beslissen dat de rechtbanken in België niet bevoegd zouden zijn (schending van artikel 5.3 van het Europees Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968).

Tweede onderdeel

In zijn syntheseberoepsbesluiten (p. 2, laatste alinea) had de eiser aangevoerd dat de politierechter te Brussel zich terecht bevoegd achtte, hetgeen ook bleek uit een door eiser voorgelegd verstekvonnis van dezelfde rechtbank waarin deze zich eveneens bevoegd verklaarde. De eiser argumenteerde dat hieruit diende te worden afgeleid dat de politierechtbank haar bevoegdheid ook *in casu* reeds, zij het impliciet, had bevestigd.

In de bestreden beslissing wordt noch met de hoger geciteerde overwegingen noch met andere overwegingen geantwoord op dit uitdrukkelijke en afzonderlijke middel van eiser, waarin hij een duidelijk en objectief gegeven had aangevoerd dat niet beantwoord of weerlegd werd door de andere, specifieke of algemene overwegingen van het bestreden vonnis.

De rechtbank van eerste aanleg, zetelend in hoger beroep, heeft derhalve haar beslissing niet regelmatig gemotiveerd (schending van art. 149 van de Grondwet; zie Cass. 7 maart 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 796-799).



Derde onderdeel

De rechtbank heeft noch met de hoger geciteerde overwegingen, noch met andere overwegingen, geantwoord op het uitdrukkelijke middel van de eiser waarin hij stelde dat de Belgische rechtbanken bevoegd zijn op basis van de artikelen 636 en 638 van het Gerechtelijk Wetboek.

De eiser had hiermee nochtans een duidelijk en objectief gegeven aangevoerd waaruit een afzonderlijk middel werd afgeleid dat niet beantwoord of weerlegd werd door de andere, specifieke of algemene overwegingen van het bestreden vonnis.

De vermelding in het bestreden vonnis dat “*de verbintenis om de schade te vergoeden ook niet in België ontstaan (is) in de zin van artikel 635 Gerechtelijk Wetboek*” kan niet worden beschouwd als een antwoord op dit door eiser aangevoerde middel, nu deze vermelding in het bestreden vonnis is gebaseerd op een ander wetsartikel dan de door eiser aangehaalde.

De rechtbank heeft ook op dit punt zijn beslissing bijgevolg niet regelmatig gemotiveerd (schending van art. 149 van de Grondwet; zie Cass. 7 maart 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 796-799).

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. Krachtens artikel 5, 3°, van het Europees Executieverdrag van 27 september 1968, hierna te noemen EEX-Verdrag, kan de verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende Staat in een andere verdragsluitende Staat worden opgeroepen, ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan.

2. Als plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, moet, volgens de arresten C 21/76 van 30 november 1976 en C 51/97 van 27 oktober 1998 van het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen, worden begrepen hetzij de plaats van de veroorzakende gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt, hetzij de plaats waar de schade is ingetreden.

3. Artikel 5, 3°, van het EEX-Verdrag mag evenwel niet zo ruim worden uitgelegd dat de algemene bevoegdheidsregel van artikel 2 van het verdrag zou worden uitgehold of dat een onredelijke vermenigvuldiging van fora zou mogelijk worden.

Onder meer uit het arrest C 364/93 van het Hof van Justitie van 19 september 1995 blijkt dat als plaats waar de schade is ingetreden moet worden begrepen de plaats waar de veroorzakende gebeurtenis rechtstreekse schadelijke gevolgen heeft gehad voor degene die hierdoor direct is geraaddeerd.

Aldus kan een vordering tot schadevergoeding op grond van een verbintenis uit onrechtmatige daad niet worden ingesteld voor de rechter van de plaats waar de schadelijke gevolgen voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt of waar de eiser de vermogensrechtelijke gevolgen ondervindt van in een andere lidstaat toegebrachte lichamelijke schade.

4. De appelrechters stellen vast dat de vordering van de eiser ingesteld tegen de verweerder strekt tot vergoeding van de vermogensschade door hem geleden naar aanleiding van een verkeersongeval dat in Duitsland heeft plaats gevonden en waarvan het slachtoffer in dienst was van de eiser.

5. De appelrechters oordelen dat de Belgische rechtbanken niet bevoegd zijn omdat een persoon in beginsel geen vergoeding kan vorderen waar de schadelijke gevolgen voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt of waar hij de vermogensrechtelijke gevolgen ondervindt van een in een andere lidstaat toegebrachte lichamelijke schade.



6. Aldus verantwoord en de appelrechters hun beslissing naar recht.
7. Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Tweede en derde onderdeel

8. De appelrechters stellen vast dat de vordering van de eiser ingesteld tegen de verweerster strekt tot vergoeding van de vermogensschade door hem geleden naar aanleiding van een verkeersongeval dat in Duitsland heeft plaatsgevonden en waarvan het slachtoffer in dienst was van de eiser.

9. De appelrechters oordelen dat met toepassing van art. 5, 3°, van het EEX-Verdrag de Belgische rechtbanken niet bevoegd zijn doordat de eiser in België vermogensschade zou ondervinden van het verkeersongeval dat reeds in Duitsland daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt.

10. Met die reden verwerpen en beantwoorden de appelrechters het in de onderdelen bedoelde daarmee strijdige en andere verweer.

11. De onderdelen missen feitelijke grondslag.

Dictum

Het Hof

Verwerpt het cassatieberoep. (...)

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit voorzitter Ivan Verougstraete, als voorzitter, afdelingsvoorzitter Ernest Waüters, en de raadsheren Ghislain Londers, Eric Stassijns en Beatrijs Deconinck, en in openbare terechtzitting van 6 oktober 2006 uitgesproken door voorzitter Ivan Verougstraete, in aanwezigheid van advocaat-generaal Guy Dubrulle, met bijstand van griffier Philippe Van Geem.



Hof van Beroep te Gent, arrest van 18 mei 2006

Onrechtmatige daad – Skiongeluk – Vordering tot schadevergoeding – Internationale bevoegdheid – Brussel 1-Vo – Artikel 2.1 – Forum domicili – Toepasselijk recht – Artikel 3, eerste lid B.W. (oud) – Lex loci delicti commissi – Inhoud van het toepasselijk recht

Acte illicite – Accident de ski – Action en dommages et intérêts – Compétence internationale – Règlement européen concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale – Article 2.1 – Forum domicili – Droit applicable – Article 3, alinéa 1 C.C. (ancien) – Lex loci delicti commissi – Contenu du droit applicable

Hof van beroep te Gent
1^e Kamer
Terechzitting van 18-05-2006

2005/AR/715

in de zaak van:

(...)

appellant, hebbende als raadsman mr. MICHIELS Hans, advocaat te 8500 KORTRIJK, Burgemeester Nolfstraat 27

tegen:

1. (...) en 2. (...)

beiden in eigen naam en in hun hoedanigheid van enerzijds burgerlijk verantwoordelijken en anderzijds van wettelijke vertegenwoordigers van en beheerders over de goederen van hun minderjarige zoon (...)

3. FORTIS AG NV, met maatschappelijke zetel te 2600 BERCHEM (ANTWERPEN), Grotesteenweg 214, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder nr. 0404.494.849,

geïntimeerden, hebbende als raadsman mr. DEVLOO Rik, advocaat te 8500 KORTRIJK, Burgemeester Nolfstraat 39,

velt het Hof het volgende arrest:

Het Hof nam kennis van het vonnis op tegenspraak gewezen op 24 januari 2005 door de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk, zevende kamer, waartegen door appellant tijdig en regelmatig hoger beroep werd aangetekend.

De partijen werden ter openbare terechtzitting gehoord in hun middelen en conclusies; de neergelegde besluiten en de overgelegde stukken werden ingezien.



I. VOORGAANDEN

Aanleiding tot onderhavige procedure is een skiongeval aan appellant overkomen op 07/01/2002 te Tignes (Les Brevières) in Frankrijk ter hoogte van het skiliftgebouw.

De versies omtrent de feiten lopen uiteen: Volgens appellant stond hij beneden het gebouw buiten de piste te wachten op zijn dochter toen hij werd aangeskied door de zoon van eerste en tweede geïntimeerden (...), die bij de afdaling van de groene piste (beginnerspiste) de controle verloor en buiten de piste terecht kwam. Volgens eerste en tweede geïntimeerden is het ongeval te wijten aan het feit dat appellant, op het ogenblik dat een groep jonge skiërs, onder begeleiding van de CLUB MED leraar (...), het laatste stukje afdaling naar de ski-lift nam, plots de ski-piste kwam gedwarst waardoor hij in aanvaring kwam met (...) (*de zoon van eerste en tweede geïntimeerden*) die op dat ogenblik deel uitmaakte van het groepje afdalende skiërs. Appellant liep hierbij diverse ribfracturen en een breuk van het rechter sleutelbeen op.

Op klacht van appellant werd een proces-verbaal opgesteld door de gendarmerie nationale van Albertville. (...) noch zijn ouders werden hierbij gehoord. Appellant legt twee verklaringen voor van getuigen die het ongeval zouden hebben zien gebeuren.

Bij schrijven dd. 27/03/2000 werden de ouders van (...) door de rechtsbijstandsverzekeraar AXA Assurances van appellant in gebreke gesteld. Er volgde een tweede ingebrekestelling dd. 27/09/2001 uitgaande van de raadsman van appellant, welke werd beantwoord bij brief van 04/10/2001 waarin eerste en tweede geïntimeerden meedeelden de zaak reeds na ontvangst van het eerste schrijven te hebben overgemaakt aan Club Med Brussel aangezien de skireis door Club Med was georganiseerd en zij in de mening verkeerden door Club Med verzekerd te zijn. Club Med Brussel bleek de zaak te hebben doorgegeven aan haar verzekeraar A.V.S. in Parijs.

Hoewel eerste en tweede geïntimeerden aanvankelijk hun aansprakelijkheden niet uit de weg gingen, wat zij overigens ook uitdrukkelijk meedeelden in hun brief van 04/10/2001, werd deze aansprakelijkheid later betwist door hun familiale verzekeraar FORTIS AG (derde geïntimeerde) bij brief van 25/02/2002 aan de raadsman van appellant.

In opdracht van AXA Assurances werd op 17/10/2001 een medisch verslag opgesteld waarin werd geconcludeerd tot een totale arbeidsongeschiktheid van appellant tot 22/02/2000, medische consolidatie op 30/03/2000 en een pretium doloris van 2,5/7.

Aangezien geen regeling in der minne kon bereikt worden ging appellant bij exploit dd. 12/08/2002 over tot dagvaarding van eerste en tweede geïntimeerden zowel in eigen naam als *qualitate qua* (in hoedanigheid van wettelijke beheerders over de persoon en de goederen van hun minderjarige zoon...) in betaling van de som van 3.103,62 EUR méér de compensatoire rente sedert de datum van de feiten (07/01/2000), de verwijlrente vanaf de datum van uitspraak en de gedingkosten (zaak met A.R. nr. 02/1570/A).

In besluiten neergelegd op 02/01/2003 formuleren eerste en tweede geïntimeerden zowel in eigen naam als *qualitate* de veroordeling van appellant tot betaling van een morele schadevergoeding van telkens 250 EUR méér de moratoire rente vanaf 07/01/1999 en de gerechtelijke rente.

Bij exploit dd. 13/10/2003 gingen eerste en tweede geïntimeerden in eigen naam en *qualitate qua* over tot dagvaarding in tussenkomst en vrijwaring van hun familiale verzekeraar FORTIS AG N.V. (derde geïntimeerde), hetgeen leidde tot een uitbreiding van vordering door appellant t.a.v. deze laatste in besluiten neergelegd op 25/11/2003 op grond van artikel 86 van de wet op de landsverzekeringsovereenkomsten.

In besluiten neergelegd op 26/04/2004 vorderden eerste en tweede geïntimeerden de veroordeling van hun familiaal verzekeraar FORTIS AG N.V. tot betaling van een totaal bedrag van 750 EUR méér gerechtelijke intresten wegens schending van artikel 79 van de wet op de landsverzekeringsovereenkomsten.

Ingevolge de door derde geïntimeerde ingeroepen exceptie van nietigheid van het dagvaardingsexploot verschenen appellant enerzijds en eerste en tweede geïntimeerden anderzijds vrijwillig voor de eerste rechter. Proces-verbaal van vrijwillige verschijning werd opgemaakt op 24/05/2004. (...)

De eerste rechter (...) verklaarde de hoofdvordering ontvankelijk doch ongegrond. Appellant werd eveneens tot de gerechtskosten veroordeeld.



Met zijn hoger beroep beoogt appelland de vernietiging van het bestreden vonnis en de toekenning van zijn oorspronkelijke vordering ten aanzien van alle geïntimeerden met veroordeling van deze laatsten tot de gedingkosten der beide aanleggen.

Eerste, tweede en derde geïntimeerden besluiten tot de bevestiging van het vonnis *a quo* en de verwijzing van appelland in de gedingkosten der beide aanleggen.

II. BEOORDELING

1. Het Hof stelt voorafgaandelijk vast dat de initiële tegenvordering van eerste en tweede geïntimeerden ten aanzien van appelland in betaling van 2 x 250 EUR uit hoofde van morele schadevergoeding (in eigen naam en *qualitate*) noch de initiële tussenvorderingen van eerste en tweede geïntimeerden ten aanzien van derde geïntimeerde in vrijwaring en in betaling van 750 EUR méér intresten, in graad van hoger beroep worden hernomen. Eerste en tweede geïntimeerden enerzijds en derde geïntimeerde anderzijds worden ten andere door dezelfde raadsman vertegenwoordigd, zulks in tegenstelling tot de eerste aanlegprocedure.

2. Partijen zijn het erover eens dat het geschil dient beoordeeld overeenkomstig de *lex loci delicti commissi*, hetgeen betekent het Frans recht, nu het ongeval zich voordeed in Frankrijk (zie het vroegere artikel 3 lid 1 B.W., thans opgeheven bij artikel 139, 1° van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, zie het huidige artikel 99 §1 Wetboek IPT). Bij toepassing van artikel 2.1 van de Brussel 1 Verordening (EG) nr. 44/2001 van 22 december 2000 ingesteld vanaf 01/03/2002, zoals in casu) heeft de Belgische rechter rechtsmacht ("bevoegdheid") terzake. De destijds door derde geïntimeerde ingeroepen exceptie van gebrek aan rechtsmacht van de Belgische rechter, wordt ten andere in graad van hoger beroep niet hernomen.

3. aansprakelijkheid:

Appelland heeft eerste en tweede geïntimeerden in het geding betrokken zowel in eigen naam als in hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers en beheerders over de goederen van hun minderjarige zoon (...) (*qualitate qua*).

3.1. De verantwoordelijkheid in eigen naam is deze die voortvloeit uit artikel 1384 vierde lid van de Franse Code Civil (CC.) en op grond waarvan de vader en de moeder hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige inwonende kinderen waarover zij de bewaring hebben. Overeenkomstig artikel 1384, lid 7 CC kunnen de ouders zich van deze aansprakelijkheid slechts ontlasten wanneer zij bewijzen dat zij het feit welke aanleiding heeft gegeven tot hun aansprakelijkheid, niet hebben kunnen verhinderen.

Deze beide wetsartikelen dienen in deze zin te worden toegepast dat opdat de verantwoordelijkheid van rechtswege van de vader en de moeder die het ouderlijk gezag uitoefenen over een minderjarig kind, hetwelk bij hen inwoont, zou kunnen ingeroepen worden, het volstaat dat de schade die het slachtoffer inroept rechtstreeks veroorzaakt werd door het feit, zelfs niet foutief, van de minderjarige: enkel overmacht of fout van het slachtoffer kan de ouders ontlasten van hun aansprakelijkheid (zie Cass. (Fr) 19 februari 1997, RGDA 1997 - arrest "Bertrand" - , p. 1086, Cass. (Fr) 13 december 2002, - arresten "Minc" en "Pouillet", *Bull. Civ.* n° 5 en *Bull. Crim.* n° 3 ; P. Le Tournai et L. Cadiet "droit de la responsabilité et des contrats" nr. 6407-6422 t/m 6424, 6452-6454). Ter verduidelijking dient opgemerkt dat de aansprakelijkheid van de ouders voor schade veroorzaakt door hun minderjarige inwonende kinderen niet (meer) gelinkt is aan de begrippen opvoeding en toezicht doch uitsluitend haar oorzaak vindt in de uitoefening van het ouderlijk gezag.

De aansprakelijkheid van de ouders is bijgevolg een aansprakelijkheid van rechtswege van zodra de causaliteit tussen de handeling van de minderjarige en de schade aan het slachtoffer vaststaat, behoudens het bewijs van overmacht of fout van het slachtoffer. Het betreft aldus een objectieve aansprakelijkheid die niet afhankelijk is van het bewijs van een objectief onrechtmatige daad van het kind. De overmacht moet worden aangetoond in hoofde van het kind, niet in hoofde van de aansprakelijke ouder(s).

Terzake staat het vast - en wordt overigens ook niet ernstig betwist -, dat de verwondingen die appelland heeft opgelopen bij de valpartij, werden veroorzaakt door de botsing met het kind (...). Enige overmacht in hoofde van dit kind wordt niet bewezen en is ook niet voorhanden. Een fout in hoofde van appelland als slachtoffer komt evenmin afdoende bewezen voor. (...)

De solidaire aansprakelijkheid in hoofde van eerste en tweede geïntimeerden in eigen naam staat aldus vast in het licht van artikel 1384, al. 1 en 7 van de Franse Code Civil.



3.2. Appellant heeft eerste en tweede geïntimeerden ook *qualitate* qua gedagvaard, hetgeen het bewijs van een onrechtmatige daad in hoofde van het kind vereist.

Gelet op de leeftijd van het kind ten tijde van het ongeval nl. 6 jaar - wat betekent dat het kind nog niet tot de jaren des onderscheids gekomen was -, kan er in zijne hoofde géén fout weerhouden worden. Appellant motiveert zijn vordering t.a.v. de ouders *qq.* trouwens niet en beperkt zich tot conclusies omtrent de eigen aansprakelijkheid van de ouders.

3.3. Op grond van artikel 86, eerste lid WLVO beschikt appellant over een eigen recht ten aanzien van de verzekeraar van de aansprakelijke. Derde geïntimeerde betwist dit op zich ook niet. De rechtstreekse vordering van appellant ten aanzien van derde geïntimeerde is zodoende principieel toekenbaar. De contractuele vrijstelling geldt niet ten aanzien van de benadeelde derde.

4. gevorderde schadevergoeding:

(...) De beoordeling omtrent de schade-eis dient bijgevolg te worden aangehouden.

5. Gelet op het voorgaande dient de beslissing omtrent de gedingkosten eveneens te worden aangehouden.

OP DEZE GRONDEN.

HET HOF, recht doende op tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk;

Alvorens verder te beslissen:

Heropent de debatten en stelt de zaak te dien einde op de openbare terechtzitting van **donderdag 18 januari 2007 om 12.10 uur** - pleitduur 20 minuten, teneinde appellant toe te laten te handelen zoals hiervoor bepaald

Houdt de beslissing omtrent de gedingkosten aan.

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het Hof van beroep te Gent, **EERSTE KAMER**, zitting houdende in burgerlijke zaken, van **ACHTTIEN MEI TWEEDUIZEND EN ZES**.



Hof van Beroep te Gent, arrest van 30 maart 2006

Onrechtmatige daad – Skiongeluk – Vordering tot schadevergoeding – Toepasselijk recht – Afwijking van de oude lex loci delicti commissi-regel nu 1° de gevolgen van de onrechtmatige daad zich op het grondgebied van een andere staat voordoen, 2° beide partijen de nationaliteit van die andere staat hebben en 3° het normaal toepasselijke recht voorziet in een regel van renvoi ten gunste van de lex fori– Toepasselijkheid plaatselijke gedragscode

Acte illicite – Accident de ski – Action en dommages et intérêts – Droit applicable – Dérogation à l'ancienne règle de l'application du lex loci delicti commissi parce que 1° les conséquences de l'acte illicite se présentent sur le territoire d'un autre État, 2° les parties ont toutes les deux la nationalité de cet autre État et 3° le droit normalement applicable contient une règle de renvoi en faveur du lex fori – Pertinence du code de conduite local

Hof van beroep te Gent
1^e Kamer
Terechzitting van 30-03-2006
EINDARREST (na t.a. dd. 17 maart 2005) Terug 1^{ste} rechter

in de zaak van:

(...)

appellant, -van een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent, 16^{de} kamer, dd. 22 december 2003-, hebbende als raadsman mr. BYVOET Xavier, advocaat te 3500 HASSELT, Guffenslaan 84

tegen:

(...)

geïntimeerde, hebbende als raadsman mr. DE SCHRIJVER Luk, advocaat te 9031 DRONGEN, Baarledorpstraat 93

velt het Hof het volgende arrest:

Bij tussenarrest van deze kamer van het Hof gewezen op 17 maart 2005 werd het hoger beroep ontvankelijk verklaard en werd het bestreden vonnis bevestigd waar het Belgisch recht van toepassing acht op onderhavig geschil. Vooraleer verder te beslissen werd de persoonlijke verschijning van de partijen bevolen. Proces-verbaal van persoonlijke verschijning werd opgemaakt op 23 juni 2005

De partijen werden ter openbare terechtzitting gehoord in hun middelen en conclusies; de neergelegde conclusies en de overgelegde stukken werden ingezien.



BEOORDELING

Na de persoonlijke verschijning zijn beide partijen op hun respectievelijke standpunten gebleven. Geïntimeerde houdt staande dat het skiongeval, waarvan hij het slachtoffer werd en waardoor hij een ernstige kniebreek opliep, uitsluitend werd veroorzaakt door het onzorgvuldig skigedrag van appelland, daar waar deze laatste iedere fout ontkent en verwijst naar de normale risico's van de skisport, waarbij valpartijen geen uitzondering zijn.

Ongeacht welke soort sport, moeten tijdens de beoefening ervan benevens de (gebeurlijke) spelregels bepaalde normen van gemeen recht, in het bijzonder de zorgvuldigheidsnorm gerespecteerd worden. Er wordt bijgevolg een fout gepleegd wanneer niet gehandeld wordt zoals een normaal zorgvuldig sportbeoefenaar in dezelfde omstandigheden zou optreden. Aangezien tal van sportdisciplines een verhoogd risico impliceren op fouten die letsels veroorzaken, zoals o.m. de skisport, moet bij de beoordeling van een geschil rekening gehouden worden met de risico's die inherent zijn aan de beoefende sport, zonder dat evenwel uit het oog mag worden verloren dat elke sportbeoefenaar zich steeds zal dienen te houden aan de algemene regels van de voorzichtigheid alsook aan de regels van de beoefende sport zelf.

Inzake de alpijnse skisport kan het zorgvuldigheids criterium bijkomend ingevuld worden met bepalingen vervat in de FIS-regels, zijnde 10 artikelen bevattende de gedragscode van een skiër en die zowat alle alpijnse skioorden worden gehanteerd, dus ongetwijfeld ook in Oostenrijk. Aldaar werd door het Oostenrijks comité voor alpijnse veiligheid bijkomend een pistereglement opgesteld, dat integraal gebaseerd is op de principes vervat in de FIS-regels en hiervan zelfs een verdere uitwerking is. Zowel de FIS-regels als het POE-reglement wordt door geïntimeerde met bijhorende Nederlandse vertaling overgelegd.

Inbreuken op deze gedragscode kunnen bijgevolg aanzien worden als een inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm zoals bepaald in artikel 1382 B.W..

Met betrekking tot deze reglementeringen verwijst het Hof naar de verklaring van appelland tijdens de persoonlijke verschijning, meer bepaald de passage waar hij verklaarde "*dat hij er zich wel van bewust is dat er reglementen of regels zijn bij het skiën.*" Aldus mag redelijkerwijze aangenomen worden dat appelland op de hoogte is van voormelde reglementeringen, temeer deze reglementen zowat aan alle skipistes uithangen en zowat overal in de alpijnse en Oostenrijkse skigebieden verkrijgbaar zijn. Ernstige betwistingen werden hieromtrent trouwens ook niet gevoerd.

Uit de verklaringen van de partijen tijdens de persoonlijke verschijning blijkt thans het volgende:
(...)

Uit deze vaststellingen blijkt dat geïntimeerde géén enkele fout heeft begaan. (...)

Appelland daarentegen (...). Een van de belangrijke regels die appelland niet respecteerde, en die zowel in de FIS-regels als in het Oostenrijkse pistereglement voorkomt, is dat hij 'op zicht' moest skiën: dit betekent dat hij zich ervan had dienen te vergewissen dat hij zijn loop kon voortzetten zonder gevaar voor anderen. Bovendien diende hij bedacht te zijn op de aanwezigheid van een ijzelplek. Dit is eigen aan skipistes, vandaar ook dat hij, mede gelet op het feit dat de piste op dat ogenblik niet druk bevolkt was, voldoende afstand had moeten nemen. Dat hij zich niet tijdig liet vallen, kan appelland wel niet verweten worden, aangezien hij is uitgegleden over een ijzelplek en ingevolge dit uitglijden tegenaan geïntimeerde is opgebotst.

Gelet op voorgaande overwegingen en vaststellingen dient besloten dat appelland een aantal skiregels niet of minstens onvoldoende in acht heeft genomen en een inbreuk pleegde op de op hem rustende algemene zorgvuldigheidsplicht. (...) In deze omstandigheden besloot de eerste rechter dan ook terecht tot een fout in zijne hoofde in de zin van artikel 1382 B.W..

Waar niet betwist wordt dat de door geïntimeerde opgelopen letsels zijn veroorzaakt door de valpartij en deze valpartij het gevolg is van een fout van appelland, staat het causaal verband tussen de fout en de schade vast. Zonder deze fout van appelland had de schade zich overigens niet kunnen voordoen op de wijze zoals ze zich heeft voorgedaan.

Een bevestiging van het bestreden vonnis dringt zich aldus op.
(...)

OP DEZE GRONDEN,

HET HOF, recht doende op tegenspraak,



Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken,

Verklaart het hoger beroep, reeds ontvankelijk verklaard bij tussenarrest van deze zetel, ongegrond. Bevestigt het bestreden vonnis.

Verwijst de zaak voor verdere behandeling terug naar de eerste rechter.

(...)

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het Hof van beroep te Gent, EERSTE KAMER, zitting houdende in burgerlijke zaken, van DERTIG MAART TWEEDUIZEND EN ZES.

Aanwezig :

G. Brugmans, Kamervoorzitter,

A. Van de Putte, Raadsheer,

G.

Jocqué,

Raadsheer,



Hof van Beroep te Gent, arrest van 23 september 2004

Onrechtmatige daad – Skiongeluk – Vordering tot schadevergoeding – Toepasselijk recht – Artikel 3, eerste lid B.W. (oud) – Lex loci delicti commissi – Inhoud van het toepasselijk recht – Toepasselijkheid plaatselijke gedragscode

Acte illicite – Accident de ski – Action en dommages et intérêts – Droit applicable – Article 3, alinéa 1 C.C. (ancien) – Lex loci delicti commissi – Contenu du droit applicable – Pertinence du code de conduite local

1^o Kamer

Hoger beroep tegen een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk, 2^{de} kamer, dd. 1 december 1998
Terechzitting van **23 september 2004**

Eindarrest (na tussenarrest dd. **6 april 2001** zie hierna)

1999/AR/179 in de zaak van:
(...)

appellante, (...), hebbende als raadsman mr. VAN DEN BERGHE Guy, advocaat te 8500 KORTRIJK, President Kennedypark 26 a

tegen:
(...)

geïntimeerde, hebbende als raadsman mr. MICHIELS Hans, advocaat te 8500 KORTRIJK, Burgemeester Nolfstraat 27

velt het Hof het volgende arrest :

Bij tussenarrest van deze kamer van het Hof gewezen op 06 april 2001 werd het hoger beroep toelaatbaar verklaard en werd, vooraleer verder in rechte te oordelen, de debatten ambtshalve heropend teneinde de partijen toe te laten hun dossiers aan te vullen en tegenspraak te voeren omtrent een vijftal punten, inzonderheid omtrent (1) de toepasselijke rechtsnorm naar Zwitsers recht; (2) de interpretatie hiervan door de Zwitserse rechtspraak, meer in het bijzonder wat skiongevallen betreft; (3) specifieke voorschriften bij skiën, o.m. de FIS voorschriften; (4) gelding, afdwingbaarheid en verspreiding van de FIS-voorschriften; (5) toepasselijkheid van de specifieke regels voor de gebruikers van een snowboard t.a.v. andere gebruikers van de skipiste.

(...)

BEOORDELING

Zoals reeds in het tussenarrest van 06 april 2001 uiteengezet betreft onderhavige procedure een discussie nopens de aansprakelijkheid voor een skiongeval aan appellante overkomen te Zwitserland, Haute- Nendaz, op 26 december 1992. Appellante, die deel uitmaakte van een groepje skiërs, kwam ten val op een ogenblik dat, terwijl zij quasi stilstond, geïntimeerde met zijn snowboard haar passeerde en bruske afremde teneinde de groep te begroeten, aangezien hierin familieleden van hem aanwezig waren, waaronder trouwens appellante zelf. Zij liep ernstige verwondingen op aan de knieschijf.



1. Feitelijke omstandigheden van het ongeval:

In de ongevalsangifte dd. 07/01/1993 liet geïntimeerde, die destijds nog minderjarig was (17 jaar), door zijn vader volgende verklaring akteren:

"Op 26/12/92 waren wij aan het skiën met onze familie in Haute-Nendaz Zwitserland. Mijn zoon (...) remde bruusk en iemand van onze groep was erg geschrokken en viel daardoor kwalijk op haar knie..."

Appellante van haar kant gaf volgende versie in haar ongevalsangifte dd. 07/01/1993:

"Tegenpartij kwam van de ene piste naar een andere maar men mocht langs daar niet skiën. Zodoende sneed de tegenpartij de weg af van Mevr. (...) waardoor zij ten val kwam en haar knie bezeerde."

Deze verklaring wijkt zodoende sterk af van de versie van geïntimeerde die formeel betwist appellante de pas te hebben afgesneden en vanuit een verboden richting te zijn gekomen.

Niet onbelangrijk is wel dat appellante gepoogd heeft de toen nog minderjarige geïntimeerde een verklaring te laten ondertekenen waarin hij het volgende zou erkennen :

"Ik was aan het skiën met een snowboard van de ene piste naar de andere waardoor ik geen overzicht had op de skiërs beneden de heuvel. Ik zag familie en remde bruusk om een woordje te praten. Bij mijn remmanoeuver ramde ik rakelings de skies van (...) waardoor zij ten val kwam.

(...) stond stil en was verrast gezien normaal geen skiërs van die richting komen." (zie stuk 4 dossier appellante). Geïntimeerde heeft deze verklaring evenwel nooit ondertekend nu de inhoud ervan volledig haaks stond op zijn eigen versie dat appellante louter ten val is gekomen omwille van het verschieten van het bruusk remmanoeuver van geïntimeerde in haar buurt.

Ingevolge deze tegenstrijdigheden in de versies van partijen beval de eerste rechter bij tussenvonnis dd. 14/08/1996 een persoonlijke verschijning van partijen en bij tussenvonnis dd. 09/09/1997 het getuigenverhoor van mevrouw (...), ooggetuige en eveneens lid van de groep op het ogenblik van het ongeval.

De persoonlijke verschijning vond plaats op 17/12/1996, het getuigenverhoor op 13/01/1998.

Uit de verklaringen afgelegd ter gelegenheid van deze persoonlijke verschijning en het getuigenverhoor leidde de eerste rechter - naar het oordeel van het Hof terecht - af dat het geenszins bewezen voorkwam dat geïntimeerde met zijn snowboard kwam geskied van op een andere skipiste of vanuit een verboden richting. Beide betrokkenen bevonden zich in toegelaten skizones. Volgens geïntimeerde skieden zij op de "Jean-Pierre" (wat appellante niet tegensprekt), zijnde een skipiste die blijkens het voorliggende skiplan regio "Verbier, la Tsoumaz, Nendaz, Veyzonnaz, Thyon" ressorteert onder nummer 56 en een zwarte piste uitmaakt (zie st. 16 appellante).

Uit voormelde verklaringen kan evenmin met zekerheid afgeleid worden dat geïntimeerde appellante zou gehinderd hebben door "rakelings" langs haar te skiën, haar de weg te "couperen" en onmiddellijk vóór haar bruusk gestopt te hebben.

Weliswaar heeft de ooggetuige (...) een dergelijke verklaring ondertekend op 27/01/1994 (st. 5 appellante), doch het is duidelijk dat zij deze verklaring niet zelf geschreven heeft maar een voorgeschreven verklaring ondertekend heeft, hetgeen trouwens bevestigd wordt door de bijkomende vermelding "*gelezen goed gekeurd*". Gelet op de poging van appellante ook geïntimeerde een gelijkaardige verklaring te laten ondertekenen, kan redelijkerwijze worden aangenomen dat deze verklaring werd voorgeschreven door appellante of iemand uit haar entourage. De getuige houdt de inhoud van deze verklaring ten andere niet gestand nu zij tijdens haar getuigenverhoor verklaarde :

"Ik stond een beetje gedaald ten aanzien van eiseres met mijn gezicht naar haar gericht. ..

(...)(Geïntimeerde) kwam van de linkse kant gezien voor mij uit en (...) (appellante) stond voor mij rechts.

(...) (appellante) had niet veel snelheid en ze wou draaien, zoals ik vermeld op mijn tekening.

(...)(Geïntimeerde) ging veel sneller....

Hij heeft niet tegen haar aangeskied, maar wel langs haar. Het gebeurt veel op skipistes dat er opeens iemand vlak langs U heen skiet en hem moet zien te ontwijken.

Mogelijks van het verschieten heeft zij een klein beetje gevallen..."

Deze getuige onder ede maakte bijgevolg géén gewag van welkdanig roekeloos gedrag als oorzaak van de val van appellante. Zij bevestigt in werkelijkheid de stelling van geïntimeerde, nl. dat appellante ingevolge het



verschieten is gevallen. Zij verklaarde niet, in weerwil van wat appellante wil doen geloven, dat geïntimeerde appellante “rakelings” zou zijn gepasseerd.

Dit komt ten andere ook niet bewezen voor en wordt zelfs tegengesproken door de tekening door de partijen gemaakt op het proces-verbaal van persoonlijke verschijning waaruit blijkt dat geïntimeerde veeleer op veilige afstand het groepje is gepasseerd om nadien onmiddellijk af te remmen; zie terzake de roze lijn, zijnde het traject van geïntimeerde, ten overstaan van de plaats waar het groepje stond. Dit kan bezwaarlijk "rakelings" genoemd worden.

Het is trouwens merkwaardig dat énkél appellante kennelijk "verschoten" is van het skigedrag van geïntimeerde, daar waar géén enkel ander lid van de groep, waartoe zij behoorde, hieromtrent enige klacht heeft geformuleerd.

Het staat ook vast dat geïntimeerde op géén enkel ogenblik in aanraking is gekomen met de persoon van appellante noch met haar skimateriaal, zelfs niet in de geringste mate. Nochtans heeft appellante - het weze herhaald - toch gepoogd dit vanwege geïntimeerde op papier vooralsnog erkend te zien.

Dat geïntimeerde zou “gedjumpt” hebben staat evenmin met zekerheid vast. Wel is het een feit dat een zwarte piste gekenmerkt wordt door vele oneffenheden, zodat het niet onwaarschijnlijk is dat geïntimeerde over deze oneffenheden zal gesprongen zijn op een manier eigen aan elke snowboarder. Dit is evenwel géén foutief skigedrag doch een perfect normaal snow- boardgedrag.

Hetzelfde kan gezegd worden van het zogezegd “bruusk” remmanoeuver waarmee geïntimeerde kort voor de groep tot stilstand is gekomen. Dit is één van de veilige manieren waarop een snowboarder, die doorgaans een hogere snelheid voert dan een alpine skiër en zich voortbeweegt via vaak korte slalombewegingen, kan afremmen.

Dat geïntimeerde zich hierbij volledig in de hand had, wordt bevestigd door de vaststelling dat hij dit remmanoeuver feilloos heeft uitgevoerd zonder hierbij zelf ten val te zijn gekomen. Diens jeugdige leeftijd en reeds jarenlange ski-ervaring zullen hieraan zeker niet vreemd zijn geweest.

Volkomen ten onrechte beschouwt appellante de ongevalsangifte als een erkenning van aansprakelijkheid. Het wordt immers niet bewezen dat de vader van geïntimeerde, die de ongevalsangifte opstelde, de wil zou gehad hebben om bekentenissen af te leggen nopens enig actueel geschilpunt; bovendien kunnen bekentenissen énkél gelden voor (rechts)feiten en niet voor de juridische oplossing ervan. In deze ongevalsangifte wordt ten andere énkél verwezen naar het bruusk remmanoeuver van geïntimeerde, wat deze laatste ook steeds erkend heeft.

Aldus moet vastgesteld worden dat geen enkel bezwarend element dat voorkwam in het voorstel van verklaring dat appellante geïntimeerde ter ondertekening aanbood, bewezen voorkomt.

Enkel blijkt, zoals de eerste rechter terecht overwoog, dat geïntimeerde met zijn snowboard van een hoger gelegen gedeelte van de skipiste kwam aan een hogere snelheid dan appellante en langs het groepje waarvan zij deel uitmaakte, passeerde om nadien bruusk afremmend voor hen, tot stilstand te komen met de bedoeling een babbeltje te slaan. Wel bleek appellante hierdoor geschrokken en kwam zij ten val.

2. Aansprakelijkheid :

Ingevolge de overwegingen in het tussenarrest dd. 06/04/2001 van deze kamer van het Hof, dient ter beoordeling van de aansprakelijkheid toepassing te worden gemaakt van het *lex loci delicti*-beginsel, zijnde in casu het Zwitsers recht.

Partijen hebben hieromtrent uitvoerig besloten en door appellante werden de nodige stukken voorgelegd met betrekking tot de wetgeving en de rechtspraak.

De toepasselijke bepaling terzake is artikel 41 CO (Code des Obligations), dat in wezen dezelfde principes bevat als deze besloten in de artikelen 1382 en 1383 B.W. uit het Belgisch recht meer bepaald de algemene principes inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid wat veronderstelt een onrechtmatige daad, een fout, een schade en een causaal verband. Het Hof verwijst hiervoor naar de wetteksten zoals voorgelegd door appellante onder haar st. 12, die hoewel in de Franse taal opgesteld, voldoende door dit Hof begrepen worden.

Het foutbegrip wordt getoetst aan de algemene zorgvuldigheidsnorm, doch inzake het skiën en het snowboarden wordt dit criterium verder ingevuld met de bepalingen vervat in de FIS-regels (10 artikelen bevattende de gedragscode van een skiër, code die het laatst werd aangepast in 1990 en die in alle alpijnse landen wordt gehanteerd als criterium ter beoordeling en ter toetsing aan de zorgvuldigheidsnorm derwijze dat een inbreuk hierop als een fout in de zin van artikel 41 CO kan



aanzien worden. In het bijzonder voor snowboarders zijn er eveneens de SKUS-bepalingen (zes in totaal) die de FIS-regels niet vervangen doch hieraan complementair zijn en eveneens toetsstenen uitmaken waaraan het gedrag van een snowboarder kan getoetst worden ter beoordeling van diens aansprakelijkheid in het licht van artikel 41 CO.

Deze gedragscode komt voor op zowat alle skifolders in het skigebied van Haute-Nendaz, en worden ongetwijfeld ook in alle andere skigebieden in Zwitserland, verdeeld, derwijze dat geïntimeerde bezwaarlijk kan voorhouden hiervan niet in kennis te zijn geweest. Aangezien geïntimeerde tijdens de persoonlijke verschijning zelf verklaarde al “zeer lang” te gaan skiën op de “Jean-Pierre” mag hij als 17-jarige redelijkerwijze verondersteld worden voldoende kennis te hebben én van de Franse taal én van de skireglementen, die trouwens in alle skigebieden van de alpijnse landen gehanteerd worden.

Appellante verwijst inzonderheid naar de artikelen 1, 2, 3, 4 en 5 van de FIS-bepalingen die volgens haar door geïntimeerde niet (voldoende) werden nageleefd.

Welnu op grond van hetgeen reeds hoger onder punt 1. werd uiteengezet, kan appellante door het Hof hierin niet bijgetreden worden. Het skigedrag of snowboardgedrag van geïntimeerde kan geenszins als onzorgvuldig bestempeld worden en beantwoordt integendeel aan het gedrag van een normaal zorgvuldig sportbeoefenaar in dezelfde omstandigheden. Weliswaar dient rekening gehouden te worden met de typische bewegingen van een snowboarder, die wezenlijk verschillend zijn van deze van een alpijnse skiër en die mogelijks voor andere skiërs enigszins agressief kunnen overkomen. Hogere snelheden, korte slalombewegingen en bruske remmanoeuvres teneinde tot stilstand te komen, zijn evenwel aan de snowboardsport eigen bewegingen waarop een ervaren skister, zoals appellante zich toch noemt, bedacht dient te zijn, te meer gebleken is dat geïntimeerde de groep, waaronder appellante, wel op een voldoende veilige afstand is gepasseerd. De schrikreactie van appellante lijkt dan ook overdreven en onaangepast en mogelijks ingegeven door andere oorzaken zoals eventueel onzekerheid want het was tenslotte toch de eerste skidag van haar vakantie, onvaste benen e.d., zoals ook door de eerste rechter terecht in aanmerking genomen.

Appellante, op wie de bewijslast rust, toont evenmin enige inbreuk op de SKUS-bepalingen aan.

Nu géén inbreuk op de zorgvuldigheidsnorm vervat in artikel 41 CO kan weerhouden worden, noch een inbreuk op de SKUS-bepalingen, kan geïntimeerde niet aansprakelijk worden gesteld voor de ongelukkige val van appellante en werd de vordering door de eerste rechter aldus terecht als ongegrond afgewezen.

3. Gelet op voorgaande overwegingen en vaststellingen komt het hoger beroep ongegrond voor en dringt zich een bevestiging van het bestreden vonnis op.

De eerste rechter oordeelde op gepaste wijze omtrent de gedingkosten van de eerste aanlegprocedure. Ingevolge de ongegrondheid van het hoger beroep dienen de gedingkosten van deze aanleg ten laste van appellante te worden gelegd.

OP DEZE GRONDEN

HET HOF, recht doende op tegenspraak,
Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken,

Verklaart het hoger beroep, reeds toelaatbaar verklaard in het tussenarrest, ongegrond en bevestigt het bestreden vonnis.

Verwijst appellante in de gedingkosten van het hoger beroep, aan haar zijde niet te begroten vermits deze toch ten hare laste blijven, en aan de zijde van geïntimeerde te begroten op 456,12 EUR rechtsplegingvergoeding hoger beroep.

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het Hof van beroep te Gent, EERSTE KAMER, zitting houdende in burgerlijke zaken, Van DRIEENTWINTIG SEPTEMBER TWEEDUIZEND EN VIER. Aanwezig : G. Brugmans, Kamervoorzitter, Van de Putte, Raadsheer, G. Jocqué, Raadsheer, B. Caignau, griffier,



TUSSENVONNIS

Nr. 1999/AR/179 - In de zaak van :

(...)

appellante,

hebbende als raadsman Mr. VAN DEN BERGHE Jean, advocaat te 8500 KORTRIJK, President Kennedypark 26 a,

tegen

(...)

geïntimeerde,

hebbende als raadsman Mr. MICHIELS Hans, advocaat te 8500 KORTRIJK, Burgemeester Nolfstraat 27,

velt het Hof het volgend arrest:

(...), appellante, stelde tijdig en regelmatig naar de vorm hoger beroep in tegen het vonnis op 1 december 1998 gewezen door de 2e kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk, waarbij haar vordering lastens (...) als ongegrond wordt afgewezen.

Het hoger beroep beoogt de inwilliging van haar oorspronkelijke vordering tot schadevergoeding en de aanstelling van een gerechtsdeskundige.

Partijen werden gehoord ter openbare terechtzitting; de stukken werden ingezien.

1. Relevante gegevens

(...)

2. Preliminair

Het ongeval deed zich voor in Zwitserland bij het skiën.

De vraag rijst preliminair naar de toepasselijke rechtsregels.

Er is vooreerst de toepassing van de IPR-regels. In beginsel wordt aangenomen dat ingevolge de "*lex loci delicti commissi*", de rechtsovereenkomst tot vergoeding van de schade veroorzaakt door een onrechtmatige daad die in Zwitserland is gepleegd in de regel beheerst wordt door de Zwitserse wet, ook al zijn slachtoffer en de mogelijke dader Belg (vgl. Cass., 29 april 1996, *A.J.T.*, 1996-97, 247). Dit ingevolge art. 3, eerste lid B.W. dat voorziet dat de wetten van politie van een Staat toepassing vinden op de feiten die in die Staat worden begaan, afgezien van de nationaliteit van de betrokken personen, zonder dat die regel evenwel afbreuk doet aan andersluidende verdragsbepalingen of bedingen en aan de regels van internationale openbare orde. De wetten die de bestanddelen van het feit dat delictuele of quasi-delictuele aansprakelijkheid teweegbrengt, alsmede de wijze en de omvang van de vergoeding bepalen, zijn wetten van politie in de zin van art. 3, lid 1 B.W..

Het komt dan ook noodzakelijk voor dat partijen, waarvan appellante reeds zijdelings verwees naar de Zwitserse normen, zonder dit voldoende uit te werken, tegenspraak voeren omtrent vooreerst de toepasselijke rechtsnorm naar Zwitsers recht (vgl. art. 41 e.v. "Code des obligations") (1), vervolgens de interpretatie die hieraan door de Zwitserse rechtspraak wordt gegeven, in het bijzonder wat skiongevallen betreft (2).

Daarnaast rijst ook de vraag naar de mogelijke toepasselijkheid van specifieke voorschriften bij het skiën.



Vooralsnog is niet duidelijk of de door appellante overgelegde “pistenregels” geldend voor het gebied rond de “Alpe d’Huez” ook van toepassing zijn op de plaats van het ongeval, minstens is dit niet aangetoond. Evenmin is tegenspraak gevoerd omtrent de mogelijke overlapping met/ toepasselijkheid van internationaal aanvaarde pistenregels, zoals deze van het "FIS" (3), evenals de gelding, afdwingbaarheid en verspreiding hiervan (4). Het is niet uitgesloten dat de door appellante aangehaalde regels in werkelijkheid de internationale norm terzake zijn, en dat het dezelfde regels betreft als deze aangehaald in de door appellante geciteerde doctrine.

Tenslotte dient verduidelijkt of specifieke regels van toepassing zijn voor de gebruikers van een snowboard ten overstaan van andere gebruikers op de skipiste (5).

Het komt dan ook noodzakelijk voor de debatten te heropenen teneinde partijen toe te laten de desbetreffende informatie in te winnen, en relevante rechtspraak en doctrine aan het Hof over te leggen, en hieromtrent desgevallend nog tegenspraak te voeren.

OP DEZE GRONDEN,
HET HOF,

(...)

Heropent ambtshalve de debatten teneinde partijen toe te laten hun dossiers aan te vullen en tegenspraak te voeren omtrent de hoger aangehaalde vijf punten;

(...)

Aldus door het Hof van beroep te Gent, eerste burgerlijke Kamer, gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van ZES APRIL TWEEDUIZEND EN EEN.

Aanwezig :
L. Meyer, Voorzitter;
G. Brugmans, Kamervoorzitter;
B. Deconinck, Raadsheer;
R. Roggeman, Griffier.



Hof van Beroep te Brussel, arrest van 2 februari 2004

Onrechtmatige daad – Verkeersongeval – Vordering tot schadevergoeding – Toepasselijk recht – Artikel 3, eerste lid B.W. (oud) – Lex loci delicti commissi – Wettelijke indeplaatsstelling – Toepasselijk recht – Eigen aanknopng – Toepassing van de wet tot regeling van de betaling die de indeplaatsstelling tot stand brengt

Acte illicite – Accident de la circulation – Action en dommages et intérêts – Droit applicable – Article 3, alinéa 1 C.C. (ancien) – Lex loci delicti commissi – Subrogation légale – Droit applicable – Attachement propre – Application de la loi réglant le paiement qui entraîne la subrogation

Het Hof van Beroep te BRUSSEL, eerste kamer, na beraadslaging, spreekt volgend arrest uit:

A.R. nr. 2000/AR/1369

INZAKE VAN:

De **BELGISCHE STAAT**, (...),

appellant tegen een vonnis uitgesproken door de rechtbank van eerste aanleg te Leuven op 1 maart 2000,

vertegenwoordigd door Meester Ann HUYSMANS loco Meester Adolf HOUTEKIER, advocaat te 2800 MECHELEN, Battelsesteenweg 95,

TEGEN :

Het **Uitvoeringsinstituut voor Werknemersverzekeringen**, (...) te Amsterdam (Nederland),

geïntimeerde, vertegenwoordigd door Meester Niels BOLLEN, advocaat te 3500 HASSELT, Sasputvoogdij 84-86,

(...)

I. Over de rechtspleging in eerste aanleg:

1. Op 7 mei 1992 verschenen vrijwillig voor de rechtbank van eerste aanleg te Leuven: de Bedrijfsvereniging voor het Vervoer - zijnde de Nederlandse ziekteverzekeraar van (...) en de Belgische Staat.

De Bedrijfsvereniging voor het Vervoer vorderde vergoeding van alle de door haar gedane uitgaven voor haar verzekerde, (...), dit in het kader van de Nederlandse ziekwet d.d. 05 augustus 1913 en de Nederlandse wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering d.d. 18 februari 1913.

Deze vordering vond haar oorzaak in een verkeersongeval dat plaats greep te Gent op 24 maart 1987 tussen de wagen van (...) en het voertuig van de rijkswachter (...); deze laatste werd bij vonnis van 30 november 1988 volledig aansprakelijk verklaard voor dit ongeval.



Zij vond ook haar oorzaak in de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de Belgische Staat voor (...) (*de rijkswachter*).

Op 10 november 1997 werd het geding hervat door het Landelijk Instituut voor Sociale Verzekeringen, de rechtsopvolger van de Bedrijfsvereniging voor het Vervoer.

2. De rechtbank van eerste aanleg te Leuven veroordeelde op 1 maart 2000 de Belgische Staat tot betaling aan het Landelijk Instituut voor Sociale Verzekeringen van: (...)

De rechter in eerste aanleg overwoog:

- . dat de vordering de volgens het Nederlandse recht verhaalbare uitkeringen behelsde, verricht in het kader van de Ziektewet en de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering, onder aftrek van de AWW-uitkeringen (= volksverzekering waarvan de uitkeringen volgens Nederlands recht niet verhaalbaar zijn op de aansprakelijke derde).
- . dat, *“gelet op het tijdsverloop, het vonnis van de politierechtbank te Gent d.d. 1 juni 1994 en op grond van de stukken (en de huidige bedragen blijktbaar niet ernstig worden betwist) de volgende vergoeding kan worden toegekend.”*:

Van dit vonnis wordt geen betekening voorgelegd

II. Over de rechtspleging in hoger beroep:

3. De Belgische Staat stelde op 19 mei 2000, bij verzoekschrift dat behoorlijk werd ter kennis gebracht van het Landelijk Instituut voor Sociale Verzekeringen, hoger beroep in tegen het vonnis van 1 maart 2000.

4. Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen, rechtsopvolger onder algemene titel van het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen, hervatte op 12 januari 2004 het geding.

De oorspronkelijke eiseres paste haar vordering aan als volgt: (...)

III. Over de beslissingen van de Politierechtbank te Gent:

5. Op 30 november 1988 veroordeelde de Politierechtbank te Gent de aangestelde van de appellant wegens inbreuken op de art. 418-420 SWB en 37,4° W.V.R. tot een geldboete.

De vordering van de burgerlijke partij (...), verzekerde van de huidige geïntimeerde, werd ten dele gegrond verklaard. De aangestelde van de appellant werd veroordeeld tot betaling van een provisie van 100.000 BEF. met aankleven. Er werd een medisch deskundigenonderzoek bevolen.

6. De deskundige besloot, onder meer: (...)

7. In het vonnis van de Politierechtbank te Gent d.d. 1 juni 1994 - uitgesproken nadat de huidige zaak op 7 mei 1992 bij vrijwillige verschijning aanhangig was gemaakt voor de rechtbank van eerste aanleg te Leuven - trad (...) op als burgerlijke partij tegen (...) en de Belgische Staat. De Bedrijfsvereniging voor het Vervoer trad op als tussenkommende partij.

De politierechtbank stelde vooreerst vast: *“de besluiten voor zover gericht tegen de Belgische Staat zijn onontvankelijk”* (*“De Belgische Staat is nooit afzonderlijk gedagvaard geweest door het Openbaar Ministerie - dit was ook niet nodig ...”*).

Vervolgens oordeelde de politierechtbank dat de vrijwillige verschijning van de Bedrijfsvereniging voor het Vervoer:

“...niet ontvankelijk (is) nu de procedure van vrijwillige verschijning alleen voorzien is door het Gerechtelijk Wetboek (in burgerlijke zaken) doch niet in het strafrecht, waar de schadelijders enkel via een burgerlijke partij stelling voldoening kunnen bekomen en deze partij zich ter zake niet heeft gesteld;



*Het zal bijgevolg aan de rechtbank van eerste aanleg te Leuven toebehoren deze zaak (wat de Nederlandse sociale verzekeraar betreft) te beslechten;
De inlichtingen en de bewijsstukken van bedoelde partij verschaffen nochtans nuttige gegevens om de belangen van de burgerlijke partij (...) te beoordelen en om complicaties en dubbel gebruik te voorkomen tussen de belangen van slachtoffer en sociale verzekeraar”*

Aan (...) werden onder meer de volgende vergoedingen toegekend: (...)

IV. Over de ontvankelijkheid van de ingestelde vordering.

(...)

V. Over de gegrondheid van de ingestelde vordering:

9. De Belgische Staat houdt terecht voor dat de wet, die toepasselijk is op de burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad en op de wijze en de omvang van de vergoeding, verschuldigd ingevolge deze onrechtmatige daad, de wet is van het land waar de onrechtmatige daad werd gepleegd.

De wetten die de bestanddelen bepalen van het feit dat aan de basis ligt van de burgerlijke, delictuele of quasi-delictuele aansprakelijkheid, alsook de wetten die de wijze en de omvang van de schadeloosstelling aangeven, zijn immers wetten van politie in de zin van art. 3, eerste lid, B.W.

De wettelijke indeplaatsstelling, in de rechten van het slachtoffer van een ongeoorloofd feit, van degene die dit slachtoffer geheel of gedeeltelijk schadeloos heeft gesteld, is evenwel onafhankelijk van de rechtstoestand van de ongeoorloofde handeling en is onderworpen aan haar eigen wet, met name de wet tot regeling van de betaling die de indeplaatsstelling tot stand brengt, *in casu* de Nederlandse Wet.

10. Uit het hierboven geciteerde deskundigenonderzoek blijkt dat (...) een blijvende “*economische arbeidsongeschiktheid*” opliep van 25 %.

(...)

Uit deze feiten, die niet worden tegengesproken door enig ander voorgelegd bewijsstuk, moet worden besloten dat (...) na de consolidatiedatum geen nieuw werk heeft kunnen vinden, zodat de huidige geïntimeerde naar Nederlands recht gehouden was tot de uitkeringen die zij heeft gedaan en waarvoor zij, volgens de Nederlandse Wet, gesubrogeerd was in de rechten van het slachtoffer voor het beperkte bedrag van Fl. 304.269,48.

(...)

OM DEZE REDENEN:

HET HOF,

Rechtdoende op tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken;

Geeft akte aan het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen dat het de rechtsopvolgster onder algemene titel is van het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen.

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond;

Recht doende op de aanpassing door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen van zijn vordering:

Wijzigt het vonnis van 1 maart 2000 in die zin dat de Belgische Staat wordt veroordeeld tot betaling aan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen van (...)



Herman Verbist - Bemiddeling in internationale context

1.- Alhoewel bemiddeling de jongste tijd vanuit verschillende hoeken van een verhoogde aandacht mag genieten, is bemiddeling als geschillenbeslechtingsmethode nochtans geen nieuw fenomeen. Zo geven oude Joodse bronnen reeds aan dat bemiddeling, evenals arbitrage overigens, werd verkozen boven een beroep op de gewone rechtbanken⁽¹⁾, maar ook in China en Japan blijkt bemiddeling reeds sedert vele eeuwen te bestaan als belangrijkste wijze van geschillenbeslechting en niet als alternatieve geschillenbeslechtingsmethode⁽²⁾. In de internationale zakenwereld is bemiddeling reeds sedert decennia een bekende manier om geschillen te beslechten, naast arbitrage, maar het is pas vrij recent dat bemiddeling nu ook buiten de kringen van de internationale handelswereld aan belangstelling heeft gewonnen.

In deze bijdrage wordt bijgevolg eerst een overzicht gegeven van de ontwikkelingen inzake bemiddeling binnen het kader van de internationale handelswereld (hoofdstuk I – ICC; hoofdstuk II - UNCITRAL), waarna wordt ingegaan op recente initiatieven van de Europese Commissie op het vlak van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken (hoofdstuk III), en tenslotte wordt de huidige situatie van bemiddeling in drie buurlanden van België onderzocht (hoofdstuk IV – bemiddeling in Nederland, Frankrijk en Engeland).

I. Initiatieven van de Internationale Kamer van Koophandel ("ICC")

2.- De Internationale Kamer van Koophandel (in het Frans bekend als "Chambre de Commerce Internationale" afgekort "CCI", of in het Engels als "International Chamber of Commerce" afgekort "ICC") is gevestigd in Parijs, waar zij in 1919 opgericht werd als een niet-gouvernementele internationale organisatie. De doelstelling van de Internationale Kamer van Koophandel was van bij zijn oprichting, vlak na de eerste wereldoorlog, om te ijveren voor een open wereldeconomie, en met name om bij te dragen tot een bevordering van de wereldhandel en aldus ook de betrekkingen tussen de landen te bevorderen.

De Internationale Kamer van Koophandel is georganiseerd als een federatie van Nationale Comités. Op dit ogenblik telt het 90 Nationale Comités in de wereld, en daarnaast heeft het in nog een aantal andere landen vertegenwoordigingen.

¹ L. WAELKENS, « Conclusion », in *L'assistance dans la résolution des conflits – Assistance in conflict resolution, IV. L'Europe médiévale et moderne(suite) – Medieval and modern Europe (Continuation)*, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Transactions of the Jean Bodin Society for Comparative Institutional History, LXIV, Brussel, De Boeck Universiteit, 1998, 368 ; Z.W. Falk, "Non-judicial conflict resolution in Judaism", in *L'assistance dans la résolution des conflits – Assistance in conflict resolution, I. L'antiquité – Antiquity*, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Transactions of the Jean Bodin Society for Comparative Institutional History, LXIII, De Boeck Universiteit, Brussel, 1996, 104.

² A. SCHNEEBALG en E. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Brussel, Editions Kluwer, 2002, 3.



Al heel vroeg was de Internationale Kamer van Koophandel zich ervan bewust geworden dat de internationale handel zich slechts ten volle kon ontplooiën, indien zij de ondernemingen die deze handel wilden bedrijven ook een adequaat hulpmiddel ter beschikking zou stellen om geschillen tussen ondernemingen uit verschillende landen te beslechten.

(i) ICC Rules of Conciliation

3.- Reeds in 1920, één jaar na haar oprichting, creëerde de Internationale Kamer van Koophandel een werkgroep die tot taak had om een uitgewerkt reglement op te stellen dat zakenmensen van verschillende landen moest toelaten om snel en zonder al te hoge kosten hun handelsgeschillen te beslechten. De werkgroep kwam tot het besluit dat de internationale handelsgemeenschap het best gediend zou zijn indien zij zou beschikken over een Reglement dat de keuze liet voor de beslechting van geschillen tussen “Conciliation”⁽³⁾ en arbitrage⁽⁴⁾.

Op basis van ervaring toen reeds in de Verenigde Staten van Amerika en Argentinië vond de werkgroep dat geschillen zeer goed tot de tevredenheid van de partijen konden beslecht worden door de eenvoudige tussenkomst van een Kamer van Koophandel, vooraleer een arbitrageprocedure moest worden opgestart⁽⁵⁾. De werkgroep vond daarom dat het Reglement dat zou opgesteld worden eerst een hoofdstuk over verzoening vóór het hoofdstuk over arbitrage.

Maar de werkgroep wees er ook op dat het verzoeningsreglement niet kon dienen om een afdwingbare beslissing te bekomen. Dergelijke beslissing kon alleen via een arbitrage bekomen worden. Het objectief van de verzoeningsprocedure, die gebaseerd was op bemiddeling (“mediation”) of op een “mandat de transaction”, was om te voorzien in een mechanisme dat alle aspecten van ruziën en bijhorende formalismen elimineerde. Dat bemiddeling en verzoening grotendeels hetzelfde type van procedure betreffen voor de beslechting van geschillen werd reeds door de auteurs van het eerste Reglement in 1922 beklemtoond. De werkgroep was tenslotte van oordeel dat de enige sanctie voor een partij die een door een verzoeningsprocedure bereikt akkoord niet zou naleven enkel kon bestaan in een morele sanctie binnen de zakenwereld.

4.- Na de inwerkingtreding van het eerste Verzoeningsreglement van de ICC in 1922 werden aanpassingen aan het Reglement doorgevoerd in 1927, 1933, 1947, 1955, 1975 en 1988. De verschillende versies van het Verzoeningsreglement waren allemaal geïnspireerd door het beginsel van een maximale flexibiliteit van de verzoeningsprocedures. Daarom waren al die Reglementen beperkt tot slechts een paar bepalingen. In tegenstelling tot de flexibiliteit voor het voeren van een verzoeningsprocedure, voorzagen de oude versies van het Reglement een strikt kader voor de

³ In de eerste Nederlandse vertaling van het “*Règlement de conciliation*”, die door een gemengd Belgisch-Nederlandse werkgroep in 1995 werd gemaakt, werd “conciliation” vertaald door verzoening; zie H. VERBIST en G. DE HEER, “Een IKK Arbitrageprocedure in het Nederlands, kan dat?”, *CEPINA-Newsletter* nr. 11, 1995, 1, met de publicatie van de Nederlandse vertaling van het ICC Verzoeningsreglement van 1988. In een latere publicatie, door de ICC zelf, in 2001 werd het reglement vertaald door *Bemiddelingsreglement*. ICC Publicatie nr. 581.

⁴ In 1923 werd een permanente arbitrage-instelling opgericht, onder de naam Hof van Arbitrage (“Cour d'Arbitrage”), dat gestoeld was op een eigen arbitrage-reglement. Vanaf 1 juli 1989 heeft dit Hof van Arbitrage de naam aangenomen van Internationaal Hof van Arbitrage, meer bepaald om zijn internationale aard volledig te laten blijken. Het Hof van Arbitrage doet zelf geen uitspraak in de geschillen die hem worden voorgelegd. Zijn taak bestaat er in, om de arbitrageprocedure administratief te organiseren en te superviseren, van bij het prille begin tot bij de betekening van de uitspraak. Bij die taak, wordt het bijgestaan door een internationaal secretariaat.

⁵ *Travaux Préparatoires au Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de 1922*, Opmerking van R. POZZI; zie ook, H. VERBIST, *The different ICC-Proceedings for Settlement of Disputes*, *Rivista dell'Arbitrato*, Anno IV, nr. 3/1994,446.



benoeming van verzoeners en de plaats van verzoening⁶). Tot vóór de laatste wijziging van het Reglement in 1988 bepaalde het Verzoeningsreglement immers dat de verzoeningsprocedures werden behandeld door een "*Administrative Commission for Conciliation*" van de ICC, waarvan de leden benoemd werden door de Nationale Comités van de ICC "*among its nationals resident in Paris*". Uit de leden van de Administratieve Commissie van de ICC werden dan drie verzoeners gekozen die het Verzoeningscomité ("*Conciliation Committee*") voor de betreffende verzoeningsprocedure zou vormen. De verzoeners moesten, voor zover mogelijk, de nationaliteiten van de partijen hebben, terwijl het derde lid van het Comité dat als voorzitter optrad een andere nationaliteit dan deze van de partijen moest hebben.

5.- Over de jaren heen heeft de ICC het aantal verzoeningsprocedures volgens haar Reglement systematisch zien verminderen. Tot aan de Tweede Wereldoorlog, toen de ICC jaarlijks tot 100 verzoeken voor verzoening en/of arbitrage ontving, werd de grote meerderheid van de geschillen beslecht door verzoening. In 1979 daarentegen werden er niet minder dan 300 verzoeken tot arbitrage ingediend bij de ICC en slechts 5 verzoeken voor verzoening. In 1993 werden er niet minder dan 352 verzoeken tot arbitrage ingediend bij de ICC en 13 verzoeken tot verzoening. Bovendien waren slechts een minderheid van deze verzoeningsprocedures succesvol⁷). De meeste verzoeningsprocedures werden teruggetrokken, wegens gebrek aan succes. Sommige van de verzoeken tot verzoening werden achteraf weer ingediend als een verzoek tot arbitrage.

(ii) ICC ADR Rules

6.- Op het einde van de vorige eeuw groeide de vraag naar een andere vorm van procedure dan de klassieke verzoeningsprocedure, waarbij ook andere vormen van alternatieve geschillenbeslechting dan enkel verzoening (of bemiddeling) aan bod zouden kunnen komen. De ICC zelf voelde dat haar verzoeningsreglement niet langer beantwoordde aan de actuele noden van de zakenwereld. Daarom had het reeds in jaren 1990 beslist om arbitrage volledig te scheiden van verzoening en om de verwijzing naar verzoening te verwijderen uit de model ICC-clausule⁸). Na uitvoerige besprekingen binnen de ICC Commissie voor arbitrage en binnen de Nationale Comités van de ICC werd in 2001 besloten om het Verzoeningsreglement van 1988 op te heffen en een nieuw ADR-Reglement in te voeren⁹).

7.- Overigens had de ICC intussen een veel uitgebreider gamma aan alternatieve geschillenbeslechtingsmethoden tot stand gebracht. Reeds in 1976 had het een Expertisereglement opgesteld en een Internationaal Expertisecentrum opgericht. Het Expertisereglement werd nadien gewijzigd in 1993 en 2003. In 1990 had de ICC een Reglement voor een Pre-arbitrale Derdenbeslissing ("*Pre-Arbitral Referee Procedure*") aangenomen en in 1997 een DOCDEX-Reglement voor de beslechting van geschillen inzake documentaire kredieten ("*Rules for Documentary Credit Dispute Resolution Expertise*"). Het DOCDEX-Reglement werd vervolgens

⁶ C. EISEMANN, "Conciliation as a means of settlement of international business disputes: the UNCITRAL Rules as compared with the ICC system" in *The Art of Arbitration – Liber Amicorum for Pieter Sanders*, Deventer, 1982, 124.

⁷ H. VERBIST, *The different ICC-Proceedings for Settlement of Disputes*, Rivista dell'Arbitrato, Anno IV, nr. 3/1994, 451.

⁸ E. SCHÄFER, H. VERBIST en C. IMHOOS, *ICC Arbitration in Practice*, Kluwer Law International/Den Haag, Stämpfli/Bern, 2005, 175.

⁹ R. BRINER, *Foreword*, in "ADR in Business : Practice and Issues Across Countries and Cultures", Editors : J.-C. GOLDSMITH, G. POINTON en A. INGEN-HOUSZ, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, xix.



herzien in 2002. In 2001 kwam er dan het ADR Reglement en in September 2004 de *Dispute Board Rules*⁽¹⁰⁾.

8.- “ADR” is een vaak gebruikt acroniem dat veelal beschouwd wordt als de afkorting van “Alternative Dispute Resolution” in de zin van een alternatief voor de gewone procedures voor de rechtbanken. Met name in de Verenigde Staten van Amerika wordt onder ADR ook arbitrage begrepen. In andere landen is dat evenwel niet het geval, en staat ADR veeleer voor procedures die niet leiden tot een rechterlijke of een arbitrale uitspraak. Voor de ICC staat “ADR” voor “*Amicable Dispute Resolution*”⁽¹¹⁾. De ICC koos met name niet voor de Amerikaanse betekenis van ADR, omdat de ICC zelf een apart reglement heeft voor arbitrage, dat volledig los staat van haar “ADR” Reglement⁽¹²⁾.

Alhoewel verzoening en bemiddeling doorgaans als synoniemen worden beschouwd en naar hetzelfde type van procedure verwijzen, zijn er toch verschillen tussen het vroegere verzoeningsreglement van de ICC en het nieuwe ADR Reglement. Onder het vroegere Verzoeningsreglement kon een verzoeningsprocedure enkel starten na het indienen van een verzoek tot verzoening, dat vervolgens door de ICC werd betekend aan de andere partij, die dan kon aanvaarden of weigeren deel te nemen aan de verzoeningsprocedure. Een ICC ADR procedure kan, daarentegen, opgestart worden met een gezamenlijk verzoekschrift van alle partijen. Het ADR Reglement laat het gebruik van verschillende technieken toe, terwijl het vroegere verzoeningsreglement enkel de verzoeningsprocedure toeliet. Het ADR Reglement bepaalt evenwel ook dat, bij gebreke van akkoord tussen de partijen over de te volgen methode, een bemiddeling zal plaatsvinden (artikel 5(2)).

9.- Het ADR Reglement zelf is kort. Het bevat slechts 7 artikelen. Het geringe aantal artikelen heeft tot doel de partijen een zo groot mogelijke vrijheid te laten om de methode te kiezen die het meest geschikt is om hen tot een mogelijke schikking van hun geschil te brengen. Artikel 1 van het Reglement voorziet overigens dat de partijen van de bepalingen van het Reglement kunnen afwijken, voor zover de ICC daarmee akkoord gaat.

Het bevat bepalingen over ieder aspect van een ADR procedure, stelt een model ADR-clausule voor (die overigens kan aangevuld worden met een arbitragebeding), bepaalt hoe een ADR-procedure kan opgestart worden (artikel 2) of hoe ze kan beëindigd worden (artikel 6), bevat bepalingen over de wijze van aanstelling van de neutrale derde (één of “meer dan één” neutrale derde, artikel 4), het voeren van een ADR-procedure (artikel 5) en de kosten van de ADR-procedure (artikel 4). Het Reglement legt bovendien enkele belangrijke beginselen vast zoals de vertrouwelijkheid (artikel 7(1)), de niet-toelaatbaarheid van bewijsmateriaal in andere procedures (artikel 7(2)) en de niet-toelaatbaarheid van een neutrale derde om achteraf op te treden in een gerechtelijke of arbitrale procedure in verband met deze aangelegenheid, ook niet als getuige, tenzij hij daardoor bij wet verplicht wordt of alle partijen er mee akkoord gaan (artikel 7(3)-(4)).

¹⁰ De officiële Engelse en Franse teksten van deze Reglementen, samen met een aantal vertalingen ervan, kunnen geconsulteerd worden op de volgende webpagina's : ICC Arbitragereglement - http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_nl.pdf; ICC Reglement voor Pre-arbitrale Derdenbeslissing -

http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_pre_arbitral_english.pdf; ICC ADR Reglement - http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/adr_rules.pdf; ICC Expertise Reglement - http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_expert_english.pdf; ICC Docdex Reglement - [http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_docdex_english\(2\).pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_docdex_english(2).pdf); ICC Dispute Board Rules - http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/db_rules_2004.pdf.

¹¹ Voorwoord bij het ADR Reglement, ICC Publicatie nr. 809, 2001, 4.

¹² Voor een bespreking van het ICC ADR Reglement, zie o.m. P. WOLRICH, “ADR under the ICC ADR Rules”, in *ADR in Business : Practice and Issues across Countries and Cultures*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, Editors : J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ en G. POINTON, 2006, 73-107; E. SCHÄFER, H. VERBIST en C. IMHOOS, *ICC Arbitration in Practice*, Kluwer Law International/Den Haag, Stämpfli/Bern, 2005, 176-182.



De partijen kunnen ook schriftelijk vastleggen dat zij zich zullen neerleggen bij de aanbeveling of beslissing van de neutrale derde in de ADR procedure, ook al is die aanbeveling of beslissing op zichzelf niet afdwingbaar. In dat geval zal de overeenkomst van de partijen hen binden volgens het op de overeenkomst toepasselijke recht⁽¹³⁾. Een opvallende bepaling is dat de partijen pas het recht hebben een ADR-procedure te beëindigen, nadat ze minstens aan één bespreking met de neutrale derde hebben deelgenomen (artikel 6(b)). De bepaling die deze bespreking dwingend maakte werd voorzien om de ICC ADR procedure een maximum kans op succes te bieden. Partijen kunnen overigens moeilijk de slaagkans van de bemiddeling inschatten zonder dat ze tenminste aan een eerste bespreking hebben deelgenomen⁽¹⁴⁾.

II. Initiatieven van Uncitral

(i) UNCITRAL Rules of Conciliation 1980

10.- Op 23 juli 1980 nam UNCITRAL (United Nations Commission for International Trade Law) het initiatief om Rules of Conciliation goed te keuren⁽¹⁵⁾. Het is een reglement dat UNCITRAL had opgesteld voor het voeren van verzoeningsprocedures in handelsgeschillen zonder een beroep te moeten doen op een instelling. Het was een volledig uitgewerkt reglement met een 20-tal bepalingen. Het Reglement, dat nog steeds kan gebruikt worden, is vrij soepel opgesteld. Artikel 1(2) bepaalt dat partijen ten allen tijde kunnen overeenkomen om van de bepalingen van het Reglement af te wijken of ze te veranderen.

Het bevat bepalingen over ieder aspect van een verzoeningstraject, stelt een model verzoeningsclausule voor, bepaalt wanneer een verzoeningsprocedure geacht wordt te beginnen of te eindigen, bevat bepalingen over de wijze van aanstelling van de verzoener of verzoeners (1, 2 of 3 verzoeners zijn toegelaten, volgens artikel 4), het voeren van de verzoeningsprocedure, de rol van de verzoener tijdens de verzoeningsprocedure en in geval een minnelijke schikking bereikt wordt, de communicatie tussen de verzoener en de partijen en de kosten van de verzoeningsprocedure. Het Reglement legt bovendien enkele belangrijke beginselen vast zoals de vertrouwelijkheid (artikel 14), de niet-toelaatbaarheid van bewijsmateriaal in andere procedures (artikel 20) en het beperkt het recht van partijen om een gerechtelijke of arbitrale procedure in te leiden zo lang een verzoeningsprocedure loopt (artikel 16).

Opvallend is dat het UNCITRAL Reglement van 1980 reeds voorzag dat de verzoener ook met de partijen afzonderlijk mocht samenkomen (nu algemeen bekend als de “Caucus”) (artikel 9(2) UNCITRAL Reglement).

Het Reglement voorziet ook dat de verzoener ten allen tijde zelf voorstellen kan doen voor een schikking van het geschil (artikel 7(4)).

¹³ *Guide to ICC ADR*, ICC Publicatie nr. 809, 2001, 16.

¹⁴ *Guide to ICC ADR*, ICC Publicatie nr. 809, 2001, 28.

¹⁵ UNCITRAL Conciliation Rules, aanbevolen door de Algemene Vergadering met Resolutie 35/52 van 4 december 1980; *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. VI - 1981, The Hague, 1965-1969; G. HERRMANN, “Commentary on the UNCITRAL Conciliation Rules”, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. VI - 1981, 170-190; P. SANDERS, *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, 1st Edition, Den Haag, Kluwer Law International, 2001, 73-79. Het Reglement is ook consulteerbaar op <http://www.uncitral.org>. Er bestaat nog geen Nederlandse vertaling van het UNCITRAL Reglement. Naar analogie met de vertaling van het ICC Reglement, opteren wij ervoor om “conciliation” te vertalen door verzoening.



(ii) UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation

11.- 20 jaar later, bij het begin van de 21 eeuw, besloten de Verenigde Naties en met name UNCITRAL om een stap verder te zetten en om al de lidstaten van de VN te gaan aanmoedigen een wettelijk kader te creëren waarin bemiddeling goed kon gedijen. De VN volgde aldus het spoor dat ze reeds in 1985 had gekozen met de goedkeuring toen van een Modelwet inzake internationale handelsarbitrage ⁽¹⁶⁾. Op 19 november 2002 werd aldus een Modelwet inzake internationale handelsbemiddeling goedgekeurd met een Resolutie waarbij de Algemene Vergadering alle lidstaten van de Verenigde Naties oproep deze Modelwet om te zetten in hun nationale wetgeving:

“The General Assembly,

“Recognizing the value for international trade of methods for settling commercial disputes in which the parties in dispute request a third person or persons to assist them in their attempt to settle the dispute amicably,

Noting that such dispute settlement methods, referred to by expressions such as conciliation and mediation and expressions of similar import are increasingly used in international and domestic commercial practice as an alternative to litigation,

Convinced that the establishment of model legislation on these methods that is acceptable to States with different legal, social and economic systems would contribute to the development of harmonious international economic relations,

[...]

Recommends that all States give due consideration to the enactment of the Model Law, in view of the desirability of uniformity of the law of dispute settlement procedures and the specific needs of international commercial conciliation practice”⁽¹⁷⁾.

Tevens werd een “Guide to Enactment and Use” van de Modelwet goedgekeurd⁽¹⁸⁾. Deze Gids is gebaseerd op de voorbereidende werken van de Modelwet en heeft tot doel de lidstaten te adviseren die de Modelwet willen overnemen. Maar deze Gids bevat uiteraard ook zeer nuttige informatie voor al wie gebruik wil maken van de Modelwet.

Inmiddels werd in 4 landen wetgeving aangenomen die gebaseerd is op de UNCITRAL Modelwet⁽¹⁹⁾. Tevens hebben binnen de Verenigde Staten van Amerika reeds verschillende Staten wetgeving aangenomen gebaseerd op de Uniform Mediation Act, die geïnspireerd werd door de UNCITRAL Modelwet en de beginselen waarop ze gebaseerd is⁽²⁰⁾.

12.- De UNCITRAL Modelwet van 2002 omvat 14 artikelen. In eerste artikel worden definities en het toepassingsgebied bepaald. Zo stelt art. 1(3) dat het begrip “conciliation” ruim moet geïnterpreteerd worden en dat het “conciliation, mediation or an expression of similar import” omvat. Ook het begrip “commercial” moet ruim begrepen worden en omvat alle betrekkingen van commerciële aard, ongeacht of ze contractueel zijn of niet ⁽²¹⁾. De Modelwet betreft in principe enkel internationale bemiddelingen, hetgeen volgens artikel 1(4) het geval is indien de partijen bij het

¹⁶ Goedgekeurd door de Algemene Vergadering van de VN op 11 december 1985.

¹⁷ General Assembly Resolution A/57/562 and Coor. 1 (aangenomen op 19 november 2002); zie in dit verband o.m. P. BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Second Edition, London, Sweet & Maxwell, 2005, 297-348.

¹⁸ Consulteerbaar op <http://www.uncitral.org>.

¹⁹ Eind februari 2007 was er, volgens de gegevens van UNCITRAL, wetgeving gebaseerd op de Modelwet aangenomen in : Canada (2005), Hongarije (2002), Kroatië (2003) en Nicaragua (2005); www.uncitral.org, geconsulteerd op 26 februari 2007.

²⁰ De Uniform Mediation Act (aangenomen in 2001 door de National Conference of Commissioners on Uniform State Law) werd inmiddels binnen de Verenigde Staten van Amerika overgenomen door : Illinois, Iowa, Nebraska, New Jersey, Ohio en Washington; www.uncitral.org, geconsulteerd op 26 februari 2007.

²¹ Artikel 1(1) UNCITRAL Modelwet, voetnoot 2.



sluiten van de overeenkomst hun plaats van handeldrijven in verschillende staten hebben of indien de staat waarin de partijen handeldrijven een andere staat is dan deze waarin een substantieel gedeelte van hun contractuele handelsverbintenissen moet worden uitgevoerd of wanneer dit een andere staat is dan deze waarmee hun overeenkomst het nauwst verbonden is.

Artikel 2 van de Modelwet stelt dat bij het interpreteren van haar bepalingen steeds moet gekeken worden naar haar internationale oorsprong en naar de noodzaak om uniformiteit op internationaal vlak te promoten. Aspecten die niet uitdrukkelijk door de wet zijn geregeld moeten bepaald worden overeenkomstig de algemene beginselen die ten grondslag van de Modelwet liggen. Dit artikel 2 evenals de bepaling van artikel 6(3) (in verband met “fair treatment”) zijn de enige bepalingen van de UNCITRAL Modelwet waarvan de partijen, volgens artikel 3, geen afwijkingen kunnen overeenkomen.

Net zoals het UNCITRAL Verzoeningsreglement in 1980 bevat de UNCITRAL Modelwet van 2002 bepalingen over ieder aspect van een verzoeningstraject, bepaalt zij wanneer een verzoeningsprocedure geacht wordt te beginnen (artikel 4) of te eindigen (artikel 11), bevat bepalingen over de wijze van aanstelling van de verzoener of verzoekers (1, 2 of 3 verzoekers zijn toegelaten, volgens artikel 5), het voeren van de verzoeningsprocedure (artikel 6), de rol van de verzoener tijdens de verzoeningsprocedure (artikel 6(2)-(4)) en in geval een minnelijke schikking bereikt wordt, de communicatie tussen de verzoener en de partijen (artikel 7). Ook legt de Modelwet enkele belangrijke beginselen vast zoals de vertrouwelijkheid (artikel 9), de niet-toelaatbaarheid van bewijsmateriaal in andere procedures (artikel 10) en beperkt het recht van partijen om een gerechtelijke of arbitrale procedure in te leiden zo lang een verzoeningsprocedure loopt (artikel 13). Anders dan het UNCITRAL Reglement, bevat de UNCITRAL Modelwet geen bepaling over de kosten van de bemiddelingsprocedure of over een te betalen provisie (artikels 17 en 18 van het UNCITRAL Reglement) en ook niet over wat er precies moet gebeuren wanneer een minnelijke schikking wordt bereikt (artikel 13 UNCITRAL Reglement). Daarentegen bevat de Modelwet wél een nieuwe bepaling, die nog niet was opgenomen in het Reglement van 1980, nl. dat ingeval de partijen hun geschil minnelijk bijleggen, deze minnelijke schikking bindend en uitvoerbaar is (artikel 14; in de Belgische bemiddelingswet werd dit geregeld via de mogelijke homologatie van een bemiddelingsakkoord, art. 1733 Ger.W.).

III. Initiatieven van de Europese Unie inzake alternatieve geschillenbeslechting

(i) Aanbevelingen voor kwaliteitscriteria inzake alternatieve geschillenbeslechting

13.- Aangezien de consumentenbescherming een in het EG-Verdrag (artikel 153)(22) vastgelegde bevoegdheid van de Gemeenschap is, hebben verschillende Europese Instellingen tot dusver reeds tal van maatregelen genomen om de rechtsbescherming van de consument te garanderen. Zo kunnen de volgende maatregelen vermeld worden :

- Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten⁽²³⁾;
- Resolutie over de mededeling van de Commissie “Actieplan inzake verhaalsmogelijkheden van de consument en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt”(COM(96)0013-C4-0195/96)⁽²⁴⁾;

²² Ex-artikel 129 A van het EG-Verdrag, vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam.

²³ *PBL* 95 van 21 april 1993, 29.

²⁴ *PB C* 362 van 2 december 1996, 275.



- Aanbeveling 98/257/EG van de Commissie van 30 maart 1998 betreffende de principes die van toepassing zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen⁽²⁵⁾;
- Mededeling van de Commissie betreffende de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen (COM(1998)198)⁽²⁶⁾;
- Resolutie 2000/C 155/01 van de Raad van 25 mei 2000 inzake een communautair netwerk van nationale organen voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen⁽²⁷⁾;
- Aanbeveling 2001/310/EG van de Commissie van 4 april 2001 met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn⁽²⁸⁾;
- Mededeling van de Commissie van 4 april 2001 over “verruiming van de toegang voor consumenten tot alternatieve geschillenbeslechting (COM2001)161)⁽²⁹⁾;
- Verordening (EG) Nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende de samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor de handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (“verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming”)⁽³⁰⁾.

14.- De rechtsbescherming van de consument en het creëren van een vertrouwensheppend kader stonden bij al die maatregelen centraal, temeer daar de Europese Unie de consumentengeschillen veelal via het internet wil laten beslechten.

Daartoe legde de Europese Commissie reeds in Aanbeveling 98/257/EG van 1998 zeven basisbeginselen vast die toepasselijk zijn op de organen die zich inlaten met de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, nl. (1) het principe van onafhankelijkheid, (2) het principe van doorzichtigheid, (3) het principe van hoor en wederhoor, (4) het principe van doeltreffendheid, (5) het principe van wettigheid, (6) het principe van vrijheid, en (7) het principe van vertegenwoordiging⁽³¹⁾.

De Europese Commissie oordeelde dat de 7 principes uit de Aanbeveling zowel kunnen worden toegepast op methodes van bemiddelende aard, als op deze van arbitrerende aard: de persoon of de instantie die aan geschilbeslechting doet dient onafhankelijk te zijn; de gehele procedure dient doorzichtig te zijn voor de rechtszoekenden; alle partijen in het geschil dienen de kans te krijgen tot hoor en wederhoor; de procedure moet doeltreffend zijn inzake toegang, kostprijs, en snelheid; de procedure dient wettig te zijn, waarmee wordt bedoeld dat het niveau van bescherming niet lager mag liggen dan in de nationale wetgeving wordt voorzien; de rechtszoekende dient de vrijheid te bezitten om aan een dergelijke procedure deel te nemen; en de partijen dienen over de mogelijkheid te beschikken om zich te laten adviseren of vertegenwoordigen door een derde⁽³²⁾.

²⁵ *PB L* 115 van 17 april 1998, 31.

²⁶ Deze Mededeling van de Commissie bevatte twee luiken. Naast de bekendmaking van Aanbeveling 98/257/EG publiceerde de Commissie eveneens een klachtenformulier, dat tot doel had om de communicatie tussen de consument en het bedrijfsleven te vergemakkelijken en, als men niet tot een minnelijke schikking kon komen, om de toegang tot de buitengerechtelijke procedures te vergemakkelijken.
[Http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/commu/Index_nl.htm](http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/commu/Index_nl.htm), geconsulteerd op 2 februari 2007.

²⁷ *PB C* 155 van 6 juni 2000, 1.

²⁸ *PB L* 1099 van 19 april 2001, 56.

²⁹ Niet gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie.

³⁰ *PB L* 364 van 9 december 2004, 1.

³¹ Aanbeveling 98/257/EG van de Commissie van 30 maart 1998 betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen, *PB L*, 115 van 17 april 1998, 31; http://europa.eu.int/eur-lex/pri/nl/oj/dat/1998/l_115/l_11519980417nl00310034.pdf.

³² *Het recht van de mensen, Naar een kwaliteitsvolle verhouding tussen burger, recht en samenleving*, Rapport van de Commissie Burger, Recht en Samenleving aan de Koning Boudewijnstichting, Brussel, Koning Boudewijnstichting, 2001, 74.



15.- In aansluiting bij de Europese Raad van Ministers van Tampere van 15 en 16 oktober 1999 verzocht de Raad in een Resolutie van 25 mei 2000 de Commissie om de lidstaten waar passend op technisch niveau bij te staan bij het bevorderen van de activiteiten van de bestaande buitengerechtelijke organen en het oprichten van nieuwe organen, en tevens de totstandkoming te bevorderen van een de gehele Gemeenschap omvattend buitengerechtelijk netwerk van nationale centrale punten ter vergemakkelijking van de buitengerechtelijke beslechting van grensoverschrijdende geschillen. Dit Europees buitengerechtelijk netwerk, het “EB”-net werd op 16 oktober 2001 door commissaris David Byrne opgericht en omvat een nationaal contactpunt per lidstaat, evenals een voor Noorwegen en IJsland. Het net helpt de consumenten bij de beslechting van grensoverschrijdende geschillen met bedrijven die gebrekkige goederen of diensten leveren door de consumenten te wijzen op alternatieve mechanismen voor buitengerechtelijke beslechting van geschillen (ADR)⁽³³⁾. Omdat de Aanbeveling van 1998 geen bepalingen bevatte voor buitengerechtelijke geschillenbeslechtingen waarbij een derde partij de oplossing van een consumentengeschil vergemakkelijkt, publiceerde de Commissie in 2001 een nieuwe Aanbeveling waarin zij gemeenschappelijke criteria vastlegde voor de evaluatie van buitengerechtelijke organen, die met het oog op de opname in het “EB”-Net met name de onpartijdigheid, de doorzichtigheid, de doeltreffendheid en de billijkheid moesten garanderen⁽³⁴⁾.

(ii) Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht

16.- In het verlengde van de conclusies van de Europese Raad van Tampere heeft de Raad van Ministers van Justitie, Vrijheid en Veiligheid de Commissie verzocht een Groenboek voor te stellen betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht, met uitzondering van de arbitrage, waarin een balans van de situatie zou worden opgemaakt en een brede raadpleging zou worden op gang gebracht ter voorbereiding van maatregelen die volgens de Raad van Ministers moesten worden genomen. Daarbij zou prioriteit worden verleend aan de mogelijkheid om fundamentele beginselen vast te stellen, hetzij in het algemeen, hetzij op specifieke gebieden, die de nodige garanties bieden dat de beslechting van geschillen door buitengerechtelijke organen het voor de rechtsbedeling vereiste betrouwbaarheidsniveau heeft⁽³⁵⁾. Nadat de Europese Commissie het Europees Economisch en Sociaal Comité krachtens artikel 262 EG-Verdrag geraadpleegd had over de beslissing om een Groenboek te laten opstellen, bracht het Europees Economisch en Sociaal Comité op 11 en 12 december 2002 zijn advies uit⁽³⁶⁾.

Op 19 april 2004 publiceerde de Europese Commissie haar Groenboek betreffende alternatieve wijzen van geschillenbeslechting op het gebied van het burgerlijk recht en het handelsrecht⁽³⁷⁾. Het Groenboek wees er op dat arbitrage niet valt onder wat “buitengerechtelijke procedures van geschillenbeslechting” of “Alternative Dispute Resolution” genoemd wordt, omdat arbitrage “een vorm van geschillenbeslechting is die meer gelijkenis vertoont met judiciële procedures dan met alternatieve methoden, omdat het de bedoeling is dat de scheidsrechterlijke uitspraak in de plaats van een rechterlijke beslissing komt”.

³³ [Http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/132043.htm](http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/132043.htm).

³⁴ Aanbeveling 2001/310/EG van de Commissie van 4 april 2001 met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn (C(2001) 1016), *Pb. L 109, 19 april 2001, 56*; http://europa.eu.int/eur-lex/pri/nl/oj/dat/2001/l_109/l_10920010419nl00560061.pdf

³⁵ [Http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_nl.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_nl.htm).

³⁶ *PB C 85* van 8 april 2003, 8.

³⁷ COM(2002)196.



(iii) Europese Gedragscode voor bemiddelaars

17.- Intussen was met de assistentie van de Europese Unie een Gedragscode voor bemiddelaars uitgewerkt, die op 2 juli 2004 werd bekendgemaakt. Deze Gedragscode werd niet uitgewerkt door de Europese Commissie zelf maar door een groep van “stakeholders” (betrokken partijen) en werd bekendgemaakt tijdens een conferentie te Brussel op 2 juli 2004. De verschillende “stakeholders” waren het er over eens dat deze Gedragscode in dit stadium een informeel document moest blijven dat niet door de Europese instellingen moest bekrachtigd worden⁽³⁸⁾. Het is de verwachting dat deze Gedragscode via zelfregulering door bemiddelaars en bemiddelingsinstellingen zal toegepast worden.

18.- De Gedragscode is beperkt van omvang en bepaalt in een eerste hoofdstuk dat de bemiddelaar bekwaam moet zijn voor bemiddeling, dat hij ook voorafgaandelijk moet nagaan of hij die bekwaamheid wel heeft en op vraag van de partijen informatie over zijn ervaring inzake bemiddeling moet meedelen. Een tweede luik van de Gedragscode betreft de onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De Gedragscode maakt daarbij duidelijk dat dit twee verschillende begrippen zijn en daarom ook twee verschillende houdingen vereisen. Het beginsel van onafhankelijkheid vereist dat de persoon die als bemiddelaar zal optreden moet vermijden dat er enig belangenconflict zou kunnen zijn en dat hij/zij daartoe vóór zijn aanstelling maar ook tijdens het bemiddelingstraject de partijen moet informeren over alle mogelijke omstandigheden die zijn/haar onafhankelijkheid in de ogen van de partijen eventueel in vraag zouden kunnen stellen. Het beginsel van onpartijdigheid vereist daarentegen dat de bemiddelaar ten alle tijde onpartijdig optreedt en de partijen op gelijke wijze behandelt.

Het omvangrijkste luik van de Gedragscode is het derde luik, waarin een aantal beginselen in verband met het verloop van het bemiddelingstraject worden opgesomd. De bemiddelaar moet er vóór de aanvang voor zorgen dat de partijen de eigenschappen van een bemiddeling goed begrepen hebben en, op vraag van de partijen, zal hij het akkoord van de partijen om een bemiddeling op te starten schriftelijk vastleggen (bepaling 3.1). Hij moet de partijen ook informeren over de wijze waarop hij beoogt vergoed te worden en mag niet met zijn bemiddeling beginnen zolang de partijen zich met de beginselen van zijn vergoeding niet hebben akkoord verklaard (bepaling 3.4). De bemiddelaar zal de bemiddeling in “fairness” voeren (bepaling 3.2) en hij mag een einde stellen aan de bemiddeling als hij van mening is dat het niet mogelijk is om een minnelijke schikking te bereiken of als hij meent dat een bereikte schikking niet uitvoerbaar is of onwettelijk is (bepaling 3.3). Anderzijds moet de bemiddelaar ervoor zorgen dat, ingeval een minnelijke schikking bereikt wordt, de partijen de bepalingen van de schikking goed begrepen hebben en hij mag de partijen ook informeren over de mogelijkheden om deze minnelijke schikking te formaliseren en vervolgens te voorzien in haar tenuitvoerlegging (bepaling 3.3). De Gedragscode bepaalt ook in dat derde luik dat de partijen ten allen tijde zich uit de bemiddeling kunnen terugtrekken zonder daarvoor enige reden te moeten opgeven (bepaling 3.3).

Het vierde en laatste beginsel bepaalt tenslotte dat de bemiddelaar alle informatie die hem tijdens een bemiddeling wordt meegedeeld vertrouwelijk zal houden en dat hij de informatie die hem door één partij wordt meegedeeld niet zal meedelen aan de andere partij zonder toestemming, behoudens wanneer hij/zij daartoe wettelijk zou gedwongen worden.

³⁸ Deze Gedragscode werd niet gepubliceerd in het Publicatieblad en werd voorlopig enkel in het Engels bekendgemaakt : http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm, geconsulteerd op 5 februari. 2007.



(iv) Voorstel voor Richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken

19.- In aansluiting bij haar Groenboek en de reacties die zij nadien daarop ontving⁽³⁹⁾, met name ook tijdens een hoorzitting op 21 februari 2003⁽⁴⁰⁾, stelde de Europese Commissie in het voorjaar 2004 via haar website een eerste voorlopig ontwerp van Richtlijn voor en maakte vervolgens op 22 oktober 2004 een voorstel voor een “Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling in burgerlijke en handelszaken” bekend⁽⁴¹⁾. Het Voorstel van Richtlijn ligt inmiddels ter bespreking voor in het Europees Parlement, waar er reeds enkele amendementen werden op ingediend⁽⁴²⁾.

20.- In haar voorstel voor een Richtlijn van 22 oktober 2004 wijst de Europese Commissie er op dat zij niet regelgevend wil optreden en dat zij enkel poogt de zelfregulering inzake bemiddeling te stimuleren⁽⁴³⁾. De Commissie wil met haar voorstel van Richtlijn enkel die bepalingen vastleggen die zij nodig acht op het beoogde objectief te bereiken en om een zekere uniformiteit en coherentie tot stand te brengen in de maatregelen, die de individuele lidstaten zullen moeten nemen op het vlak van bemiddeling⁽⁴⁴⁾. De Europese Commissie is van mening dat het beoogde doel, nl. het geven van een juridische zekerheid en een voorspelbaarheid in de relatie tussen bemiddeling en procedures voor de rechtbanken ongeacht of er een grensoverschrijdend aspect aanwezig is in de aangelegenheid, niet door individuele maatregelen van de lidstaten afzonderlijk kan bereikt worden. Wel wil zij de individuele lidstaten de vrijheid laten om zelf te kiezen hoe zij het door de Commissie beoogde doel kunnen bereiken, overeenkomstig het beginsel van de subsidiariteit⁽⁴⁵⁾.

De Europese Commissie stelt in haar voorstel van Richtlijn van 22 oktober 2004 eveneens dat zij enkel die aspecten wil viseren die door een marktgerichte benadering of door andere instrumenten niet kunnen opgelost worden. Zij wijst er op dat dit voornamelijk civielrechtelijke regels betreft die een impact kunnen hebben op bemiddeling en op haar doeltreffendheid⁽⁴⁶⁾. Het zijn bepalingen die zich op twee vlakken situeren : (i) een gezonde relatie tussen bemiddeling en de procedures voor rechtbanken tot stand te brengen, door een aantal minimumregels vast te leggen met name op het vlak van burgerrechtelijke procedures; (ii) de nodige hulpmiddelen aanreiken aan de rechtbanken van de lidstaten om het gebruik van bemiddeling actief te promoten, zonder bemiddeling evenwel verplichtend te maken of te onderwerpen aan een bepaalde sanctie. Het voorstel van Richtlijn bevat evenwel geen bepalingen over de bemiddelingsprocedure zelf of over de erkenning van bemiddelaars⁽⁴⁷⁾.

De juridische basis van haar voorstel legt de Europese Commissie in artikel 65 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap⁽⁴⁸⁾, dat toelaat maatregelen te nemen op het gebied van samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen. De Commissie wil in het bijzonder er naar streven dat gedurende het hele bemiddelingstraject de juridische zekerheid wordt

³⁹ [Http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/adr/resume_comments_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/adr/resume_comments_en.pdf).

⁴⁰ [Http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/adr/news_hearing_adr_en.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/adr/news_hearing_adr_en.htm).

⁴¹ COM(2004)718def, niet gepubliceerd in het Publicatieblad, http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/lip/latest/doc/2004/com2004_0718en01.doc. Het voorstel voor een Richtlijn werd in het Engels, het Frans en het Duits bekendgemaakt; zie H. VERBIST, “Voorstel van Europese Richtlijn inzake bemiddeling”, <http://www.ipr.be>, 2004, N° 5, 64-66.

⁴² Zie *Europees Parlement, Commissie juridische zaken*, 2005-2009, 2 juni 2005, PE 359.945v01-00, Amendementen 12-13; 25 oktober 2006, PE 380.658v01-00, Amendementen 30-67.

⁴³ Paragraaf 1.1.1 van de Toelichting op het voorstel van Richtlijn.

⁴⁴ Paragraaf 1.3 van de Toelichting op het voorstel van Richtlijn.

⁴⁵ Paragraaf 1.3 van de Toelichting op het voorstel van Richtlijn.

⁴⁶ Paragraaf 1.1.2 van de Toelichting op het voorstel van Richtlijn.

⁴⁷ Paragraaf 1.1.1 van de Toelichting op het voorstel van Richtlijn.

⁴⁸ Paragraaf 1.2 van de Toelichting op het voorstel van Richtlijn.



gegarandeerd. Zij wenst dit na te streven zowel bij bemiddelingen met een grensoverschrijdend karakter als bemiddelingen waar dit niet het geval is. De Commissie meent dat indien haar voorstel zich zou beperken tot grensoverschrijdende bemiddeling en indien het zich niet eveneens zou richten tot nationale bemiddeling er twee afzonderlijke stelsels zouden ontstaan, wat mogelijks tot verschillende normen zou kunnen leiden. Dit wil zij vermijden⁽⁴⁹⁾.

De voorgestelde Richtlijn focust enkel op bemiddeling, en sluit uitdrukkelijk procedures uit waarin beslissingen worden opgelegd zoals arbitrage, maar ook procedures voor de ombudsman, consumentengeschillenprocedures, deskundigenprocedures of zelfs procedures waarin door een instantie aanbevelingen worden gedaan. De beoogde Richtlijn richt zich enkel tot aangelegenheden waar partijen met de hulp van een bemiddelaar proberen tot een minnelijke schikking van hun geschil te komen. Voor de beslechting van consumentengeschillen door buitengerechtelijke instellingen heeft de Europese Commissie reeds in 1998⁽⁵⁰⁾ en in 2001⁽⁵¹⁾ aanbevelingen bekendgemaakt om de beginselen te bepalen waaraan dergelijke buitengerechtelijke instellingen behoren te beantwoorden.

21.- Het voorstel voor een Richtlijn bevat een tiental artikelen waarvan de belangrijkste de voorgestelde artikelen 2 tot 7 zijn.

In artikel 2 wordt een definitie van bemiddeling voorzien, die zeer breed wordt opgevat, met name omdat zij niet alleen vrijwillige bemiddeling omvat of iedere andere benaming die daarvoor gebruikt wordt, maar eveneens bemiddeling die wordt opgelegd door een rechtbank of die wordt voorgeschreven door de wetgeving van een lidstaat.

In artikel 3 wordt voorzien dat, wanneer een procedure wordt opgestart voor een rechtbank, de rechtbank indien zij dit gepast acht de partijen kan uitnodigen om gebruik te maken van bemiddeling om hun geschil te beslechten. Tevens zal de rechtbank, volgens het voorstel van de Commissie, in alle geval kunnen vragen dat de partijen een informatiezitting over het gebruik van bemiddeling bijwonen.

Krachtens artikel 4 wil de Commissie samen met de lidstaten streven naar het ontwikkelen en toepassen van gedragsregels door bemiddelaars en bemiddelingsinstellingen, zowel op het vlak van de gehele Europese Unie als op nationaal vlak. Tevens wil de Commissie dat de lidstaten een kwaliteitscontrole uitoefenen op bemiddelaars en bemiddelingsinstellingen, onder meer door het aanbieden van opleidingsprogramma's voor bemiddelaars.

In het voorgesteld artikel 5 worden de lidstaten gevraagd te garanderen dat een minnelijke schikking die door een bemiddeling tot stand komt op vraag van de partijen bekrachtigd kan worden in een vonnis of in een authentieke akte, waardoor aan de minnelijke schikking een uitvoerbare titel kan verleend worden zoals dit bij vonnissen kan, voor zover de minnelijke schikking niet indruist tegen het Europese recht of tegen het nationaal recht van de lidstaat waar het verzoek wordt ingediend.

Met artikel 6 wil de Commissie garanderen dat bemiddelaars niet in procedures voor de gewone rechtbanken kunnen getuigen over wat tijdens een bemiddeling werd gezegd, tenzij dergelijke getuigenis nodig is om een tenuitvoerlegging van de via de bemiddeling bereikte minnelijke schikking

⁴⁹ Paragraaf 1.2 van de Toelichting op het voorstel van Richtlijn.

⁵⁰ Aanbeveling 98/257/EG van de Commissie van 30 maart 1998 betreffende de principes die van toepassing zijn op de organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen; *Pb. L 115, 17 april 1998, 31*; http://europa.eu.int/eur-lex/pri/nl/oj/dat/1998/l_115/l_11519980417nl00310034.pdf.

⁵¹ Aanbeveling 2001/310/EG van de Commissie van 4 april 2001 met betrekking tot de beginselen voor de buitengerechtelijke organen die bij de consensuele beslechting van consumentengeschillen betrokken zijn (C(2001) 1016), *Pb. L 109, 19 april 2001, 56*; http://europa.eu.int/eur-lex/pri/nl/oj/dat/2001/l_109/l_10920010419nl00560061.pdf.



te bewerkstellingen of tenzij redenen van openbare orde een getuigenis van de bemiddelaar vereisen of tenzij wanneer de partijen en de bemiddelaar ermee akkoord gaan.

In het voorstel van artikel 7 voorziet de Commissie dat de verjaringstermijnen in verband met de vorderingen die het voorwerp van het geschil uitmaken worden geschorst, zodra de partijen akkoord gaan om een bemiddeling te beginnen of wanneer een bemiddeling wordt opgelegd door een rechtbank of nog wanneer er een verplichting tot bemiddeling ontstaat volgens het recht van een lidstaat. Ingeval de bemiddeling zonder een minnelijke schikking wordt afgesloten, zouden de verjaringstermijnen dan opnieuw verder lopen.

De Europese Commissie wenst te bekomen dat, eens de Richtlijn is goedgekeurd, de lidstaten tegen 1 september 2007 de nodige wetten en maatregelen zouden uitvaardigen om de bepalingen van deze voorgestelde Richtlijn om te zetten.

Het valt uiteraard nu af te wachten welk gevolg het Europees Parlement en de Raad aan dit voorstel van de Europese Commissie zullen geven.

(v) Eurobarometer - houding van de burgers tegenover buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen

22.- Nog in oktober 2004 publiceerde de Europese Commissie de resultaten van een onderzoek dat was uitgevoerd in september 2003 in de toen 15 lidstaten van de Europese Unie over de houding van de burgers tegenover buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen door arbitrage, bemiddeling of verzoening⁽⁵²⁾. Een gelijkaardig onderzoek was reeds uitgevoerd door de Europese Commissie in 1999. Uit het onderzoek van 2003, waarbij meer dan 16.000 personen werden ondervraagd, bleek dat slechts 59% (hetzelfde percentage als in 1999) reeds gehoord had van alternatieve geschillenbeslechtingmogelijkheden zoals arbitrage of bemiddeling en dat twee derden van hen wel bereid was om hun consumentenzaak aan alternatieve geschillenbeslechting voor te leggen. De redenen waarom sommigen bevreesd waren van alternatieve geschillenbeslechting voor een consumentenaangelegenheid hadden, in dalende volgorde, te maken met een gebrek aan informatie over de werkwijze van ADR (12%; hetzelfde percentage als in 1999), de kost van dergelijke procedure (11%; tegenover 10% in 1999), gebrek aan competentie (9%; tegenover 8% in 1999) en gebrek aan onpartijdigheid (9% percentage; tegenover 10% in 1999). Aan diegenen die zeiden wel bereid te zijn hun geschil voor te leggen aan een rechtbank (66% van de ondervraagden) werd gevraagd waarom ze dan toch niet naar een rechtbank zouden stappen. De meest gegeven reden waarom consumenten niet naar de rechtbank stappen was de kost van een procedure (73%; zelfde percentage in 1999), gevolgd door de lange duur van de procedure (33%; zelfde percentage in 1999) en de gecompliceerdheid van de procedure (23%; tegenover 22% in 1999).

23.- Ook al betreft deze Eurobarometer enkel de alternatieve geschillenbeslechting inzake consumentengeschillen, toch geeft hij een inzicht over de wijze waarop Europese burgers denken over alternatieve geschillenbeslechtingsmethodes zoals arbitrage en bemiddeling. Aangezien de Eurobarometer reeds tweemaal (in 1999 en 2003) werd uitgevoerd, kan bovendien worden nagegaan of er enige evolutie is in de perceptie van de Europese consumenten tegenover alternatieve geschillenbeslechtingsmethodes, waaronder arbitrage. Een aantal consumenten zijn bevreesd voor alternatieve geschillenbeslechting omdat ze niet voldoende informatie hebben over de werkwijze, en anderen vrezen de kost ervan of het gebrek aan competentie van diegenen die optreden in de alternatieve geschillenbeslechting.

⁵² *European Union Citizens and Access to Justice, Special Eurobarometer 195*, The European Opinion Research Group, October 2004, 82 blz.; http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/eurobarometer_11-04_en.pdf.



Deze resultaten van de Eurobarometer voor consumentengeschillen tonen alvast aan dat er vragen rijzen bij de Europese burgers ten aanzien van alternatieve geschillenbeslechtingsmethodes, zoals bemiddeling en arbitrage.

IV. Bemiddeling in enkele omringende landen

(i) Nederland

24.- In Nederland spreekt men niet van “bemiddeling” maar van “*mediation*”. Zoals A. DERO van de Erasmus Universiteit Rotterdam zei op het congres “200 jaar Code de Procédure Civile” dat op 26 oktober 2006 aan de Universiteit Gent werd georganiseerd onder de auspiciën van het *Tijdschrift voor Privaatrecht*, meent men in Nederland dat in het woord “bemiddeling” meer het aspect “onderhandelingen” speelt, terwijl dit bij “*mediation*” niet zo is.

25.- Anders dan in België, is er in Nederland geen wet op de bemiddeling. Toch heeft mediation in Nederland een plaats weten te verwerven binnen het juridische landschap, met name sedert de oprichting in 1995 van het Nederlands Mediation Instituut (“NMI”)⁽⁵³⁾. Het NMI is een onafhankelijke stichting die zelf geen mediaties organiseert, maar fungeert als certificeringsinstelling. Het NMI erkent mediators die zich vervolgens “NMI-Mediators” mogen noemen, voor een periode van 3 jaar. In 2006 waren er reeds 4.500 mediators geregistreerd bij de NMI⁽⁵⁴⁾, maar daarvan blijken er slechts 1.300 echt werk te hebben⁽⁵⁵⁾.

Registratie bij het NMI kan op twee manieren geschieden:

op basis van het met succes afronden van een onder NMI-erkenning vallende opleiding bij een van de NMI-erkende instituten én het behalen van de door het NMI aangewezen “schriftelijke kennistoets”; dit verleent het recht om de titel van “*NMI Mediator*” te gebruiken, maar vereist dat vervolgens driejaarlijks wel nog 24 punten Permanente Educatie moeten behaald worden; ofwel

op basis van het in bezit hebben van een geldig *Certificaat van Vakbekwaamheid* op grond van het door het NMI en de certificerende instelling Det Norske Veritas tot stand gebrachte certificatieschema Gecertificeerd Mediator (voor certificering geldt geen opleidings- maar een examenvereiste); wie met goed gevolg een “schriftelijke kennistoets” én een “vaardighedentoets” heeft afgelegd mag zich “*NMI Gecertificeerd Mediator*” noemen, maar moet vervolgens driejaarlijks wel nog tenminste 48 punten Permanente Educatie behalen.

Het NMI heeft een aantal instituten erkend die opleiden tot het mediatorschap. Beoordeling van instituten geschiedt op basis van een door het NMI vastgesteld Protocol. Erkenning vindt plaats op grond van intern advies van de Adviescommissie Erkenning en Accreditatie van het NMI. Het NMI-bestuur beslist omtrent erkenning⁽⁵⁶⁾.

Alle NMI-geregistreerde mediators zijn bovendien gehouden de NMI-Gedragsregels na te leven. In deze Gedragsregels zijn de fundamentele beginselen vastgelegd waaraan de mediator is gebonden, waaronder de onafhankelijkheid, neutraliteit en vertrouwelijkheid. In het verlengde hiervan is gezorgd

⁵³ [Http://www.nmi-mediation.nl](http://www.nmi-mediation.nl).

⁵⁴ Cijfer meegedeeld door A. VAN RIEMSDIJK, lid van de Raad van Bestuur van het NMI, in haar uiteenzetting tijdens het Chamonix II-Symposium on « Managing Commercial Dispute Resolution Centres », Chamonix, 17-19 mei 2006.

⁵⁵ Informatie meegedeeld door A.J. DE ROO tijdens haar uiteenzetting op het congres 200 Jaar Code de Procédure Civile, georganiseerd onder de auspiciën van T.P.R. te Gent op 26 oktober 2006.

⁵⁶ [Http://www.nmi-mediation.nl](http://www.nmi-mediation.nl).



voor een klachtenregeling en een onafhankelijke tuchtrechtspraak voor mediators⁽⁵⁷⁾. Alhoewel het NMI zelf geen mediaties organiseert, heeft het wel een uniform Mediation-reglement ontwikkeld. In dit reglement zijn de basisprincipes van mediation vastgelegd, met name vrijwilligheid, vrijblijvendheid en vertrouwelijkheid.

26.- Toen bleek dat er op het terrein grote belangstelling was vanwege mediators die zich lieten erkennen bij het NMI, stelde de Nederlandse overheid zich de vraag welke rol zij diende te spelen ten aanzien van mediation, als optie binnen het brede scala van conflictbehandelingsmethoden, waartoe ook rechtspraak behoort⁽⁵⁸⁾. Het Ministerie van Justitie vroeg daarom aan twee onderzoekers van de Erasmusuniversiteit Rotterdam om een vergelijkend onderzoek te doen naar mediation in enkele Europese landen en om voorstellen aan te reiken aan de Minister⁽⁵⁹⁾. Bovendien heeft het Nederlands Ministerie van Justitie in 2000 een onderzoeksproject opgestart om te onderzoeken of het nuttig was dat rechtbanken de partijen in een procedure voor de rechtbank zouden gaan doorverwijzen naar mediation. Het project liep bij 5 rechtbanken (Amsterdam, Arnhem, Assen, Utrecht en Zwolle) en werd geleid door de vice-president van de Rechtbank Arnhem⁽⁶⁰⁾. Men dacht dat er 500 mediations zouden volgen in de periode tot 2003, maar uiteindelijk zijn er 1.000 mediations gevolgd, met overigens een slagingspercentage van 60%. De bevraging van de deelnemers gaf bovendien aan dat ze tevreden waren over de snellere behandeling van hun dossier⁽⁶¹⁾. Dit heeft er toe geleid dat vanaf 1 april 2005 mediation deel uitmaakt van de voorzieningen bij het Juridisch Loket (het vroegere Bureau voor Rechtsbijstand) waarbij cliënten worden gewezen op de mogelijkheden van mediation. Tevens is vanaf 1 april 2005 een begin gemaakt met doorverwijzing bij alle rechtbanken en hoven in Nederland naar mediation. De partijen kunnen dit zelf aanvragen, maar de rechtbanken kunnen ook ambtshalve doorverwijzen⁽⁶²⁾.

27.- In zijn beleidsbrief van 19 april 2004 deelde de (toenmalige) Minister van Justitie mee dat hij van mening was dat mediation geen taak is voor de rechterlijke macht. Hij stelde dat het gebruik van het instrument mediation primair de verantwoordelijkheid is van de partijen zelf. Maar hij achtte het wel van belang dat vanuit de overheid bepaalde stimulansen worden gegeven om van dit instrument effectief gebruik te kunnen maken. Bovendien kondigde hij aan dat hij wel een financiële tegemoetkoming van overheidswege wilde voorzien voor minder draagkrachtigen in de kosten van mediation. Hij merkte op dat vanuit de praktijk van tijd tot tijd wordt aangedrongen op een wettelijke regeling van de geheimhoudingsplicht voor mediators, maar hij vond dat vooralsnog de noodzaak niet was aangetoond om tot wettelijke regeling van de geheimhoudingsplicht van de mediator over te gaan⁽⁶³⁾.

⁵⁷ De Tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators; voor een bespreking van behandelde tuchtzaken zie : P.A. WACKIE EYSTEN, "Tuchtrecht voor mediators", *Tijdschrift voor Arbitrage*, 2005, nr. 1, 21-24; P.A. WACKIE EYSTEN, "Tuchtrecht voor mediators - II", *Tijdschrift voor Arbitrage*, 2005, nr. 2, 74-77.

⁵⁸ Beleidsbrief ADR 2000–2002 «Meer wegen naar het recht», Tweede Kamer, vergaderjaar 1999–2000, 26 352, nr. 19.

⁵⁹ A. DE ROO en R. JAGTENBERG, *De praktijk van mediation in ons omringende landen, Een vergelijkend onderzoek verricht in opdracht van het Ministerie van Justitie*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2003, 104 blz.

⁶⁰ P.A. WACKIE EYSTEN, "Ruimte voor mediation'. Het woord is aan de Minister van Justitie", *Tijdschrift voor Arbitrage*, 2004, N°2, 75-77; P.A. WACKIE EYSTEN, "Mediation en het rechtsbestel, de brief van minister Donner", *Tijdschrift voor Arbitrage*, 2004, N°3, 119-121.

⁶¹ Informatie meegedeeld door A.J. DE ROO tijdens haar uiteenzetting op het congres 200 Jaar Code de Procédure Civile, georganiseerd onder de auspiciën van T.P.R. te Gent op 26 oktober 2006; zie ook : http://www.regering.nl/actueel/nieuwsarchief/2003/10October/30/42_22399.jsp; geconsulteerd op 2 augustus 2005.

⁶² S. CONWAY, "Court-Annexed Mediation Launched Nationwide», *IBA Mediation Committee Newsletter*, Vol. 1/N° 3, December 2005, 33.

⁶³ Beleidsbrief Minister J.P.H. DONNER, "Mediation en het rechtsbestel", 19 april 2004, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 528, nr. 1. Voor wat betreft de principiële argumentatie die aan zijn mening ten grondslag lag, verwees hij naar de brief d.d. 20 maart 2002 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2002–2003, 26 352, nr. 60) van de toenmalige staatssecretaris van Justitie, mevrouw KALSBECK.



28.- In 2006 volgde dan de publicatie van het Eindverslag van de professoren Asser, Groen en Vranken over een “Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht”⁽⁶⁴⁾. Zij stelden hierin dat in de huidige stand van zaken de overheid nog geen regelgevende taak heeft. Naar hun mening staat met name de relatieve onbekendheid van mediation en de onduidelijkheid in welke zaken mediation een geschikte wijze van geschiloplossing hieraan in de weg. Daarom leggen zij de nadruk op zelfregulering door beroepsorganisaties en bedrijfstakingen, zoals ze reeds in hun Interimrapport in 2003 ook hadden aangegeven⁽⁶⁵⁾. Zij vinden dat de overheid niet verantwoordelijk moet zijn voor de opleiding en kwaliteit van de mediators, en de controle op de mediators. Zij vinden dat noch mediation in het algemeen noch “*court-annexed mediation*” vooralsnog wettelijk dienen geregeld te worden. Ook vinden zij dat het structureel verplicht stellen van mediation geen aanbeveling verdient. Bovendien ondersteunen zij ten volle de Minister van Justitie in zijn betrachting om “*de Europese voortvarendheid te temperen en de Europese commissie en de andere lidstaten ervan te overtuigen dat regelgeving op Europees niveau niet zonder meer wenselijk of noodzakelijk is*”. Zij delen de opvatting van de Minister dat “*zware regulering afbreuk doet aan de flexibiliteit van mediation om zich los van formele procedures aan te passen aan behoeften en omstandigheden, en dat dit de verdere ontwikkeling van het instrument eerder kan afremmen dan bevorderen*”⁽⁶⁶⁾.

In een reactie op dit Eindverslag merkte de Minister van Justitie evenwel op dat het de verwachting is dat Nederland voor dit standpunt in de Raad van Ministers en in het Europees Parlement onvoldoende steun krijgt. Hij weer er op dat een meerderheid van de overige lidstaten een Europese regeling van mediation weliswaar niet echt nodig acht maar ook niet erg bezwaarlijk⁽⁶⁷⁾.

Inmiddels werd in het Nederlands Parlement wél een wetsvoorstel ingediend om te voorzien in een tegemoetkoming in de kosten van mediation voor financieel minder begoeden⁽⁶⁸⁾ en ook een wetsvoorstel dat de rechter moet toelaten om bij een echtscheidingsprocedure de echtgenoten te verwijzen naar een mediator met als doel om de echtgenoten in onderling overleg tot afspraken over één of meer gevolgen van de echtscheiding te laten komen⁽⁶⁹⁾.

⁶⁴ W.D.H. ASSER, H.A. GROEN en J.B.M. VRANKEN m.m.v. I.N. TZANKOVA, “*Uitgebalanceerd*”, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 219 blz.

http://www.justitie.nl/images/20070205_5463544b%20Reactie%20fundamentele%20herbezinning%20burgerlijk%20procesrecht_tcm34-33822.pdf.

⁶⁵ W.D.H. ASSER, H.A. GROEN en J.B.M. VRANKEN m.m.v. I.N. TZANKOVA, “*Uitgebalanceerd*”, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 41.

http://www.justitie.nl/images/20070205_5463544b%20Reactie%20fundamentele%20herbezinning%20burgerlijk%20procesrecht_tcm34-33822.pdf.

⁶⁶ Beleidsbrief Minister J.P.H. DONNER, “Mediation en het rechtsbestel”, 19 april 2004, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 528, nr. 2, p. 10; aangehaald in W.D.H. ASSER, H.A. GROEN en J.B.M. VRANKEN m.m.v. I.N. TZANKOVA, “*Uitgebalanceerd*”, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 43; http://www.justitie.nl/images/20070205_5463544b%20Reactie%20fundamentele%20herbezinning%20burgerlijk%20procesrecht_tcm34-33822.pdf.

⁶⁷ *Visie op het Civiele Proces : Reactie Fundamentele Herbezinning Burgerlijk Procesrecht*, nr. 19, 11;

http://www.justitie.nl/images/20070205_5463544d%20Reactie%20fundamentele%20herbezinning%20burgerlijk%20procesrecht_tcm34-33827.pdf.

⁶⁸ Wijziging van de Wet op de rechtsbijstand houdende herijking van de verlening van rechtsbijstand door de raden voor rechtsbijstand en de invoering van een lichte adviestoevoeging alsmede de regeling van de vergoeding van mediation, *Parlementaire Stukken, Tweede Kamer*, 30 436, nr. 2.

⁶⁹ Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de bevordering van voortgezet ouderschap na scheiding en het afschaffen van de mogelijkheid tot het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding), *Parlementaire Stukken, Tweede Kamer*, 30 145, nr. 2, waarmee o.m. art. 818 Rv een doorverwijzing door de rechter naar mediation zou mogelijk maken.



29.- De rechtspraak heeft zich inmiddels in Nederland reeds enkele malen moeten buigen over bemiddeling. Zo heeft de Hoge Raad recentelijk tot tweemaal toe geoordeeld dat vrijwilligheid een wezenlijk kenmerk is voor bemiddeling⁽⁷⁰⁾. De Hoge Raad besloot dat wanneer een partij een eerder gegeven akkoord om een geschil aan mediation voor te leggen intrekt, zij niet tot mediation kan gedwongen worden. De Procureur-Generaal der Nederlanden in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van 20 januari 2006 stelde weliswaar dat er gevallen denkbaar zijn waarin een uitzondering op het uitgangspunt van de vrijwilligheid moet aanvaard worden (o.a. in die zin dat een partij soms verplicht mag worden om, hoewel die daar niet (langer) vrijwillig toe bereid is, enige medewerking aan een mediation-poging te verlenen); maar hij concludeerde dat in het voorliggende geval niets aangevoerd werd dat het Hof⁽⁷¹⁾ voor de vraag had geplaatsd of er zo'n uitzonderingsgeval was. De Procureur-Generaal meende dan ook dat het Hof aan die uitzonderingsmogelijkheid kon voorbijgaan⁽⁷²⁾. De Procureur-Generaal herhaalde enkele maanden later in een andere zaak, waarin de Hoge Raad uitspraak deed op 14 april 2006⁽⁷³⁾, dat er geen verplichting bestaat om eerst aan mediation mee te werken. De Procureur-Generaal stelde toen dat voor een verwijzing naar mediation de medewerking van de andere partij vereist is. Weliswaar wees hij er daarbij op dat in sommige landen een verplichting voor partijen bestaat om in ieder geval eerst een poging te doen tot mediation, bijvoorbeeld door het bijwonen van een voorlichtingsbijeenkomst, maar hij gaf aan dat het niet toelaatbaar is dat de verplichting zo ver gaat dat hiermee de weg naar de rechter wordt afgesloten.

(ii) Frankrijk

30.- In Frankrijk blijkt een zeer gecontrasteerd beeld te bestaan over bemiddeling. Alhoewel de overheid de jongste tien jaren veel gedaan heeft om een wettelijke kader te creëren voor bemiddeling, blijkt de bemiddeling vooralsnog vrij weinig succes te kennen⁽⁷⁴⁾. In Frankrijk is er evenwel enige verwarring tussen “*médiation*” en “*conciliation*”, die verschillende ladingen dekken.

31.- Volgens artikel 21 van de Nouveau Code de Procédure Civile heeft elke rechter de bevoegdheid om te verzoenen. (“*conciliation*”). In enkele materies, zoals inzake echtscheiding, overmatige schulden (“*surendettement*”) en arbeidsgeschillen, heeft de rechter zelfs een verplichting tot verzoening. In Frankrijk bestaan er sedert een 20-tal jaren ook “*conciliateurs de justice*” (momenteel ongeveer een 1.600-tal)⁽⁷⁵⁾. Het zijn vrijwilligers, vaak gepensioneerd, die gedurende hun loopbaan minstens drie jaar een juridisch beroep hebben uitgeoefend en die voor een periode van één jaar, en vernieuwbaar met twee jaar, worden benoemd door de voorzitter van het Hof van Beroep⁽⁷⁶⁾. Zij bieden gratis hun

⁷⁰ Hoge Raad, 20 januari 2006, R05/021R, <http://zoeken.rechtspraak.nl>; Hoge Raad, 14 april 2006, R05/078HR, <http://zoeken.rechtspraak.nl>.

⁷¹ Het Gerechtshof te 's Hertogenbosch dat de zaak in beroep had behandeld, had met een beschikking van 11 november 2004 het hoger beroep niet-ontvankelijk verklaard.

⁷² Hoge Raad, 20 januari 2006, R05/021R, Conclusie Procureur Generaal, nr. 19; <http://zoeken.rechtspraak.nl>.

⁷³ Hoge Raad, 14 april 2006, R05/078HR, Conclusie Procureur Generaal, nr. 2.10 en 2.11; <http://zoeken.rechtspraak.nl>.

⁷⁴ E. JEULAND, “La médiation en France : vers la maturité? », pp. 2-3; tijdens het congres 200 Jaar Code de Procédure Civile, georganiseerd onder de auspiciën van T.P.R. te Gent op 26 oktober 2006 vond dat de toename van bemiddeling in Frankrijk toch wel eerder bescheiden blijft. JEULAND stelde vast dat bemiddeling vooralsnog zeer weinig succes blijkt te kennen in Frankrijk, vooral wanneer ze vrijwillig is. Daarentegen stelde JEULAND vast dat bemiddeling wel een belangrijke plaats is gaan innemen wanneer zij wordt opgelegd of althans wanneer zij sterk wordt aangemoedigd.

⁷⁵ P. DRAI, « Libres propos sur la médiation judiciaire », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 126; C. BARRIERE, « Les compétences territoriales et d'attribution de conciliateur de justice », in *Les Cahiers de l'Arbitrage, Volume III*, Paris, Gazette du Palais, 2006, 231-234.

⁷⁶ E. JEULAND, “La médiation en France : vers la maturité? », op het congres 200 Jaar Code de Procédure Civile, georganiseerd onder de auspiciën van T.P.R. te Gent op 26 oktober 2006, 4.



diensten aan om te bemiddelen aan al wie hen daarom vraagt. Hun statuut werd herzien in 1996⁽⁷⁷⁾. Er is sedertdien evenwel ook een verwarring ontstaan in de begrippen doordat bij wet van 8 februari 1995⁽⁷⁸⁾, bekrachtigd bij decreet van 22 juli 1996⁽⁷⁹⁾, een nieuw hoofdstuk is toegevoegd aan de Nouveau Code de Procédure Civile, nl. “*Titre Sixième bis La Médiation*”, met de artikelen 131-1 tot 131-15. Deze zesde titel van de Nouveau Code de Procédure Civile is deels vergelijkbaar met het in 2005 in België aan het Gerechtelijk Wetboek toegevoegde boek 7 over bemiddeling, maar slaat enkel op de gerechtelijke bemiddeling, nl. de bemiddeling die door een rechter gelast wordt.

32.- Artikel 131-1 NCPC bepaalt nu dat de rechtbank de partijen voor de voorafgaande “*conciliation*” kan doorverwijzen naar derden die door de wet nu “*médiateur judiciaire*” genoemd worden, als de partijen daarmee akkoord gaan. Er is dus een instemming van de partijen nodig voor een gerechtelijke doorverwijzing naar een bemiddelaar, zoals dit ook in artikel 1734,1° Belgisch Ger.W. is voorzien. Anders dan in België evenwel, is er in Frankrijk geen lijst van erkende “*médiateurs judiciaires*”. De rechter kiest bijgevolg in alle vrijheid wie hij als “*médiateur judiciaire*” wil aanstellen. De rechtbank doet dit niet bij vonnis maar met een procedure maatregel (een “*mesure d’organisation judiciaire*”), waardoor er ook geen hoger beroep mogelijk is tegen een dergelijke maatregel. Deze wet voorziet dat als een “*médiation judiciaire*” succesvol is, het akkoord kan worden gehomologeerd (bekrachtigd) door een “*jugement gracieux*”, dwz. een vonnis dat niet beslist over een geschil en derhalve geen gezag van gewijsde heeft (artikel 131-12 NCPC en artikel 832-8 NCPC), terwijl dergelijke homologatie niet mogelijk is voor een buitengerechtelijke bemiddeling. Aangezien het “*jugement gracieux*” wel degelijk een vonnis is, kan er wel hoger beroep worden tegen ingesteld⁽⁸⁰⁾.

De “*médiateurs judiciaires*” worden wel voor hun werk betaald, volgens een bedrag vastgesteld door de rechter (artikel 131-13 NCPC), terwijl de “*conciliateurs de justice*” dus niet betaald worden. Opdat de burgers gemakkelijker de weg naar de “*conciliateurs de justice*” zouden vinden, dus buiten enige procedure om, werden er met de wet van 18 december 1998 “*maisons de justice et de droit*”⁽⁸¹⁾ opgericht, die onder de bevoegdheid van de rechterlijke macht staan⁽⁸²⁾.

33.- Met een decreet van 28 december 1998⁽⁸³⁾ werd tenslotte een artikel 1441-4 toegevoegd aan de Nouveau Code de Procédure Civile, dat de mogelijkheid verschaft om na het bereiken van een minnelijke schikking buiten enige gerechtelijke procedure om aan de Voorzitter van de Tribunal de Grande Instance te vragen een uitvoerbare titel te verlenen aan dat akkoord. Er is evenwel nog onduidelijkheid in de rechtspraak of het verlenen van een dergelijke uitvoerbare titel door de voorzitter van de rechtbank al dan niet te beschouwen is als een vonnis of als een buitengerechtelijke akte⁽⁸⁴⁾.

34.- Naast deze “*conciliateurs de justice*” en “*médiateurs judiciaires*” bestaat er ook nog de vrije bemiddeling “*médiation*”, met name in handelszaken, die partijen vrij kunnen overeenkomen. Hier

⁷⁷ Door een decreet van 13 december 1996, zie E. JEULAND, *op.cit.*, 4.

⁷⁸ Loi du 8 février 1995 relative à l’organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JO du 9 février 1995, zie . B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation judiciaire en France : bilan de dix ans de pratique (1995-2005) », in *Les Cahiers de l’Arbitrage, Volume III*, Paris, Gazette du Palais, 2006, 226.

⁷⁹ Décret N° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et la médiation judiciaires, JO du 23 juillet 1996, zie B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation judiciaire en France : bilan de dix ans de pratique (1995-2005) », in *Les Cahiers de l’Arbitrage, Volume III, Gazette du Palais*, Paris, 2006, 226.

⁸⁰ E. JEULAND, *op.cit.*, 16.

⁸¹ [Http://www.justice.gouv.fr/region/mjdanten.htm](http://www.justice.gouv.fr/region/mjdanten.htm), geconsulteerd op 22 februari 2007.

⁸² La loi N° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l’accès au droit et à la résolution amiable des conflits (art. 21) voorziet in de oprichting van justitiehuisen, die geplaatst worden onder de bevoegdheid van de voorzitter van de Tribunal de Grande Instance en bepaalt dat er acties ten behoeve van de alternatieve geschillenbeslechting kunnen plaatsvinden ; cfr. E. JEULAND, *op.cit.*, 11, en de verwijzing naar B GORCHS, *La médiation dans le procès civil : sens et contresens*, RTDciv, 409, spéc. 414.

⁸³ Décret N° 98-1231. Modification du code de l’organisation judiciaire et du nouveau code de procédure civile ; cfr. E. JEULAND, *op.cit.*, 16.

⁸⁴ E. JEULAND, *op.cit.*, 16.



hebben zich enkele instellingen tijdens de jongste jaren geprofileerd, waarvan de belangrijkste ongetwijfeld de CMAP (de Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris) is. De CMAP werd in 1995 opgericht in de schoot van de Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris), met de steun van de Balie van Parijs, de Rechtbank van Koophandel van Parijs, de Association Française de l'Arbitrage en het Frans Nationaal Comité van de ICC⁽⁸⁵⁾. De CMAP organiseert niet alleen opleidingscursussen maar heeft ook een eigen bemiddelingsreglement, volgens welke bemiddelingen kunnen verlopen. De CMAP maakt sedert 2005 deel uit van een internationale alliantie van bemiddelingscentra, genaamd "MEDAL" ("The International Mediation Services Alliance")⁽⁸⁶⁾, waarvan CEDR in Engeland, ABC Mediation in Nederland, ADR Center in Italië en JAMS in de Verenigde Staten deel uitmaken. Volgens recent door de CMAP meegedeelde informatie behandelde zij in 2004 in totaal 199 bemiddelingen en in 2005 tesamen 223 bemiddelingen. Maar daarbij merkte de CMAP wel op dat de helft van deze zaken "médiations judiciaires" waren, dwz. zaken waar een rechtbank de partijen naar mediatie verwezen hadden. De CMAP kloeg er overigens bij de bekendmaking van deze gegevens over dat de rechtbanken eigenlijk veel te weinig gebruik maken van die doorverwijzingsmogelijkheid. Op een totaal van jaarlijks 40.000 vonnissen die door de Rechtbank van Koophandel te Parijs gedaan werden, zou de Parijse rechtbank slechts in een 50-tal zaken de partijen naar mediatie verwijzen. De CMAP meende dan ook dat de wet van 1995 niet echt het verhoopte resultaat had opgeleverd⁽⁸⁷⁾.

35.- Op 14 februari 2003 heeft het Franse Hof van Cassatie een zeer belangrijk arrest geveld inzake bemiddeling, door te beslissen dat wanneer partijen in hun overeenkomst een bemiddelingsbeding hebben voorzien, zij ook eerst een bemiddeling moeten ondernemen vooraleer zij hun geschil aan een rechtbank kunnen voorleggen. Legt een partij toch een geschil aan de rechtbank voor wanneer een bemiddelingsbeding werd voorzien en niet werd nageleefd, dan kan de andere partij een exceptie opwerpen en zal de rechtbank een "fin de non-recevoir" uitspreken krachtens artikel 122 van de Nouveau Code de Procédure Civile⁽⁸⁸⁾. Pas na het ondernemen van een, eventueel mislukte, bemiddelingspoging zullen de partijen opnieuw naar de rechtbank kunnen stappen. Dit zelfde beginsel is in de Belgische bemiddelingswet ook voorzien, in artikel 1725, 2° Ger.W. Het Franse Hof van Cassatie heeft inmiddels zijn rechtspraak dienaangaande reeds enkele malen herbevestigd, nl. in arresten van 6 mei 2003⁽⁸⁹⁾, 17 juni 2003⁽⁹⁰⁾, 11 februari 2004⁽⁹¹⁾ en 9 november 2006⁽⁹²⁾.

(iii) Engeland

36.- Engeland is ongetwijfeld het buurland waar bemiddeling de grootste ontwikkeling heeft gekend. Er wordt vaak beweerd dat de enorme toename van bemiddeling in Engeland meer te maken heeft met de enorme kost van procedures voor de gewone rechtbanken en ook voor scheidsgerechten dan met de intrinsieke verdienste van bemiddeling zelf⁽⁹³⁾.

⁸⁵ <http://www.mediationarbitrage.com>.

⁸⁶ <http://www.medal-mediation.com>.

⁸⁷ Cijfers meegedeeld door M. BACQUÉ, afgevaardigd bestuurder van de CMAP, in haar uiteenzetting tijdens het Chamonix II-Symposium on « Managing Commercial Dispute Resolution Centres », Chamonix, 17-19 mei 2006.

⁸⁸ *J.T.* 2003, 358 ; *Revue de l'arbitrage*, 2003, 403, Noot C. JARROSSON ; *Bull.civ.* 1, n° 11, *JCP G* 2003, 1, 128, n° 17, noot Cadiet; *RTDciv.* 2003, 349, noot Perrot.

⁸⁹ Cass.fr., 1ère civ., 1, 6 mei 2003, *JCP en Cass.*, 1ère, 11 februari 204, *JCP* 2004, II, 10022, R. Colson.

⁹⁰ *RTD Civ* 2004, 136, Noot R. Perrot.

⁹¹ Cass.fr., 1ère civ., 1, 6 mei 2003, *JCP en Cass.*, 1ère, 11 februari 204, *JCP* 2004, II, 10022, R. Colson.

⁹² Cass.fr., 2e civ., 9 novembre 2006, *Les Cahiers de l'Arbitrage*, N° 2006/3, *Gazette du Palais*, Paris 64.

⁹³ M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, "Better Dispute Resolution – The Development and Practice of Mediation in the United Kingdom Between 1995 and 2005", in *ADR in Business : Practice and Issues across Countries and Cultures*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, Editors : J.C. GOLDSMITH, A. INGEN-HOUSZ en G. POINTON, 2006, nr. 15, p. 194.



37.- Opmerkelijk is alvast dat in Engeland bemiddeling vooral steun heeft gekregen van de rechtbanken. Zo raadde de Commercial Court in haar “*Practice Statement*” van 1993 aan dat zij het aangewezen vond de partijen uit te nodigen om te overwegen of hun geschil niet beter door ADR (bemiddeling) zou kunnen beslecht worden, bv. wanneer de procedurekosten geheel buiten proportie zouden uitvallen tegenover het bedrag in geding. Met deze “*Practice Statement*” vroeg de Commercial Court ook aan de raadslieden van partijen om hun cliënten volledig te informeren over de meest kost-efficiënte manier om hun geschil te beslechten⁽⁹⁴⁾. Vervolgens nam de Commercial Court het initiatief om halfweg de procedure een “*ADR Order*” te maken, waarbij zij de partijen sterk aanmoedigde om een bemiddeling te overwegen, zonder ze evenwel strict genomen daartoe te verplichten. Dit gebeurt tijdens een zogenaamde “*Case Management Conference*”⁽⁹⁵⁾. Het resultaat is alvast fenomenaal. Volgens statistieken wordt zowat elk geschil dat voor de Queens Bench Division en de High Court in Engeland wordt ingeleid, minnelijk bijgelegd. Slechts 1% van de ingeleide zaken blijkt tot een vonnis te leiden. Bovendien blijkt dat er tegenover 1989 een enorme terugval van het aantal ingeleide nieuwe rechtsgeschillen is voor die rechtbanken, nl. nog slechts een kwart van het aantal dat in 1989 werd ingeleid⁽⁹⁶⁾.

38.- Een tweede reden voor het succes van bemiddeling in Engeland is de wijziging van de *Civil Procedure Rules* (“CPR”)⁽⁹⁷⁾ op 26 April 1999, in aansluiting bij de publicatie in juli 1996 van het rapport van Lord Woolf over “*Access to Justice*” en de publicatie in december 1998 van het rapport van de Lord Chancellor (Minister van Justitie) over “*Modernizing Justice*”⁽⁹⁸⁾. De basisgedachte, die met name in het rapport van de Lord Chancellor in 1998 werd vastgelegd was dat “*In civil matters, for most people, most of the time, going to court is, and should be, the last resort*”⁽⁹⁹⁾. De wijziging van de procedureregels (de “*Civil Procedure Rules*”; afgekort “CPR”) van 1999 worden beschouwd als de meest radicale hervorming in het Engels rechtssysteem sedert meer dan 100 jaar. De basisidee van de nieuwe CPR is “*to enable the Court to deal with cases justly and with proper proportionality*”. Dit houdt in dat de rechtbanken er voor moeten zorgen dat de partijen op voet van gelijkheid behandeld worden, dat alle nodige maatregelen moeten genomen worden om kosten te besparen, dat het geschil moet behandeld worden op een wijze die evenredig is met de omvang van de eis en tegeneis en het belang van de zaak voor de partijen, en met een management van de zaak dat rekening houdt met zijn complexiteit en de verschillende financiële situaties van de partijen. Regel 1.4 van de CPR bepaalt dat “*the Courts must further the overriding objective by actively managing cases*” en sub-regel 1.4-2(e) “*by encouraging parties to use an ADR procedure if the Court considers that appropriate and facilitating the use of that procedure*”⁽¹⁰⁰⁾.

Als gevolg van de nieuwe CPR eisten de Engelse rechtbanken dat er voor 6 types van procedures (nl. “*personal injury*”, “*clinical negligence*”, “*construction and engineering*”, “*defamation*”, “*professional indemnity and judicial review*”) voorafgaande stappen gedaan worden vooraleer een procedure voor de rechtbanken wordt opgestart. Voor deze 6 types van procedures werden er “*pre-action protocols*” opgesteld, waarvan de meesten een verwijzing bevatten naar een vereiste om tenminste een “*ADR-process*” in overweging te nemen⁽¹⁰¹⁾.

Voor andere dan deze 6 types van procedures (de zogenaamde “*non-protocol cases*”) werden vanaf 1 april 2003 nieuwe regels van kracht. Partijen moeten voor deze andere geschillen een “*reasonable procedure*” volgen, met de bedoeling om kosten te vermijden. Volgens Regel 4.3(f) van het “*Pre-*

⁹⁴ M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, *op.cit.*, nr. 39, p. 204.

⁹⁵ M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, *op.cit.*, nr. 42-45, p. 205-206.

⁹⁶ M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, *op.cit.*, nr. 16, p. 195.

⁹⁷ [Http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/index.htm](http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/index.htm).

⁹⁸ M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, *op.cit.*, nr. 55-58, p. 211.

⁹⁹ M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, *op.cit.*, nr. 56, p. 211.

¹⁰⁰ M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, *op.cit.*, nr. 58, pp. 211-212.

¹⁰¹ M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, *op.cit.*, nr. 60, p. 212.



Action Protocol Practice Direction”(102) moet een eiseres, vooraleer een procedure op te starten voor een rechtbank, eerst bekijken of ze geen bemiddeling of een andere vorm van alternatieve geschillenbeslechting wil opstarten en volgens regel 4.3(g) van hetzelfde “*Pre-Action Protocol Practice Direction*” moet de eiseres er op wijzen dat de rechtbanken sancties kunnen opleggen voor het niet naleven van deze “*practice direction*”. Volgens regel 4.6(e) van datzelfde “*Pre-Action protocol*” moet de verweerster in haar antwoord op de voorstellen van de eiseres laten weten of ze bereid is deel te nemen aan een bemiddeling of een andere vorm van alternatieve geschillenbeslechting(103). Regel 4.7 bepaalt overigens dat “*litigation should be the last resort, and claims should not be issued prematurely when settlement is still actively being explored*”. Wanneer partijen deze regel niet volgen, moeten de rechtbanken daar rekening mee houden bij het bepalen van de kosten(104).

39.- Inmiddels werden er reeds verschillende uitspraken gedaan door Engelse rechtbanken waarbij geoordeeld werd dat een partij die haar procedure voor de rechtbank won toch niet recht heeft op terugbetaling van haar kosten of slechts recht heeft op een verminderde terugbetaling van kosten, omdat deze partij geweigerd had deel te nemen aan een voorafgaande bemiddelingsprocedure(105). Het Engels Hof van Beroep oordeelde inmiddels dat er maar zeer weinig zaken zijn die niet geschikt zijn voor bemiddeling, nl. (i) waar een partij wil dat de rechtbank een juridisch vraagstuk (“point of law”) beslecht en er geoordeeld wordt dat een bindend precedent nuttig is; (ii) wanneer een dwingende maatregel nodig is om de positie van een partij te vrijwaren, en (iii) wanneer er een aantijging van fraude of een ander commercieel laakbaar gedrag worden gemaakt (106).

Maar de rechtbanken hebben ook geoordeeld dat wanneer partijen contractueel hebben vastgelegd dat er eerst een bemiddeling moet plaatsvinden vooraleer een procedure voor de rechtbank kan opgestart worden, dan kan een partij niet weigeren om eerst in een bemiddeling te stappen. Op verzoek van verweerster weigerde de rechtbank de zaak te behandelen en legde zij de partijen op om eerst een bemiddeling te proberen (107). Ook kwam reeds de vraag aan bod in hoeverre rechtbanken kunnen gaan met het dwingen van partijen naar een bemiddeling te gaan, en met name of dit geen inbreuk vormt op art. 6(1) van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (het argument dat daarbij wordt gehanteerd is dat aldus partijen het recht op een proces voor een rechtbank wordt ontnomen), zij het dat er nog niet echt een uitspraak over gedaan werd. In de zaak *Halsey* maakte het Engels Hof van Beroep de opmerking, zonder dat er echt over dat punt een debat was gevoerd, dat het wellicht een schending van artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens zou zijn om een partij die echt niet wil meegaan in een bemiddeling toch een ADR procedure op te leggen, omdat dit als een onaanvaardbare obstructie van het recht van die partij op een proces voor een rechtbank zou kunnen beschouwd worden (108).

40.- Niet alleen de CPR Rules en de rechtbanken hebben in Engeland sterk bijgedragen tot de ontwikkeling van ADR. Ook verschillende instellingen die ADR-opleidingen en ADR-diensten aanbieden hebben daar succesvol aan meegeholpen. Op de eerste plaats is er CEDR (afkorting van

¹⁰² [Http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_protocol.htm](http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_protocol.htm).

¹⁰³ M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, *op.cit.*, nr. 63-64, p. 213.

¹⁰⁴ [Http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_protocol.htm](http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_protocol.htm).

¹⁰⁵ M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, *op.cit.*, nr. 67, p. 214, met verwijzingen naar rechtspraak; zie : *Cowl v. Plymouth City Council* [2001] EWCA Civ. 135 (Court of Appeal), <http://www.cedr.co.uk>; *Dunnet v. Railtrack* [2002] 2 AER 580 (Court of Appeal), <http://www.cedr.co.uk>; *Halsey v. Milton Keynes NHS Trust* [2004] 1 WLR 3002 (Court of Appeal); *Burchell v. Bullard* [2005] EWCA Civ. 358 (Court of Appeal), <http://www.hmcourts-service.gov.uk>.

¹⁰⁶ *Al-Khatib v. Masry* [2005] 1 FLR 381 (Court of Appeal), www.bailii.org; zie M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, *op.cit.*, nr. 76, p. 218.

¹⁰⁷ *Cable & Wireless v. IBM* [2002] EWHC Ch 2059 (Queens Bench Division – Commercial Court), <http://www.cedr.co.uk>; zie M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, *op.cit.*, nr. 88-90, p. 222-223.

¹⁰⁸ *Halsey v. Milton Keynes NHS Trust* [2004] 1 WLR 3002 (Court of Appeal), nr. 9, <http://www.hmcourts-service.gov.uk>; zie M. KALLIPETIS en S. RUTTLE, *op.cit.*, nr. 96, p. 224.



“Centre for Effective Dispute Resolution”), een onafhankelijke non-profit instelling die in 1990 werd opgericht met de steun van de *Confederation of British Industry* om bemiddeling en andere kost-efficiënte geschillenbeslechtingprocedures aan te moedigen en om technieken te promoten die procedures voor de rechtbanken vermijden zowel in handelszaken als in zaken met de overheid⁽¹⁰⁹⁾. CEDR doet niet alleen aan opleidingen en vormingen van bemiddelaars maar stelt ook bemiddelaars aan. Volgens haar eigen informatie leidt CEDR jaarlijks ongeveer 200 bemiddelaars op en heeft zij er in totaal reeds meer dan 2.000 opgeleid. Voor wat betreft de gevoerde bemiddelingsprocedures, gebeuren er ongeveer 20% door de eigen CEDR-staf en 80% door free lance bemiddelaars. CEDR meldt dat 70% van alle CEDR-meditaties binnen 1 dag succesvol afgerond worden, terwijl nog eens 20% binnen de volgende dagen afgehandeld worden⁽¹¹⁰⁾.

Ook twee zeer gerespecteerde arbitrage-instellingen in Engeland bieden sedert kort bemiddelingsdiensten aan. Zo zijn zowel het in 1892 opgerichte *London Court of International Arbitration* ⁽¹¹¹⁾ en het in 1915 opgerichte *Chartered Institute of Arbitrators* ⁽¹¹²⁾ zich sedert enkele jaren naast arbitrage ook gaan toespitsen op bemiddeling en hebben zij naast arbitragereglementen nu ook bemiddelingsreglementen. Het *Chartered Institute* organiseert overigens ook opleidingen van bemiddelaars.

V. Conclusie

41.- Uit dit kort overzicht van bemiddeling in een internationale context blijkt dat zowel op nationaal vlak als op internationaal vlak bemiddeling een groeiende aandacht krijgt als alternatieve geschillenbeslechtingmethode. Op basis van een vergelijking van de bemiddeling in drie buurlanden (Nederland, Frankrijk, Engeland) blijkt alvast dat de benadering van bemiddeling grondig verschilt van het ene land tegenover het andere. Terwijl in Frankrijk tal van wettelijke initiatieven werden genomen om bemiddeling te ondersteunen, gaat in Engeland de stuwende kracht voor bemiddeling uit van de rechtbanken. In Nederland is de overheid dan weer zeer terughoudend om wettelijke initiatieven te nemen en verkiest zij zelfregulering. In België dan weer werd een wet inzake bemiddeling ingevoerd in 2005⁽¹¹³⁾, die een eigen wettelijk kader creëerde voor bemiddeling en die o.m. een Federale Bemiddelingscommissie in het leven riep aan wie tal van wettelijke opdrachten op het vlak van bemiddeling werden toegewezen⁽¹¹⁴⁾. Deze verschillen in benadering van bemiddeling

¹⁰⁹ [Http://www.cedr.co.uk](http://www.cedr.co.uk).

¹¹⁰ Cijfers meegedeeld door G. MASSIE, directeur van CEDR, in zijn uiteenzetting tijdens het Chamonix II-Symposium on « Managing Commercial Dispute Resolution Centres », Chamonix, 17-19 mei 2006.

¹¹¹ [Http://www.lcia-arbitration.com](http://www.lcia-arbitration.com).

¹¹² [Http://www.arbitrators.org](http://www.arbitrators.org).

¹¹³ Wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling, *B.S.*, 22 maart 2005, 12772.

¹¹⁴ Over de nieuwe Belgische wet inzake bemiddeling, zie o.m. : H. VERBIST, “Bemiddeling krijgt een wettelijk kader”, *Informatieblad van de Nederlandse Orde van Advocaten te Brussel*, 2004-2005, 798-810; *Wet op de Bemiddeling – La Nouvelle Loi sur la Médiation*, Rapporten van het Colloquium van CEPINA van 21 april 2005, met bijdragen van G. DE LEVAL, L. GOLVERS, G. KEUTGEN, P. TAELEMAN, F. VAN DE PUTTE, H. VAN HOUTE, P. VAN LEYNSEELE, H. VERBIST en P. WALTERS, Bruylant, Brussel, 2005, 179 blz.; *De nieuwe wet op de bemiddeling*, Brugge, Die Keure, 2005, 94 blz., met bijdragen van B. ALLEMEERSCH, B. GAYSE, P. SCHOLLEN, P. TAELEMAN en P. VAN ORSHOVEN; E. DEGROOTE, “Wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling”, *Ad Rem*, april 2005, 4; L. DEMEYERE, “The New Belgian Statute on Mediation”, *IBA Legal Practice Division, Mediation Committee Newsletter*, april 2005, 10; B. GAYSE, “Bemiddeling – Een veralgemeende wettelijke grondslag”, *N.j.W.*, 2005, nr. 107, p. 434; P. VAN LEYNSEELE en F. VAN DE PUTTE, “La médiation dans le Code judiciaire”, *J.T.*, 2005, 297; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “De nieuwe bemiddelingswet”, *R.W.*, 2004-2005, 141; B. ALLEMEERSCH en P. SCHOLLEN, “‘Mediation’ naar nieuw Belgisch en komend Europees recht”, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2005, 41; L. DEMEYERE, “Een eerste kennismaking : De Belgische wet inzake



binnen Europa leiden er dan ook toe dat het voorstel van een Europese richtlijn inzake bemiddeling reeds sedert meer dan drie jaar druk besproken wordt, maar nog niet werd goedgekeurd. De Europese Commissie heeft in haar voorstel van Richtlijn alvast duidelijk aangegeven dat zij enkel beoogt een juridische zekerheid en een voorspelbaarheid in de relatie tussen bemiddeling en procedures voor de rechtbanken te geven, maar dat zij de individuele lidstaten de vrijheid wil laten om zelf te kiezen hoe zij het door de Commissie beoogde doel kunnen bereiken, overeenkomstig het beginsel van de subsidiariteit.

Herman Verbist

Gastprofessor Universiteit Gent
Advocaat bij de balie te Brussel
Erkend Bemiddelaar
Plaatsvervangend lid van de Bijzondere
Commissie voor Burgerlijke en Handelszaken van
de Federale Bemiddelingscommissie¹¹⁵

bemiddeling”, *Tijdschrift voor Arbitrage*, 2006/Nr. 1, 32; L. DEMEYERE, “The Belgian Law on Mediation : An Early Overview”, *Dispute Resolution Journal*, American Arbitration Association, november 2006-januari 2007, 89-92; H. VERBIST, “The Belgian Law on Mediation”, in *ADR in Business : Practice and Issues across Countries and Cultures* (Editors : J.-C. GOLDSMITH, G. POINTON & A. INGEN-HOUSZ), Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, 249-262.

¹¹⁵ De commentaren zijn deze van de auteur en verbinden geenszins de Federale Bemiddelingscommissie.



Liselot Samyn – La loi applicable à l’opposabilité de la cession de créance aux tiers autres que le débiteur cédé

Introduction

1. « Vous paraît-il opportun de préciser dans un futur instrument quelle est la loi applicable à l’opposabilité de la cession de créance ? Dans l’affirmative, quelle règle de conflit préconisez-vous ? ». En posant cette question dans son Livre Vert relatif à la transformation de la Convention de Rome en un instrument européen¹¹⁶, la Commission Européenne a invité les Etats Membres de l’Union Européenne et toutes les organisations intéressées à réfléchir sur la loi applicable à l’opposabilité d’une cession de créance aux tiers autres que le débiteur cédé.

La détermination de cette loi applicable est depuis quelque temps le sujet d’un vif débat dans la doctrine et la jurisprudence des différents Etats Membres. De façon générale, on peut constater qu’ils retiennent quatre possibilités différentes : la *lex contractus*, la *lex causae*, la *lex domicilii debitoris* et la loi de la résidence¹¹⁷ du cédant. Ces quatre alternatives étaient également présentées par la Commission Européenne dans le Livre Vert concerné¹¹⁸.

Dans la Proposition de Règlement Rome I¹¹⁹ qui suit chronologiquement le Livre Vert, la Commission a inséré un article 13 sur la « cession de créances et subrogation conventionnelle ». On choisit dans l’alinéa 3 de cet article l’option de la loi de la résidence du cédant pour résoudre la question posée. La Commission justifie ce choix en revoyant à la majorité des réponses données suite au Livre Vert¹²⁰.

2. Avant d’exposer le corps de cet écrit, il paraît opportun de rappeler la définition d’une cession internationale de créance et de déterminer les parties tierces dans ce transfert. Une cession de créance peut être décrite comme: « une convention par laquelle un créancier, appelé cédant, transfère la créance qu’il détient à l’encontre de son débiteur, appelé débiteur cédé, à un contractant, appelé cessionnaire »¹²¹. On parle d’une cession internationale dès qu’un des éléments mentionnés dans la définition se trouve dans un autre pays que les autres éléments. On peut alors penser au fait que le cédant, débiteur cédé et/ou cessionnaire ont leur résidence habituelle ou domicile dans des pays

¹¹⁶ COM 2002/654/final du 14 janvier 2003, Livre Vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, à trouver sur : http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/gpr/2002/com2002_0654en01.pdf (Consulté le 7 mars 2007) ; Ci-après appelé : « Livre Vert ». La question établie ci-dessus est la question n° 18.

¹¹⁷ L’auteur a choisi « la résidence du cédant » au lieu du « domicile du cédant », pour être en conformité avec le texte européen.

¹¹⁸ En réalité, la Commission Européenne donne encore une cinquième possibilité aux Etats membres, c’est-à-dire, l’option d’élaborer une règle matérielle. Dans le cadre de ce travail, on a limité la recherche aux quatre règles de droit international privé.

¹¹⁹ COM 2005/650/final du 15 décembre 2005, Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), pp. 8 et 20, à trouver sur : http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&DosId=193666 (Consulté le 24 juillet 2006); Ci-après appelé : « Proposition de Règlement Rome I »; Pour un commentaire général voy. S. LEIBLÉ, “Internationales Vertragsrecht, die Arbeiten an einer Rom I-Verordnung und der Europäische Vertragsgerichtstand”, *IPRax* 2006, n° 4, 365-371.

¹²⁰ On a eu environ 80 réponses au Livre Vert. Elles sont consultables à : http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/wai/news_summary_rome1_en.htm (Consulté le 7 mars 2007).

¹²¹ Livre Vert, 42.



distincts ; que la créance elle-même est soumise à une loi autre que le contrat de cession ; qu'un des tiers concernés se situe dans un autre pays que les autres parties¹²².

Généralement, le débiteur cédé est vu comme un tiers à la relation contractuelle entre le cédant et le cessionnaire, mais la loi applicable à chaque membre de ce triangle est déjà uniformisée au plan international par l'article 12 de la Convention de Rome¹²³. Les tiers visés par la question de la Commission Européenne et dans ce travail, sont particulièrement les créanciers du cédant qui estiment que la cession leur n'est pas opposable, les cessionnaires concurrents – c.-à.-d. les tiers qui croient être les cessionnaires légitimes, dans l'hypothèse où le cédant a transféré la même créance à plusieurs personnes – et l'administrateur de l'insolvabilité du cédant¹²⁴.

3. Le but de l'écrit suivant est ainsi d'examiner les quatre options originellement données par la Commission Européenne 125 (I-IV), de mentionner leurs sources (A) et de présenter leurs avantages (B) et désavantages (C). Ceci afin de pouvoir déterminer si la loi de la résidence du cédant est la meilleure option parmi les quatre possibilités pour réaliser une certaine harmonisation sur le plan européen.

I. La loi de la résidence du cédant

A. La situation retenue par la Convention des Nations Unies du 12 décembre 2001 et par la législation belge

4. La loi de la résidence du cédant, le facteur de rattachement finalement retenu dans la Proposition de Règlement Rome I, est une solution trouvée en dehors de l'article 12 de la Convention de Rome. Premièrement, elle est insérée dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international¹²⁶. Cette Convention prévoit dans son article 22 que : « à l'exception des

¹²² W. VAN LEMBERGEN, "Grensoverschrijdende cessie van schuldvorderingen na de Wet van 2 augustus 2002 op het financieel toezicht: consensus over consensualisme?", *Bank. Fin. R.* 2003, n° 2-3, 147.

¹²³ Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles faite à Rome, *J.O.* 26/01/1998, C 27, 34-53; *J.O.* 30/12/2005, C 334, 1-27 (versions consolidées). Ci-après appelée : « *Convention de Rome* ». La relation entre le cédant et le cessionnaire ainsi que la relation entre le cédant et le débiteur cédé constituent les aspects contractuels de la cession.

¹²⁴ L'opposabilité de la cession aux tiers constitue l'aspect réel de la cession. La division entre aspects contractuels et aspects réels n'est pas faite de la même façon dans tous les pays européens.

¹²⁵ L'auteur estime qu'une de ces quatre options suffit pour régler l'aspect réel de la cession envers tous les tiers. Certains auteurs divisent la matière encore en différentes parties. (Voy. L.F.A. STEFFENS, *Overgang van vorderingen en schulden in het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 171-254; M.V. POLAK, "Zekerheidsrechten in het internationaal handelsverkeer", *WPNR* 1991, n° 6019, 641); W. VAN LEMBERGEN, *o.c.*, 147.

¹²⁶ Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, du 12 décembre 2001, conclue à New York, à trouver sur : <http://www.uncitral.org> (Consulté le 7 mars 2007). Cette Convention est seulement signée par les Etats-Unis, le Luxembourg et le Madagascar et est adhéree par le Libéria. Elle n'est pas encore entrée en vigueur.

L'article 23 prévoit d'une part une exception à la loi de la résidence du cédant si cette loi est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat du for et règle d'autre part le sort des règles impératives. L'article 24 prévoit des règles spéciales relatives au produit de la créance cédée.

La Convention contient aussi un Chapitre V qui donne des règles de conflit de lois pour résoudre la question du rang des réclamants concurrents, mais ceci joue seulement un rôle minoritaire dans la cession internationale. Voy. C. WALSH, "Receivables Financing and the Conflict of Laws: The UNCITRAL Draft Convention on the Assignment of Receivables in International Trade", *Dick. L. Rev.* 2001-02, n° 159, 166-167.



questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 23 et 24, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent ». Cette règle de conflit de lois vise les tiers qui sont des réclamants concurrents, ce qui inclut selon l'article 5.m de la Convention non seulement les différents cessionnaires qui ont reçu la même créance¹²⁷, mais aussi les créanciers du cédant et l'administrateur de l'insolvabilité¹²⁸.

5. Cette même possibilité est ensuite aussi introduite dans l'article 87 §3 du Code de droit international privé belge¹²⁹. L'article qui est de nature généraliste¹³⁰ énonce que : « [...] la constitution de droits réels sur une créance ainsi que les effets de la cession d'une créance sur de tels droits sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel la partie qui a constitué ces droits ou a cédé la créance avait sa résidence habituelle au moment de la constitution ou de la cession [...] ». Même si le texte de l'article 87 §3 CDIP ne le dit pas clairement, le gouvernement belge a voulu régler, avec cet article, la question de la loi applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance¹³¹. En plus, « la disposition vise à soumettre à une loi unique l'ensemble des aspects de droit réel liés à la cession d'une créance ou à l'utilisation d'une créance comme sûreté »¹³², ce qui réalise une distinction nette entre la facette contractuelle et la facette réelle de la cession. On considère que ce point de rattachement est un critère objectif et facilement contrôlable¹³³.

6. Important est de savoir ce que tant la Convention de CNUDCI que la CDIP entendent par « résidence du cédant ». L'article 5.h de la Convention renvoie à l'Etat dans lequel le cédant a son établissement. L'idée d'établissement est remplie de manière factuelle, c'est là où le cédant a son

CNUDCI a travaillé étroitement avec les experts de La Conférence de La Haye de droit international privé. Ces experts ont publié une note en mars 2000 : Bureau permanent, *Note sur la loi applicable à la cession de créance*, 1-6, à trouver sur : http://hcch.e-vision.nl/upload/wop/gen_pd3e.pdf (Consulté le 7 mars 2007).

¹²⁷ L'article 5.m de la Convention y comprend aussi toute « [...] personne qui, de par l'effet de la loi, se prévaut d'un droit sur la créance cédée en raison de son droit sur un autre bien du cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession au cessionnaire n'est pas une cession internationale ». On peut alors penser au vendeur qui possède un droit de rétention qui était étendu par la loi à la créance née de la vente de propriété (SPIROS V. BAZINAS, "UNCITRAL's Contribution to the Unification of Receivables Financing Law: the United Convention on the Assignment of Receivables in International Trade", *Unif. L. Rev.* 2002, n° 1, 62).

¹²⁸ L'administrateur d'insolvabilité est défini dans l'article 5.e de la Convention comme « une personne ou un organisme, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation des actifs ou des activités du cédant ».

¹²⁹ Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.* 27 juillet 2004 (Ci-après : « CDIP »). Pour un commentaire de cet article, voy. C. CLIJMANS, "Artikel 87 – Recht toepasselijk op zakelijke rechten", dans J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (eds.), *Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen-Oxford/Bruxelles, Intersentia/Bruylant, 2006, 448-454; P. WAUTELET, "Le nouveau droit international privé belge", *Bank. Fin. R.* 2005, n° 2, 123-126; J. DECOKER et T. KRUGER, "Het nieuwe IPR : overeenkomsten, onrechtmatige daad, vennootschappen", in : H. VAN HOUTTE (ed.), *Themis 28: Internationaal Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, 67.

¹³⁰ L'article 87 §3 vise tous les créanciers, sans distinction. P. WAUTELET, *o.c.*, 124.

¹³¹ On fait ici abstraction d'une éventuelle discussion sur la rédaction de cet article. En fait, l'article, en statuant qu'il s'applique aux effets de la cession d'une créance « sur de tels droits », peut faire croire que seulement la cession d'une créance grevée de droits réels est visée. On croit néanmoins que l'article a un champ d'application général et s'applique à tout type de cession. (P. WAUTELET, *o.c.*, 125; B. DOCQUIR, V. DE FRANQUEN, e.a., "Le droit international privé économique. Exposé général du nouveau droit positif belge", *TBBR* 2005, n° 10, 583-585); Pour la position contraire voy. W. DERIJCKE, "Le nouveau droit international privé belge : biens et trust", *J.T.* 2005, 193, point 174.

¹³² Proposition de loi portant le Code de droit international privé, Amendement 70, *Doc. Parl.* Sénat 2003-2004, n° 3-27/6, 3 - 4.

¹³³ Proposition de loi portant le Code de droit international privé, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Nyssens en M. Willems, *Doc. Parl.* Sénat 2003-2004, n° 3-27/7, 348.



« établissement pertinent » et ceci « est celui où s'exerce son administration centrale »¹³⁴. La même solution factuelle est suivie dans le CDIP. L'article 4 §2 CDIP détermine la résidence habituelle d'une personne physique comme « 1° le lieu où [elle] s'est établie à titre principal, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir; pour déterminer ce lieu, il est tenu compte, en particulier, de circonstances de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables avec ce lieu ou la volonté de nouer de tels liens » et d'une personne morale comme « 2° le lieu où [elle] a son établissement principal ». Ce dernier se détermine selon l'article 4 §3 « en tenant compte, en particulier, du centre de direction, ainsi que du centre des affaires ou des activités et, subsidiairement, du siège statutaire »¹³⁵.

7. Quels sont maintenant les avantages et désavantages liés à l'application de la loi de la résidence du cédant ?

B. Avantages : sécurité juridique, facilité de déterminer le rang des tiers, facilité de céder des créances futures ou un portefeuille de créances et lié à la lex concursus

8. En choisissant la loi de la résidence du cédant, la législation belge et les membres de CNUDCI ont retenu une loi liée à la seule personne connue par toutes les parties et tous les tiers concernés dans la cession¹³⁶. En réalité, en utilisant ce rattachement, tous les tiers peuvent aisément prévoir la loi applicable à l'opposabilité du transfert¹³⁷.

9. En plus, en appliquant la loi déterminée par ce point de rattachement, les éventuels conflits de rang entre les différents tiers sont résolus en uniformité, puisqu'ils seront tous soumis à la même loi¹³⁸. Ces problèmes de rang peuvent non seulement se produire entre les différents cessionnaires compétitifs, mais aussi entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité du cédant. L'importance d'une telle solution uniforme est qu'on élimine l'application des différents droits matériels, chacun avec son propre système pour déterminer la hiérarchie entre cessionnaires. Certains droits matériels exigent une condition de forme (comme la notification au débiteur, l'acceptation du débiteur ou un enregistrement public de la cession) pour déterminer le premier cessionnaire, pour d'autres le simple consensus entre cédant et cessionnaire suffit¹³⁹.

10. On peut aussi invoquer que l'application de la loi de la résidence du cédant ne pose pas de difficultés particulières en cas d'une cession de créances futures ou d'une cession d'un « pool » de

¹³⁴ C. WALSH, *o.c.*, 175-176; Si la personne n'a pas d'établissement, la Convention renvoie à sa résidence habituelle sans qu'elle donne plus d'explication.

¹³⁵ Voy. le commentaire fait sur cet article par J. ERAUW, "Artikel 4 – Woonplaats en gewone verblijfplaats", dans J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (eds.), *Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen-Oxford/Bruxelles, Intersentia/Bruylant, 2006, 19-25.

¹³⁶ Bureau permanent de La Haye, *o.c.*, 5; G. AFFAKI, "L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque", *Banque&Droit* 2003, n° 90, 7; J. STOUFFLET, "L'apport au droit français de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international", *Banque&Droit* 2003, n° 90, 39; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, 813.

¹³⁷ V. SAGAERT, "De zakenrechtelijke werking van de cessie: de nieuwe IPR-regeling na de wet van 2 augustus 2002", *T.P.R.* 2003, 596-597; D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, Paris, L.G.D.J., 1997, 189.

¹³⁸ K. CHRISTIAENS et I. PEETERS, "Cessie tot zekerheid in een grensoverschrijdende context, bedenkingen bij het arrest van de Hoge Raad (Ned.) van 16 mei 1997", *A.J.T.* 1998-1999, 282.

¹³⁹ C. WALSH, *o.c.*, 167; L'annexe de la Convention CNUDCI donne préférence au méthode d'enregistrement (Les articles 1 et 2, à trouver sur : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/payments/receivables/ctc-assignment-convention-f.pdf> (Consulté le 28 juillet 2006).



créances. Par cession de créance future on entend toute cession de créance pas encore existante. Le débiteur de la créance n'est par exemple pas encore identifié¹⁴⁰. Une cession d'un portefeuille de créances inclut la cession d'un faisceau de différentes créances détenues par le cédant contre ces différents débiteurs, même si ceux-ci résident dans des différents pays. Dans les deux cas, par l'application de la loi de la résidence du cédant, il y a seulement une loi qui a vocation à régler l'opposabilité de l'ensemble des créances aux tiers autres que le débiteur cédé¹⁴¹. Cette loi est aussi complètement prévisible au moment de la cession, ce qui diminue la recherche que le cessionnaire doit ultérieurement effectuer¹⁴².

11. Finalement, cette loi offre également comme avantage qu'elle correspond dans la plupart des cas en Europe à la loi du for si une procédure d'insolvabilité est ouverte contre le cédant^{143 144}.

C. Désavantages : cessions successives, conflit mobile et pluralité de lois

12. La loi de la résidence du cédant comme facteur de rattachement possède néanmoins aussi quelques inconvénients.

13. D'abord en cas de cessions successives – la situation où le cessionnaire cède à son tour la créance reçue et devient par ce fait aussi cédant de la même créance –, il est possible que l'opposabilité de la même créance soit soumise à une pluralité de lois si les cédants successifs résident dans des Etats distincts¹⁴⁵.

14. Ensuite, des problèmes peuvent résulter d'une situation de *conflit mobile*, c'est-à-dire, si le cédant change de résidence après avoir transféré la créance et qu'il la cède à ce moment-là une deuxième fois à un cessionnaire différent. La question de l'opposabilité sera alors soumise à deux lois distinctes. Ce désagrément peut cependant être facilement résolu en prévoyant que c'est la résidence au moment de la constitution de la cession qui vaut, après quoi, le cédant n'aura plus le droit de céder la créance une

¹⁴⁰ C. WALSH, *o.c.*, 174; G. AFFAKI, *o.c.*, 7.

¹⁴¹ U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, *Joint response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law applicable the Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation*, 39, à trouver sur:

http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/university_hamburg_en.pdf (Consulté le 7 mars 2007); P. WAUTELET, *o.c.*, 126.

¹⁴² C. WALSH, *o.c.*, 174; SPIROS V. BAZINAS, *o.c.*, 61.

¹⁴³ On atteint cette constatation après l'examen du Règlement 1346/2000/CE du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.* 30/6/2000, L 160, 1-18 ; L'article 3 du Règlement prévoit que le juge du lieu où se trouve « [...] le centre des intérêts principaux du débiteur [...] » est compétent pour ouvrir la procédure principale d'insolvabilité. De plus, l'article 4 prévoit que « la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'Etat membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte [...] ». Qui plus est, le considérant 13 du Règlement stipule que « le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers. »; G. AFFAKI, *o.c.*, 7; J. STOUFFLET, *o.c.*, 39; SPIROS V. BAZINAS, *o.c.*, 61; P. WAUTELET, *o.c.*, 126; Bureau permanent de La Haye, *o.c.*, 5; CNUDCI, *Note explicative relative à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international*, 41, à trouver sur: <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/payments/receivables/ctc-assignment-convention-f.pdf> (Consulté le 25 juillet 2006).

¹⁴⁴ Un dernier avantage réalisé en adoptant la loi du lieu de la résidence du cédant est que si la Convention de CNUDCI entre en vigueur, il n'y a aucune difficulté d'hierarchie entre cet instrument et le futur Règlement Rome I, les deux prévoient alors la même loi.

¹⁴⁵ P. WAUTELET, *o.c.*, 126; G. AFFAKI, *o.c.*, 7; D. PARDOEL propose dans ce cas une correction de la règle de conflit de lois par une règle matérielle (D. PARDOEL, *o.c.*, 190).



deuxième fois¹⁴⁶. Cette solution est insérée dans l'article 87 §3 du CDIP et aussi retenue par la Proposition de Règlement Rome I. L'article 13.3 de la Proposition fixe la résidence du cédant « *au moment de la cession* ».

15. Un autre désavantage peut se produire si la loi de la résidence du cédant pose des conditions très strictes à la cession ou ne connaît pas certaines sûretés que les parties veulent mettre¹⁴⁷. A ce moment, le cédant peut se trouver dans une situation désavantageuse comparée aux autres cédants résidés dans des pays avec une loi plus souple.

16. Finalement, on peut soulever une dualité dans les lois applicables à la cession. D'une part, on doit tenir compte des aspects contractuels de la cession, pour lesquels actuellement l'article 12 de la Convention de Rome prévoit la loi applicable ; et d'autre part, des aspects réels, comme l'opposabilité, qui sont déterminés par une troisième loi distincte : la loi de la résidence du cédant. On doit donc concilier ces différentes règles de rattachement¹⁴⁸.

II. La loi du domicile du débiteur cédé

A. La situation retenue en droit français et en droit belge classique

17. La *lex domicilii debitoris* est la deuxième possibilité qu'on peut analyser et elle se situe, tout comme la loi de la résidence du cédant, en dehors de la Convention de Rome. On considère en conséquence que ce facteur de rattachement respecte la distinction faite entre les aspects contractuels et réels de la cession et laisse intacte l'application restrictive de la Convention de Rome aux obligations contractuelles¹⁴⁹. Cette thèse est l'adaptation de la *lex rei sitae*, aux créances. Cette *lex rei sitae* détermine normalement le statut réel d'un bien mobilier. En général on peut considérer que le *situs* d'un bien et également d'une créance, se trouve auprès du domicile du débiteur¹⁵⁰.

¹⁴⁶ V. SAGAERT, *o.c.*, 599; E.-M. KIENINGER, "Brussels I, Rome I and questions relating to assignment and subrogation", dans J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS SENDER et G. STRAETMANS (ed.), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 382-383.

¹⁴⁷ Comme le 'floating charge', connu en droit anglais, mais pas en droit belge. F. DAHON, "La floating charge: reconnaissance en France d'une sûreté anglaise", *J.D.I.* 1996, 381; L'article 87 §3 CDIP donne la possibilité d'instaurer une sûreté pas connue en droit belge, selon un droit étranger. P. WAUTELET, "Overdracht en in pandgeving van schuldvorderingen in het IPR-Wetboek", *T.B.H.* 2005, nr. 6, 638.

¹⁴⁸ E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 384; D. PARDOEL, *o.c.*, 190; U. MAGNUS et P. MANKOWSKI, *o.c.*, 39.

¹⁴⁹ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, "The Property Aspects of an International Assignment and Article 12 Rome Convention", *N.I.L.R.* 1998, 136.

¹⁵⁰ V. SAGAERT, *o.c.*, 588; P. VAN OMMESLAGHE, "Le nouveau régime de la cession et de la dation en gage des créances", *J.T.* 1995, 540; G. VAN HAEGENBORGH, "Grensoverschrijdende aspecten : cession in het internationaal privaatrecht", dans E. DIRIX, I. PEETERS, G. VAN HAEGENBORGH et A. VERBEKE, *Overdracht en in pandgeving van schuldvorderingen*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 174; Critiqué par G. AFFAKI, *o.c.*, 5. Cet auteur estime que « le lieu de situation d'un immeuble ou d'un meuble corporel est un fait matériel dont l'apparence est incontestable. Il contraste ainsi avec « la fiction inacceptable » qui résulterait de la transposition de la notion de lieu de situation aux créances ».



18. Cette alternative est suivie par la plupart de la doctrine française¹⁵¹ et soutenue par sa jurisprudence¹⁵². Elle était aussi considérée en Belgique avant le CDIP et la loi belge de 2002¹⁵³. La préférence française est expliquée par les auteurs en référant à la condition de forme qui est requise dans l'article 1690 du Code Civil français pour les cessions classiques¹⁵⁴. Selon cet article, la cession de créance est seulement opposable après une signification formelle de la cession faite par le cessionnaire au débiteur cédé ou après l'acceptation de la cession par le débiteur dans un acte authentique. Pour certains, cette condition peut même être traitée comme une loi de police¹⁵⁵. En liant l'exigence de forme à la loi applicable (la loi du domicile du débiteur cédé), on estime que les droits des tiers autres que le débiteur cédé sont bien mieux assurés qu'avec les autres points de rattachement.

19. La création de la loi Dailly du 2 janvier 1981, qui a été insérée en 2000 dans le Code monétaire et financier français, n'a pas changé la préférence française pour la *lex domicilii debitoris*. Cette loi matérielle créée pour les besoins du commerce international, a facilité les conditions de forme exigées dans l'article 1690 Code Civil pour les cessions de créances professionnelles. L'article L313-27, alinéa 1 du Code monétaire et financier¹⁵⁶ prévoit que la cession « [...] devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise [...] » et ceci indifférent de « la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs »¹⁵⁷.

B. Avantages : fonction de centralisation, sécurité juridique, détermination du rang et cessions successives

20. Le bénéfice sur le plan international résultant de l'application de la loi du domicile du débiteur cédé est que cette loi peut être déterminée assez facilement par les tiers. Le domicile du débiteur cédé constitue aussi le lieu où les éventuelles formalités de publicité pour rendre la cession opposable (l'article 1690 C.C. français et loi Dailly) doivent être accomplies¹⁵⁸. Les tiers peuvent en conséquence

¹⁵¹ Entre autre : M. VASSEUR, note sous la Cour d'Appel de Paris du 26 mars 1986, *Rec. Dalloz* 1986, 376-380; P. LAGARDE, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. Crit. DIP* 1991, 336; B. AUDIT, *Droit international privé*, Paris, Economica, 2000, 649; A. SINAY-CYTERMANN, "Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance", *Rev. Crit. DIP* 1992, 40; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit International Privé*, Paris Cedex, Dalloz, 2004, 566; Voy. E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, Paris, L.G.D.J., 2001, 128-129.

¹⁵² Par exemple : Cour d'Appel de Paris, 26 mars 1986, *Rec. Dalloz* 1986, 374-376; Par contre, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, note sous la Cour d'Appel de Paris du 26 mars 1986, *Rev. Crit. DIP* 1987, 358-369. L'auteur estime qu'on ne peut rien conclure de cet arrêt parce que « c'est impossible d'affirmer que les juges de la Cour d'appel de Paris ont expressément tranché le problème de la loi applicable à la publicité d'une cession de créance en faveur de la loi du domicile du débiteur cédé [...] ». Contra : M. VASSEUR, *o.c.*, 379-380 et A. SINAY-CYTERMANN, *o.c.*, 45-46; Paris, 27 septembre 1984, *Clunet* 1985, 664.

¹⁵³ Voy., Antwerpen (beslagrechter), 15 janvier 1991, *R.W.* 1991-1992, n° 2, 55-56; G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1986, 298.

¹⁵⁴ E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 376-377; V. SAGAERT, *o.c.*, 589; E. CASHIN-RITAINE, *o.c.*, 129.

¹⁵⁵ N. WATTÉ, "Questions de droit international privé des sûretés", dans M. GREGOIRE, *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1992, 341; Paris du 27 septembre 1984, *Rec. Dalloz* 1985, 178; Voy. E. CASHIN-RITAINE, *o.c.*, 130, note 189.

¹⁵⁶ Modifié par la Loi n°2003-706 du 1 août 2003 art. 67, *JORF* 2 août 2003.

¹⁵⁷ A. SINAY-CYTERMANN, *o.c.*, 49-57.

¹⁵⁸ N. WATTÉ, *o.c.*, 340.



savoir plus simplement si la cession leur est opposable¹⁵⁹. La *lex domicilii debitoris* exerce ainsi une fonction de centralisation et assure la sécurité juridique des tiers autres que le débiteur cédé¹⁶⁰.

21. Qui plus est, la loi du domicile du débiteur permet de déterminer sans difficulté le rang des cessionnaires concurrents étant donné que l'opposabilité de tous les cessionnaires sera soumise à la même loi. En plus, les problèmes éventuels nés de cessions successives peuvent aussi être résolus selon une seule loi. Le débiteur cédé reste le même, cession après cession.

C. Désavantages : dans tous les domaines

22. La deuxième alternative pose beaucoup plus de problèmes que la loi de la résidence du cédant. On peut même contester les avantages de cette loi. Normalement les tiers, comme les créanciers du cédant, n'ont aucune connaissance du domicile du débiteur cédé, ils ne connaissent que le domicile de leur propre débiteur, c'est-à-dire le cédant dans la cession¹⁶¹. Le domicile du débiteur cédé est en outre aussi exposé à des changements possibles, ce qui pose un véritable *conflit mobile*¹⁶².

Ce désavantage réfute l'explication donnée par la doctrine française. On peut considérer que la signification au débiteur faite selon l'article 1690 Code Civil français n'est qu'une simple information au débiteur, ce qui n'est pas une véritable publicité aux autres tiers¹⁶³. En plus, il est difficile de comprendre l'article 1690 Code Civil comme loi de police, dès qu'il n'est pas essentiel pour l'ordre morale, politique, économique ou social français¹⁶⁴.

23. Il n'est aussi presque pas possible de céder des créances futures ou de les transférer en portefeuille¹⁶⁵. En effet, s'agissant des créances futures, il est impossible de déterminer le domicile du débiteur au moment de cession, celui-ci peut être inconnu ou peut encore déménager. S'agissant d'une cession de portefeuille, les points de rattachement sont multipliés dans une telle situation. Chaque créance, avec débiteur différent, sera soumise à une autre loi régissant la question de l'opposabilité, ce qui est néfaste pour le cessionnaire du portefeuille qui sera obligé de remplir toutes les conditions de forme prescrites dans les différentes lois applicables¹⁶⁶.

24. Finalement, en traitant l'opposabilité de la cession au débiteur cédé et l'opposabilité aux tiers de manière différente, on engendre une dualité de lois applicables puisque, d'une part, on invoque la loi de la créance cédée et de l'autre la loi du domicile du débiteur¹⁶⁷.

¹⁵⁹ M. LOOYENS, "Cessie en subrogatie in het internationaal privaatrecht", *T.B.H.* 2004, 696; N. WATTE, *o.c.*, 340; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *o.c.*, 566; L'unité de droit international privé de l'Université Libre de Bruxelles et le département de droit international privé de l'Université de Liège, *Observations sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation*, 58, à trouver sur :

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/universite_libre_bruxelles_fr.pdf (Consulté le 28 juillet 2006).

¹⁶⁰ A. SINAY-CYTERMANN, *o.c.*, 40.

¹⁶¹ E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 383.

¹⁶² C. WALSH, *o.c.*, 173.

¹⁶³ V. SAGAERT, *o.c.*, 590; Contra : A. SINAY-CYTERMANN, *o.c.*, 43.

¹⁶⁴ E. CASHIN-RITAINE, *o.c.*, 130.

¹⁶⁵ W. VAN LEMBERGEN, *o.c.*, 148; V. SAGAERT, *o.c.*, 591.

¹⁶⁶ G. AFFAKI, *o.c.*, 6.

¹⁶⁷ A. SINAY-CYTERMANN, *o.c.*, 42 et 54.



III. La loi applicable au contrat de cession

A. La situation retenue par la jurisprudence hollandaise et par l'ancien article 145 de la loi belge du 2 août 2002

25. Le troisième facteur de rattachement proposé étend l'article 12 alinéa 1^{er} de la Convention de Rome à la question de l'opposabilité *erga omnes*. Cet article, qui détermine uniquement la loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire, prévoit que : « *les obligations [...] d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la présente convention, s'applique au contrat qui les lie* ». En l'appliquant, tous les aspects – contractuels et réels – de la cession, sauf la relation entre le cessionnaire et le débiteur cédé, sont ainsi réglés par cet article 12 alinéa 1^{er}. Même s'il faut normalement distinguer la relation entre le cédant et le cessionnaire de l'opposabilité de cette relation aux tiers¹⁶⁸, il n'y a plus lieu de déterminer deux lois distinctes¹⁶⁹. En conséquence, en adoptant la *lex contractus*, on considère que l'aspect contractuel prévaut sur l'aspect réel. Cette loi, applicable au contrat de cession, est établie par les articles 3 et 4 de la Convention de Rome. L'article 3 s'applique si le cédant et le cessionnaire ont exprimé la volonté de soumettre leur contrat à une loi spécifique ; l'article 4 si les parties n'ont pas fait ce choix exprès¹⁷⁰.

26. L'application de la *lex contractus* est retenue comme la solution préférentielle aux Pays-Bas depuis l'arrêt *Brandsma q.q. curator faillissement Bechem Chemie BV v. Hansa Chemie AG* de 1997¹⁷¹. Les faits qui sont à l'origine de l'affaire sont les suivants : Hansa (société allemande) a vendu en 1994 des produits chimiques à Bechem (société néerlandaise) avec une clause générale de réserve de propriété dans le contrat. Cette clause stipule que Bechem cède les créances futures qu'elle détiendra contre ses acheteurs de ces produits chimiques à Hansa. Dans le contrat de vente, les parties ont choisi la loi allemande comme loi applicable. Après que Senzora (société néerlandaise) avait acheté les produits de Bechem, mais avant que le prix de la vente puisse être réglé, une procédure de faillite a été ouverte contre cette dernière. Le curateur, monsieur Brandsma, croit que la cession ne lui est pas opposable et se base sur le droit néerlandais comme loi de la créance cédée.

27. Le tribunal de première instance de Zutphen a déclaré le 18 juillet 1996 que la cession est valable et donc opposable au curateur et ceci selon la loi allemande¹⁷². Le tribunal arrive à cette conclusion en appliquant l'article 12.1 de la Convention de Rome tant aux effets contractuels qu'aux effets réels de la cession. Le juge a cherché la réponse à la question d'opposabilité à l'intérieur de la Convention de Rome pour améliorer l'uniformité et la maniabilité pratique¹⁷³.

28. En cassation¹⁷⁴, la *Hoge Raad* a suivi l'avocat général Strikwerda et le tribunal de première instance et a appliqué la *lex contractus* comme facteur de rattachement aux effets réels de la cession.

¹⁶⁸ W. VAN LEMBERGEN, *o.c.*, 147-148; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 529-530.

¹⁶⁹ Hoge Raad du 16 mai 1997, *N.J.* 1998, n° 585, 3316-3328, points 3.4.3 - 3.4.5 et 3.5.

¹⁷⁰ Dans la Proposition de Règlement Rome I, le texte de l'article 3 et 4 est modifié, mais on garde le même esprit.

¹⁷¹ Hoge Raad, 16 mai 1997, *N.J.* 1998, n° 585, 3316-3328; *A.J.T.* 1998-1999, 295-297; *N.I.L.R.* 1998, 129-132; Suivi dans la jurisprudence hollandaise par Hof Amsterdam, 26 novembre 1998, *NIPR* 2000, n° 3, 319-320; Pour un commentaire de l'arrêt, voy. ThMdB, note, *N.J.* 1998, n° 585, 3328-3331; K. CHRISTIAENS et I. PEETERS, *o.c.*, 277-285; P. VLAS, "Goederenrechtelijke aspecten van cessie in het IPR", *Ars Aequi (Ned.)* 1998, 213-220; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *o.c.*, 132-137; E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 374.

¹⁷² La loi allemande prévoit aucune condition de forme pour qu'une cession puisse être opposable. La seule volonté du cédant et cessionnaire suffit.

¹⁷³ Le tribunal s'est basé sur l'article 18 de la Convention de Rome.

¹⁷⁴ Les parties sont convenues d'aller directement en cassation et de passer l'appel.



Elle fonde l'extension de l'article 12 alinéa 1^{er} sur, d'une part la conviction que la Convention de Rome et son rapport explicatif ne s'opposent pas à une pareille interprétation¹⁷⁵, d'autre part le fait que l'énumération dans l'article 12.2 de la Convention de Rome est limitative¹⁷⁶. En plus, elle estime que l'alinéa 1^{er} deviendrait superflu s'il n'avait pas vocation à régler les questions d'opposabilité de la cession, puisqu'à ce moment-là, la loi contractuelle peut être déterminée en utilisant uniquement les articles 3 et 4 de la Convention de Rome¹⁷⁷. Comme le tribunal de Zutphen, la Cour Suprême a voulu donner une interprétation uniforme et maniable dans la pratique à l'article 12.

29. Aux Pays-Bas, on considère que ce facteur de rattachement ne pose pas des difficultés particulières dans la pratique¹⁷⁸.

30. Cette option avait aussi été retenue dans l'ancien article 145 de la loi belge du 2 août 2002¹⁷⁹ qui est maintenant abrogée par le Code de droit international privé¹⁸⁰. Cette disposition énonce que : « *l'opposabilité du contrat de cession de créance à l'égard des tiers autres que le débiteur cédé est déterminée conformément au droit applicable au contrat de cession* ». Il faut mentionner que cet article est inséré dans une loi qui ne règle que les problèmes relatifs à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et qui n'a, en conséquence, pas d'intérêt pour les autres transactions¹⁸¹. Néanmoins, on peut l'inclure dans l'examen de la loi applicable à l'opposabilité de la cession de créances aux tiers autres que le débiteur cédé.

31. Quels sont maintenant les avantages et désavantages au niveau international de l'application de la loi du contrat de cession ?

B. Avantages : sécurité juridique, uniformité, prévisibilité et libre choix

32. On argumente que l'application de la *lex contractus* offre comme avantage une sécurité juridique et une efficacité au trafic international. Cette option peut prévoir une solution transparente pour toutes les parties et tous les tiers – plutôt les créanciers du cédant – qui savent ainsi, immédiatement, quelle loi sera applicable à leurs droits et quelles formes devront être remplies pour rendre la cession opposable¹⁸².

¹⁷⁵ Points 3.4.2 à 3.4.6 de l'arrêt.

¹⁷⁶ Point 3.5 de l'arrêt.

¹⁷⁷ Point 3.4.1 de l'arrêt ; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *o.c.*, 132 et 135.

¹⁷⁸ Réponse du gouvernement des Pays-Bas, à trouver sur : http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/netherlands_nl.pdf, 9 (Consulté le 7 mars 2007).

¹⁷⁹ Loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, *M.B.* 4 septembre 2002, 39121; L'article 145 était en vigueur jusqu'au 1 octobre 2004; Dans les travaux préparatoires de la Chambre, on fait expressément référence à l'article 12 alinéa 1 de la Convention de Rome : *Doc. Parl.* Chambre, 2001-2002, n° 1842/001, 126; Voy. Courtrai, 31 octobre 2000, *R.W.* 2004-05, n° 40, 1593; F. RIGAUX et M. FALLON, *o.c.*, 814.

¹⁸⁰ Article 139, 11° du CDIP.

¹⁸¹ E.-M. KIENINGER estime que cette solution « [...] has been lobbied by Belgian banks who wanted to transfer the solution found by the Dutch Hoge Raad to Belgian Law » (E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 372-373). Il y a néanmoins deux différences entre l'arrêt néerlandais et la loi belge, cette dernière vise tous les tiers, non seulement les tiers créanciers du cédant insolvable, et en plus elle ne fait pas de référence explicite dans son texte à la Convention de Rome; V. SAGAERT, *o.c.*, 576.

¹⁸² P. VLAS, *o.c.*, 216-220; W. VAN LEMBERGEN, *o.c.*, 149-150; E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 378.



33. La loi du contrat de cession énonce de ce fait une règle générale qui peut régir toute situation survenue dans le cadre d'une cession de créance¹⁸³. Il n'y a plus lieu de déterminer deux lois distinctes : l'une entre le cédant et le cessionnaire et l'autre entre les parties et les tiers, ce qui améliore la simplicité et la maniabilité pratique de la cession¹⁸⁴.

34. La prévisibilité invite aussi à céder des créances futures et des portefeuilles de créances¹⁸⁵. En ce qui concerne les créances futures, le cédant et le cessionnaire peuvent déterminer préalablement la loi qui régira la cession. Comme il s'agit d'une cession de « pool » de créances, l'uniformité est accomplie vu que chaque cession sera ou peut être soumise à la même loi que les autres¹⁸⁶.

35. La loi du contrat de cession réalise en plus l'avantage que les parties au contrat peuvent librement choisir la loi qui leur convient le mieux et qu'elles peuvent ainsi tenir compte de l'opposabilité de la cession envers les tiers. En outre, en se basant sur l'arrêt de la Cour Suprême hollandaise, on peut même argumenter que les parties peuvent faire un choix du droit applicable uniquement aux effets réels de la cession¹⁸⁷. Cette liberté ou autonomie de la volonté est considérée comme la pierre d'angle de la Convention de Rome.

36. Enfin, on pose qu'un des bénéfices de cette solution est qu'elle reste à l'intérieur de la Convention de Rome¹⁸⁸. La distinction entre l'aspect réel et l'aspect contractuel de la cession devient en conséquence surabondante.

C. Désavantages : possibilité de choisir une loi néfaste, incertitude en cas de conflit de rang et de cessions successives

37. L'application de la *lex contractus* pose néanmoins certaines difficultés pour les tiers autres que le débiteur cédé.

38. D'abord, en appliquant la *lex contractus*, il est impossible de résoudre les problèmes de rang entre les différents tiers-cessionnaires¹⁸⁹. Cette situation peut se présenter si le cédant cède la même créance plusieurs fois à des personnes différentes et détermine à chaque fois une loi distincte. Les différents cessionnaires se trouvent ainsi dans une position incertaine, puisque chaque loi peut conduire à un autre moment de réalisation de la cession. En conséquence, au lieu de favoriser la cession internationale des créances, ce problème constitue un obstacle à un tel transfert. Aucun des cessionnaires ne peut être complètement certain de vraiment avoir reçu la créance¹⁹⁰.

39. De plus, la loi du contrat de cession peut poser des problèmes en cas de cessions successives de créances, si le nouveau cédant et cessionnaire choisissent une autre loi applicable que celle retenue dans la première cession ou ne font aucun choix. A ce moment-là, l'opposabilité de la même créance aux tiers peut être soumise à une pluralité de lois applicables.

¹⁸³ R. PLENDER, *The European Contracts Convention, The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, London, Sweet&Maxwell, 2001, 225.

¹⁸⁴ P. VLAS, *o.c.*, 219; V. SAGAERT, *o.c.*, 579; L'unité de droit international privé de l'Université Libre de Bruxelles et le département de droit international privé de l'Université de Liège, *o.c.*, 59.

¹⁸⁵ E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 378.

¹⁸⁶ V. SAGAERT, *o.c.*, 579.

¹⁸⁷ P. VLAS, *o.c.*, 220; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *o.c.*, 134 -135; C. WALSH, *o.c.*, 172.

¹⁸⁸ Position retenue par la Cour Suprême des Pays-Bas dans son arrêt du 16 mai 1997, *o.c.*, point 3.5.

¹⁸⁹ V. SAGAERT, *o.c.*, 580-581.

¹⁹⁰ E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 380; G. VAN HAEGENBORGH, *o.c.*, 183.



40. Ensuite, à cause de l'autonomie de la volonté, le cédant et le cessionnaire peuvent choisir une loi qui sera néfaste pour les parties tierces, surtout pour les créanciers du cédant. Les parties peuvent, par exemple, détourner la loi normalement applicable qui prévoit certaines dispositions impératives, en choisissant une loi qui ne protège plus les tiers. L'arrêt de la *Hoge Raad* est un bel exemple de cet inconvénient. La Cour Suprême hollandaise a appliqué la loi allemande, la loi du contrat de transfert, aux créanciers hollandais d'une créance hollandaise détenue par le cédant contre le débiteur cédé hollandais. Cette loi allemande ne prévoit aucune condition pour rendre la cession opposable ; contrairement à la loi néerlandaise, ce qui n'offre aucune protection aux tiers¹⁹¹.

41. Finalement, le cédant et le cessionnaire peuvent également cacher le fait qu'ils ont choisi une loi spécifique, ce qui met les tiers devant un fait accompli en cas de faillite du cédant¹⁹².

IV. La loi applicable à la créance cédée

A. La situation retenue par l'avant-projet de la Convention de Rome et par la jurisprudence allemande

42. La dernière possibilité à examiner, est la *lex causae* qui trouve son origine dans l'article 12 alinéa 2 de la Convention de Rome. On insère donc à nouveau dans le champ de cet instrument la totalité des aspects contractuels et réels de la cession internationale de créance. L'article 12 alinéa 2 prévoit que : « la loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur ». Cette *lex causae* est aussi déterminée selon les articles 3 et 4 de la Convention.

43. La loi de la créance cédée avait été retenue en premier lieu comme facteur de rattachement dans l'avant-projet de la Convention de Rome¹⁹³. Ce projet, rédigé en 1972, édicte dans son article 16 alinéa 2 que : « la loi qui régit la créance originaire détermine le caractère transférable de celle-ci, ainsi que les rapports entre cessionnaire et débiteur et les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et aux tiers ». Cette solution n'est finalement pas reprise dans la Convention de Rome, ce qui a donné lieu à un vif débat. Selon certains auteurs¹⁹⁴, le silence de la Convention n'est qu'un simple oubli, mais pour d'autres¹⁹⁵, c'est une exclusion intégrale de la facette réelle de son champ d'application. Ils estiment que seul le droit commun a vocation à régler la question de l'opposabilité de la cession de créances aux parties tierces.

¹⁹¹ V. SAGAERT, *o.c.*, 581-584; G. AFFAKI, *o.c.*, 6; E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 379; C. WALSH, *o.c.*, 172.

¹⁹² W. VAN LERBERGEN, *o.c.*, 151; L'unité de droit international privé de l'Université Libre de Bruxelles et le département de droit international privé de l'Université de Liège, *o.c.*, 59.

¹⁹³ SEC (72) 4430, Rapport betreffende het voorontwerp van verdrag nopens de wetten die van toepassing zijn op verbintenissen uit overeenkomsten en op niet-contractuele verbintenissen, par M. GIULIANO, P. LAGARDE et TH. VAN SASSE VAN YSSELT, Bruxelles, 6 décembre 1972; à trouver dans le *J.D.I.* 1976, 653-657; J. FOYER, "L'avant-projet de la Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles", *J.D.I.* 1976, 639-640.

¹⁹⁴ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, 134; Position retenue par la Cour Suprême des Pays-Bas dans son arrêt du 16 mai 1997, *o.c.*, point 3.4.4.

¹⁹⁵ P. LAGARDE, *o.c.*, 335; A. SINAY-CYTERMANN, *o.c.*, 42-43; K. CHRISTIAENS et I. PEETERS, *o.c.*, 280; J. ERAUW, "Internationaal privaatrechtelijke vragen van schuldoverdracht", dans E. WYMEERSCH, *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, 135; G. VAN HAEGENBORGH, *o.c.*, 173.



44. Néanmoins, cette solution est aussi retenue dans la jurisprudence et doctrine allemande¹⁹⁶. Dans son arrêt du 8 décembre 1998, la *Bundesgerichtshof*¹⁹⁷ considère que toutes les questions relatives au transfert d'une créance sont régies par l'article 12 alinéa 2 de la Convention de Rome, transposé en droit allemand interne dans l'article 33 alinéa 2 BGBEG. En espèce, une banque autrichienne a accordé crédit à une société allemande qui fait du commerce en thé. Dans ce contrat de juillet 1993, elle a exigé comme sûreté une cession de toutes créances futures détenues par le commerçant contre ses acheteurs non-allemands. Le commerçant qui se trouve obligé de prendre un crédit en plus, conclut en mai 1994 avec une autre banque, cette fois-ci allemande, aussi un contrat de cession de créances futures.

En février 1994, la banque autrichienne exige la somme d'une créance auprès d'un client autrichien du commerçant. Ce client, au lieu de payer la banque autrichienne, verse une somme d'argent à la banque allemande quelques mois plus tard.

La banque autrichienne exige alors, en première instance de la banque allemande, le virement de la somme améliorée avec des intérêts (et aussi le virement de toute autre somme faussement virée) et l'inefficacité de la deuxième cession globale des créances futures, attendu que celle-ci est conclue après son propre contrat.

Le *Landgericht* (tribunal de première instance) rejette la demande, mais le *Oberlandesgericht* (Cour d'Appel) donne raison à la banque autrichienne. La *Bundesgerichtshof* à son tour décide que le problème de rang entre deux cessionnaires concurrents doit être résolu selon la loi de la créance cédée, en espèce, la loi allemande. Elle n'élabore pas plus son argumentation, dès lors qu'elle statue que la cession globale, en tant que sûreté, est contraire aux bonnes mœurs allemandes et en conséquence nulle.

45. Avec sa décision la Cour Suprême allemande fait néanmoins une distinction entre les facettes contractuelles de la cession, régies par l'article 12 alinéa 1^{er}, et les facettes réelles réglées par l'alinéa 2. Cette solution est aujourd'hui encore souscrite par la doctrine allemande¹⁹⁸.

46. Voyons désormais les bénéfices et inconvénients de cette *lex causae*.

¹⁹⁶ Voy. E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 375, note 47 pour une liste des références; G. VAN HAEGENBORGH, *o.c.*, 177-178; L'idée allemande est suivie par une minorité française comme D. PARDOEL, *o.c.*, 190, E. CASHIN-RITAINE, *o.c.*, 132 et implicitement par la Cour de Cassation française, 28 octobre 1986, *Dalloz* 1986, 592. La théorie est aussi accueillie en Angleterre par la Court of Appeal, *Raiffeisen Zentralbank Oesterreich AG v. Five Star Trading LLC*, *All England Law Reports* 2001, n° 3, 257 et elle est préférée par l'auteur hollandais L.F.A. STEFFENS, *o.c.*, 214.

¹⁹⁷ Bundesgerichtshof, 8 décembre 1998, *IPRax* 2000, n° 2, 128-129; A. STADLER, "Der Streit um das Zessionstatut - eine endlose Geschichte?", *IPRax* 2000, n° 2, 104-110; La BGH était la première Cour Suprême à prendre une décision sur la question de l'opposabilité de la cession de créances aux tiers autres que le débiteur cédé dans le cadre de la Convention de Rome. Cette décision date du 20 juin 1990 (*BGHZ*, n° 111, 376) et était donnée avant que l'article 12 de la Convention de Rome ne soit insérée dans l'article 33 BGBEG. En 1990 la BGH a décidé que la loi de la créance cédée doit être appliquée à la question posée. En plus, elle a déclaré dans un obiter dictum que la même solution doit être retenue après la transposition de l'article 12 en droit allemand interne. Par l'arrêt du 8 décembre 1998 la BGH a affirmé sa position et cette fois-ci dans le cadre de la Convention de Rome; E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 373; Pour une liste des décisions prises avant 1998, voy. L.F.A. STEFFENS, *o.c.*, 207.

¹⁹⁸ Voy. la réponse donnée par le « Deutscher Anwaltverein » au Livre Vert, 21. Ils proposent même une reformulation de l'article 12 alinéa 2. A trouver sur : http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/deutscher_anwaltverein_de.pdf (Consulté le 7 mars 2007).



B. Avantages : une seule loi applicable aux tiers, stabilité en cas de changement, solution pour les problèmes de rang et des cessions successives

47. En considérant que la loi de la créance cédée règle à la fois l'opposabilité au débiteur cédé et celle aux parties tierces, on favorise l'idée qu'une seule loi peut déterminer la totalité des relations avec les tiers¹⁹⁹. On argumente ainsi que l'aspect contractuel entre le débiteur cédé et le cédant est fortement lié aux aspects réels envers les tiers, ce qui implique qu'ils doivent tous être traités de la même façon²⁰⁰. Selon la Commission Européenne, cette solution « *assurera une certaine cohérence au traitement de l'opération de cession dans son ensemble* »²⁰¹. On avance que la cession serait seulement soumise à deux lois différentes, d'une part la *lex contractus* entre le cédant et cessionnaire et d'autre part, la *lex causae* envers les tiers²⁰².

48. Un autre avantage est réalisé dans le cas où le débiteur cédé et le cédant décident de modifier la loi applicable à leur convention. L'article 3 alinéa 2, 2^{ème} phrase de la Convention de Rome protège spécifiquement les droits des tiers dans cette situation²⁰³, en disant que « *toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, [...] ne porte pas atteinte aux droits des tiers* ». Qui plus est, dans la plupart des cas, la loi de la créance cédée ne fait pas l'objet des changements, ce qui évite tous les problèmes de *conflit mobile*²⁰⁴.

49. On indique aussi que la *lex causae* donne une réponse uniforme au problème de rang entre les tiers-cessionnaires. Si le cédant a transféré la créance à plusieurs personnes, tous les tiers seront de nouveau soumis à la même loi²⁰⁵.

50. Enfin, on peut remarquer que la loi de la créance cédée offre l'avantage de stabilité en cas de cessions successives. Si le cessionnaire cède à son tour la créance, la loi qui règle l'opposabilité aux tiers demeure la même²⁰⁶.

C. Désavantages : impossibilité de céder des créances futures ou d'un portefeuille de créances et incertitude juridique

51. L'application de la loi de la créance cédée pose des problèmes similaires au rattachement à la loi du domicile du débiteur cédé. En appliquant la *lex causae*, on risque de soumettre la cession des créances futures à une insécurité juridique, voire empêcher ce type de cession. Ceci suit du fait qu'au moment de la cession, le débiteur cédé n'est pas encore déterminé ou déterminable et par conséquent non plus la loi qui régira la créance détenue par le cédant contre son débiteur²⁰⁷.

¹⁹⁹ V. SAGAERT, *o.c.*, 592-5933; J. ERAUW, *o.c.*, 136-137; E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 375 et 381; L'unité de droit international privé de l'Université Libre de Bruxelles et le département de droit international privé de l'Université de Liège, *o.c.*, 58.

²⁰⁰ L. COLLINS (eds.), *Dacey and Morris, The Conflict of Laws*, vol. 2, London, Sweet&Maxwell, 2000, 983.

²⁰¹ Livre Vert, 44.

²⁰² P. VLAS, *o.c.*, 219.

²⁰³ E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 382.

²⁰⁴ L.F.A. STEFFENS, *o.c.*, 218 et 247-248.

²⁰⁵ Thèse de R. HAUSMANN et A. STADLER, élaborée par E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 380.

²⁰⁶ G. AFFAKI, *o.c.*, 5-6.

²⁰⁷ L.F.A. STEFFENS, *o.c.*, 236. L'auteur écrit avec les mots de A.-G. STRIKWERDA que cette situation ne pose pas des grands problèmes, parce que le cessionnaire ne peut rien faire avec la créance cédée aussi longtemps que le débiteur est inconnu; V. SAGAERT, *o.c.*, 575.



52. Ensuite, le même argument vaut pour la cession d'un portefeuille de créances, étant donné que le cessionnaire doit rechercher s'il a rempli toutes les conditions nécessaires exigées par chaque loi applicable pour rendre la cession opposable. Ceci puisque chaque créance sera subordonnée à une loi différente, choisie ou pas par les parties²⁰⁸. De plus, il sera impossible de déterminer le rang entre les différents tiers, si le cédant a transféré le portefeuille à plusieurs cessionnaires. Il peut survenir qu'une partie des créances soit directement opposable et qu'ainsi le premier cessionnaire soit le propriétaire légitime de celle-ci, mais que pour une autre partie, la loi demande l'accomplissement de certaines conditions et que le deuxième cessionnaire ait déjà rempli ces demandes²⁰⁹. Subséquemment, la loi applicable à la créance originale n'est pas pratique dans le commerce international.

53. Finalement, l'application de la *lex causae* pose aussi des problèmes substantiels au niveau de la prévisibilité par les parties tierces de la loi applicable. Les tiers ne savent presque jamais quelle loi sera applicable à la créance. Ceci met en cause les règles pour rendre la cession opposable, or, les tiers peuvent être surpris, si les parties ont opté pour une loi qui n'a objectivement aucun lien de rattachement avec la créance²¹⁰.

Conclusion

54. Le but de cet écrit était de rechercher si la Commission Européenne avait inséré dans la Proposition de Règlement Rome I la solution la plus apte à régler la question du droit applicable à la cession de créances aux tiers autres que le débiteur cédé. L'hypothèse posée était que la loi de la résidence du cédant – une des quatre solutions données dans le Livre Vert – est le facteur de rattachement qui offre plus de bénéfices que d'inconvénients et sera donc le choix à finalement retenir.

55. Après avoir élaboré les quatre alternatives différentes, on constate d'une part que certains désavantages pour les tiers se soulèvent chaque fois, sauf dans l'examen de la loi de la résidence du cédant. Ce sont surtout des inconvénients nés dans le cadre d'une cession de créances futures ou d'un portefeuille de créances. En plus, comme il s'agit du problème de la détermination de rang entre les différents tiers-cessionnaires, seules la loi de la résidence du cédant et la *lex causae* – à un degré moindre – peuvent le résoudre d'une façon satisfaisante. Enfin, on a remarqué que les complications propres à la loi de la résidence du cédant, comme le problème de cessions successives, peuvent être résolues avec des modifications simples.

D'autre part, sur le plan des avantages, on constate que même si certaines possibilités prétendent donner une prévisibilité et une sécurité juridique adéquate aux tiers autres que le débiteur cédé, seule l'option de la résidence du cédant peut le faire de façon incontournable.

56. On peut ainsi considérer que la loi de la résidence du cédant pose moins de complications que les autres facteurs de rattachement et qu'elle soit ainsi la meilleure solution à retenir dans le futur Règlement Rome I.

Liselot Samyn

Assistante de droit international privé
L'université d'Anvers

²⁰⁸ E.-M. KIENINGER, *o.c.*, 381; C. WALSH, *o.c.*, 174; U. MAGNUS, *o.c.*, 38..

²⁰⁹ V. SAGAERT, *o.c.*, 594.

²¹⁰ D. PARDOEL, *o.c.*, 185; A. SINAY-CYTERMANN, *o.c.*, 43 et 53.



Lettre ouverte au Président de la République de quarante juristes universitaires au sujet du « règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles » et contre-lettre ouverte

La lettre ouverte¹

Monsieur le Président de la République,

Dans une démocratie organisée selon les principes de l'état de droit, une règle n'est légitime que si elle émane d'une autorité investie du pouvoir de l'édicter. Comme on l'enseigne aux étudiants de première année des facultés de droit, sinon déjà aux collégiens dans leurs cours d'instruction civique, ce n'est qu'à cette condition qu'elle est une règle de droit et mérite donc obéissance. Pourtant, et malgré les protestations de plus en plus vives d'un nombre toujours plus grand de juristes européens, les institutions communautaires ne cessent de prendre des libertés avec ce postulat. Et, par le Règlement en cours d'adoption sur la loi applicable aux obligations contractuelles, elles paraissent désormais résolues à définitivement l'ignorer.

Ce texte constitue la dernière en date, et la plus radicale, des offensives menées par la Commission en faveur de la loi du pays d'origine. Mais il va beaucoup plus loin en ce sens que la célèbre « proposition de directive Bolkestein » qui a fait connaître ce principe à l'ensemble des citoyens : alors que celle-ci concernait exclusivement les services, le Règlement projeté affecte tous les secteurs d'activité.

La justification avancée à l'appui de ce texte serait le besoin de « moderniser » la Convention du 19 juin 1980, qui gouverne aujourd'hui la matière. Mais c'est un total bouleversement de son économie qui est en réalité poursuivi.

La Convention de 1980, en effet, retient des solutions en apparence très proches de celles que contenait la proposition de directive Bolkestein : comme elle, elle soumet les contrats à la loi du pays dans lequel est établi le fournisseur des biens ou des services, à moins que les parties n'aient fait le choix d'une loi différente.

Mais dans la Convention, l'application de la loi ainsi désignée n'est que subsidiaire. Car à titre principal s'imposent aux parties les règles impératives dont les Etats jugent le respect nécessaire pour garantir la justice entre les contractants et l'utilité sociale de leurs accords. Or si la proposition de Règlement maintient formellement cette solution, c'est, comme l'indique expressément l'exposé de ses motifs, sous cette réserve que l'application des règles impératives en question « *doit se faire dans le respect des dispositions du traité* » instituant la Communauté européenne. Et cette exigence nouvelle est absolument capitale puisqu'elle constitue l'unique enjeu, et donc le véritable objet, de la transformation de la Convention de 1980 en instrument de droit communautaire.

¹ Publication originale : *JCPG*, 13 décembre 2006, p. 2313.



Car ce qu'elle signifie est que, si le texte est adopté, toute règle impérative en matière contractuelle pourra être contestée devant la Cour de justice des Communautés européennes. Et ce à quoi elle tend n'est pas seulement de conférer à celle-ci, qui n'a pourtant aucune légitimité démocratique, le pouvoir de substituer son appréciation des besoins de la justice contractuelle ou de l'utilité sociale des conventions à celles des Parlements nationaux. Elle est de systématiquement remettre en cause l'applicabilité des règles impératives dans le domaine des contrats internationaux. En effet, devant la Cour de Luxembourg, ces règles seront en position d'accusées : pour que leur applicabilité puisse être admise, il faudra, ainsi que cette juridiction l'exige lorsqu'elle doit apprécier la compatibilité d'une loi nationale avec le traité CE, qu'il soit établi, d'une part qu'elles poursuivent un but légitime, d'autre part qu'elles ne vont pas au-delà de ce que ce but requiert². Or, parce qu'elles seront, par hypothèse même, toujours plus rigoureuses que la loi choisie ou que la loi du pays d'origine, elles ne pourront jamais être considérées comme remplissant ces conditions.

Par exemple, la loi française confère aux sous-traitants certaines garanties pour obtenir le paiement des travaux qu'ils réalisent. Mais c'est une originalité du droit français, puisque cette solution n'est pas connue des droits étrangers. Et par-là même la preuve est faite que l'exigence du droit français n'est pas légitime, puisqu'elle n'est pas considérée par les autres législateurs comme une nécessité.

De même la loi française fixe à dix ans la garantie que les architectes et entrepreneurs doivent contre les malfaçons affectant les bâtiments qu'ils édifient alors que nombre des autres droits européens retiennent une durée de garantie plus courte. Mais si les législateurs étrangers estiment qu'une garantie moins étendue est suffisante, c'est que l'exigence du Code civil français est disproportionnée par rapport à son objectif.

Et cette analyse, qui est celle que fait systématiquement la CJCE lorsqu'elle procède à un contrôle des règles nationales de droit privé en supposant la compétence de la loi du pays d'origine, sera tout aussi bien appliquée aux règles françaises qui protègent les auteurs dans les contrats d'édition ou les preneurs dans les baux ruraux ou commerciaux, qui fixent impérativement le taux maximal de l'intérêt dans les prêts d'argent, les obligations des assureurs dans leurs rapports avec leurs agents, des vendeurs envers leurs représentants et distributeurs ou de ceux-ci avec leurs fournisseurs, etc. ...

Ainsi, jamais les règles impératives que les Etats membres estiment nécessaire d'imposer n'auront la moindre chance de l'emporter sur les libertés données aux parties, ou à la plus puissante d'entre elles, par la loi choisie ou par la loi du pays d'origine, si du moins elle est celle d'un autre Etat membre.

Mais cette mise en pièce du système aujourd'hui en vigueur n'est pas un but pour la Commission de Bruxelles. Elle n'est qu'un moyen au service d'une fin beaucoup plus ambitieuse que la proposition de directive Bolkestein avait au moins le mérite de ne pas dissimuler : l'objectif ultime est l'abolition pure et simple de la plupart des règles impératives en matière contractuelle. Car si les contrats internationaux sont libérés de toute contrainte, les contrats nationaux devront inéluctablement l'être également.

Il est en effet inconcevable, pour seulement reprendre des exemples précédemment donnés, que les architectes et entrepreneurs français demeurent tenus à garantir pendant dix ans leurs ouvrages, si leurs concurrents étrangers en sont dispensés pour les constructions qu'ils réalisent en France et n'ont donc pas à en supporter le coût. De même ne pourront-ils plus avoir à fournir des garanties de paiement à leurs sous-traitants français, s'ils n'ont pas à le faire à l'égard des sous-traitants étrangers, puisque sinon c'est à ceux-ci qu'ils s'adresseront désormais exclusivement. Autrement dit, il s'agit pour les

² Au plan pratique, les conséquences de cette solution sont évidemment désastreuses pour la sécurité juridique : à quoi les notaires, les avocats, les conseils juridiques ou les juristes d'entreprises pourront-ils se fier si l'obligation de respecter une règle impérative quelconque doit dépendre, cas par cas, d'une appréciation de la Cour de justice des Communautés européennes, qui ne pourra intervenir que plusieurs années, sinon plusieurs décennies après le moment où ils devront eux-mêmes arrêter leur position ? Pourtant, la sécurité juridique est l'une des principales composantes de l'état de droit.



institutions communautaires d'ériger artificiellement en cause de distorsions de concurrence les divergences des législations nationales, afin de contraindre les Etats, au nom de la défense de leurs entreprises et des emplois qui dépendent de leur survie, à systématiquement aligner leurs règles sur, chaque fois, la loi la plus libérale en Europe, voire à surenchérir par rapport à elle dans la voie de la déréglementation.

Mais d'un double point de vue, la méthode utilisée n'est pas acceptable.

D'abord elle est très gravement attentatoire à la démocratie puisqu'elle retire aux législateurs nationaux tout pouvoir. N'ayant plus aucune liberté pour apprécier ce que la justice et l'utilité sociale commandent, et étant réduits à seulement prendre acte de ce dont le moins exigeant se contente, ils perdent jusqu'à leur raison d'être. Car il ne pourra pas même en résulter que le régime de tel ou tel contrat sera désormais partout en Europe, celui qui aura été fixé, selon les cas, par les Parlements irlandais, luxembourgeois, letton ou chypriote : parce que les comparaisons doivent être faites règle par règle, il sera le plus souvent le produit de leur combinaison et ne correspondra donc pas même au plus libéral d'entre eux.

Mais à cette condamnation de la démocratie s'ajoute une contradiction tout aussi certaine à l'état de droit. En effet, l'art. 65 du traité CE n'autorise l'Union européenne à intervenir dans le domaine, ici en cause, des conflits de lois qu'aux fins de « *favoriser la compatibilité* » des solutions nationales et lui refuse donc — les travaux préparatoires fournissent, pour autant que de besoin, une confirmation éclatante de ce choix — le pouvoir de les uniformiser, c'est-à-dire de les « rendre identiques ». C'est par conséquent à un excès de pouvoir manifeste que correspond l'entreprise actuellement menée et qui, par sa portée, dépasse en gravité tous les excès de pouvoirs auxquels, hélas, les autorités communautaires se sont désormais habituées³.

Voilà pourquoi, Monsieur le Président de la République, les signataires de cette lettre, tous professeurs de droit, croient devoir prendre la liberté de vous exprimer solennellement l'espoir que vous voudrez bien rappeler aux institutions de l'Union européenne que le traité CE ne lie la France que tel que le Conseil constitutionnel en a autorisé la ratification et non pas tel qu'elles veulent le comprendre.

Car ils ne pourront plus longtemps se résoudre à se déshonorer, dans leurs écrits comme dans leurs enseignements, en affectant de tenir pour du droit ce qui n'en est évidemment pas.

Signataires :

Bertrand ANCEL (Université Paris II Panthéon-Assas) Bernard AUDIT (Université Paris II Panthéon-Assas) Bernard BEIGNER (Université Toulouse I) Alain BERNARD (Université Montesquieu Bordeaux IV) Thierry BONNEAU (Université Paris II Panthéon-Assas) Claude BRENNER (Université Paris II Panthéon-Assas) Rémy CABRILLAC (Université Montpellier I) Loïc CADIET (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) Pierre CALLÉ (Université du Mans) Philippe CONTE (Université Montesquieu Bordeaux IV) Patrick COURBE (Université de Rouen) Françoise DEBOISSY (Université Montesquieu Bordeaux IV) Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ (Université Lille II) Philippe DELEBECQUE (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) Yvonne FLOUR (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) François GAUDU (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) Pierre-Yves GAUTIER (Université Paris II Panthéon-Assas) Michel GERMAIN (Université Paris II Panthéon-Assas) Alain GHOZI (Université Paris II Panthéon-Assas) Marie-Angèle HERMITTE (CNRS) Vincent HEUZÉ (Université

³ Outre l'article 65, que méconnaissent les règles de compétence déjà adoptées par les Règlements « Bruxelles I » et « Bruxelles II » et les règles de conflit de lois en cours d'adoption, notamment par le Règlement « Rome II », c'est la définition que donne des directives l'article 249 qui est systématiquement ignorée depuis une trentaine d'années. Quant aux règles sur la reconnaissance des sociétés ou de leur fusion, qui figurent aujourd'hui à l'article 293, et qui ont donc été reconduites aussi bien par le traité d'Amsterdam de 1997 que par le traité de Nice de 2001, c'est la Cour de justice des communautés européennes elle-même qui a pris la singulière initiative de les réputer non écrites par quatre arrêts rendus entre 1999 et 2005.



Paris I Panthéon-Sorbonne) Jérôme HUET (Université Paris II Panthéon-Assas) Jérôme KULLMANN (Université Paris IX Dauphine) Thierry LE BARS (Université de Caen) Sophie LEMAIRE (Université d'Orléans) Anne-Marie LE POURHIET (Université Rennes I) Hervé LÉCUYER (Université Paris II Panthéon-Assas) Yves LEQUETTE (Université Paris II Panthéon-Assas) Laurent LEVENEUR (Université Paris II Panthéon-Assas) Daniel MAINGUY (Université de Montpellier I) Patrick MAISTRE du CHAMBON (Université Pierre Mendès France Grenoble II) Didier R. MARTIN (Université Paris Sud XI) Pierre MAYER (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) Pierre MOUSSERON (Université Montpellier I) Françoise PERROCHON (Université Montpellier I) Philippe PETEL (Université Montpellier I) Frédéric POLLAUD-DULIAN (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) Thierry REVET (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) Raymonde VATINET (Université René Descartes Paris V) Georges VIRASSAMY (Université des Antilles et de la Guyane) Guillaume WICKER (Université Montesquieu Bordeaux IV)

La contre-lettre ouverte

OBSERVATIONS SUR UNE LETTRE OUVERTE

Au Président de la République

Les professeurs de droit signataires du présent texte ne considèrent pas qu'ils se déshonorent en enseignant, oralement ou par écrit, le droit communautaire et en le tenant pour du Droit, même s'il n'est pas exempt de critiques comme n'importe quel système juridique. Aussi ont-ils été surpris à la lecture de la « lettre ouverte » au Président de la République, signée par certains de leurs collègues, qui attaque sur un ton dramatique et même apocalyptique, donc totalement disproportionné, la récente proposition de la Commission européenne d'un règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), appelé à remplacer la convention de Rome du 19 juin 1980.

Les critiques des auteurs de la lettre portent à la fois sur les pouvoirs et même la légitimité des institutions communautaires et sur le contenu de la proposition.

I.

La lettre ouverte conteste la « légitimité démocratique » de la Cour de justice des Communautés européennes. Le même reproche pourrait être adressé à toutes les cours suprêmes des Etats membres et à toutes les juridictions internationales. Il correspond à un courant de pensée très à la mode aujourd'hui mais qui n'a pas grand-chose à voir avec le travail considérable effectué par l'une des institutions clef de la construction européenne. De surcroît, le grief a de quoi surprendre, quand on sait, comme tout juriste, que cette Cour a été instituée par les traités fondateurs de 1951 et de 1957, qu'elle a été confirmée par les traités successifs, régulièrement ratifiés par les Etats membres selon leurs procédures constitutionnelles, que ses arrêts sont discutés et critiqués tout comme ceux des juridictions suprêmes des Etats membres ou de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il est également reproché aux institutions communautaires de commettre un « excès de pouvoir manifeste » en édictant, sur la base de l'article 65 du traité CE, un règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles, car cet article prévoit seulement des mesures « visant, entre autres, à favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflit de lois et de compétence ». Que l'on critique et regrette la décision politique prise par les Etats membres, au moment de la négociation du Traité d'Amsterdam, de « communautariser » une partie du droit international privé, y compris les règles de conflit de lois, ne choque pas, s'agissant d'une décision politique que constitue toute répartition des compétences entre les Etats membres et la Communauté. Si excès de pouvoir il y avait, il ne serait pas sans remède, puisqu'il appartiendrait en toute hypothèse à la Cour de justice, saisie régulièrement par voie d'action ou par voie d'exception, de statuer, hors de



tout pression d'ordre politique, sur le caractère pertinent ou non de cette base juridique. Au demeurant, l'adoption en matière contractuelle de règles de conflit compatibles doit tendre à ce qu'un litige soit tranché, quel que soit l'Etat membre dont les juridictions sont saisies, selon la même loi, ce que la convention de Rome, en vigueur depuis le 1er avril 1991, permet à la satisfaction générale. La Commission faillirait à sa tâche en proposant des règles de conflit qui marqueraient un recul par rapport à la convention.

II.

Les auteurs de la lettre ouverte montent en épingle le point 13 du préambule de la proposition, selon lequel « Le respect de l'ordre public des Etats membres exige des règles spécifiques concernant les lois de police et le mécanisme de l'exception d'ordre public. L'application de ces règles doit se faire dans le respect des dispositions du traité ». Il en résulterait que : « si le texte est adopté, toute règle impérative en matière contractuelle pourra être contestée devant la Cour de justice des Communautés européennes ». Et les auteurs de la lettre d'agiter l'épouvantail de la proposition Bolkestein dans son premier état et de déplorer « cette mise en pièce du système aujourd'hui en vigueur » dont « l'objectif ultime est l'abolition pure et simple de la plupart des règles impératives en matière contractuelle ».

On peut déjà regretter une terminologie de nature à tromper le lecteur non spécialiste en lui faisant redouter une menace pesant sur « toute règle impérative en matière contractuelle » alors que la proposition maintient la règle selon laquelle la loi applicable au contrat, que ce soit en vertu d'un choix des parties ou du rattachement objectif, s'applique dans toutes ses dispositions et en premier lieu dans ses dispositions impératives. Ce sont uniquement les lois de police, c'est-à-dire, selon l'exacte définition de la proposition, celles dont le respect est crucial pour un Etat « au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement » que les auteurs de la lettre ont en vue.

Mais ceux-ci auraient-ils oublié qu'en vertu du principe de coopération (article 10 du TCE), l'obligation pour les Etats membres de ne rien faire qui puisse amoindrir leurs obligations en vertu du droit communautaire, s'applique déjà à la Convention de Rome et que les dispositions de celle-ci peuvent, depuis l'entrée en vigueur le 1er août 2004, des deux protocoles du 19 décembre 1988, être déférées pour interprétation à la Cour de justice, gardienne des traités ? Leur aurait-il échappé que l'article 20 de la convention de Rome réserve déjà la priorité du droit communautaire ? Alors qu'y a-t-il de changé ?

Sur le terrain des lois de police, la proposition sauvegarde dans son article 8 la règle selon laquelle les dispositions du règlement « ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi » (art. 8), et ne met donc nullement en pièce le système actuellement en vigueur. Bien au contraire, loin de vouloir la mort des dispositions impératives, la proposition va même, dans un article qu'on pourrait d'ailleurs critiquer pour d'autres raisons, jusqu'à décider que « le choix par les parties de la loi d'un Etat non membre ne peut pas porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire lorsqu'elles seraient applicables au cas d'espèce » (art. 3 à 5). Et l'argument trop facile tiré de la « directive Bolkenstein » est ici invoqué de manière erronée, puisque, dans le dernier état des négociations, la position commune publiée au Journal officiel du 7 novembre 2006 prend la précaution de réserver de manière générale, pour toute la directive dans son ensemble, les règles de droit international privé .

Les auteurs de la lettre ouverte, prenant pour exemple les règles françaises protégeant les sous-traitants ou fixant à dix ans la durée de la garantie des architectes et entrepreneurs, accusent les institutions communautaires d'ériger artificiellement en cause de distorsion de concurrence les divergences des législations nationales, afin de contraindre les Etats à aligner leurs règles sur la plus libérale. Faut-il rappeler que le célèbre arrêt *Alsthom Atlantique c. Sulzer* du 24 janvier 1991 (C-339/89) a jugé que la jurisprudence française présumant de manière irréfragable la connaissance des défauts de la chose vendue par le vendeur professionnel n'avait pas pour objet ni pour effet de restreindre spécifiquement



les commerces d'exportation et de favoriser la production nationale sur le marché intérieur national ? Le respect des règles impératives nationales est encore confirmé par la Cour de justice dans un arrêt du 12 octobre 2004 (aff. C-60/03) d'où il résulte que l'objectif d'éviter une concurrence déloyale est reconnu par la Cour en tant que raison impérieuse permettant de justifier une restriction à la libre prestation de service (point 41) (v. aussi CJCE 19 janvier 2006, aff. C-244/04 condamnant le dumping social).

La proposition de règlement présentée par la Commission n'est pas parfaite et elle a déjà fait l'objet de critiques dans les revues spécialisées. Mais elle n'est qu'une proposition, qui devra suivre le long et périlleux chemin de la procédure de codécision et s'exposer ainsi au double feu du Conseil et du Parlement européen. C'est au cours de ces prochaines étapes que les améliorations souhaitables du texte pourront lui être démocratiquement apportées. Cela prendra du temps et réservera des surprises, comme l'ont montré les avatars de la directive services et du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles.

Quelles que soient les opinions que l'on peut avoir sur la construction de l'Europe, les problèmes difficiles posés par la transformation de la convention de Rome en règlement appellent des réponses plus constructives que le très excessif procès d'intention intenté par les auteurs de la lettre .

PROFESSEURS SIGNATAIRES

Danièle ALEXANDRE (Robert Schuman Strasbourg 3) ; Olivier AUDEOUD (Paris X Nanterre) ; Mathias AUDIT (Caen) ; Josiane AUVRET-FINCK (Nice Sophia-Antipolis) ; Tristan AZZI (Paris V) ; Jean Sylvestre BERGE (Paris X Nanterre) ; Claude BLUMANN (Paris II Panthéon-Assas) ; Michèle BONNECHERE (Evry-Val de Marne) ; Olivera BOSKOVIC (Univ. de Corse) ; Pierre BRUNET (Paris /SJAP) ; Laurence BURGORGUE-LARSEN (Paris I Panthéon-Sorbonne) ; Jean-Yves CHEROT (Aix-Marseille 3 Paul Cézanne) ; Sandrine CLAVEL (Versailles Saint-Quentin) ; Vlad CONSTANTINESCO (Robert Schuman Strasbourg 3) ; Sabine CORNELOUP (Univ. de Bourgogne) ; Jean-Pierre COT (Paris I Panthéon-Sorbonne) ; Yves DAUDET (Paris I Panthéon-Sorbonne) ; Pascale DEUMIER (Jean Monnet Saint-Etienne) ; Emmanuel DOCKES (Lumière Lyon 2) ; Claude DUCOULOUX-FAVARD (M.-A. hon. Paris-Dauphine) ; Pierre-Marie DUPUY (Paris II Panthéon-Assas) ; Raphaël ENCINAS DE MUNAGORRI (Nantes) ; Daniel FASQUELLE (Littoral-Côte d'Opale) ; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON (Paris II Panthéon-Assas) ; Frédérique FERRAND (Lyon 3) ; Michel FROMONT (Paris I Panthéon-Sorbonne) ; Hélène GAUDEMET-TALLON (Paris II Panthéon-Assas) ; Constance GREWE (Strasbourg 3) ; Serge GUINCHARD (Paris II Panthéon-Assas) ; Petra HAMMJE (Cergy-Pontoise) ; Charley HANNOUN (Cergy-Pontoise) ; Laurence IDOT (Paris I Panthéon-Sorbonne) ; Jean-Michel JACQUET (Hautes études internationales Genève) ; Antoine JEAMMAUD (Lumière Lyon 2) ; Emmanuel JEULAND (Paris I Panthéon-Sorbonne) ; Catherine KESSEDJIAN (Paris II Panthéon-Assas) ; Henri LABAYLE (Pau) ; Paul LAGARDE (Paris I Panthéon-Sorbonne) ; Xavier LAGARDE (Paris X Nanterre) ; Charles LEBEN (Paris II Panthéon-Assas) ; Gérard LEGIER (Aix-Marseille 3) ; Anne LEVADE (Paris XII) ; Eric LOQUIN (Univ. de Bourgogne) ; Catherine MARRAUD (Nancy 2) ; Denis MAZEAUD (Paris II Panthéon-Assas) ; Eric MILLARD (Paris-Sud XI) ; Joël MOLINIER (Toulouse 1) ; Joël MONEGER (Paris-Dauphine, chaire Jean Monnet) ; Marie-Laure NIBOYET (Paris X Nanterre) ; Cyril NOURISSAT (Jean Moulin Lyon 3) ; Etienne PATAUT (Cergy-Pontoise) ; Alain PELLET (Paris X Nanterre) ; Sylvaine PERUZZETTO (Toulouse I) ; Max PEYRARD (Paris I chaire Jean Monnet *ad personam*) ; Fabrice PICOD (Paris II Panthéon-Assas) ; Isabelle PINGEL (Paris I Panthéon-Sorbonne) ; Catherine PRIETO (Aix-Marseille 3) ; René DE QUENAUDON (Strasbourg 3) ; Arnaud RAYNOUARD (Toulouse 1) ; Joël RIDEAU (Nice Sophia-Antipolis) ; Sophie ROBIN-OLIVIER (Paris X Nanterre) ; Judith ROCHFELD (Paris-Sud XI, Fac. Jean Monnet) ; Hélène RUIZ-FABRI (Paris I Panthéon-Sorbonne) ; David RUZIE ; Corinne SACHS-DURAND (Strasbourg 3) ; Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE (Montesquieu Bordeaux IV) ; Denys SIMON (La Réunion) ; Anne SINAY-CYTERMANN (Paris V René Descartes) ; Jean-Marc SOREL (Paris I Panthéon-Sorbonne) ; Sandra SZUREK (Paris X Nanterre) ; Denis TALLON (Paris II Panthéon-Assas) ; Paul TAVERNIER (Paris-Sud XI) ; Hélène TIGROUDJA (Artois-Douai) ; François-Xavier TRAIN (Paris X Nanterre) ; Geneviève VINEY (Paris I Panthéon-Sorbonne) ; Robert WINTGEN (Jean Monnet Saint-Etienne) ; Claude WITZ (Strasbourg 3 et Sarre) .



Verdediging proefschrift Clive Rommelaere

Op dinsdag 5 juni 2007 om 18 uur verdedigt promovendus Clive Rommelaere (assistent UGent – vakgroep procesrecht, arbitrage en internationaal privaatrecht) zijn proefschrift tot verkrijging van de graad van doctor in de rechten met als titel:

“Het gebruik van anti-suit injunctions in internationale procedures van privaatrecht”.

De verdediging vindt plaats in Auditorium A, Faculteit rechtsgeleerdheid, Universiteitstraat 4-6, 9000 Gent

Professor dr. Johan Erauw is promotor.

