

**Tijdschrift@ipr.be**  
**Revue@dipr.be**



**Revue de droit international privé, n° 4 (octobre 2002)**  
**Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht, nr. 4 (oktober 2002)**

**Tijdschrift  
@ipr.be**

**Revue@  
dipr.be**

### **Waarom wij er zijn**

Het internationaal privaatrecht vormt een niche binnen het Belgische rechtslandschap. Een gespecialiseerd tijdschrift bestond niet.

Wij menen nochtans dat er een plaats is voor dergelijk tijdschrift, en daarom hebben wij begin 2002 het initiatief genomen dit tijdschrift te lanceren.

### **Uw bijdragen**

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

### **Citeerwijze**

[Tijdschrift@ipr.be](mailto:Tijdschrift@ipr.be), 2002, nr. ...,p. ...

### **Pourquoi une nouvelle revue?**

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

### **Vos contributions**

Nous sommes heureux de recevoir vos contributions. Celles-ci peuvent être envoyées par courrier électronique à l'adresse suivante: [Revue@dipr.be](mailto:Revue@dipr.be)  
La revue fonctionne selon le système de "peer review". La publication est soumise à l'accord du comité de rédaction. Un éventuel refus ne doit pas être motivé.

### **Mode de citation**

[Revue@dipr.be](mailto:Revue@dipr.be), 2002, n° ..., p. ...

## **Inhoud/Contenu**

### **RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE**

*Cour de Justice, affaire C-80/00, arrêt du 11 juillet 2002*

*Cour de Justice, affaire C- 334/00, arrêt du 17 septembre 2002 / Hof van Justitie, zaak C-334/00, arrest van 17 september 2002*

### **WETGEVING/LÉGISLATION**

*Wet van 14 maart 2002, houdende regeling van het conflictenrecht inzake de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming (Nederland) / Loi du 14 mars 2002 portant règlement des conflits de lois en matière de liens de filiation (Pays-bas)*

### **RECHTSLEER/DOCTRINE**

*Katja JANSEGGERS - Problemen bij de erkenning in België van de Nederlandse 'flits scheiding'*

*Charles J.H. DOHMEN - The law applicable to international contracts - a comparison between Latin-American (Mexico City convention) and European (Rome convention) conflict rules*

*Charles J.H. DOHMEN - Venezuelan and Dutch conflict of laws regarding the enforcement of an international contract. Or: the miraculous catch without a Dutch vessel.*

*Clive ROMMELAERE - In kort bestek: De werkingsfeer van het EVO-Verdrag*

*Patrick WAUTELET - Procedureconflicten in het internationaal privaatrechtelijk contentieux – Samenvatting van een doctoraal proefschrift.*



[www.ipr.be](http://www.ipr.be)  
[www.internationaalprivaatrecht.com](http://www.internationaalprivaatrecht.com)  
[www.droitinternationalprive.com](http://www.droitinternationalprive.com)  
[www.privateinternationalallaw.com](http://www.privateinternationalallaw.com)

# INHOUDSOPGAVE/TABLE DE MATIÈRES

## RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE ..... 6

*Cour de Justice, affaire C-80/00, arrêt du 11 juillet 2002*..... 6

Artikel 13, eerste lid van het EEX-verdrag – omvang van het consumentenforum – bedrieglijke belofte van een prijs in geval van aankoop / Article 13, premier alinéa de la Convention de Bruxelles – étendue du for du consommateur – promesse trompeuse d’un prix en cas d’achat..... 6

*Cour de Justice, affaire C- 334/00, arrêt du 17 septembre 2002 / Hof van Justitie, zaak C-334/00, arrest van 17 september 2002* ..... 20

EEX-verdrag – afbakening artikel 5, 1 en 5, 3 – verplichting te goeder trouw te handelen tijdens de precontractuele fase / Convention de Bruxelles – domaine d’application de l’ article 5, 1 et 5, 3 – obligation d’agir de bonne foi durant la phase précontractuelle ..... 20

Conclusie van advocaat-generaal L. A. GEELHOED van 31 januari 2002(1)..... 20

Arrêt de la cour du 17 septembre 2002 (1)..... 43

## WETGEVING/LÉGISLATION ..... 51

*Wet van 14 maart 2002, houdende regeling van het conflictenrecht inzake de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming (Nederland) / Loi du 14 mars 2002 portant règlement des conflits de lois en matière de liens de filiation (Pays-bas)* . 51

## RECHTSLEER/DOCTRINE ..... 61

*Katja JANSEGGERS - Problemen bij de erkenning in België van de Nederlandse ‘flitsscheiding’* ..... 61

1. Inleiding ..... 61

2. De totstandkoming van de Nederlandse wet van 21 december 2000..... 61

3. Wie kan scheiden in “één dag” en zonder rechter? ..... 64

4. Erkenning van de flitsscheiding in België? Het kwalificatieprobleem ..... 64

a) Een Belgische kijk op het fenomeen is vereist..... 64

b) Flitsscheiding als “echtscheiding” in de zin van de Europese verordening 1347/2000..... 65

c) De kwalificatie van “echtscheiding” volgens het recht van de lidstaten..... 67

5. De eerste stap: toelaatbaarheid van de omzetting in een geregistreerd partnerschap, personeel statuut van de echtgenoten ..... 69

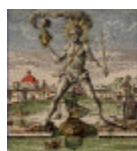
6. Verschillende uitwerking van het geregistreerd partnerschap in het land van erkenning ..... 71

7. De tweede stap – een ontbinding van een levensgemeenschap ..... 72

8. Eén erkenning van de beide stappen ..... 73

9. Wetsontduiking en de “contrôle de la loi convenable” ..... 73

10. Slotbeschouwing ..... 75

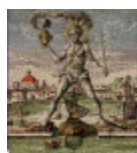


*Charles J.H. DOHMEN - The law applicable to international contracts - a comparison between Latin-American (Mexico City convention) and European (Rome convention) conflict rules..... 76*

A. Introduction .....	76
B. The Mexico City Convention .....	78
I. The scope of the Convention .....	78
§1 The territorial scope .....	78
§2 The material scope .....	79
§3 The relation between the Mexico City Convention and other treaties .....	79
II. The determination of the applicable law .....	80
§1 Party autonomy .....	80
§2 The applicable law in absence of a choice .....	84
III. The phenomenon of referral ( <i>renvoi</i> ) .....	94
C. The Rome Convention.....	95
I. The scope of the Convention .....	95
§1 The territorial scope .....	95
§2 The material scope .....	95
§3 The relation between the Rome Convention and other treaties.....	96
II. The determination of the applicable law .....	96
§1 Party autonomy .....	96
b. Which law can be chosen? .....	97
§2 The applicable law in absence of a choice .....	102
III. Is referral/ <i>renvoi</i> possible? .....	106
D. Conclusion.....	106

*Charles J.H. DOHMEN - Venezuelan and Dutch conflict of laws regarding the enforcement of an international contract. Or: the miraculous catch without a Dutch vessel. .... 110*

A. Introduction: the case and the pertinent legal questions.....	110
B. Venezuelan conflict of laws rules.....	111
I. The Venezuelan Private International Law Act.....	111
§1 Introduction .....	111
§2 The hierarchy of legal sources .....	112
II. The determination of the law applicable to the contract .....	115
§1 Is there a choice of law? .....	115
§2 The law applicable in absence of a choice .....	116
III. Article 4 <i>Ley de DIP</i> makes referral possible.....	124
§1 Reenvío in the pre-Ley de DIP Venezuelan legal culture .....	125
§2 The applicability of article 4 <i>Ley de DIP</i> in contract cases.....	126
§3 Why art. 4 <i>Ley de DIP</i> should not be applied to contract cases.....	128
C. Dutch conflict of laws rules .....	128
I. The Rome Convention .....	128
II. The determination of the law applicable to the contract .....	129
§1 Is there a choice of law? .....	129
§2 The applicable law in absence of a choice .....	130
III. Is referral/ <i>renvoi</i> possible? .....	134



D. Conclusion.....	134
<i>Clive ROMMELAERE - In kort bestek: De werkingssfeer van het EVO-Verdrag.....</i>	<i>137</i>
a) Materieel .....	137
b) Territoriaal .....	137
c) Temporeel .....	138
d) Besluit .....	139
<i>Patrick WAUTELET - Procedureconflicten in het internationaal privaatrechtelijk contentieux – Samenvatting van een doctoraal proefschrift.....</i>	<i>141</i>
Summary .....	150



# RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

## **Cour de Justice, affaire C-80/00, arrêt du 11 juillet 2002**

*Artikel 13, eerste lid van het EEX-verdrag – omvang van het consumentenforum – bedrieglijke belofte van een prijs in geval van aankoop / Article 13, premier alinéa de la Convention de Bruxelles – étendue du for du consommateur – promesse trompeuse d'un prix en cas d'achat*

Dans l'affaire (1) C-96/00, ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en vertu du protocole du 3 juin 1971 relatif à l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, par l'Oberster Gerichtshof (Autriche) et tendant à obtenir, dans la procédure introduite devant cette juridiction par

**Rudolf Gabriel,**

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation des articles 5, points 1 et 3, ainsi que 13, premier alinéa, point 3, de la convention du 27 septembre 1968, précitée (JO 1972, L 299, p. 32), telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 304, p. 1, et - texte modifié - p. 77), par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique (JO L 388, p. 1), par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise (JO L 285, p. 1) et par la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède (JO 1997, C 15, p. 1),

LA COUR (sixième chambre),  
composée de M<sup>me</sup> F. Macken, président de chambre, MM. C. Gulmann, R. Schintgen (rapporteur), V. Skouris et J. N. Cunha Rodrigues, juges,  
avocat général: M. F. G. Jacobs,  
greffier: M<sup>me</sup> L. Hewlett, administrateur,

considérant les observations écrites présentées:

- pour le gouvernement autrichien, par M. H. Dossi, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement allemand, par M. R. Wagner, en qualité d'agent,
- pour la Commission des Communautés européennes, par M. J. L. Iglesias Buhigues, en qualité d'agent, assisté de M<sup>e</sup> B. Wägenbaur, Rechtsanwalt,



[www.ipr.be](http://www.ipr.be)  
[www.internationaalprivaatrecht.com](http://www.internationaalprivaatrecht.com)  
[www.droitinternationalprive.com](http://www.droitinternationalprive.com)  
[www.privateinternationalallaw.com](http://www.privateinternationalallaw.com)

vu le rapport d'audience,  
ayant entendu les observations orales de M. Gabriel, représenté par M<sup>e</sup> A. Klausner, et de la Commission, représentée par M<sup>me</sup> A.-M. Rouchaud, en qualité d'agent, assistée de M<sup>e</sup> B. Wägenbaur, à l'audience du 11 octobre 2001,  
ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 13 décembre 2001,  
rend le présent

## **Arrêt**

1. Par ordonnance du 15 février 2000, parvenue à la Cour le 13 mars suivant, l'Oberster Gerichtshof a, en application du protocole du 3 juin 1971 relatif à l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, posé une question préjudicielle sur l'interprétation des articles 5, points 1 et 3, ainsi que 13, premier alinéa, point 3, de cette convention (JO 1972, L 299, p. 32), telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 304, p. 1, et - texte modifié - p. 77), par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique (JO L 388, p. 1), par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise (JO L 285, p. 1) et par la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède (JO 1997, C 15, p. 1, ci-après la «convention de Bruxelles»).

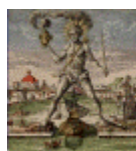
2. Cette question a été soulevée dans le cadre d'une procédure introduite devant l'Oberster Gerichtshof par M. Gabriel, ressortissant autrichien domicilié à Vienne (Autriche), aux fins de désignation de la juridiction compétente ratione loci pour statuer sur le recours qu'il se propose de former dans l'État de son domicile à l'encontre d'une société de vente par correspondance établie en Allemagne.

## **Le cadre juridique**

### *La convention de Bruxelles*

3. Les règles de compétence édictées par la convention de Bruxelles figurent au titre II de celle-ci, constitué des articles 2 à 24.

4. L'article 2, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, qui fait partie du titre II de celle-ci, section 1, intitulée «Dispositions générales», énonce la règle de principe libellée comme suit:



«Sous réserve des dispositions de la présente convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État.»

5. L'article 3, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, qui figure dans la même section, dispose:

«Les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant ne peuvent être attirées devant les tribunaux d'un autre État contractant qu'en vertu des règles énoncées aux sections 2 à 6 du présent titre.»

6. Aux articles 5 à 18 de la convention de Bruxelles, qui forment les sections 2 à 6 du titre II de celle-ci, sont prévues des règles de compétence spéciale, impérative ou exclusive.

7. Ainsi, aux termes de l'article 5, qui figure dans la section 2, intitulée «Compétences spéciales», du titre II de la convention de Bruxelles:

«Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attiré, dans un autre État contractant:

1) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée; [...]

[...]

3) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit;

[...]

8. Sous le même titre II de la convention de Bruxelles, les articles 13 et 14 de celle-ci font partie de la section 4, intitulée «Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs».

9. L'article 13 de la convention de Bruxelles est ainsi libellé:

«En matière de contrat conclu par une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ci-après dénommée 'le consommateur, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5 paragraphe 5:

1) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels;

2) lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets;

3) pour tout autre contrat ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels si:

a) la conclusion du contrat a été précédée dans l'État du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que





b) le consommateur a accompli dans cet État les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat.

Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État contractant, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État contractant, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État.

La présente section ne s'applique pas au contrat de transport.»

10. Aux termes de l'article 14, premier alinéa, de la convention de Bruxelles:  
«L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.»

11. Il ne peut être dérogé à cette règle de compétence que sous réserve du respect des conditions énoncées à l'article 15 de la convention de Bruxelles, qui figure également à ladite section 4 du titre II de celle-ci.

#### *Les dispositions nationales pertinentes*

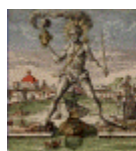
12. En vertu de l'article 28, premier alinéa, point 1, de la loi autrichienne du 1<sup>er</sup> août 1895 sur la compétence d'attribution et la compétence territoriale des juridictions ordinaires en matière civile (Jurisdiktionsnorm, RGBl. 111), l'Oberster Gerichtshof doit, sur demande d'une partie, désigner, parmi les juridictions matériellement compétentes pour connaître d'un litige civil, celle qui sera territorialement compétente, lorsque le juge autrichien compétent *ratione loci* n'est déterminé ni par les règles définies dans ladite loi ni par aucune autre disposition, mais qu'il est tenu de statuer en application d'une convention internationale.

13. Il est constant que la convention de Bruxelles constitue une convention internationale au sens de cette disposition.

14. L'article 5 j de la loi autrichienne sur la protection des consommateurs (BGBl. 1979/140) est ainsi rédigé:

«Les entreprises qui adressent à un consommateur déterminé des promesses d'attribution de prix ou d'autres messages similaires, libellés de sorte à laisser croire que le consommateur a gagné un prix déterminé, doivent remettre ce prix au consommateur; ce prix peut également être réclamé devant les tribunaux.»

15. Cette disposition a été ajoutée à la loi sur la protection des consommateurs par l'article 4 de la loi autrichienne sur les contrats à distance (BGBl. 1999/185), à l'occasion de la transposition en droit



autrichien de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (JO L 144, p. 19).

16. Ladite disposition est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1999.

17. L'Oberster Gerichtshof précise, dans son ordonnance de renvoi, que l'objectif dudit article 5 j est d'accorder au consommateur, qui a été induit en erreur en raison du fait que le professionnel l'a contacté personnellement en faisant naître chez lui l'impression qu'il avait gagné un prix, alors que la réalité de l'opération n'est expliquée qu'en petits caractères ou dans un endroit peu apparent de la correspondance et en des termes difficilement compréhensibles, un droit d'action aux fins de poursuivre en justice l'exécution d'une telle «promesse de gain».

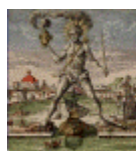
### **L'affaire au principal et la question préjudicielle**

18. Il ressort du dossier de l'affaire au principal que Schlank & Schick GmbH (ci-après «Schlank & Schick»), une société de droit allemand établie à Lindau (Allemagne), exerce des activités de vente par correspondance de marchandises notamment en Allemagne, en Autriche, en France, en Belgique et en Suisse.

19. En octobre 1999, M. Gabriel a reçu, à son adresse privée et sous enveloppe fermée, plusieurs courriers personnalisés émanant de Schlank & Schick dont il prétend qu'ils étaient de nature à lui laisser croire que, à la suite d'un tirage au sort, il était l'heureux gagnant d'une somme de 49 700 ATS et qu'il avait le droit de percevoir celle-ci sur simple demande, à la seule condition qu'il commande simultanément auprès de ladite société des marchandises pour un montant minimal de 200 ATS, lesquelles étaient à choisir dans un catalogue et à porter sur un bon de commande joints auxdits courriers.

20. Ceux-ci comportaient notamment les indications suivantes: «Cher M. Rudolf Gabriel, vous n'avez toujours pas réclamé votre avoir en numéraire. [...] Voulez-vous vraiment perdre votre argent? [...] Vous avez encore droit à votre avoir, mais maintenant vous devez vraiment réagir très vite. Dans la lettre jointe de European Credit tout est expliqué de façon plus précise. [...] PS: En guise de preuve pour vous, M. Gabriel, j'ai annexé la quittance concernant le paiement. Vous avez droit à 100 % à votre avoir en numéraire, à condition de commander sans engagement également des marchandises.»

21. Une lettre annexée auxdits courriers, à en-tête de «European Credit», intitulée «Confirmation officielle de paiement» et à laquelle étaient joints la copie d'une «quittance» ainsi que le fac-similé d'un «livret d'épargne», portant tous les deux le nom de M. Gabriel et le montant de 49 700 ATS, était ainsi



rédigée: «Cher M. Rudolf Gabriel, par la présente nous vous confirmons à nouveau le paiement à notre compte de l'avoir en numéraire d'un montant total de 49 700 ATS. Nous avons joint spécialement pour vous copie d'une quittance. Afin de saisir votre chance et d'accélérer le versement de la somme de 49 700 ATS, vous n'avez qu'à nous renvoyer la copie de la quittance avec votre commande-test sans engagement. [...] Maintenant plus rien ne s'oppose au versement. Pour que vous puissiez recevoir votre argent le plus rapidement possible, je vous fais parvenir simplement un chèque après réception de la quittance. Vous pouvez alors encaisser celui-ci à votre guise auprès de l'établissement financier de votre choix.»

22. Il ressort toutefois de diverses mentions imprimées en assez petits caractères et figurant pour partie au dos des documents envoyés à M. Gabriel que la somme de 49 700 ATS ne constituait pas une promesse de prix ferme de la part de Schlank & Schick.

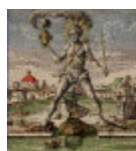
23. Ainsi, au verso de la lettre de «European Credit», il était notamment précisé, sous le titre «Conditions d'attribution», que la participation au «jeu gagnant», régi par le droit allemand, était soumise à une «commande-test sans engagement», que la date limite de cette «action» était le 30 novembre 1999 et que tout recours judiciaire était exclu. En outre, il était fait mention de ce que le tirage au sort avait été effectué par la société de vente par correspondance, que les prix en numéraire étaient divisés en «différentes valeurs partielles», faisant l'objet de plusieurs versements fractionnés en fonction du nombre des copies de quittances retournées à l'organisateur avec le bon de commande dûment rempli, et que, pour des raisons de coût, les «avoirs» d'une valeur inférieure à 35 ATS ne donneraient lieu à aucun paiement, mais seraient remis en jeu lors d'un tirage ultérieur.

24. M. Gabriel a dûment rempli et renvoyé à Schlank & Schick les documents pertinents pour réclamer le versement du gain promis et il a passé une commande d'articles du catalogue de cette société pour un montant supérieur aux 200 ATS requis.

25. Aussi la société concernée a-t-elle livré à M. Gabriel les marchandises commandées, sans cependant le faire bénéficier de la somme de 49 700 ATS que, selon lui, il avait gagnée.

26. En conséquence, M. Gabriel a décidé d'engager une action en justice pour obtenir la condamnation de Schlank & Schick à lui payer ladite somme, augmentée des intérêts et des frais de justice, sur le fondement de l'article 5 j de la loi autrichienne sur la protection des consommateurs.

27. Souhaitant intenter cette action en Autriche - État sur le territoire duquel il est domicilié -, sur la base de l'article 14, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, mais estimant que le droit autrichien ne comporte



aucune disposition à l'effet de déterminer la juridiction nationale territorialement compétente pour en connaître, M. Gabriel a, avant de déposer son assignation au fond, saisi l'Oberster Gerichtshof aux fins de désignation de ladite juridiction en application de l'article 28, premier alinéa, point 1, de la loi autrichienne du 1<sup>er</sup> août 1895.

28. L'Oberster Gerichtshof considère que, si le recours que M. Gabriel se propose d'introduire semble être couvert par l'article 5 j de la loi autrichienne sur la protection des consommateurs, le point de savoir s'il y a lieu de faire droit à la demande de désignation de la juridiction nationale territorialement compétente dépend de la nature de l'action que le demandeur au principal entend exercer à l'encontre de Schlank & Schick.

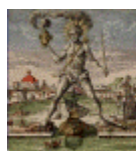
29. En effet, si cette action est relative à un contrat conclu par un consommateur, au sens de l'article 13, premier alinéa, point 3, de la convention de Bruxelles, une telle désignation serait indispensable, puisque ladite convention permet seulement au consommateur de porter le litige devant la juridiction de l'État contractant sur le territoire duquel il est domicilié, sans pour autant déterminer directement quelle est la juridiction de cet État qui est compétente pour statuer à cet égard.

30. En revanche, la demande pendante devant l'Oberster Gerichtshof serait sans objet dans l'hypothèse où le droit d'action de M. Gabriel aurait une nature contractuelle, au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles, ou une nature délictuelle ou quasi délictuelle, au sens du point 3 de cet article, au motif que ces dispositions désignent de façon précise la juridiction territorialement compétente, à savoir respectivement le tribunal du lieu d'exécution de l'obligation contractuelle pertinente ou celui du lieu où le fait dommageable s'est produit.

31. Considérant que, dans ces conditions, la réponse à la demande qui lui est soumise par M. Gabriel dépend de l'interprétation de la convention de Bruxelles, l'Oberster Gerichtshof a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Au regard de la convention de Bruxelles [...], le droit d'action conféré au consommateur par l'article 5 j de la loi autrichienne sur la protection des consommateurs [...], dans la version résultant de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la loi autrichienne sur les contrats à distance [...], permettant au consommateur de réclamer en justice, à l'encontre des entreprises, le prix apparemment gagné dans le cas où celles-ci adressent (ou ont adressé) à un consommateur déterminé une promesse d'attribution de prix ou d'autres messages similaires dont la formulation est (ou était) de nature à laisser croire au consommateur qu'il a gagné un prix déterminé, constitue-t-il:

a) un droit de nature contractuelle au sens de l'article 13, point 3,  
ou



- b) un droit de nature contractuelle au sens de l'article 5, point 1,  
ou  
c) un droit de nature délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, point 3?»

### **Sur la question préjudicielle**

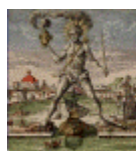
32. Compte tenu du contexte factuel de l'affaire au principal, il y a lieu de comprendre la question posée comme demandant en substance si les règles de compétence énoncées par la convention de Bruxelles doivent être interprétées en ce sens que l'action juridictionnelle, par laquelle un consommateur vise à faire condamner, dans l'État contractant sur le territoire duquel il est domicilié et en application de la législation de cet État, une société de vente par correspondance, établie dans un autre État contractant, à la remise d'un gain, lorsque celle-ci lui avait adressé personnellement un envoi de nature à donner l'impression qu'un prix lui sera attribué à la condition qu'il commande des marchandises pour un montant déterminé et que ce consommateur passe effectivement une telle commande dans l'État de son domicile sans cependant obtenir le versement dudit gain, est de nature contractuelle, au sens de l'article 5, point 1, de ladite convention ou de l'article 13, premier alinéa, point 3, de celle-ci, ou bien de nature délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, point 3, de la même convention.

33. En vue de répondre à la question ainsi reformulée, il convient de rappeler à titre liminaire que, conformément à une jurisprudence constante, la notion de matière délictuelle ou quasi délictuelle couverte par l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles comprend toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'article 5, point 1, de la même convention (voir, notamment, arrêts du 27 septembre 1988, Kalfelis, 189/87, Rec. p. 5565, point 17; du 26 mars 1992, Reichert et Kockler, C-261/90, Rec. p. I-2149, point 16, et du 27 octobre 1998, Réunion européenne e. a., C-51/97, Rec. p. I-6511, point 22).

34. Il s'ensuit qu'il importe de rechercher dans un premier temps si une action telle que celle en cause au principal revêt un caractère contractuel.

35. À cet égard, il y a lieu de relever que l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles est relatif à la matière contractuelle en général, alors que l'article 13 de ladite convention vise de façon spécifique différents types de contrats conclus par un consommateur.

36. L'article 13 de la convention de Bruxelles constituant dès lors une lex specialis par rapport à l'article 5, point 1, de celle-ci, il doit être déterminé



préalablement si une action qui présente les caractéristiques énoncées dans la question préjudicielle telle que reformulée est susceptible de relever du champ d'application de la première de ces deux dispositions.

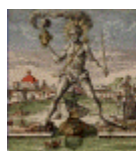
37. Selon une jurisprudence constante, les notions figurant à l'article 13 de la convention de Bruxelles doivent être interprétées de façon autonome, en se référant principalement au système et aux objectifs de ladite convention, en vue d'assurer à celle-ci sa pleine efficacité (voir notamment, arrêts du 21 juin 1978, Bertrand, 150/77, Rec. p. 1431, points 14 à 16; du 19 janvier 1993, Shearson Lehman Hutton, C-89/91, Rec. p. I-139, point 13; du 3 juillet 1997, Benincasa, C-269/95, Rec. p. I-3767, point 12, et du 27 avril 1999, Mietz, C-99/96, Rec. p. I-2277, point 26).

38. Il ressort du libellé même de cette disposition qu'elle ne trouve à s'appliquer que pour autant que, de façon générale, l'action se rattache à un contrat conclu par un consommateur pour un usage étranger à son activité professionnelle.

39. Il résulte de cette formulation, ainsi que de la fonction du régime particulier institué par les dispositions du titre II, section 4, de la convention de Bruxelles, à savoir assurer une protection adéquate au consommateur en tant que partie au contrat réputée économiquement plus faible et juridiquement moins expérimentée que son cocontractant professionnel, que lesdites dispositions ne visent que le consommateur final privé, non engagé dans des activités commerciales ou professionnelles, qui est lié par l'un des trois types de contrats énumérés à l'article 13 de ladite convention et qui est par ailleurs personnellement partie à l'action en justice, conformément à l'article 14 de celle-ci (voir arrêt Shearson Lehman Hutton, précité, points 19, 20, 22 et 24).

40. S'agissant plus spécifiquement d'un contrat ayant pour objet une fourniture de services - autre qu'un contrat de transport, lequel est exclu du champ d'application de la section 4 du titre II de la convention de Bruxelles, conformément à l'article 13, troisième alinéa, de celle-ci - ou d'objets mobiliers corporels, contrat auquel fait référence l'article 13, premier alinéa, point 3, cette disposition prévoit deux conditions d'application supplémentaires, à savoir que la conclusion du contrat ait été précédée dans l'État du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que le consommateur ait accompli dans cet État les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat.

41. Ainsi qu'il ressort du rapport de M. Schlosser relatif à la convention d'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention de Bruxelles (JO 1979, C 59, p. 71, 118), ces deux conditions cumulatives visent à garantir



l'existence de liens étroits entre le contrat en cause et l'État sur le territoire duquel le consommateur est domicilié.

42. Pour ce qui est de la portée des notions employées aux dites conditions, à la page 119 de son rapport, M. Schlosser renvoie au rapport de MM. Giuliano et Lagarde concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (JO 1980, C 282, p. 1), convention ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (JO L 266, p. 1, ci-après la «convention de Rome»), étant donné que l'article 5 de celle-ci, relatif aux contrats conclus par les consommateurs, comporte, à son paragraphe 2, premier tiret, deux conditions énoncées en des termes identiques à ceux figurant à l'article 13, premier alinéa, point 3, sous a) et b), de la convention de Bruxelles.

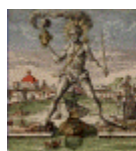
43. Il ressort du rapport de MM. Giuliano et Lagarde que ladite disposition de la convention de Rome a pour objet de couvrir les situations dans lesquelles le commerçant a fait des démarches pour proposer à la vente ses objets mobiliers corporels ou ses services dans le pays où réside le consommateur et, notamment, les ventes par correspondance et le démarchage (voir rapport susmentionné, p. 23 et 24).

44. Les notions de «publicité» et de «proposition spécialement faite», figurant à la première de ces conditions communes aux conventions de Bruxelles et de Rome, visent toutes formes de publicité faite dans l'État contractant où le consommateur est domicilié, qu'elle soit diffusée de manière générale, par voie de presse, de radio, de télévision, de cinéma ou selon toute autre modalité, ou adressée de manière directe, par exemple par voie de catalogues spécialement dirigés vers ledit État, ainsi que les propositions d'affaires soumises individuellement au consommateur, notamment par le moyen d'un agent ou d'un colporteur.

45. Quant à la seconde desdites conditions, l'expression «actes nécessaires à la conclusion» du contrat se réfère à tout acte écrit ou à toute autre démarche effectués par le consommateur dans l'État où il est domicilié et qui expriment sa volonté de donner suite à la sollicitation du professionnel.

46. Or, force est de constater que toutes ces conditions sont remplies dans une affaire telle que celle au principal.

47. En premier lieu, il est en effet constant que M. Gabriel a en l'occurrence la qualité de consommateur final privé couvert par l'article 13, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, en ce qu'il ressort du dossier qu'il a commandé des marchandises proposées par Schlank & Schick pour son usage personnel, sans que cette opération présente un lien quelconque avec son activité professionnelle.



48. En deuxième lieu, dans une situation telle que celle au principal, le consommateur et le vendeur professionnel sont incontestablement liés par un rapport de nature contractuelle dès lors que M. Gabriel a commandé des marchandises offertes par Schlank & Schick, ce dernier manifestant ainsi son acceptation de la proposition - y compris toutes les conditions afférentes à celle-ci - que cette société lui avait personnellement adressée.

49. Au surplus, cet accord de volonté entre les deux parties a donné naissance à des obligations réciproques et interdépendantes dans le cadre d'un contrat qui a précisément l'un des objets décrits à l'article 13, premier alinéa, point 3, de la convention de Bruxelles.

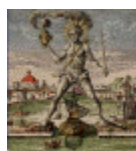
50. Ainsi, s'agissant d'une affaire telle que celle au principal, ce contrat porte plus particulièrement sur la fourniture, au moyen d'une vente par correspondance, d'objets mobiliers corporels commandés par le consommateur sur la base d'une proposition faite et moyennant un prix stipulé par le vendeur.

51. En troisième lieu, les deux conditions spécifiques énumérées à l'article 13, premier alinéa, point 3, sous a) et b), de la convention de Bruxelles sont également remplies.

52. En effet, d'une part, le vendeur s'est adressé au consommateur dans l'État contractant du domicile de ce dernier en lui envoyant plusieurs courriers personnalisés, auxquels étaient joints un catalogue de vente et un bon de commande, en vue de l'amener à contracter sur la base de ces propositions et des conditions y afférentes et, d'autre part, à la suite de ces envois, le consommateur a effectué dans cet État les démarches nécessaires à la conclusion du contrat en procédant à la commande pour le montant exigé par le vendeur et en expédiant à celui-ci le bon de commande avec la copie de la «quittance».

53. Dans ces conditions, lorsqu'un consommateur a été contacté à son domicile par un ou plusieurs courriers d'un vendeur professionnel aux fins de susciter une commande de marchandises offertes aux conditions déterminées par celui-ci et qu'il a passé effectivement une telle commande dans l'État contractant où il est domicilié, l'action par laquelle un tel consommateur revendique en justice à l'encontre de ce vendeur la remise d'un prix gagné en apparence constitue une action relative à un contrat conclu par un consommateur au sens de l'article 13, premier alinéa, point 3, de la convention de Bruxelles.

54. En effet, ainsi qu'il ressort du dossier à la disposition de la Cour, le droit d'action du consommateur est intimement lié au contrat conclu entre les parties, dans la mesure où, dans une situation telle que celle au principal, la correspondance que le professionnel a envoyée à ce consommateur établit un





rapport indissociable entre la promesse de gain et la commande de marchandises, cette dernière étant présentée par le vendeur comme constituant le préalable exigé pour l'octroi du gain promis, précisément dans le but d'amener le consommateur à contracter. En outre, ce dernier a conclu le contrat d'achat de marchandises essentiellement, voire exclusivement, en raison de la proposition du vendeur comportant une promesse de gain d'une valeur largement supérieure au montant minimal requis pour la commande et le consommateur a, par ailleurs, satisfait à toutes les conditions stipulées par le professionnel, acceptant ainsi la proposition de celui-ci dans son ensemble.

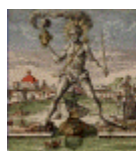
55. En conséquence, l'action juridictionnelle, par laquelle le consommateur vise à faire condamner, dans l'État contractant sur le territoire duquel il est domicilié, une société de vente par correspondance établie dans un autre État contractant, à la remise d'un prix gagné en apparence, doit pouvoir être intentée devant la même juridiction que celle qui est compétente pour connaître du contrat conclu par ledit consommateur.

56. Ne saurait en effet être retenue une interprétation de l'article 13, premier alinéa, de la convention de Bruxelles qui aboutirait à ce que certaines prétentions au titre d'un contrat conclu par un consommateur relèvent des règles de compétence des articles 13 à 15 de ladite convention, alors que d'autres actions, qui présentent avec ce contrat des liens à ce point étroits qu'elles en sont indissociables, seraient soumises à des règles différentes.

57. À cet égard, la Cour a récemment rappelé la nécessité d'éviter, dans la mesure du possible, la multiplication des juridictions compétentes par rapport à un même contrat (voir, par analogie, en ce qui concerne l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles, arrêt du 19 février 2002, Besix, C-256/00, non encore publié au Recueil, point 27).

58. Or, cette nécessité s'impose à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'un contrat tel que celui en cause au principal. En effet, compte tenu du fait que la multiplication des chefs de compétence juridictionnelle risque de désavantager tout particulièrement une partie réputée faible comme le consommateur, il est de l'intérêt d'une bonne administration de la justice que ce dernier puisse porter devant un même tribunal - en l'occurrence celui de son domicile - l'ensemble des difficultés auxquelles est susceptible de donner lieu un contrat que le consommateur a été incité à conclure en raison de l'emploi, par le professionnel, de formulations de nature à induire en erreur son cocontractant.

59. Une action telle que celle que M. Gabriel se propose d'introduire devant la juridiction nationale compétente relève ainsi du champ d'application de l'article 13, premier alinéa, point 3, de la convention de Bruxelles et, partant,



il n'est pas nécessaire d'examiner si elle est visée par l'article 5, point 1, de celle-ci.

60. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la question posée que les règles de compétence énoncées par la convention de Bruxelles doivent être interprétées en ce sens que l'action juridictionnelle, par laquelle un consommateur vise à faire condamner, dans l'État contractant sur le territoire duquel il est domicilié et en application de la législation de cet État, une société de vente par correspondance, établie dans un autre État contractant, à la remise d'un gain, lorsque celle-ci lui avait adressé personnellement un envoi de nature à donner l'impression qu'un prix lui sera attribué à la condition qu'il commande des marchandises pour un montant déterminé et que ce consommateur passe effectivement une telle commande sans cependant obtenir le versement dudit gain, est de nature contractuelle au sens de l'article 13, premier alinéa, point 3, de ladite convention.

### Sur les dépens

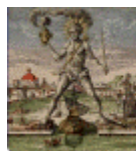
61. Les frais exposés par les gouvernements autrichien et allemand, ainsi que par la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction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

Par ces motifs,

LA COUR (sixième chambre),

statuant sur la question à elle soumise par l'Oberster Gerichtshof, par ordonnance du 15 février 2000, dit pour droit:

**Les règles de compétence énoncées par la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique, par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise et par la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède, doivent être interprétées en ce sens que l'action juridictionnelle, par laquelle un consommateur vise à faire condamner, dans l'État contractant sur le territoire duquel il est domicilié et en application de la législation de cet État, une société de vente par correspondance, établie dans un autre État contractant, à la remise d'un gain, lorsque celle-ci lui avait**



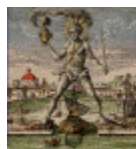
**adressé personnellement un envoi de nature à donner l'impression qu'un prix lui sera attribué à la condition qu'il commande des marchandises pour un montant déterminé et que ce consommateur passe effectivement une telle commande sans cependant obtenir le versement dudit gain, est de nature contractuelle au sens de l'article 13, premier alinéa, point 3, de ladite convention.**

Macken  
Gulmann  
Schintgen  
Skouris  
Cunha Røgrigues

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 11 juillet 2002.  
Le greffier  
Le président de la sixième chambre  
R. Grass  
F. Macken

---

1: Langue de procédure: l'italien



[www.ipr.be](http://www.ipr.be)  
[www.internationaalprivaatrecht.com](http://www.internationaalprivaatrecht.com)  
[www.droitinternationalprive.com](http://www.droitinternationalprive.com)  
[www.privateinternationallaw.com](http://www.privateinternationallaw.com)

**Cour de Justice, affaire C- 334/00, arrêt du 17 septembre 2002 / Hof van Justitie, zaak C-334/00, arrest van 17 september 2002**

*EEX-verdrag – afbakening artikel 5, 1 en 5, 3 – verplichting te goeder trouw te handelen tijdens de precontractuele fase / Convention de Bruxelles – domaine d'application de l'article 5, 1 et 5, 3 – obligation d'agir de bonne foi durant la phase précontractuelle*

Zaak C-334/00

Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa **tegen/contre** Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH

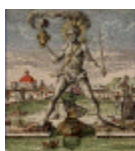
Conclusie van advocaat-generaal L. A. GEELHOED van 31 januari 2002(1)

## **I - Inleiding**

1. In deze zaak heeft de Corte Suprema di Cassazione (Italië) een vraag gesteld over de uitlegging van artikel 2 en artikel 5, sub 1, eerste alinea, en sub 3, van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken(2) (hierna: Executieverdrag). Teneinde vast te kunnen stellen welke rechter bevoegd is van een geschil kennis te nemen, wil de verwijzende rechter weten hoe een vordering ter zake van precontractuele aansprakelijkheid moet worden gekwalificeerd. Komt een dergelijke vordering voort uit een verbintenis uit onrechtmatige daad ex artikel 5, sub 3, of valt een dergelijke vordering te beschouwen als een verbintenis uit overeenkomst ex artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag? De verwijzende rechter denkt ook aan de mogelijkheid dat artikel 5 van het Executieverdrag in het geheel niet van toepassing is.

2. Ingevolge artikel 5 van het Executieverdrag kan een verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat voor het gerecht van een andere verdragsluitende staat worden opgeroepen. Artikel 5, sub 1, verklaart ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst het gerecht bevoegd van de plaats waar de verbintenis is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Partijen bij de overeenkomst kunnen zelf een gerecht aanwijzen dat bevoegd is van een eventueel geschil kennis nemen. Op grond van artikel 5, sub 3, geldt voor verbintenissen uit onrechtmatige daad dat het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, bevoegd is van het geschil kennis te nemen.

3. Het Hof heeft zich reeds meermalen gebogen over de uitleg van het Executieverdrag, en meer in het bijzonder over artikel 5 van dit Verdrag. Het



is echter de eerste maal dat in het verband van dit Verdrag een antwoord wordt gevraagd over de aansprakelijkheid die kan ontstaan naar aanleiding van het gedrag van partijen bij de onderhandelingen over een contract.

4. In deze conclusie zal ik - na een beschrijving van het juridisch kader en het feitelijk en procedureel kader - allereerst de relevante rechtspraak van het Hof analyseren. Vervolgens geef ik de bij het Hof ingebrachte opmerkingen van partijen weer. De kern van deze opmerkingen betreft de vraag hoe de precontractuele aansprakelijkheid moet worden gekwalificeerd in het licht van deze rechtspraak van het Hof. Daarna kom ik op de onderscheiden kenmerken van de precontractuele aansprakelijkheid zelf. Bij gebreke van communautaire rechtspraak terzake ga ik daarvoor onder meer te rade bij de nationale rechtsstelsels. Een en ander brengt mij tot de eigenlijke beoordeling van de aan het Hof gestelde vraag.

## **II - Het juridisch kader**

5. Volgens artikel 1 wordt het Executieverdrag toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht. Voor de rechterlijke bevoegdheid geldt het in artikel 2 vervatte algemeen beginsel, dat zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een verdragsluitende staat, ongeacht hun nationaliteit, voor de gerechten van die staat worden opgeroepen. Ingevolge artikel 3 kunnen zij die op het grondgebied van een verdragsluitende staat woonplaats hebben, niet voor de rechter van een andere verdragsluitende staat worden opgeroepen dan krachtens de in de afdelingen 2 tot en met 6 van de titel omtrent de bevoegdheid gegeven regels. Van die bepalingen zijn de artikelen 5 en 17 voor deze zaak van belang.

6. Artikel 5 van het Executieverdrag bepaalt als volgt:

De verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, kan in een andere verdragsluitende staat voor de navolgende gerechten worden opgeroepen:

1. ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst: voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd; (...)

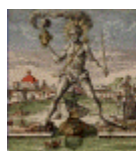
(...)

3. ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad: voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan;

(...)

7. Artikel 17 van het Executieverdrag bepaalt onder meer:

Wanneer de partijen, van wie er ten minste een woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, een gerecht of de gerechten van een verdragsluitende staat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen welke naar aanleiding van een bepaalde



rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die staat bij uitsluiting bevoegd. Deze overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter dient te worden gesloten:

- a) hetzij bij een schriftelijke overeenkomst, hetzij bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst;
- b) hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden;
- c) hetzij, in de internationale handel, in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht worden genomen.

8. Het Executieverdrag wordt per 1 maart 2002 vervangen door verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.<sup>(3)</sup> De elfde en twaalfde overweging bij deze verordening luiden als volgt:

11. De bevoegdheidsregels moeten in hoge mate voorspelbaar zijn, waarbij als beginsel geldt dat de bevoegdheid in het algemeen gegrond wordt op de woonplaats van de verweerder; de bevoegdheid moet altijd op die grond kunnen worden gevestigd, behalve in een gering aantal duidelijk omschreven gevallen waarin het voorwerp van het geschil of de autonomie van de partijen een ander aanknopingspunt wettigt. Voor rechtspersonen moet de woonplaats autonoom worden bepaald om de gemeenschappelijke regels doorzichtiger te maken en jurisdictiegeschillen te voorkomen.

12. Naast de woonplaats van de verweerder moeten er alternatieve bevoegdheidsgronden mogelijk zijn, gebaseerd op de nauwe band tussen het gerecht en de vordering of de noodzaak een goede rechtsbedeling te vergemakkelijken.

Deze overwegingen zijn strictu sensu niet van toepassing op de onderhavige zaak. Niettemin verschaffen zij ook duidelijkheid omtrent de strekking van bepalingen uit het Executieverdrag.

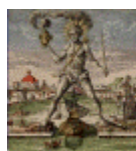
*Nationaal recht*

9. Artikel 1337 Codice civile bepaalt dat partijen zich tijdens de onderhandelingen over en de opstelling van een overeenkomst te goeder trouw moeten gedragen.

### **III - Feitelijk en procedureel kader**

*Het feitelijk kader*

10. De feiten in het hoofdgeding zijn als volgt.



[www.ipr.be](http://www.ipr.be)  
[www.internationaalprivaatrecht.com](http://www.internationaalprivaatrecht.com)  
[www.droitinternationalprive.com](http://www.droitinternationalprive.com)  
[www.privateinternationalallaw.com](http://www.privateinternationalallaw.com)

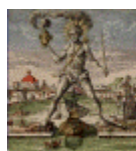
11. Fonderie Officine Meccaniche Tacconi (hierna: Tacconi) en HWS Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (hierna: HWS) hebben onderhandeld over een overeenkomst betreffende de aankoop van een automatische gietmachine ten behoeve van Tacconi. HWS is de producent van de gietmachine. De overeenkomst moest door B.N. Commercio e Finanza Spa (hierna: BN), een leasemaatschappij, en HWS worden gesloten. Tacconi heeft met BN, met toestemming van HWS, een leasecontract voor de gietmachine gesloten. De gietmachine is vervolgens nooit geleverd.

12. Partijen verschillen van mening over de vraag of al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen tussen BN en HWS. Volgens Tacconi is die niet tot stand gekomen vanwege de weigering van HWS om de gietmachine aan BN te verkopen. Eveneens volgens Tacconi heeft HWS tijdens de onderhandelingen ieder voorstel afgewezen. Vervolgens heeft zij - na lang onderhandelen - de onderhandelingen onverwacht had afgebroken. HWS is daarentegen van mening dat de overeenkomst wel tot stand is gekomen.

#### *Het verloop van de procedure*

13. Op 23 januari 1996 daagde Tacconi HWS, gevestigd te Duitsland, voor het Tribunale di Perugia in Italië. Tacconi vorderde een verklaring voor recht, dat de overeenkomst tussen BN en HWS betreffende de aankoop van de machine, niet tot stand was gekomen. Zij baseerde haar vordering op de haars inziens ongegronde weigering van HWS om de machine aan BN te verkopen. Tacconi stelde dat HWS door tijdens de onderhandelingen ieder voorstel af te wijzen en vervolgens na lang onderhandelen de onderhandelingen onverwacht af te breken de verplichting tot correct gedrag en goede trouw niet heeft nageleefd. Het vertrouwen van Tacconi, dat zij in het sluiten van de overeenkomst had gesteld, is hierdoor beschaamd. Tacconi deed bijgevolg een beroep op de precontractuele aansprakelijkheid van HWS ex artikel 1337 Codice civile.<sup>(4)</sup> In eerste aanleg vorderde Tacconi veroordeling van HWS tot vergoeding van alle aan haar toegebrachte schade die op 3 000 000 000 ITL werd bepaald.

14. HWS betoogde in haar verweerschrift dat zij een overeenkomst met Tacconi had gesloten en voerde aan dat de Italiaanse rechter niet bevoegd was wegens het in de algemene contractuele voorwaarden vervatte arbitragebeding, waarbij een buitenlandse arbiter was aangewezen. Zij vorderde subsidiair op grond van artikel 5, sub 3, van het Executieverdrag, dat door het Tribunale di Perugia werd verklaard, dat Tacconi onbevoegd was om een geding aanhangig te maken. Ten gronde vorderde zij afwijzing van verzoeksters vordering. Meer subsidiair en als reconventionele eis vorderde HWS de veroordeling van Tacconi tot betaling van 450 248,39 DEM.



15. Ik merk op dat HWS de bewering van Tacconi, dat zij de onderhandelingen onverwacht heeft afgebroken, niet tegenspreekt. Zij doet dit ook niet in het geding voor het Hof.

16. Op 16 maart 1999 vorderde Tacconi bij de Corte Suprema di Cassazione voorafgaande aanwijzing van de bevoegde rechter, op grond van artikel 41 Codice di procedura civile. Zij verzocht dit Hof te verklaren, dat de Italiaanse rechter bevoegd was om van dit geschil kennis te nemen. Tacconi stelde dat de aanwijzing van de bevoegde rechter volgens de regels van het Executieverdrag moest geschieden. De door haar ingestelde vordering betrof een verbintenis uit onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 5, sub 3, van het Executieverdrag. Krachtens dit artikel is de rechter bevoegd van de plaats waar de schade is vastgesteld. Onder schade wordt verstaan de vermogensschade van degene die stelt gelaedeerd te zijn. Het geding was daarom volgens Tacconi terecht aanhangig gemaakt bij het Tribunale di Perugia. Tacconi is gevestigd te Perugia en aldaar is de gestelde schade van Tacconi vastgesteld.

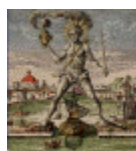
17. HWS stelde een eis in reconventie in, waarin zij betoogde, dat de overeenkomst tot stand was gekomen bij schrijven van 28 april 1995, zulks ter bevestiging van de order van 27 april 1995 van Tacconi. Als gevolg hiervan zou de Italiaanse rechter niet bevoegd zijn aangezien in de algemene contractuele voorwaarden een buitenlandse arbiter was aangewezen.

### *De prejudiciële vraag*

18. Vervolgens heeft de Corte Suprema di Cassazione (Italië) bij beschikking van 9 juni 2000, ingekomen ter griffie van het Hof op 11 september 2000, verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Is de vordering ter zake van de precontractuele aansprakelijkheid van een verweerder een vordering ten aanzien van een verbintenis uit onrechtmatige daad (artikel 5, sub 3, van het Executieverdrag)? Zo nee, is deze vordering dan een vordering ten aanzien van een verbintenis uit overeenkomst (artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag)? Wat is in dat geval de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt? Indien voor deze vordering niet de bijzondere bevoegdheidscriteria gelden, geldt dan alleen de algemene regel van de woonplaats van de verweerder?

19. In de verwijzingsbeschikking stelt de verwijzende rechter zich op het standpunt dat de aansprakelijkheid niet uit een overeenkomst voortvloeit. Er is volgens Tacconi geen overeenkomst met HWS gesloten. Niettemin wordt de precontractuele aansprakelijkheid in Italië geregeld in het kader van de regelgeving over overeenkomsten. Hierdoor bestaat een verband met de verbintenis uit overeenkomst als bedoeld in artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag. De in deze bepaling geformuleerde bijzondere





bevoegdheidsregel lijkt echter niet van toepassing te zijn op de precontractuele aansprakelijkheid. Deze aansprakelijkheid vloeit volgens de verwijzende rechter niet voort uit de niet-nakoming van een verbintenis uit overeenkomst, maar uit de niet-naleving van de wettelijke plicht zich bij de onderhandelingen over en de opstelling van de overeenkomst te goeder trouw te gedragen.

#### *Het geding voor het Hof*

20. Bij het Hof zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de partijen in het hoofdgeding en door de Commissie. Er heeft geen terechtzitting plaatsgevonden.

#### **IV - Rechtspraak van het Hof**

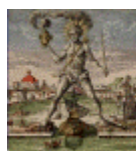
21. De beantwoording van de prejudiciële vraag wordt in belangrijke mate bepaald door de rechtspraak van het Hof over het Executieverdrag. In dit onderdeel van mijn conclusie volgt dan ook een weergave van die rechtspraak, uiteraard voor zover deze van invloed kan zijn op de beantwoording. Die weergave richt zich allereerst op de belangrijkste karaktertrekken van het Executieverdrag en vervolgens op de bepalingen die in deze zaak in het bijzonder in het geding zijn.

#### *Het karakter van het Executieverdrag*

22. De hoofdregel is geformuleerd in artikel 2 van het Verdrag. De verweerder kan altijd voor het gerecht van zijn woonplaats worden gedaagd. In een aantal nauwkeurig omschreven gevallen, die zijn te beschouwen als uitzonderingen op de hoofdregel, kan de verzoeker een zaak tevens bij een ander gerecht aanhangig maken. Artikel 5, sub 1, en artikel 5, sub 3, zijn zulke uitzonderingen.

23. Volgens de preambule strekt het Executieverdrag ertoe de rechtsbescherming te vergroten van degenen die binnen de Europese Unie gevestigd zijn.<sup>(5)</sup> Hiertoe bepaalt het Verdrag welke rechter bevoegd is om van een burgerrechtelijk geschil kennis te nemen. Volgens het Hof wordt de rechtsbescherming vergroot, door de eiser in staat te stellen om gemakkelijk te bepalen welk gerecht hij kan aanzoeken en doordat de verweerder redelijkerwijs kan voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen.<sup>(6)</sup> De bevoegdheidsregels moeten in hoge mate voorspelbaar zijn, zo expliciteert de elfde overweging bij verordening nr. 44/2001. Hiermee wordt tevens de rechtszekerheid versterkt, wat ook een doelstelling van het Executieverdrag is.

24. In het licht hiervan heeft het Verdrag onder meer ten doel de regels inzake de internationale bevoegdheid van de gerechten van de



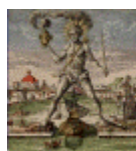
verdragsluitende staten een te maken. De reikwijdte van het Verdrag is echter beperkt. De voorwaarden voor de beoordeling van een schadebrengend feit en voor het bewijs van het bestaan en de omvang van schade worden niet door het Verdrag geregeld. Deze voorwaarden worden beheerst door het materiële recht dat door de conflictregels van het nationale recht van de aangezochte rechter wordt aangewezen, tenzij de toepassing ervan afbreuk doet aan het nuttig effect van het Verdrag.(7)

25. Het Hof stelt zich op het standpunt dat aan de in het Executieverdrag gehanteerde begrippen in het algemeen een autonome uitlegging moet worden gegeven. Bij de uitlegging van deze begrippen moet met het oog op de toepassing van het Verdrag in de eerste plaats aansluiting worden gezocht bij het stelsel en de doelstellingen van dit Verdrag, ten einde de volle werking ervan te verzekeren. Deze begrippen kunnen derhalve niet worden geacht te verwijzen naar de kwalificatie die de toepasselijke nationale wet geeft aan de voor de nationale rechter aan de orde zijnde rechtsbetrekking.(8)

26. In verband hiermee overwoog het Hof in het arrest Peters(9) dat, gelet op de doelstellingen en de algemene structuur van het Executieverdrag en om de gelijkheid en eenvormigheid van de rechten en verplichtingen die voor de verdragsluitende staten en de belanghebbende personen uit het Executieverdrag voortvloeien zoveel mogelijk te verzekeren, het van belang is dat het begrip verbintenis uit overeenkomst (in de zin van artikel 5, sub 1) niet wordt gezien als een simpele verwijzing naar het interne recht van een der betrokken staten.(10) Aan het begrip verbintenis uit onrechtmatige daad (in de zin van artikel 5, sub 3) moet eveneens een autonome inhoud worden gegeven.(11)

27. Het Verdrag beoogt voorts zoveel mogelijk te voorkomen dat met betrekking tot eenzelfde rechtsverhouding meer rechterlijke instanties bevoegd zijn. De gelijktijdige bevoegdheid van meerdere rechterlijke instanties verhoogt het gevaar van onverenigbare beslissingen. Deze eis, die het Hof heeft geformuleerd in het arrest De Bloos(12), strekt ter bescherming van de rechtszekerheid.

28. In het arrest Peters overwoog het Hof dat het Verdrag met artikel 5, sub 1, de mogelijkheid heeft willen openen, dat alle problemen die bij de uitvoering van een contractuele verbintenis kunnen rijzen voor hetzelfde gerecht worden gebracht. In casu betrof dit de rechter van de plaats van uitvoering. In dit verband laat het Hof zich leiden door het beginsel dat de bijzaak de hoofdzaak volgt, *accessorium sequitur principale*.(13) Daarnaast heeft de verzoeker steeds de mogelijkheid alle onderdelen van zijn vordering bij het gerecht van de woonplaats van de verweerder aan te brengen. Bovendien kan op grond van artikel 22 van het Executieverdrag het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht in bepaalde omstandigheden van



het gehele geschil kennis nemen, wanneer de bij verschillende gerechten aangebrachte vorderingen samenhangend zijn.(14)

29. Deze bevoegdheid om alle onderdelen van een vordering bij hetzelfde gerecht aan te brengen is overigens niet onbeperkt. Een gerecht dat op grond van artikel 5, sub 3, bevoegd is kennis te nemen van een onderdeel van de vordering dat op onrechtmatige daad is gebaseerd, is niet bevoegd om kennis te nemen van de andere onderdelen van de vordering die een andere grondslag hebben dan onrechtmatige daad.(15)

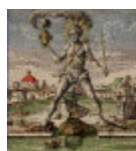
30. Dit brengt mij tot een volgende kenmerk van het Verdrag. De keuze van het bevoegde gerecht in het arrest Peters(16) hangt samen met de nauwe betrekkingen die een overeenkomst tussen contractpartijen tot stand brengt. Het Hof hanteert aldus de regel dat de bijzondere bevoegdheid moet berusten op het bestaan van een nauwe band tussen de vordering en een andere rechter dan die van de staat van de woonplaats van de verweerder, zodat de bevoegdheid van deze rechter wordt gerechtvaardigd door de eisen van een goede rechtsbedeling en een nuttige procesinrichting.(17) In het verband van artikel 5 van het Executieverdrag wordt ook wel gesproken van de nabijheid van het bevoegd verklaarde gerecht.(18) De nabijheid van de rechter bij de plaats van uitvoering van de verbintenis moet de bewijsvoering vereenvoudigen. Kortom, er moet - zo expliciteert ook de twaalfde overweging bij verordening nr. 44/2001 - een nauwe band bestaan tussen het bevoegde gerecht en de vordering.

### *Artikel 2*

31. Artikel 2 bepaalt dat de verweerder die zijn woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, ongeacht zijn nationaliteit, opgeroepen kan worden voor de gerechten van die staat. Aan dit artikel ligt het adagium actor sequitur forum rei ten grondslag. De bevoegdheidsregel van artikel 2 heeft het karakter van een algemeen beginsel. Het doel van artikel 2 is aldus de rechten van de verweerder te beschermen. De verweerder kan zich immers gemakkelijker verdedigen voor de gerechten van de staat van zijn woonplaats dan voor de rechterlijke instanties van een vreemde staat. Op deze wijze vormt artikel 2 het tegenwicht van de bij het Executieverdrag vergemakkelijkte erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen.(19) De vergemakkelijkte erkenning blijkt uit artikel 26, eerste alinea van het Verdrag, dat bepaalt dat de in een verdragsluitende staat gegeven beslissingen in de overige verdragsluitende staten zonder vorm van proces worden erkend.

### *Artikel 5 van het Executieverdrag en de restrictieve uitleg*

32. Artikel 5 bepaalt in welke gevallen op grond van het Executieverdrag een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende



staat, in een andere verdragsluitende staat in rechte kan worden opgeroepen. De keuze van het gerecht is aan de eisende partij en blijkt uit het instellen van de vordering. De keuzemogelijkheid voor de eiser houdt het gevaar in van forumshopping, en daarmee ook van lawshopping.(20) De eiser kan zich immers bij de keuze voor een bevoegde rechter laten leiden door het voor hem meest gunstige recht.

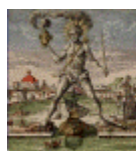
33. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moeten vanwege het algemene karakter van het beginsel van artikel 2 afwijkingen daarop restrictief worden uitgelegd.(21) Dit geldt natuurlijk ook voor artikel 5, dat het mogelijk maakt dat de verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, voor de gerechten van een andere verdragsluitende staat kan worden opgeroepen. Het vereiste van een restrictieve uitleg betekent dat de bevoegdheidsregels van artikel 5 niet bij analogie mogen worden toegepast zodat zij buiten de door het Executieverdrag voorziene gevallen gelden.(22) In het arrest *Dumez France en Tracoba* wijst het Hof er op dat zulks te meer geldt voor zover het Executieverdrag toestaat de verweerder op te roepen voor de Gerechten van de verdragsluitende staat op het grondgebied waarvan de eiser zijn woonplaats heeft. Afgezien van de uitdrukkelijk voorziene gevallen blijkt uit het Executieverdrag immers een duidelijke afkeer van de bevoegdheid van de gerechten van de woonplaats van de verzoeker, aldus het Hof.(23)

34. In zijn recente conclusie bij de zaak *Gabriel*(24) betwist advocaat-generaal Jacobs dat het gemeenschapsrecht een algemene regel zou bevatten, die inhoudt dat iedere uitzondering restrictief zou moeten worden uitgelegd. In algemene zin deel ik de opvatting van advocaat-generaal Jacobs. Bij artikel 5 van het Executieverdrag staat de noodzaak van een restrictieve uitleg echter niet ter discussie. Deze vloeit voort uit een van de doelstellingen van het Verdrag, de bescherming van de rechtszekerheid.

35. Het restrictieve karakter van de uitleg mag aan de andere kant ook weer niet zo ver gaan dat daardoor het praktisch effect aan artikel 5 wordt ontnomen.(25) Ik vat de rechtspraak aldus op dat het vereiste van een restrictieve uitleg hier meebrengt dat een toepassing naar analogie wordt uitgesloten, maar dat overigens de bewoordingen van de uitzonderingsbepaling beslissend zijn.

#### *Artikel 5, sub 1: de verbintenis uit overeenkomst*

36. Ingevolge artikel 5, sub 1, van het Verdrag kan een verweerder ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Onder het begrip verbintenis uit overeenkomst wordt de contractuele verbintenis verstaan die aan de vordering in rechte ten grondslag ligt.(26) In het geval een vordering



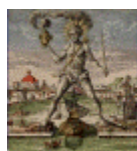
gebaseerd is op verschillende verbintenissen die waarschijnlijk op verschillende plaatsen moeten worden uitgevoerd, wordt de verbintenis waardoor de overeenkomst wordt gekarakteriseerd in aanmerking genomen.(27)

37. Het Hof stelt hoge eisen aan de toepasselijkheid van artikel 5, sub 1. In de rechtspraak is het element van vrijwilligheid bepalend. Dit blijkt onder meer uit het arrest Handte waarin het Hof bepaalde dat het begrip verbintenis uit overeenkomst niet in die zin mag worden uitgelegd, dat het ziet op een situatie waarin er geen sprake is van een verbintenis die een partij vrijwillig heeft aangegaan jegens een ander. Indien aan de eis van de vrijwilligheid niet is voldaan, kan artikel 5, sub 1, geen toepassing vinden. Overigens stelt het Hof dat artikel 5, sub 1, wel van toepassing kan zijn als het bestaan van de overeenkomst zelf in geschil is. Het kan volgens het Hof niet zo zijn dat een der partijen bij een overeenkomst de toepassing van artikel 5, sub 1, kan ontlopen met de enkele stelling dat geen overeenkomst is tot stand gekomen.(28)

38. Ook uit het arrest De Bloos vloeit de beperkte toepasselijkheid van artikel 5, sub 1, voort.(29) Niet iedere verbintenis die uit een overeenkomst voortvloeit valt onder artikel 5, sub 1. Het moet gaan om een contractuele verbintenis, die aan een vordering in rechte ten grondslag ligt. Het Hof legt de nadruk op de wederkerigheid van de verbintenis: de vordering heeft betrekking op de verplichting die de keerzijde vormt van het contractuele recht, waarop de verzoeker zich beroept.

39. Op grond van artikel 5, sub 1, kan de verweerder worden gedagvaard voor het gerecht van de plaats van uitvoering van de overeenkomst. Volgens de opstellers van het Executieverdrag moet deze plaats een nauwe band hebben met de feiten.(30) Het Hof heeft zich bij deze opvatting aangesloten door te stellen dat de plaats waar een verbintenis moet worden uitgevoerd, in de regel de nauwste band tussen het geschil en het bevoegde gerecht vertoont. Dit was doorslaggevend om voor verbintenissen uit overeenkomst dat gerecht als bevoegd gerecht aan te wijzen.(31) Voorts heeft het Hof gezegd dat de plaats van uitvoering van de verbintenis als bevoegdheidscriterium is gekozen, omdat dit een nauwkeurig en duidelijk criterium vormt en daardoor past in de algemene doelstelling van het Executieverdrag regels te stellen die zekerheid geven over de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende nationale gerechten waarbij een geschil inzake verbintenissen uit overeenkomst kan worden aangebracht.(32)

40. Reeds eerder overwoog het Hof in het arrest Tessili dat op grond van artikel 5, sub 1, het aan de aangezochte rechter staat volgens het Verdrag vast te stellen of de plaats waar de verbintenis is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd, in zijn rechtsgebied is gelegen. De rechter moet daartoe naar zijn



eigen conflictregels bepalen welk recht op de gegeven rechtsbetrekking van toepassing is en hij moet overeenkomstig dit recht de plaats van uitvoering van de litigieuze contractuele verbintenis vaststellen.(33) Deze regel die naar de toepasselijke nationale wetgeving verwijst, vormt een uitzondering op het uitgangspunt dat aan de in het Executieverdrag gehanteerde begrippen in het algemeen een autonome uitlegging moet worden gegeven.

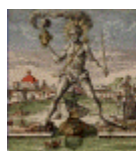
*Artikel 5, sub 3: de verbintenis uit onrechtmatige daad*

41. Het begrip verbintenis uit onrechtmatige daad omvat volgens het Hof elke rechtsvordering die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen en die geen verband houdt met een verbintenis uit overeenkomst in de zin van artikel 5, sub 1.(34) Hiermee staat vast dat de artikelen 5, sub 1 en sub 3, geen gelijktijdige toepassing kunnen vinden.

42. De materiële reikwijdte van artikel 5, sub 3, van het Verdrag wordt bepaald door de begrippen verbintenis uit onrechtmatige daad en plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Ook deze begrippen worden door het Hof autonoom uitgelegd. Het arrest Marinari wijst er op, dat het Verdrag de territoriale bevoegdheidsregel van artikel 5, sub 3, niet heeft willen koppelen aan de nationale bepalingen inzake de voorwaarden voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De reden hiervoor is dat een uitleg van het Verdrag waarbij rekening moet worden gehouden met het toepasselijke recht inzake aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, de bepaling van de bevoegdheid van het gerecht afhankelijk maakt van onzekere omstandigheden. Dit is in strijd met het doel van het Verdrag, namelijk te voorzien in een zekere en voorzienbare toewijzing van bevoegdheid.(35)

43. Het Hof houdt bij de uitlegging van dit artikel rekening met de ratio van artikel 5, sub 3, van het Verdrag. Net als bij artikel 5, sub 1, gaat het om het bestaan van een bijzonder nauw verband tussen de vordering en het gerecht van een andere staat dan die van de woonplaats van verweerder. Dit verband komt tot uitdrukking in het territoriale aanknopingspunt dat voor de bevoegdheid van het gerecht bepalend is.(36)

44. Het kan zijn dat de plaats waar de schade is ingetreden als gevolg van een onrechtmatige daad niet samenvalt met de plaats waar de veroorzakende gebeurtenis plaatsvindt. In het arrest Bier heeft het Hof bepaald dat dan beide plaatsen een duidelijke aanknopingspunt kunnen opleveren voor de rechterlijke bevoegdheid. Elk van deze aanknopingspunten kan naar gelang van de omstandigheden een nuttig uitgangspunt vormen voor de bewijslevering en de procesvoering. Het Hof voegde hieraan toe dat de aanwijzing van alleen de plaats van de veroorzakende gebeurtenis in veel gevallen zou leiden tot een versmelting van de bevoegdheden van de artikelen 2 en 5, sub 3, waardoor het nuttig effect van laatstgenoemde bepaling verloren zou gaan.(37)



45. Een en ander brengt overigens niet mee dat onder de plaats van het schadebrengende feit iedere plaats wordt verstaan waar de schadelijke gevolgen voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt. Het bepaalde in artikel 5, sub 3, verwijst slechts naar de plaats waar het veroorzakende feit rechtstreeks schadelijke gevolgen heeft gehad.(38) In het arrest Marinari stelde het Hof, dat de plaats van het schadebrengende feit aldus moet worden uitgelegd, dat het niet ziet op de plaats waar de gelaedeerde stelt vermogensschade te hebben geleden als gevolg van een door hem geleden, in een andere verdragsluitende staat ingetreden aanvankelijke schade.(39)

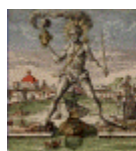
## **V - De ingebrachte opmerkingen**

46. Tacconi stelt dat de precontractuele aansprakelijkheid moet worden beschouwd als buitencontractueel en derhalve een onrechtmatige daad oplevert. Hiertoe voert zij aan dat tijdens de precontractuele fase geen enkele contractuele band tussen partijen bestaat.

47. Tacconi leest in de rechtspraak van het Hof dat het begrip verbintenis uit overeenkomst niet kan zien op een situatie waarin geen sprake is van een verbintenis die een partij vrijwillig is aangegaan jegens een ander.(40) In de precontractuele fase bestaat geen contractuele band tussen partijen en als uit de onderhandelingen geen overeenkomst voortvloeit, kan voor de partijen hieruit geen contractuele verplichting ontstaan, aldus Tacconi.

48. HWS beroept zich erop dat volgens de rechtspraak van het Hof het Executieverdrag op autonome wijze moet worden geïnterpreteerd, dat wil zeggen zonder rekening te houden met interpretatie van het Verdrag op basis van het toepasselijke nationale recht. Volgens HWS kan derhalve geen belang worden gehecht aan de doctrine en de Italiaanse jurisprudentie volgens welke de precontractuele aansprakelijkheid gelijk staat aan de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. HWS brengt het arrest Kalfelis in herinnering waarin werd vastgesteld dat onder het begrip onrechtmatige daad moet worden begrepen elke rechtsoverdring die beoogt de aansprakelijkheid van een verweerder in het geding te brengen en die geen verband houdt met een verbintenis uit overeenkomst in de zin van artikel 5, sub 1.(41) Artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag vindt volgens HWS geen toepassing, omdat deze bepaling het bestaan van een overeenkomst veronderstelt en de vordering van Tacconi juist op de niet-totstandkoming van de overeenkomst ziet.

49. Voorts stelt HWS dat het verschil tussen de precontractuele aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, sub 3, is dat laatstgenoemde aansprakelijkheid toepasselijk is op een ieder die de algemene regel van *neminem laedere* (geen schade aan



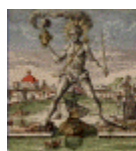
een ander toebrengen) schendt, dus een ieder die een delict pleegt of een absoluut recht schendt. De precontractuele aansprakelijkheid daarentegen kan slechts worden ingeroepen tegen iemand die in een bijzondere verhouding staat tot de gelaedeerde, te weten degene die aan het onderhandelen is over een overeenkomst. Volgens HWS accepteert degene die onderhandelingen aangaat met een ander, het risico dat de wederpartij de regels van goede trouw zou kunnen schenden en hem daarmee schade toebrengt.

50. HWS concludeert dat de bijzondere bevoegdheidscriteria niet voor de precontractuele aansprakelijkheid gelden en dat derhalve de algemene bevoegdheidsregel van artikel 2 in deze zaak aan de orde is.<sup>(42)</sup> Op grond hiervan had zij voor een Duitse rechter moeten worden gedagvaard.

51. De Commissie geeft in haar opmerkingen de rechtspraak van het Hof weer. Zij wijst op de restrictieve uitleg van artikel 5 van het Verdrag, op de autonome betekenis van de begrippen verbintenis uit overeenkomst en verbintenis uit onrechtmatige daad en op het vereiste dat een gemiddeld oordeelkundige verweerder redelijkerwijs kan voorzien voor welke andere rechter dan die van de staat van zijn woonplaats hij zou kunnen worden opgeroepen. Uit het arrest Handte blijkt volgens de Commissie verder dat het begrip verbintenis uit overeenkomst niet ziet op een situatie waarin er geen sprake is van een verbintenis die een partij vrijwillig is aangegaan met een ander.<sup>(43)</sup> Zou dit begrip wel zien op een dergelijke situatie, dan was dit in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel. Volgens het Hof vormt het vrijwilligheidsaspect derhalve de basisvoorwaarde voor de totstandkoming van een overeenkomst, aldus de Commissie.

52. De Commissie stelt verder dat het begrip verbintenis uit overeenkomst de mogelijkheid biedt tot een tekstuele interpretatie. Het begrip verbintenis uit onrechtmatige daad biedt deze mogelijkheid echter niet. Zij is van mening dat om die reden het Hof ten aanzien van de onrechtmatige daad de aansprakelijkheid als gemeenschappelijke noemer hanteert. Dit houdt in dat onder verbintenissen uit onrechtmatige daad die vorderingen vallen die niet expliciet tot het contractenrecht behoren. Deze interpretatie leidt tot duidelijke criteria voor de toepassing van de bijzondere bevoegdheid.

53. De Commissie acht het zinvol een onderscheid te maken tussen vorderingen gericht op de naleving van de contractuele verplichtingen en vorderingen gericht op het vaststellen van de aansprakelijkheid van de verweerder. Met betrekking tot de eerste categorie vorderingen rechtvaardigt het bijzondere karakter van de contractuele verplichting de keuze het geding bij de rechter van de plaats waar de verbintenis is of moet worden uitgevoerd, aanhangig te maken. Wat de tweede categorie vorderingen betreft, is de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft





voorgedaan, vanuit algemeen oogpunt het meest geschikt om kennis te nemen van het geschil.

54. Op grond van het voorgaande komt de Commissie tot de conclusie dat een vordering ter zake van de precontractuele aansprakelijkheid een vordering is uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, sub 3.

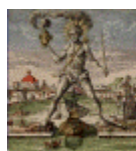
## **VI - De precontractuele aansprakelijkheid**

55. Uit het beginsel van de contractvrijheid vloeit voort dat een ieder vrij is te kiezen met wie en waarover hij in onderhandelingen wil treden en tot welk punt hij de onderhandelingen wil voortzetten. In beginsel bestaat dus de vrijheid de onderhandelingen af te breken wanneer men wil, zonder daarvoor aansprakelijk te zijn. De vrijheid om de onderhandelingen af te breken is echter niet absoluut. De UNIDROIT Principles bepalen in artikel 2.15 dat a party who (...) breaks off negotiations in bad faith is liable for losses caused to the other party. Volgens de toelichting op dit artikel kunnen de onderhandelingen op een punt komen waarna ze niet langer abrupt en zonder rechtvaardiging mogen worden afgebroken. Wanneer dit punt is bereikt, hangt ten eerste af van de mate waarin de ander, als gevolg van het gedrag van de een, reden had te vertrouwen op een positief resultaat. In de tweede plaats hangt het af van het aantal onderwerpen waarover partijen al overeenstemming hadden bereikt. Breekt een partij de onderhandelingen toch abrupt en zonder rechtvaardiging af, dan moet zij het verlies dat zij bij de wederpartij veroorzaakt vergoeden.

56. Precontractuele aansprakelijkheid ontstaat aldus als onderhandelingen over een overeenkomst zonder rechtvaardiging worden afgebroken.

57. Het is voor de eerste maal dat het Hof zich in het kader van het Executieverdrag dient te buigen over het rechtskarakter van de aansprakelijkheid die kan ontstaan tussen twee potentiële contractpartijen, tijdens de onderhandelingen over een contract. Aansprakelijkheid uit precontractuele verhoudingen wordt als zodanig niet geregeld in het Executieverdrag. Het meest duidelijke aanknopingspunt is nog te vinden in het rapport-Evrigenis, dat een toelichting geeft op het Verdrag ter gelegenheid van de toetreding van Griekenland. Dit rapport stelt dat precontractuele verhoudingen onder artikel 5, sub 1, kunnen worden gebracht.<sup>(44)</sup> Het rapport vermeldt echter niet op welke grondslag deze stelling is gebaseerd. Verder bestaat over het vraagstuk van de precontractuele aansprakelijkheid in de lidstaten een uitvoerige doctrine, al dan niet in het kader van het internationaal privaatrecht. De doctrine wijst niet in alle lidstaten in dezelfde richting.

58. In de meeste rechtsstelsels geldt dat de partij die zonder goede reden de onderhandelingen afbreekt, na bij zijn wederpartij het vertrouwen te hebben

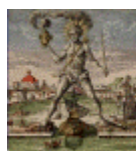


gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen, aansprakelijk is ter zake van het negatieve contractbelang. Dit negatieve contractbelang omvat in het algemeen niet alleen de kosten, maar ook de gemiste kansen een overeenkomst met een derde te sluiten. Bij afgebroken onderhandelingen gaat het om het vertrouwen dat de onderhandelingen tot enig resultaat leiden. Ik ga hier kort op enkele van deze rechtsstelsels in. Deze korte weergave van het recht op het gebied van de precontractuele aansprakelijkheid beoogt zeker geen uitpuittend beeld te geven van de stand van het recht in de lidstaten, maar heeft een louter illustratieve functie. Het Hof kan het nationale recht als inspiratiebron gebruiken voor de beantwoording van de aan hem gestelde vraag.

59. In het Italiaanse recht bevat artikel 1337 Codice civile een specifieke bepaling voor de precontractuele aansprakelijkheid. Partijen moet zich tijdens de onderhandelingen over en de opstelling van een overeenkomst te goeder trouw gedragen. Een partij die de onderhandelingen afbreekt zonder goede reden, na het vertrouwen te hebben gewekt dat een overeenkomst tot stand zou komen, is aansprakelijk ter zake van het negatief contractbelang. Dit negatieve belang omvat uitdrukkelijk naast kosten ook de gemiste kansen.<sup>(45)</sup> Het positieve belang wordt niet vergoed, id est de wederpartij behoeft niet in de situatie te worden gebracht waarin zij zou verkeren indien het contract daadwerkelijk was gesloten. De plicht die men schendt wanneer men abrupt de onderhandelingen afbreekt, strekt ertoe te voorkomen dat de wederpartij schade lijdt doordat zij in de onderhandelingen is betrokken en niet omdat de onderhandelingen uiteindelijk niet tot een contract hebben geleid. Schuld is niet vereist.

60. In het Duitse recht is een partij die verwijtbaar de onderhandelingen afbreekt zonder goede reden of uit niet ter zake doende overwegingen, nadat zij bij de ander het vertrouwen heeft gewekt dat een overeenkomst zeker tot stand zou komen, aansprakelijk terzake van het negatief contractbelang. Veelal wordt de aansprakelijkheid gebaseerd op de culpa in contrahendo-leer: een partij die plotseling de onderhandelingen afbreekt, is aansprakelijk voor de verwijtbare schending van de precontractuele plicht rekening te houden met de belangen van de wederpartij.<sup>(46)</sup> In het Duitse recht geldt dus vrijwel hetzelfde criterium als in Italië, alleen speelt het schuldvereiste wel een rol.

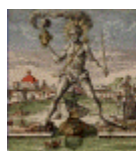
61. Het Franse recht voorziet niet in bepalingen met betrekking tot precontractuele onderhandelingen en totstandkoming van overeenkomsten. De precontractuele aansprakelijkheid is gebaseerd op het leerstuk van misbruik van recht in samenhang met de redelijkheid en billijkheid. Hiervan is sprake wanneer een partij plotseling zonder goede reden de onderhandelingen afbreekt op een moment dat de wederpartij mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen. Zolang geen overeenkomst tot stand is gekomen wordt de schade die voortvloeit uit de



precontractuele fase beschouwd onder het onrechtmatige daadrecht te vallen. Het geleden verlies van de wederpartij moet worden vergoed. Het is discutabel of dit ook de gemiste kansen (*perte d'une chance*) omvat, omdat niet vaststaat dat daadwerkelijk een overeenkomst met een derde zou zijn gesloten. De Franse rechters blijken overigens terughoudend te zijn ten aanzien van het vaststellen van de precontractuele aansprakelijkheid, omdat zij het beginsel van de contractvrijheid niet willen belemmeren.

62. Het Nederlandse recht wijkt hiervan af. Aansprakelijkheid is mogelijk voordat de wederpartij op het totstandkomen van de overeenkomst mocht vertrouwen. Naar Nederlands recht kan een stadium in de onderhandelingen aanbreken waarin afbreken niet meer vrijstaat. Als dit toch gebeurt, dan is aansprakelijkheid ter zake van het positief contractbelang mogelijk.<sup>(47)</sup> Er worden drie stadia in de onderhandelingen onderscheiden. In een eerste stadium staat afbreken van de onderhandelingen vrij, zonder aansprakelijkheid. Daarna volgt een stadium waarin afbreken wel vrijstaat, maar bij afbreken de kosten van de wederpartij moeten worden vergoed. Tot slot is er het laatste stadium waarin afbreken niet meer vrijstaat. Hiervan is sprake wanneer de wederpartij erop mag vertrouwen dat er een overeenkomst tot stand zal komen of wanneer andere omstandigheden het afbreken van de onderhandelingen niet rechtvaardigen. Indien een partij in dit stadium de onderhandelingen afbreekt, kan zij zelfs aansprakelijk zijn voor gedeelde winst. In de Nederlandse doctrine wordt bepleit dat in dit stadium vorderingen onder artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag kunnen worden gebracht, vanwege de nauwheid van betrekkingen die tussen partijen is ontstaan.<sup>(48)</sup>

63. Van oudsher wordt in het Britse recht aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen niet aanvaard. Het risico dat een partij de onderhandelingen afbreekt voordat een overeenkomst tot stand is gekomen, wordt gezien als *business loss*. De continentale notie van precontractuele goede trouw is op zichzelf in het Verenigd Koninkrijk niet bekend: er bestaat geen plicht te onderhandelen conform de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Een en ander houdt echter niet in dat het gedrag tijdens de precontractuele fase niet is genormeerd. Zo kan op basis van het leerstuk van *misrepresentation*<sup>(49)</sup> aansprakelijkheid worden geconstrueerd. Belangrijker echter vind ik de rechtsfiguur van *estoppel by representation*.<sup>(50)</sup> Op grond van deze rechtsfiguur kan een partij niet op een eerdere verklaring terugkomen indien de wederpartij als gevolg van deze verklaring schade heeft geleden. Deze rechtsfiguur is daarmee - hoewel niet gelijk - vergelijkbaar met noties uit het continentale recht als de bescherming van de goede trouw en het opgewekt vertrouwen. Tot slot merk ik op dat voor zover aansprakelijkheid ontstaat wegens afgebroken onderhandelingen, deze wordt gebaseerd op handelingen die een tort opleveren. Deze aansprakelijkheid valt nadrukkelijk te onderscheiden van



aansprakelijkheid in verband met het niet nakomen van contractuele verplichtingen.

64. Ik kom nu op de betekenis, die de aldus weergegeven rechtsopvattingen kunnen hebben voor de beantwoording van de vraag, die is gesteld in het licht van het Executieverdrag.

65. Hiertoe onderscheid ik het onderhandelingsproces in twee fasen. In de eerste fase staat de contractvrijheid voorop. Partijen kunnen onderhandelingen afbreken. In de tweede fase kunnen partijen de onderhandelingen niet meer zo maar afbreken. Het vertrouwen dat bij de ander is ontstaan, en de schade die deze lijdt wegens het afbreken van de onderhandelingen, kan leiden tot aansprakelijkheid. Die aansprakelijkheid omvat in ieder geval het negatieve contractbelang, dat wil zeggen de gemaakte kosten en de gemiste kansen. Die aansprakelijkheid gaat in het algemeen niet zo ver dat de wederpartij kan vorderen dat alsnog een contract wordt gesloten.(51)

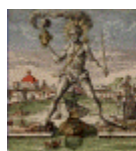
66. Mogelijk - en dat leid ik af uit de rechtsopvattingen in Nederland - valt nog een derde fase te onderscheiden. Het kan zijn dat de betrekkingen tussen partijen zodanig nauw zijn geworden dat ook een positief contractbelang kan worden gevorderd. Het gaat dan om ofwel de vordering het contract alsnog tot stand te brengen, ofwel een schadevergoeding die daarmee overeenkomt.

## **VII - Beoordeling**

### *Het algemene kader*

67. In zijn rechtspraak heeft het Hof het systeem van het Executieverdrag, voor zover van belang voor deze zaak, uitgelegd (zie onderdeel IV van deze conclusie). Ik vat samen:

- De begrippen uit het Executieverdrag worden in het algemeen autonoom uitgelegd; hun betekenis is niet afhankelijk van de uitleg die daaraan in het nationale recht van de lidstaten wordt gegeven.
- Bij de uitlegging van de begrippen wordt gekeken naar de doelstelling van het Verdrag de rechtsbescherming te vergroten. Het moet voor partijen voorspelbaar zijn welk gerecht bevoegd is.
- De hoofdregel wordt gevormd door artikel 2 van het Verdrag: de gerechten van de lidstaat waar de verweerder zijn woonplaats heeft zijn bevoegd kennis te nemen van een civiel geschil. In welbepaalde gevallen geeft artikel 5 aan de verzoeker in een geschil een alternatief.
- De voorziening van artikel 5 dient restrictief te worden uitgelegd, in de zin dat zij niet bij analogie van toepassing kan worden verklaard.
- Voorkomen moet worden dat meer rechterlijke instanties bevoegd zijn met betrekking tot een zelfde rechtsverhouding.



- De bevoegdheid van artikel 5 moet berusten op het bestaan van een bijzonder nauw verband tussen de vordering en de andere rechter dan die van de staat van de woonplaats van de verweerder.
- Artikel 5 zelf vormt een gesloten systeem. In geschillen betreffende civielrechtelijke aansprakelijkheid is hetzij artikel 5, sub 1, hetzij artikel 5, sub 3, van toepassing.
- Beslissend voor de toepasselijkheid van artikel 5, sub 1, is de vraag of sprake is van vrijwillig aangegane verplichtingen.

68. Deze elementen vormen het kader waarbinnen de beantwoording moet plaatsvinden. Daarnaast licht ik er nog twee punten apart uit.

69. Het eerste punt is voor mij dat de rechterlijke bevoegdheid en het toepasselijk recht zoveel mogelijk gelijk moeten zijn. Het heeft uiteraard de voorkeur indien een rechter het recht van zijn eigen land kan toepassen. Daarvoor immers is hij bij uitstek gekwalificeerd. Het voorkomt dat - ik noem als voorbeeld het onderhavige hoofdgeding - de Italiaanse rechter naar Duits recht de mogelijke aansprakelijkheid van HWS zou moeten beoordelen.

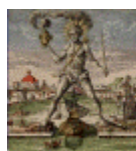
70. Zo veel mogelijk moet worden gelet op het belang van partijen. Dit vormt het tweede punt. Het is van belang vast te stellen dat artikel 5 is opgenomen in het belang van de verzoeker in een geding. De verzoeker moet niet in alle gevallen worden verplicht zich tot de rechter van de woonplaats van verweerder te wenden. Weliswaar gaat het Executieverdrag niet zo ver dat de verzoeker het gerecht van zijn eigen woonplaats kan kiezen<sup>(52)</sup>, maar het biedt hem wel de alternatieven die een procedureel evenwicht tussen de partijen moeten bewerkstelligen.

#### *De verhouding tussen artikel 5, sub 1, en artikel 5, sub 3,*

71. In kwesties van civielrechtelijke aansprakelijkheid kent het Executieverdrag als gezegd een gesloten systeem: steeds is of artikel 5, sub 1, of artikel 5, sub 3, van toepassing. De bepalingen kunnen nooit tegelijk van toepassing zijn.

72. Binnen dit gesloten systeem sluit ik aan bij de waardering door de Commissie van de verhouding tussen artikel 5, sub 1, en artikel 5, sub 3. De Commissie stelt dat het begrip verbintenis uit overeenkomst, anders dan het begrip verbintenis uit onrechtmatige daad, de mogelijkheid biedt tot een tekstuele interpretatie.

73. Kortom, volgens de rechtspraak van het Hof wordt de reikwijdte van artikel 5, sub 1, nauwkeurig omschreven. Indien een verbintenis niet onder de reikwijdte van artikel 5, sub 1, valt, is artikel 5, sub 3, van toepassing. In deze zin is artikel 5, sub 3, een restcategorie. Het is dus zaak vast te stellen in welke gevallen een verbintenis binnen de reikwijdte van artikel 5, sub 1,



valt. Hierbij staat het element van vrijwilligheid centraal. Het begrip verbintenissen uit overeenkomst mag niet aldus worden uitgelegd dat het ziet op een situatie waarin er geen sprake is van een verbintenis die een partij vrijwillig heeft aangegaan jegens een andere, aldus het arrest Handte.<sup>(53)</sup> Of sprake is van een vrijwillig aangegane verbintenis wordt allereerst bepaald door het beginsel van rechtszekerheid, zoals dat onder meer wordt gehanteerd in het arrest Handte. Moet een gemiddeld oordeelkundig justitiabele voorzien dat hij een verbintenis is aangegaan?

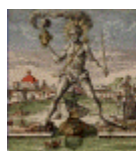
74. De nauwkeurige omschrijving van de reikwijdte van artikel 5, sub 1, is om nog een reden van belang. Artikel 5, sub 1, sluit de mogelijkheid in van forumkeuze. Partijen bij een overeenkomst kunnen ingevolge artikel 17 van het Executieverdrag een andere rechter of zelfs een arbiter aanwijzen die bij uitsluiting bevoegd is van een eventueel geschil kennis te nemen. Partijen doen hiermee vrijwillig afstand van de rechter die de wet hen toekent. Afstand doen van een dergelijk fundamenteel recht kan slechts op grond van een weloverwogen keuze.

#### *De betekenis voor precontractuele verhoudingen*

75. Zoals de verwijzende rechter benadrukt, vloeit de precontractuele aansprakelijkheid voort uit het niet naleven van een wettelijke plicht, en niet uit het niet nakomen van een verbintenis uit overeenkomst. Er is namelijk nog geen overeenkomst. De wettelijke plicht vloeit in casu voort uit artikel 1337 van de Italiaanse Codice Civile, dat inhoudt dat justitiabelen zich bij de onderhandelingen over een contract te goeder trouw moeten gedragen.

76. Ik vat deze verplichting op als een wettelijk verankerde algemene geldende gedragsnorm die zich niet onderscheidt van andere gedragsnormen die uit de wet voortvloeien. Niet naleving van dergelijke gedragsnormen kan onder omstandigheden een onrechtmatige daad opleveren. En daarmee zou artikel 5, sub 3, van het Executieverdrag van toepassing zijn.

77. Hiermee zou een eenvoudige beantwoording van de door de verwijzende rechter gestelde vraag mogelijk worden. Ik ben echter van mening dat het vraagstuk van de precontractuele aansprakelijkheid een complexer karakter heeft. Voor de toepassing van het Executieverdrag is naar mijn oordeel doorslaggevend of een verbintenis tussen partijen tot stand is gekomen. Zijn partijen verplichtingen jegens elkaar aangegaan? Is er een verplichting, die vrijwillig is aangegaan, dan is artikel 5, sub 1, van toepassing. Ik onderscheid verplichtingen van - al dan niet gerechtvaardigde - verwachtingen die partijen van elkaar hebben. Een zodanige verwachting kan er in bestaan dat de onderhandelingen niet onverwacht afbreken, of bijvoorbeeld gelijktijdig - maar niet openlijk - met een concurrent onderhandelen. Schending van dergelijke verwachtingen beschouw ik als een onrechtmatige daad.



78. De in het vorige punt bedoelde verplichting behoeft niet het contract zelf te zijn, waarover wordt onderhandeld maar kan ook een voorovereenkomst betreffen op grond waarvan een van de partijen met de uitvoering begint. Ter illustratie wijs ik op de casus in het hoofdgeding. Ook voordat er een volledig contract is over de levering van de gietmachine door HWS, waarin bijvoorbeeld ook alle financieringsvoorwaarden zijn geregeld, kan het zo zijn dat er reeds een zodanige afspraak tussen partijen bestaat dat HWS reeds een begin maakt met de uitvoering, bijvoorbeeld door productiecapaciteit te reserveren of door materialen te bestellen. Geschillen die dan vervolgens rijzen zouden mogelijkterwijs onder artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag kunnen vallen.

79. Bij de beantwoording van de vraag op welk moment sprake is van een verplichting kunnen voorts de criteria uit artikel 17 Executieverdrag een rol spelen. Het gaat dan met name om de criteria genoemd onder b en c. Indien een schriftelijke overeenkomst (of een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst) ontbreekt, kan het bestaan van een verplichting worden afgeleid uit:

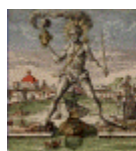
- de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden
- in de internationale handel, de gewoonten waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend zijn en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht worden genomen.

80. Ik verduidelijk mijn standpunt aan de hand van de verschillende fasen in het onderhandelingsproces, die ik in deel VI van deze conclusie(54) heb onderscheiden.

81. In de eerste fase van het onderhandelingsproces kunnen partijen onderhandelingen afbreken zonder dat aansprakelijkheid ontstaat. In die fase speelt artikel 5 van het Executieverdrag geen rol. Er is geen sprake van een onrechtmatige daad en evenmin van een overeenkomst.

82. In de tweede fase is er sprake van een opgewekt vertrouwen dat tot schade kan leiden. Een partij mag dan niet meer onverwacht onderhandelingen afbreken. Doet hij dit toch, dan pleegt hij onder omstandigheden een onrechtmatige daad. Hij kan dan worden veroordeeld tot een vergoeding van de kosten die de wederpartij heeft gemaakt, of tot een vergoeding vanwege de door de wederpartij gemiste kansen.

83. De derde fase is de fase waarin een (ondertekend) contract nog ontbreekt, maar waarin wel uit de omstandigheden kan worden afgeleid dat er een verplichting tussen partijen is aangegaan. In die fase kan artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag van toepassing zijn. Die omstandigheden



zouden erin kunnen bestaan dat over de hoofdelementen van een contract - het voorwerp van het contract en de prijs - overeenstemming bestaat, maar dat over de overige voorwaarden nog wordt onderhandeld. Ook kan het zo zijn dat een van de partijen reeds met de uitvoering van de overeenkomst is begonnen, omdat hij uit de gedragingen van de wederpartij kon afleiden dat wilsovereenstemming bestond. Tot slot wijs ik op de omstandigheden die zijn genoemd in artikel 17 van het Executieverdrag.

84. Ik ben mij bewust dat er in de hier beschreven derde fase al bijna sprake is van een volledig contract. Het hangt af van de inhoud van het nationale privaatrecht in hoeverre deze fase nog als precontractueel wordt gezien.

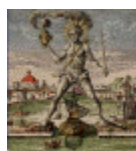
85. Ik concludeer dat een vordering ter zake van precontractuele aansprakelijkheid kan worden aangemerkt als een vordering ten aanzien van een verbintenis uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, sub 3, van het Executieverdrag. In het geval een dergelijke vordering betrekking heeft op een door de wederpartij jegens de eiser aangegane verplichting, dan valt deze vordering evenwel aan te merken als een vordering ten aanzien van een verbintenis uit overeenkomst, als bedoeld in artikel 5, sub 1, van het Executieverdrag.

## VIII - Conclusie

86. Op grond van bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging als volgt te antwoorden op de vraag van de Corte Suprema di Cassazione:

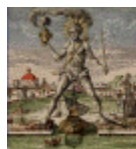
Een vordering ter zake van precontractuele aansprakelijkheid kan worden aangemerkt als een vordering ten aanzien van een verbintenis uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 5, sub 3, van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. In het geval een dergelijke vordering betrekking heeft op een door de wederpartij jegens de eiser aangegane verplichting, dan valt deze vordering evenwel aan te merken als een vordering ten aanzien van een verbintenis uit overeenkomst, als bedoeld in artikel 5, sub 1, van dat Verdrag.

- 
- (1) - Oorspronkelijke taal: Nederlands.
  - (2) - PB 1972, L 299, blz. 32. De geconsolideerde versie van het inmiddels gewijzigde Verdrag is te vinden in PB 1998, C 27, blz. 1.
  - (3) - PB 2001, L 12, blz. 1.
  - (4) - Tacconi stelt in dit verband dat er sprake is van culpa in contrahendo van HWS.
  - (5) - Overigens beschouwt verordening nr. 44/2001 de goede werking van de interne markt als hoofddoelstelling.
  - (6) - Arrest van 20 maart 1997, Farrell (C-295/95, Jurispr. blz. I-1683), punt 13.

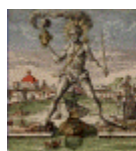




- (7) - Arrest van 7 maart 1995, Shevill e.a. (C-68/93, Jurispr. blz. I-0415, punt 39).
- (8) - Zie onder meer arrest van 27 oktober 1998, Réunion européenne e.a. (C-51/97, Jurispr. blz. I-6511, punt 15).
- (9) - Arrest van 22 maart 1983 (34/82, Jurispr. blz. 987, punt 9).
- (10) - Het Hof heeft dit bevestigd in onder meer de arresten van 8 maart 1988, Arcado (9/87, Jurispr. blz. 1539, punt 11) en 17 juni 1992, Handte (C-26/91, Jurispr. blz. I-3967).
- (11) - Zie het arrest van 27 september 1988, Kalfelis (189/87, Jurispr. blz. 5565, punt 15).
- (12) - Arrest van 6 oktober 1976 (14/76, Jurispr. blz. 1497, punt 9).
- (13) - Zie het arrest van 15 januari 1987, Shenavai (266/85, Jurispr. blz. 239, punt 19).
- (14) - Arrest Kalfelis, aangehaald in voetnoot 11, punt 20.
- (15) - Arrest Kalfelis, aangehaald in voetnoot 11, punt 19.
- (16) - Aangehaald in voetnoot 9, punt 12 van het arrest.
- (17) - Arresten van 30 november 1976, Bier (21/76, Jurispr. blz. 1735) en van 11 januari 1990, Dumez France en Tracoba (C-220/88, Jurispr. blz. I-49).
- (18) - Zie de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 16 maart 1999 in de zaak GIE Groupe Concorde e.a. (C-440/97, Jurispr. blz. I-6307, punten 64 en 65).
- (19) - Arrest van 4 juli 1985, AS-Autoteile Service (220/84, Jurispr. blz. 2267, punt 15).
- (20) - Zie hierover P. Vlas, Forumshopping in EEX en EVEX, A&V, jaargang 3, 1995, blz. 112-118.
- (21) - Arrest Kalfelis, aangehaald in voetnoot 11, punt 19.
- (22) - Zie bijvoorbeeld het arrest van 19 januari 1993, Shearson Lehman Hutton, (C-89/91, Jurispr. blz. I-139, punt 16) en het arrest Handte, aangehaald in voetnoot 10, punt 14.
- (23) - Aangehaald in voetnoot 17, punten 16 en 19. Zie in dezelfde zin het arrest van 13 juli 2000, Group Josi (C-412/98, Jurispr. blz. I-5925, punt 50).
- (24) - Conclusie van 13 december 2001 (C-96/00, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie).
- (25) - Zie het arrest van 4 maart 1982, Effer (38/81, Jurispr. blz. 825, punt 7, alsmede de conclusie van advocaat-generaal Reischl bij dit arrest).
- (26) - Arrest De Bloos, aangehaald in voetnoot 12, punt 11, en bevestigd in arrest Shenavai, aangehaald in voetnoot 13, punt 20.
- (27) - Arrest van 26 mei 1982, Ivenel (133/81, Jurispr. blz. 1891).
- (28) - Zie arrest Effer, aangehaald in voetnoot 25, punt 7.
- (29) - Aangehaald in voetnoot 12. Zie punten 10 en 11 van het arrest.
- (30) - Advocaat-generaal Lenz deelt deze opvatting. Zie conclusie bij arrest van 29 juni 1994, Custom Made Commercial (C-288/92, Jurispr. blz. I-2913).
- (31) - Arrest Peters, aangehaald in voetnoot 9.



- (32) - Zie arrest Custom Made Commercial, aangehaald in voetnoot 30, punt 15.
- (33) - Zie arrest van 6 oktober 1976, Tessili (12/76, Jurispr. blz. 1473, punt 13).
- (34) - Zie het arrest Kalfelis, aangehaald in voetnoot 11, punt 18.
- (35) - Arrest van 19 september 1995 (C-364/93, Jurispr. blz. I-2719, punt 18).
- (36) - Zie het arrest Bier, aangehaald in voetnoot 17, punt 11.
- (37) - Aangehaald in voetnoot 17, punt 20.
- (38) - Zie het arrest Bier, aangehaald in voetnoot 17, punt 15 en verder.
- (39) - Aangehaald in voetnoot 35, punt 21.
- (40) - Zij wijst op het arrest Handte, aangehaald in voetnoot 10, punt 15.
- (41) - Aangehaald in voetnoot 11, punt 17.
- (42) - Blijkbaar heeft HWS de stelling verlaten dat de precontractuele aansprakelijkheid verband houdt met de verbintenis uit overeenkomst.
- (43) - Aangehaald in voetnoot 10, punt 15.
- (44) - Het Rapport-Evrigenis, PB 1986, C 298, punt 49.
- (45) - Volgens de UNIDROIT Principles moet onder verlies worden verstaan de kosten die de wederpartij heeft gemaakt en de gemiste kans om een derde te contracteren.
- (46) - Over de vraag of en in welke mate schuld is vereist bestaat in Duitsland geen communis opinio.
- (47) - Zie HR 18 juni 1982, NJ 1983, blz. 723 (Plas/Valburg).
- (48) - Zie de noot van Schultz onder het arrest Peters (aangehaald in voetnoot 9), NJ 1983, blz. 644, en J.E.J.Th. Deelen, IPR en de afgebroken onderhandelingen, Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus, Reeks Handelsrecht nr. 18, 1984, blz. 126.
- (49) - Te vergelijken met het continentale leerstuk van dwaling.
- (50) - Daarnaast kent het Britse recht ook promissory estoppel. Deze figuur houdt in dat een partij gehouden kan worden aan een belofte die hij zijn wederpartij heeft gedaan. Promissory estoppel wordt meestal ingeroepen in bestaande contractuele relaties; het kan normaal gesproken niet worden benut voor de precontractuele aansprakelijkheid.
- (51) - Dit geldt ook - en in nog sterkere mate - voor het stelsel in het Verenigd Koninkrijk, dat andere rechtsbeginselen hanteert dan de beschreven continentale rechtsstelsels.
- (52) - Sterker nog: de verdragswetgever heeft daarvan een duidelijke afkeer (zie de arresten Dumez France en Tracoba, aangehaald in voetnoot 17, en Group Josi, aangehaald in voetnoot 23).
- (53) - Aangehaald in voetnoot 10, punt 15.
- (54) - Zie de punten 65 en 66.



Arrêt de la cour du 17 septembre 2002 (1)

Dans l'affaire C-334/00,  
ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en vertu du protocole du 3 juin 1971 relatif à l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, par la Corte suprema di cassazione (Italie) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

**Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA**

et

**Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS),**

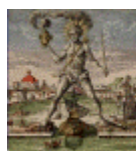
une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 5, points 1 et 3, de la convention du 27 septembre 1968, précitée (JO 1972, L 299, p. 32), telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 304, p. 1, et - texte modifié - p. 77), par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique (JO L 388, p. 1) et par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise (JO L 285, p. 1),

LA COUR,

composée de M. G. C. Rodríguez Iglesias, président, M<sup>me</sup> N. Colneric et M. S. von Bahr, présidents de chambre, MM. C. Gulmann, D. A. O. Edward, A. La Pergola, J.-P. Puissechet, M. Wathelet, R. Schintgen, J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur) et C. W. A. Timmermans, juges,  
avocat général: M. L. A. Geelhoed,  
greffier: M. R. Grass,

considérant les observations écrites présentées:

- pour Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA, par M<sup>e</sup> F. Franchi, avvocato,
  - pour Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), par M<sup>es</sup> M. P. Ginelli, avvocato, et R. Rudek, Rechtsanwalt,
  - pour la Commission des Communautés européennes, par M<sup>me</sup> A.-M. Rouchaud et M. G. Bisogni, en qualité d'agents,
- vu le rapport du juge rapporteur,  
ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 31 janvier 2002,  
rend le présent



## Arrêt

1. Par ordonnance du 9 juin 2000, parvenue à la Cour le 11 septembre suivant, la Corte suprema di cassazione a posé, en application du protocole du 3 juin 1971 relatif à l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, trois questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 5, points 1 et 3, de cette convention (JO 1972, L 299, p. 32), telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 304, p. 1, et - texte modifié - p. 77), par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique (JO L 388, p. 1) et par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise (JO L 285, p. 1, ci-après la «convention de Bruxelles»).

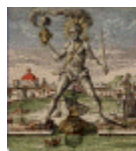
2. Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant la société de droit italien Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA (ci-après «Tacconi»), établie à Perugia (Italie), à la société de droit allemand Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (ci-après «HWS»), établie en République fédérale d'Allemagne, au sujet d'une indemnité réclamée à titre de dommages et intérêts par Tacconi à HWS, en réparation du préjudice que la première prétend avoir subi à la suite de la violation par la seconde des obligations de loyauté et de bonne foi applicables à l'occasion des négociations visant à la formation d'un contrat.

## Le cadre juridique

### *La convention de Bruxelles*

3. L'article 2, premier alinéa, de la convention de Bruxelles dispose:  
«Sous réserve des dispositions de la présente convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État.»
4. L'article 5, points 1 et 3, de la convention de Bruxelles précise:  
«Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, dans un autre État contractant:  
1) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée; [...]  
[...]  
3) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit».

### *Le droit national*



5. L'article 1337 du codice civile (ci-après le «code civil italien») dispose que, dans le cadre de la négociation et de la formation d'un contrat, les parties doivent agir de bonne foi.

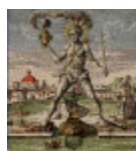
### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

6. Le 23 janvier 1996, Tacconi a assigné HWS devant le Tribunale di Perugia afin de faire constater l'absence de conclusion entre HWS et la société de leasing B. N. Commercio e Finanza SpA (ci-après «BN») d'un contrat de vente portant sur une installation de moulage, alors que BN et Tacconi avaient, avec l'accord de HWS, déjà conclu un contrat de leasing ayant pour objet ladite installation. Selon Tacconi, le contrat entre HWS et BN ne s'était pas conclu en raison du refus injustifié de HWS de procéder à la vente et donc de la violation par cette société des obligations de loyauté et de bonne foi qui lui incombait. HWS aurait ainsi porté atteinte à la confiance légitime de Tacconi, qui aurait compté sur la conclusion du contrat de vente. Tacconi concluait dès lors à la condamnation de HWS à la réparation de tous les dommages qu'elle lui avait prétendument causés, dommages dont la valeur avait été évaluée à 3 000 000 000 ITL.

7. Dans sa défense, HWS a invoqué le défaut de compétence du juge italien du fait de l'existence d'une clause compromissoire prévoyant un arbitrage et, à titre subsidiaire, en raison de l'application de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles. Sur le fond, elle a conclu au rejet de la demande de Tacconi et, «à titre strictement subsidiaire et reconventionnel», à la condamnation de celle-ci au paiement de 450 248,36 DEM.

8. Par requête notifiée le 16 mars 1999, Tacconi a demandé, au titre de l'article 41 du code de procédure civile italien, relatif aux décisions préjudicielles en matière de compétence, à la Corte suprema di cassazione de déclarer que la compétence de trancher le litige au principal revient au juge italien. Selon cette société, il n'y a pas eu d'accord entre HWS et elle-même parce que chaque proposition a été suivie d'une réponse non conforme. Tacconi a ainsi invoqué la responsabilité précontractuelle de HWS sur le fondement de l'article 1337 du code civil italien et a soutenu que, en vertu de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles, le «lieu où le fait dommageable s'est produit» doit aussi être entendu comme le lieu où se réalise l'appauvrissement de la personne qui se prétend lésée. Or, ce serait à Perugia, où Tacconi a son siège social, que se serait produite la perte en cause au principal.

9. Dans son ordonnance de renvoi, la juridiction nationale a estimé que le critère de compétence spéciale prévu à l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles ne semble pas applicable à la responsabilité précontractuelle, laquelle ne découle pas de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Une



telle obligation n'existerait pas dans le cas de l'espèce au principal, compte tenu de l'absence de conclusion d'un contrat.

10. Considérant que, pour trancher cette question de compétence, il était donc nécessaire d'interpréter la convention de Bruxelles, la Corte suprema di cassazione a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) L'action visant à invoquer la responsabilité précontractuelle du défendeur relève-t-elle de la matière délictuelle ou quasi délictuelle (article 5, point 3, de la convention de Bruxelles)?

2) Dans la négative, cette action relève-t-elle de la matière contractuelle (article 5, point 1, de la convention de Bruxelles) et, dans l'affirmative, quelle est l'obligation qui sert de base à la demande?

3) En cas de réponse négative, faut-il appliquer à cette action le seul critère général du domicile du défendeur?»

### **Sur la première question**

11. Par sa première question, la juridiction de renvoi demande si l'action par laquelle la responsabilité précontractuelle du défendeur est invoquée relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles.

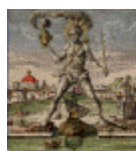
#### *Observations déposées devant la Cour*

12. Invoquant la jurisprudence de la Cour (arrêts du 27 septembre 1988, Kalfelis, 189/87, Rec. p. 5565; du 26 mars 1992, Reichert et Kockler, C-261/90, Rec. p. I-2149, et du 17 juin 1992, Handte, C-26/91, Rec. p. I-3967), Tacconi et la Commission soutiennent que, étant donné que la responsabilité précontractuelle ne trouve pas son origine dans des engagements librement assumés d'une partie envers une autre, elle relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle.

13. Selon Tacconi, il est tout à fait évident que, dans la phase précontractuelle, dès lors que le contrat n'est pas encore conclu, il n'existe aucun lien contractuel de nature à lier réciproquement les parties.

14. La Commission fait valoir que, sur le fondement de la jurisprudence de la Cour, il est possible d'énoncer un principe général selon lequel toutes les demandes visées par la convention de Bruxelles qui tendent à faire constater la responsabilité d'un défendeur donnent lieu, en tout état de cause, à l'application d'un des deux critères de compétence spéciale prévus à l'article 5, points 1 et 3, de cette convention.

15. La Commission conclut que les litiges en matière de responsabilité précontractuelle relèvent du champ d'application de l'article 5, point 3, de la



convention de Bruxelles puisque, d'une part, l'action visant à invoquer la responsabilité précontractuelle du défendeur est, par définition, une demande visant à faire constater une responsabilité du défendeur et que, d'autre part, cette responsabilité ne se fonde pas sur des engagements librement assumés par le défendeur à l'égard du demandeur, mais sur des devoirs de comportement imposés, de manière plus ou moins spécifique, par une source extérieure aux parties engagées dans la relation précontractuelle.

16. En revanche, HWS soutient que la responsabilité précontractuelle a une nature différente de celle de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle. Celle-ci s'appliquerait à toute personne qui violerait la règle générale interdisant de nuire à autrui et porterait atteinte à des droits dits «absolus».

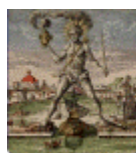
17. Or, une responsabilité précontractuelle ne pourrait être imputée qu'à une personne ayant un rapport particulier avec la personne lésée, à savoir celui résultant de la négociation d'un contrat. Dès lors, par opposition aux principes applicables en matière délictuelle ou quasi délictuelle, l'appréciation de la responsabilité précontractuelle ne pourrait pas faire abstraction du contenu de la négociation.

18. En outre, faisant valoir que, en l'espèce au principal, on ne saurait non plus appliquer l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles puisque la demande de Tacconi repose sur l'hypothèse qu'aucun contrat n'a été conclu, HWS soutient que la responsabilité précontractuelle n'est ni une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle ni une responsabilité contractuelle et que, partant, les juridictions allemandes sont compétentes pour connaître de l'affaire au principal en application de la disposition générale de l'article 2 de cette convention.

#### *Appréciation de la Cour*

19. À titre liminaire, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante (voir arrêts du 22 mars 1983, Peters, 34/82, Rec. p. 987, points 9 et 10; Reichert et Kockler, précité, point 15, et Handte, précité, point 10), les notions de «matière contractuelle» et de «matière délictuelle» au sens de l'article 5, points 1 et 3, de la convention de Bruxelles doivent être interprétées de façon autonome, en se référant principalement au système et aux objectifs de cette convention. Ces notions ne sauraient, dès lors, être comprises comme de simples renvois au droit interne de l'un ou de l'autre des États contractants concernés.

20. En effet, une telle interprétation est seule de nature à assurer l'application uniforme de la convention de Bruxelles, dont l'objectif consiste, notamment, à unifier les règles de compétence des juridictions des États contractants et à renforcer la protection juridique des personnes établies dans la Communauté, en permettant à la fois au demandeur d'identifier



facilement la juridiction qu'il peut saisir et au défendeur de prévoir raisonnablement celle devant laquelle il peut être attiré (voir arrêts du 20 mars 1997, Farrell, C-295/95, Rec. p. I-1683, point 13, et du 19 février 2002, Besix, C-256/00, Rec. p. I-1737, points 25 et 26).

21. Ainsi que la Cour l'a jugé, la notion de «matière délictuelle ou quasi délictuelle» au sens de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles comprend toute demande qui vise à mettre en cause la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la «matière contractuelle» au sens de l'article 5, point 1, de cette convention (arrêts Kalfelis, précité, point 18; Reichert et Kockler, précité, point 16, et du 27 octobre 1998, Réunion européenne e.a., C-51/97, Rec. p. I-6511, point 22).

22. En outre, il y a lieu de relever que, si l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles n'exige pas la conclusion d'un contrat, l'identification d'une obligation est néanmoins indispensable à l'application de cette disposition, étant donné que la compétence de la juridiction nationale est fixée, en matière contractuelle, en fonction du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

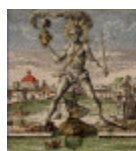
23. Par ailleurs, il convient de rappeler que, d'après la jurisprudence de la Cour, la notion de «matière contractuelle» au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre (arrêts précités Handte, point 15, et Réunion européenne e.a., point 17).

24. Or, il ne ressort pas du dossier qu'il ait existé un engagement quelconque librement assumé par HWS envers Tacconi.

25. Compte tenu des circonstances de l'espèce au principal, l'obligation de réparer le préjudice résultant prétendument d'une rupture injustifiée des négociations ne pourrait découler que de la violation de règles de droit, notamment de celle qui impose aux parties d'agir de bonne foi à l'occasion des négociations visant à la formation d'un contrat.

26. Dans ces conditions, force est de constater que la responsabilité résultant le cas échéant de l'absence de conclusion du contrat visé par la demande au principal ne peut pas être de nature contractuelle.

27. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la première question préjudicielle que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, caractérisée par l'absence d'engagements librement assumés par une partie envers une autre à l'occasion des négociations visant à la formation d'un contrat et par l'éventuelle violation de règles de droit, notamment celle qui impose aux





parties d'agir de bonne foi dans le cadre de ces négociations, l'action par laquelle la responsabilité précontractuelle du défendeur est invoquée relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles.

### **Sur les deuxième et troisième questions**

28. La première question ayant reçu une réponse affirmative, il n'y a pas lieu de répondre aux autres questions posées par la juridiction de renvoi.

### **Sur les dépens**

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

Par ces motifs,  
LA COUR,

statuant sur les questions à elle soumises par la Corte suprema di cassazione, par arrêt du 9 juin 2000, dit pour droit:

**Dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, caractérisée par l'absence d'engagements librement assumés par une partie envers une autre à l'occasion des négociations visant à la formation d'un contrat et par l'éventuelle violation de règles de droit, notamment celle qui impose aux parties d'agir de bonne foi dans le cadre de ces négociations, l'action par laquelle la responsabilité précontractuelle du défendeur est invoquée relève de la matière délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de l'article 5, point 3, de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique et par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise.**

Rodríguez Iglesias  
Colneric  
von Bahr  
Gulmann  
Edward  
La Pergola



[www.ipr.be](http://www.ipr.be)  
[www.internationaalprivaatrecht.com](http://www.internationaalprivaatrecht.com)  
[www.droitinternationalprive.com](http://www.droitinternationalprive.com)  
[www.privateinternationallaw.com](http://www.privateinternationallaw.com)

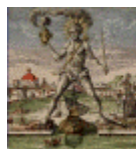
Puissochet  
Wathelet  
Schintgen  
Cunha Rodrigues  
Timmermans

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 17 septembre 2002.

Le greffier  
Le président  
R. Grass  
G. C. Rodríguez Iglesias

---

(1): Langue de procédure: l'italien.



[www.ipr.be](http://www.ipr.be)  
[www.internationaalprivaatrecht.com](http://www.internationaalprivaatrecht.com)  
[www.droitinternationalprive.com](http://www.droitinternationalprive.com)  
[www.privateinternationalallaw.com](http://www.privateinternationalallaw.com)

## Wetgeving/Législation

### **Wet van 14 maart 2002, houdende regeling van het conflictenrecht inzake de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming (Nederland) / Loi du 14 mars 2002 portant règlement des conflits de lois en matière de liens de filiation (Pays-bas)**

**Wet van 14 maart 2002, houdende regeling van het conflictenrecht inzake de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming.**  
(Wet conflictenrecht afstamming)

gepubliceerd in het Nederlands Staatsblad 2002, nr. 153

**Vertaling in het Frans verzorgd door Dorothée van Iterson**

**Loi du 14 mars 2002 portant règlement des conflits de lois en matière de liens de filiation.**  
(Loi réglant les conflits de lois en matière de filiation),

publiée au Bulletin des lois et des décrets royaux 2002, no. 153.

**Traduit du néerlandais par Dorothée van Iterson**

---

#### ***Hoofdstuk 1- Familierechtelijke betrekkingen door geboorte***

##### **Artikel 1**

1. Of een kind door geboorte in familierechtelijke betrekkingen komt te staan tot de vrouw uit wie het is geboren en de met haar gehuwde of gehuwd geweest zijnde man, wordt bepaald door het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de vrouw en de man of, indien dit ontbreekt, door het recht van de staat waar de vrouw en de man elk hun gewone verblijfplaats hebben, of indien ook dit ontbreekt, door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind.

2. Voor de toepassing van het eerste lid is bepalend het tijdstip van de geboorte van het kind, dan wel indien

---

#### ***Chapitre 1 - Des liens de filiation par la naissance***

##### **Article premier**

1. L'établissement, par la naissance, de liens de filiation entre un enfant et la femme dont il est né et l'homme qui est ou a été marié avec elle est régi par la loi de l'État dont l'homme et la femme ont la nationalité ou, à défaut, par la loi de l'État où la femme et l'homme ont tous deux leur résidence habituelle, ou, à défaut, par la loi de l'État où l'enfant a sa résidence habituelle.

2. La date prise en compte pour l'application du paragraphe 1 est celle de la naissance de l'enfant ou,



geboorte van het kind, dan wel indien het huwelijk van de ouders voordien is ontbonden, dat van de ontbinding.

3. Hebben de vrouw en de man meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit, dan worden zij voor de toepassing van het eerste lid geacht geen gemeenschappelijke nationaliteit te hebben.

#### **Artikel 2**

1. Of familierechtelijke betrekkingen als bedoeld in artikel 1 in een gerechtelijke procedure tot gegrondverklaring van een ontkenning kunnen worden tenietgedaan, wordt bepaald door het recht dat ingevolge dat artikel op het bestaan van die betrekkingen toepasselijk is.

2. Is volgens het in het eerste lid bedoelde recht ontkenning niet of niet meer mogelijk, dan kan de rechter, indien zulks in het belang is van het kind en de ouders en het kind een daartoe strekkend gezamenlijk verzoek doen, een ander in artikel 1 genoemd recht toepassen, dan wel het recht toepassen van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind ten tijde van de ontkenning of het Nederlandse recht.

3. Ongeacht het ingevolge het eerste of het tweede lid toepasselijke recht is in de daar bedoelde gerechtelijke procedure artikel 212 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing.

4. Of familierechtelijke betrekkingen tussen een kind en de met zijn moeder gehuwde of gehuwd geweest

si le mariage des parents a été dissous avant la naissance de l'enfant, celle de la dissolution du mariage.

3. Si la femme et l'homme ont plus d'une nationalité commune, ils sont réputés, pour l'application du paragraphe 1, n'avoir pas de nationalité commune.

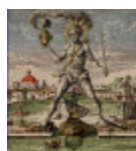
#### **Article 2**

1. L'annulation, par une action en validation de contestation ou de désaveu de liens de filiation comme visés à l'article premier est régie par la loi applicable, en vertu de cet article, à ces liens.

2. Si la contestation ou le désaveu ou n'est pas ou n'est plus possible en vertu de la loi visée au paragraphe 1, le juge peut, pour autant que ce soit dans l'intérêt de l'enfant et que l'enfant et les parents présentent une requête conjointe à cet effet, appliquer une autre loi visée à l'article premier ou appliquer la loi de l'État où l'enfant avait sa résidence habituelle à la date de la contestation ou du désaveu, ou encore la loi néerlandaise.

3. Quelle que soit la loi applicable en vertu du paragraphe 1 ou 2, l'action qui y est visée est soumise aux dispositions de l'article 212 du Livre 1 du Code civil.

4. L'annulation, par une déclaration de contestation faite par la mère devant l'officier de l'état civil, des



zijnde man door een verklaring houdende ontkenning door de moeder ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand kunnen worden tenietgedaan, wordt bepaald door het recht dat ingevolge artikel 1 op het bestaan van die betrekkingen toepasselijk is. Onverminderd het eerste en het tweede lid, kan een zodanige verklaring slechts worden afgelegd indien de met de moeder gehuwde of gehuwd geweest zijnde nog levende man erin toestemt en indien tegelijkertijd familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en een andere man ontstaan of worden gevestigd.

### Artikel 3

1. Of tussen een vrouw en het buiten huwelijk uit haar geboren kind door geboorte familierechtelijke betrekkingen ontstaan, wordt bepaald door het recht van de staat van de nationaliteit van de vrouw. In elk geval ontstaan zodanige betrekkingen indien de vrouw haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft.

2. Voor de toepassing van het eerste lid is bepalend het tijdstip van de geboorte.

3. Het eerste en het tweede lid laten onverlet de toepassing van de op 12 september 1962 te Brussel tot stand gekomen Overeenkomst betreffende de vaststelling van betrekkingen tussen het onwettige kind en zijn moeder (Trb. 1963, 93).

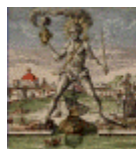
liens de filiation entre un enfant et l'homme qui est ou a été marié avec sa mère, est régie par la loi applicable à ces liens en vertu de l'article premier. Sans préjudice des dispositions des paragraphes 1 et 2, une telle déclaration ne peut être faite qu'avec le consentement de l'homme encore vivant qui est ou a été marié avec la mère et à condition que naissent ou soient confirmés en même temps des liens de filiation entre l'enfant et un autre homme.

### Article 3

1. L'établissement des liens de filiation entre une femme et l'enfant auquel elle a donné naissance hors mariage est régi par la loi de l'État dont la femme a la nationalité. De tels liens sont toujours établis si la femme a sa résidence habituelle aux Pays-Bas.

2. La date prise en compte pour l'application du paragraphe 1 est celle de la naissance de l'enfant.

3. Les paragraphes 1 et 2 ne portent en rien préjudice à l'application de la Convention relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels, signée à Bruxelles le 12 septembre 1962



## *Hoofdstuk 2- Familierechtelijke betrekkingen door erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap*

### **Artikel 4**

1. Of erkenning door een man familierechtelijke betrekkingen doet ontstaan tussen hem en een kind, wordt, wat betreft de bevoegdheid van de man en de voorwaarden voor de erkenning, bepaald door het recht van de staat waarvan de man de nationaliteit bezit. Indien volgens dat recht erkenning niet of niet meer mogelijk is, is bepalend het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind. Is zij ook volgens dat recht niet of niet meer mogelijk, dan is bepalend het recht van de staat waarvan het kind de nationaliteit bezit. Is zij volgens dat recht ook niet of niet meer mogelijk, dan is bepalend het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van de man.

2. Ongeacht het ingevolge het eerste lid toepasselijke recht, bepaalt het Nederlandse recht of een Nederlandse gehuwde man bevoegd is een kind van een andere vrouw dan zijn echtgenote te erkennen.

3. De akte van erkenning en de latere vermelding van de erkenning vermelden het recht dat ingevolge het eerste of het tweede lid is toegepast.

4. Ongeacht het ingevolge het eerste lid toepasselijke recht, is op de toestemming van de moeder, onderscheidenlijk het kind, tot de

## *Chapitre 2 - Des liens de filiation par reconnaissance ou action en recherche de paternité*

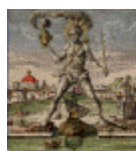
### **Article 4**

1. L'établissement, par la reconnaissance par un homme, de la filiation paternelle entre un enfant et lui-même est régi, pour ce qui concerne la capacité de l'homme à reconnaître l'enfant et les conditions de la reconnaissance, par la loi de l'État dont l'homme a la nationalité. Si, selon cette loi, la reconnaissance n'est pas ou n'est plus possible, c'est la loi de l'État où l'enfant a sa résidence habituelle qui est déterminante. Si la reconnaissance n'est pas non plus ou n'est plus non plus possible selon cette loi, c'est la loi de l'État dont l'enfant a la nationalité qui est déterminante. Si la reconnaissance n'est pas non plus ou n'est plus non plus possible selon cette loi, c'est la loi de l'État de résidence habituelle de l'homme qui est applicable.

2. Quelle que soit la loi applicable en vertu du paragraphe 1, c'est la loi néerlandaise qui détermine si un homme marié de nationalité néerlandaise a la capacité de reconnaître un enfant né d'une femme autre que son épouse.

3. L'acte de reconnaissance et la mention ultérieure de la reconnaissance font mention de la loi qui a été appliquée en vertu du paragraphe 1 ou du paragraphe 2.

4. Quelle que soit la loi applicable en vertu du paragraphe 1, le consentement de la mère ou de l'enfant à la reconnaissance est régi



erkenning toepasselijk het recht van de staat waarvan de moeder, onderscheidenlijk het kind, de nationaliteit bezit. Bezit de moeder, onderscheidenlijk het kind, de Nederlandse nationaliteit, dan is het Nederlandse recht van toepassing. Indien het toepasselijke recht de erkenning niet kent, is toepasselijk het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van de moeder, onderscheidenlijk het kind. Het op de toestemming toepasselijke recht bepaalt tevens of bij gebreke van toestemming deze kan worden vervangen door een rechterlijke beslissing.

5. Voor de toepassing van de voorgaande leden is bepalend het tijdstip van de erkenning en de toestemming.

#### **Artikel 5**

Of en op welke wijze een erkenning kan worden tenietgedaan, wordt, wat betreft de bevoegdheid van de man en de voorwaarden voor de erkenning, bepaald door het ingevolge artikel 4, eerste en tweede lid, toegepaste recht, en wat betreft de toestemming van de moeder, onderscheidenlijk het kind, door het recht dat ingevolge artikel 4, vierde lid, toepasselijk is.

#### **Artikel 6**

1. Of en onder welke voorwaarden het vaderschap van een man gerechtelijk kan worden vastgesteld, wordt bepaald door het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de man en de moeder of, indien dit ontbreekt, door

par la loi de l'État dont respectivement la mère ou l'enfant a la nationalité. Si la mère, ou l'enfant, a la nationalité néerlandaise, c'est la loi néerlandaise qui est applicable. Si la loi applicable ne connaît pas la reconnaissance, la loi applicable est celle de l'État où respectivement la mère ou l'enfant a sa résidence habituelle. La loi applicable au consentement détermine également si, à défaut de consentement, celui-ci peut être remplacé par une décision de justice.

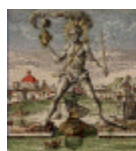
5. La date prise en compte pour l'application des paragraphes précédents est celle de la reconnaissance et du consentement.

#### **Article 5**

L'annulation et les modalités de l'annulation d'une reconnaissance sont régies, pour ce qui concerne la capacité de l'homme à reconnaître l'enfant et les conditions de la reconnaissance, par la loi applicable en vertu des dispositions de l'article 4, paragraphes 1 et 2, et pour ce qui concerne le consentement de la mère ou de l'enfant, par la loi applicable en vertu des dispositions de l'article 4, paragraphe 4.

#### **Article 6**

1. L'action en recherche de la paternité d'un homme et les modalités de cette action sont régies par la loi de l'État dont l'homme et la mère ont la nationalité ou, à défaut, par la loi de l'État où ils ont tous deux leur résidence habituelle,



het recht van de staat van hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats of, indien ook dit ontbreekt, door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind.

2. Voor de toepassing van het eerste lid is bepalend het tijdstip van de indiening van het verzoek. Is de man of de moeder op dat tijdstip overleden, dan is, bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit op het tijdstip van zijn overlijden, toepasselijk het recht van de staat van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van de man en de moeder op dat tijdstip of, indien ook dat ontbreekt, het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind op het tijdstip van de indiening van het verzoek.

3. Hebben de man en de vrouw meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit, dan worden zij voor de toepassing van de voorgaande leden geacht geen gemeenschappelijke nationaliteit te hebben.

### ***Hoofdstuk 3- Familierechtelijke betrekkingen door wettiging***

#### **Artikel 7**

1. Of een kind door het huwelijk van een van zijn ouders, dan wel door een nadien genomen beslissing van een rechterlijke of andere bevoegde autoriteit, wordt gewettigd, wordt bepaald door de op 10 december 1970 te Rome tot stand gekomen Overeenkomst inzake wettiging door huwelijk (Trb. 1972, 61).

2. Indien toepassing van het eerste lid niet leidt tot de wettiging, kunnen familierechtelijke betrekkingen door

ou, à défaut, par la loi de l'État où l'enfant a sa résidence habituelle.

2. La date prise en compte pour l'application du paragraphe 1 est celle de l'introduction de la requête. Si l'homme ou la mère est décédé à cette date, la loi applicable, à défaut de nationalité commune à la date du décès, est celle de l'État où l'homme et la mère ont leur résidence habituelle à cette date, ou, à défaut, celle de l'État où l'enfant a sa résidence habituelle au moment de l'introduction de la requête.

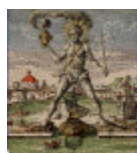
3. Si l'homme et la femme ont plus d'une nationalité commune, ils sont réputés, pour l'application des paragraphes précédents, n'avoir pas de nationalité commune.

### ***Chapitre 3 - Des liens de filiation par légitimation***

#### **Article 7**

1. La légitimation d'un enfant par le mariage de son père ou de sa mère ou par une décision de justice ou d'une autre autorité compétente prise ultérieurement est régie par la Convention sur la légitimation par mariage signée à Rome le 10 décembre 1970.

2. Si l'application du paragraphe 1 ne conduit pas à la légitimation, la filiation peut être établie par





wettiging worden gevestigd volgens het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind.

3. Het eerste en het tweede lid gelden niet indien een van de ouders de Nederlandse nationaliteit bezit en het huwelijk niet geldig is voltrokken in overeenstemming met het bepaalde in de artikelen 4 en 5 van de Wet conflictenrecht huwelijk.

4. Voor de toepassing van de voorgaande leden is bepalend het tijdstip van het huwelijk van de ouders, dan wel, bij de totstandkoming van de familierechtelijke betrekkingen door de beslissing van een rechterlijke of andere bevoegde autoriteit, het tijdstip van de indiening van het verzoek of de vordering.

#### ***Hoofdstuk 4 - De inhoud van de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming***

##### **Artikel 8**

1. Onverminderd hetgeen ten aanzien van bijzondere onderwerpen is bepaald, wordt de inhoud van de familierechtelijke betrekkingen tussen ouders en kind bepaald door het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de ouders of, indien dit ontbreekt, door het recht van de staat van hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats of, indien ook dit ontbreekt, door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind.

2. Bestaan alleen familierechtelijke betrekkingen tussen de moeder en

légitimation conformément à la loi de l'État où l'enfant a sa résidence habituelle.

3. Les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas si le père ou la mère a la nationalité néerlandaise et que le mariage n'ait pas été contracté valablement conformément aux dispositions des articles 4 et 5 de la loi sur les conflits de lois en matière de mariage.

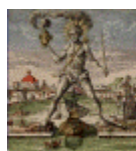
4. La date prise en compte pour l'application des paragraphes précédents est celle du mariage des père et mère ou, en cas d'établissement de la filiation par décision de justice ou d'une autre autorité compétente, celle de l'introduction de la requête ou de l'action en justice.

#### ***Chapitre 4 - du contenu des liens de filiation***

##### **Article 8**

1. Sans préjudice des dispositions relatives à des matières particulières, le contenu des liens de filiation entre les père et mère et l'enfant est régi par la loi de l'État dont les père et mère ont la nationalité ou, à défaut, par la loi de l'État où ils ont chacun leur résidence habituelle, ou, à défaut, par la loi de l'État où l'enfant a sa résidence habituelle.

2. S'il n'existe de liens de parenté par filiation qu'entre la mère et



het kind, dan wordt de inhoud van deze familierechtelijke betrekkingen bepaald door het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de moeder en het kind. Bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit wordt zij bepaald door het recht van de gewone verblijfplaats van het kind.

3. Hebben de vrouw en de man meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit, dan worden zij voor de toepassing van de voorgaande leden geacht geen gemeenschappelijke nationaliteit te hebben.

***Hoofdstuk 5 - De erkenning van buitenslands tot stand gekomen rechterlijke beslissingen, rechtsfeiten en rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd***

**Artikel 9**

1. Een buitenslands tot stand gekomen onherroepelijke rechterlijke beslissing waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd, wordt in Nederland van rechtswege erkend, tenzij

- a. er voor de rechtsmacht van de rechter kennelijk onvoldoende aanknopingspunt bestond met de rechtssfeer van zijn land;
- b. aan die beslissing kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan, of
- c. de erkenning van die beslissing kennelijk in strijd met de openbare orde zou zijn.

2. De erkenning van de beslissing

l'enfant, leur contenu est régi par la loi de l'État dont la mère et l'enfant ont la nationalité ou, à défaut de nationalité commune, par la loi de l'État où l'enfant a sa résidence habituelle.

3. Si l'homme et la femme ont plus d'une nationalité commune, ils sont réputés, pour l'application des paragraphes précédents, n'avoir pas de nationalité commune.

***Chapitre 5 - De la reconnaissance des décisions de justice ainsi que des faits et actes juridiques intervenus à l'étranger et établissant ou modifiant des liens de filiation***

**Article 9**

1. Toute décision de justice irrévocable prise à l'étranger et établissant ou modifiant des liens de filiation est reconnue de plein droit aux Pays-Bas, sauf :

- a. s'il n'existait manifestement pas, pour la juridiction du juge, de lien suffisamment étroit avec la sphère juridique de son Etat,
- b. si cette décision n'a manifestement pas été précédée d'une enquête ou d'une procédure sérieuses, ou
- c. si la reconnaissance de cette décision est susceptible de porter manifestement atteinte à l'ordre public.

2. La reconnaissance de la décision



kan, ook wanneer daarbij een Nederlander betrokken is, niet wegens strijd met de openbare orde worden geweigerd op de enkele grond dat daarop een ander recht is toegepast dan uit de bepalingen van deze wet zou zijn gevolgd.

3. De beslissing is niet vatbaar voor erkenning indien zij onverenigbaar is met een onherroepelijk geworden beslissing van de Nederlandse rechter inzake de vaststelling of wijziging van dezelfde familierechtelijke betrekkingen.

4. De voorgaande leden laten de toepassing van de in artikel 7, eerste lid, bedoelde overeenkomst onverlet.

#### **Artikel 10**

1. De bepalingen van artikel 9, eerste lid, onderdelen b en c, tweede en derde lid, zijn van overeenkomstige toepassing op buitenslands tot stand gekomen rechtsfeiten of rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd, welke zijn neergelegd in door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte.

2. Een weigeringsgrond als bedoeld in artikel 9, eerste lid, onderdeel c, doet zich met betrekking tot de erkenning in elk geval voor

- a. indien deze is verricht door een Nederlander die naar Nederlands recht niet bevoegd zou zijn het kind te erkennen;
- b. indien, wat de toestemming

ne peut être refusée pour atteinte à l'ordre public, même si elle implique un ressortissant néerlandais, au seul motif qu'a été appliquée une loi autre que celle qui aurait été appliquée conformément aux dispositions de la présente loi.

3. La décision n'est pas susceptible de reconnaissance si elle est incompatible avec une décision irrévocable du juge néerlandais relative à l'établissement ou à la modification des mêmes liens de parenté par filiation.

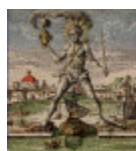
4. Les paragraphes précédents ne portent en rien préjudice à l'application des dispositions de la Convention visée à l'article 7, paragraphe 1.

#### **Article 10**

1. Les dispositions de l'article 9, paragraphe 1, sous b et c, paragraphe 2 et paragraphe 3 s'appliquent par analogie aux faits et actes juridiques intervenus à l'étranger, établissant ou modifiant des liens de parenté par filiation et qui sont consignés dans un acte établi par une autorité compétente en conformité avec les prescriptions de l'Etat concerné.

2. La reconnaissance paternelle se heurte en tout cas au motif de refus visé à l'article 9, paragraphe 1, sous c, lorsque :

- a. elle est le fait d'un ressortissant néerlandais qui, selon la loi néerlandaise, ne serait pas habilité à reconnaître l'enfant,
- b. il n'a pas été satisfait, pour ce qui concerne le consentement de



van de moeder of het kind betreft, niet is voldaan aan de vereisten van het recht dat ingevolge artikel 4, vierde lid, toepasselijk is, of

c. indien de akte kennelijk op een schijnhandeling betrekking heeft.

3. De voorgaande leden laten de toepassing van de in artikel 7, eerste lid, genoemde overeenkomst onverlet.

#### **Artikel 11**

Deze wet is van toepassing op rechtsbetrekkingen die na haar inwerkingtreding worden vastgesteld of gewijzigd alsmede op de erkenning van na haar inwerkingtreding buitenslands vastgestelde of gewijzigde rechtsbetrekkingen.

#### **Artikel 12**

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

#### **Artikel 13**

Deze wet wordt aangehaald als: Wet conflictenrecht afstamming.

la mère ou de l'enfant, aux conditions prescrites par la loi applicable en vertu de l'article 4, paragraphe 4, ou

c. l'acte se rapporte manifestement à un acte simulé.

3. Les paragraphes précédents ne portent en rien préjudice à l'application de la Convention visée à l'article 7, paragraphe 1.

#### **Article 11**

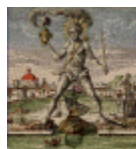
La présente loi s'applique aux liens établis ou modifiés après son entrée en vigueur, ainsi qu'à la reconnaissance des liens établis ou modifiés à l'étranger après son entrée en vigueur.

#### **Article 12**

La présente loi entre en vigueur à une date à fixer par décret royal.

#### **Article 13**

La présente loi peut-être citée sous la dénomination « Loi réglant les conflits de lois en matière de filiation ».



### **Katja JANSEGGERS - Problemen bij de erkenning in België van de Nederlandse ‘flitsscheiding’**

#### 1. Inleiding

*Een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand werd recent geconfronteerd met de erkenning van een in Nederland gesloten "flitsscheiding" tussen een Japanse man en een Nederlandse vrouw (beiden met woonplaats in België).*

De feiten waren de volgende. Beide echtgenoten waren in 1995 gehuwd in Nederland. Enkele maanden na hun huwelijk verhuisden zij naar België. Zij wonen nu nog steeds in België, maar in april 2000 gingen ze afzonderlijk wonen. In december 2001 zetten zij in Nederland hun huwelijk om naar een geregistreerd partnerschap en in januari 2002 ontbonden zij dit geregistreerd partnerschap. Beide stappen gebeurden eenvoudig voor de ambtenaar van de burgerlijke stand van Den Haag.

Via dit stappenplan geldig volgens de Nederlandse wet, bekomen de echtgenoten op een bijzonder snelle manier een echtscheiding zonder de tussenkomst van een rechter. Het is verre van duidelijk of zo'n flitsscheiding erkenbaar is in België.

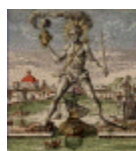
#### 2. De totstandkoming van de Nederlandse wet van 21 december 2000

Met de wet van 5 juli 1997 tot invoering van het geregistreerd partnerschap zette de Nederlandse wetgever de eerste stap naar de toelating van een "huwelijkachtige" relatie voor homoparen.<sup>1</sup> In de nieuwe wet van 21 december 2000 tot wijziging van het Nederlands burgerlijk wetboek is het geregistreerd partnerschap aangepast en is ook het "echte" huwelijk voor homoparen opengesteld.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Wet van 5 juli 1997 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van de Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opnemingsdaarvan bepalingen voor het geregistreerd partnerschap, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden* 22 juli 1997, geraadpleegd op website <http://overheid.nl/op>.

<sup>2</sup> Wet van 21 december 2000 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden* van 11 januari 2001, geraadpleegd op <http://overheid.nl/op>.



Het is in Nederland voortaan mogelijk om uit de echt te scheiden in één dag. Dit wordt de “flitsscheiding” genoemd en is het gevolg van de nieuwe wet tot openstelling van het huwelijk die in werking trad op 1 april 2001. Eén van de regels in deze nieuwe Nederlandse wet voorziet dat een huwelijk kan omgezet worden in een geregistreerd partnerschap.<sup>3</sup> Dit nieuw geregistreerd partnerschap kan dezelfde dag nog ontbonden worden. De beide stappen gebeuren eenvoudig voor de ambtenaar van de burgerlijke stand, zonder tussenkomst van een rechter. De echtgenoten moeten alleen een door een advocaat of notaris mee ondertekende overeenkomst overleggen aan de ambtenaar.<sup>4</sup>

Ondanks jarenlange discussies en (inmiddels ingetrokken) wetsvoorstellen<sup>5</sup> is het formeel gezien in Nederland niet mogelijk om te scheiden zonder tussenkomst van de rechter. Over de vraag of hier verandering behoorde in te komen, stelde de Commissie-De Ruiters in 1996 een rapport op.<sup>6</sup> Von Brucken Fock beschrijft enkele belangrijke punten van het rapport. Het belangrijkste voorstel van de commissie betrof de introductie van een buitengerechtelijke scheiding door tussenkomst van een rechtsbijstandsverlener, een advocaat of een notaris, of twee rechtsbijstandsverleners, uitmondend in een convenant dat aan bepaalde vereisten moest voldoen. Het huwelijk zou vervolgens ontbonden worden door inschrijving in de registers van de burgerlijke stand van een door de rechtsbijstandsverlener(s) opgestelde (model-) verklaring dat de echtelieden een scheidingsovereenkomst hebben gesloten. Volgens de commissie zou in die gevallen waarin partijen erin slagen overeenstemming te bereiken over de scheiding en de gevolgen daarvan, rechterlijke tussenkomst achterwege moeten blijven. Een dergelijk voorstel maakt de scheidingsprocedure eenvoudiger. De scheidingsprocedure wordt ook efficiënter, omdat zo bij gemeenschappelijke verzoekschriften en eenzijdige verzoekschriften waarin geen verweer wordt gevoerd de interventie van de rechter weinig zinvol is en achterwege kan blijven. Bepalend voor de tussenkomst van de rechter is dus het bestaan van overeenstemming over de scheiding en haar gevolgen.<sup>7</sup>

Volgens de commissie diende de buitengerechtelijke scheiding alleen open te staan voor de beëindiging van “huwelijken waarvan de akte in de

---

Bij besluit van 20 maart 2001 werd beslist dat de wet openstelling huwelijk in werking zou treden met ingang van 1 april 2001.

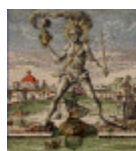
<sup>3</sup> Art. 1:77a Nederlands B.W.

<sup>4</sup> Art. 1:80c, aanhef en onder c en art. 1:80d Nederlands B.W.

<sup>5</sup> Zie onder meer: Wetsvoorstel 23 616 van 22 februari 1994 tot wijziging van enige bepalingen betreffende scheidingsprocesrecht en daarmee samenhangende regelingen, *Kamerstukken II 1993/94*, A en nrs. 1-3, te raadplegen op website <http://overheid.nl/op>.

<sup>6</sup> Zie hierover: E.P.Von Brucken Fock, “Is anders scheiden ook behoorlijk scheiden?”, *F.J.R.* 1996, 229-239.

<sup>7</sup> E.P.Von Brucken Fock, *Ibid.*, 233.



Nederlandse registers van de burgerlijke stand is opgenomen”. Als enig argument voerde de commissie aan dat, indien niet beide echtelieden de Nederlandse nationaliteit bezitten, bij een scheiding zonder inschakeling van de rechter internationaal privaatrechtelijke complicaties kunnen optreden. Von Brucken Fock betwijfelt of een dergelijke regeling niet in strijd komt met het non-discriminatiebeginsel. Hij meent dat wanneer de Nederlandse rechter met betrekking tot een echtscheidingsverzoek rechtsmacht toekomt, voor een ieder, zonder onderscheid naar nationaliteit, de in de wet geregelde scheidingsprocedures moeten open staan. Internationaal privaatrechtelijke complicaties kunnen bovendien ook optreden als de echtgenoten Nederlander zijn, in het bijzonder in het geval de echtgenoten met hun kinderen in het buitenland wonen. Daarnaast kunnen moeilijkheden ook achterwege blijven doordat de echtgenoten in Nederland wonen en kiezen om Nederlands recht toe te passen op hun scheidingsverzoek. Tenslotte merkt hij op dat het enkele feit dat de huwelijksakte in de Nederlandse registers van de burgerlijke stand is opgenomen, nog niet meebrengt dat de echtelieden ook Nederlander zijn.<sup>8</sup>

Ondanks de aanbevelingen in het rapport De Ruiters is het formeel nog steeds niet mogelijk in Nederland om uit de echt te scheiden zonder de tussenkomst van de rechter. Maar een geregistreerd partnerschap kan wel zonder rechterlijke tussenkomst beëindigd worden.<sup>9</sup> De ambtenaar neemt in deze gang van zaken geen beslissing omtrent de beëindigingsgrond. Hij toetst enkel of de overeenkomst tot beëindiging tussen partijen niet ouder is dan drie maanden. De gedachte achter deze regeling was dat de overeenkomst – vergelijkbaar met een echtscheidingsconvenant dat tot stand komt onder het toezicht van een advocaat – wordt gesloten met juridische begeleiding van een deskundige.<sup>10</sup>

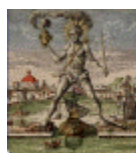
Door de omzetting van het huwelijk in een geregistreerd partnerschap mogelijk te maken, creëerde de wetgever (gewild of ongewild, maar men mag “hem” niet onderschatten) toch een mogelijkheid voor een echtscheiding zonder rechter. Slimme advocaten en notarissen dachten een “2-stappenplan” uit, waardoor een echtpaar zonder noemenswaardige echtscheidingsdiscussies op korte termijn en zonder rechterlijke tussenkomst kan scheiden. Dat plan werd klaarblijkelijk ook met de medewerking van de Nederlandse Kanselarijen in het buitenland verspreid.

---

<sup>8</sup> E.P.Von Brucken Fock, *Ibid.*, 234.

<sup>9</sup> Met wederzijds goedvinden via inschrijving door de ambtenaar van de burgerlijke stand van een door beide partners en een of meer advocaten of notarissen ondertekende en gedateerde verklaring, waaruit blijkt dat en op welk tijdstip de partners omtrent de beëindiging een overeenkomst hebben gesloten. Art. 1:80c, aanhef en onder c, en art. 1:80d Nederlands B.W. Zie hierover A.J.M. Nuytinck, “Scheiden zonder rechter”, *F.J.R.* 2000, 25.

<sup>10</sup> B.E. R einhartz, “Flitsscheidingen in Nederlands-Duitse verhoudingen” in H.F.G.Lemaire en P.Vlas, (ed.), *Met recht verkregen, bundel opstellen aangeboden aan Mr. Ingrid S. Joppe*, Deventer, Kluwer, 2002, 157.



### 3. Wie kan scheiden in “één dag” en zonder rechter?

Dat deze buitengerechtelijke manier om uit de echt te scheiden een bijzondere succesformule is, blijkt uit het aantal koppels die er inmiddels gebruik van maakten. Uit cijfers van het Nederlands Centraal Bureau voor de Statistiek volgt dat in de tweede helft van vorig jaar ruim 750 echtparen besloten tot een flitsscheiding.<sup>11</sup> De veronderstelling van de Nederlandse Staatssecretaris van Justitie dat het aantal scheidingen via het geregistreerd partnerschap wel zou meevallen en dat de flitsscheiding niet zou leiden tot impulscheidingen, is dan ook niet correct gebleken.<sup>12</sup>

Om de flitsscheiding te kunnen voltooien, volstaat de Nederlandse nationaliteit van één van de echtgenoten of woonplaats van het echtpaar in Nederland.<sup>13</sup> Als een echtpaar niet in Nederland woont kan ze dus ook een dergelijke echtscheidingsconstructie opzetten. In dat geval gebeurt de flitsscheiding dan voor de ambtenaar van de burgerlijke stand van Den Haag. Enkel echtgenoten die geen van beiden Nederlander zijn en woonplaats hebben buiten Nederland vallen uit de boot. De internationale aanknoping voorzien door de Nederlandse wetgever is dus zeer ruim. België is voorbestemd om vaak en snel in contact te komen met het fenomeen flitsscheiding.

### 4. Erkenning van de flitsscheiding in België? Het kwalificatieprobleem

#### a) Een Belgische kijk op het fenomeen is vereist

Aangezien het IPR van het geregistreerd partnerschap in België op dit ogenblik nog niet geregeld is en aangezien de Belgische wet een omzetting van een huwelijk niet voorziet, zullen we ons beperken tot de ontwikkeling van enkele redeneerwijzen.

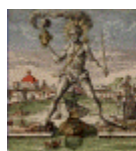
Het spreekt voor zich dat flitsscheidingen die worden bekomen op een ogenblik dat er geen enkele band van het echtpaar (en daarna partners voor een ogenblik) met België bestond, hier statusgevolgen ressorteren. Dit betekent dat we een flitsscheiding tussen een Nederlands koppel met woonplaats in Nederland, en die goed en wel in Nederland werd afgehandeld

---

<sup>11</sup> Volkskrant van 10 april 2002

<sup>12</sup> Zie kamerstukken geciteerd in: L.J.H. Gijbels en J.A.Kamerling, “Flitsscheiding? Let op de valkuilen!”, *N.J.B.* 2002, 23-24.

<sup>13</sup> Dit volgt uit art. 1:77a Nederlands B.W.





door middel van de twee akten (“stappen”), in België zullen erkennen. We zullen die echtgenoten niet langer als gehuwd aanzien.

Anders is het als er wel een effectieve band (woonplaats of nationaliteit van de echtgenoten) was met België op het ogenblik van de flitsscheiding. Concreet worden onze ambtenaren van de burgerlijke stand nu al geconfronteerd met in België wonende Nederlanders (denk maar aan de Kempense grensgemeenten waar talrijke Nederlanders om fiscale redenen wonen) die even de grens naar hun vaderland oversteken om daar een flitsscheiding te voltrekken, en dan ofwel één akte ofwel (1) de akte van omzetting en (2) de akte van beëindiging hier ter erkenning voorleggen.

*Moeten wij de in Nederland in een flits gescheiden echtgenoten nu nog verder aanzien als gehuwd of niet? België kent geen flitsscheiding, kent geen echtscheiding zonder rechter en kent geen omzetting van het huwelijk in een geregistreerd partnerschap of in een wettelijke samenwoning. Willen gehuwden in België een wettelijke samenwoning aangaan, dan zullen ze eerst hun huwelijksband moeten ontbinden door een echtscheiding.*

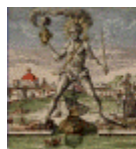
Bij de ontwikkeling van een redenering inzake de erkenbaarheid of “doorwerking” zal het doorslaggevend zijn of men de twee rechtsmomenten als twee separate authentieke (openbare) akten beschouwt, die dan elk onder onze regels van internationaal privaatrecht moeten worden bekeken voor hun erkenning. Of laten we deze twee rechtsmomenten samenvallen en aanzien we ze als één geheel voor de gevolgen op het vlak van het internationaal privaatrecht?

#### b) Flitsscheiding als “echtscheiding” in de zin van de Europese verordening 1347/2000

Krijgt de flitsscheiding – het geheel van de beide stappen – de kwalificatie van een “echtscheiding”, dan valt ze onder het toepassingsgebied van de Europese verordening (1347/2000) die sinds 1 maart 2001 de erkenning van Europese echtscheidingsvonnissen en authentieke akten regelt.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Europese verordening nr. 1347/2000 van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, *PB*. L 160 van 30 juni 2000, 19. Verder: Brussel-II-Vo. Zie ook: <http://www.ipr.be>. Er is reeds een uitgebreide literatuur ontstaan omtrent deze nieuwe verordening, zie hiervoor: B. Ancel en H. Muir Watt, “La désunion européenne: le Règlement dit <<Bruxelles II>>”, *Rev.crit.dr.internat.privé* 2001, 403-457; J-Y Carlier, S.Francq en J-L Van Boxstael, “Le règlement de Bruxelles II. Compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale”, *J.T. Droit Européen* 2001, 73-90; H. Gaudemet-Tallon, “Le règlement n°1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: << Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale



Uit de preambule van de verordening blijkt dat geen onderscheid gemaakt wordt tussen “burgerlijke rechtsvorderingen” en “buitengerechtelijke procedures”. Zowel burgerlijke rechtsvorderingen als buitengerechtelijke procedures die voor huwelijkszaken in bepaalde lidstaten zijn toegestaan, moeten onder de verordening vallen. Uit het toelichtend verslag bij de verordening, het rapport Borrás, blijkt dat het de bedoeling is procedures van louter godsdienstige aard uit te sluiten.<sup>15</sup> Ook het zeer recente voorstel van verordening (COM 3 mei 2002) dat nu al de opheffing en vervanging van de bestaande verordening aankondigt, bevestigt haar toepasselijkheid op “administratieve procedures voor zover de nationale wetgeving daarin voorziet”.<sup>16</sup>

Westerse landen (de Scandinavische landen) maar ook niet-Westerse landen (zoals Rusland, Cuba, Mexico, ...) hebben in hun wetgeving de mogelijkheid voorzien om te scheiden zonder rechterlijke tussenkomst.<sup>17</sup> Dit betekent dat een echtscheiding zoals die in Denemarken en Finland kan gebeuren voor de administratieve overheid, ook onder de erkenningsregels van de Brussel-II-verordening valt. België zal dan ook een Deense administratieve echtscheiding moeten erkennen.

Als de Nederlandse “flits”-constructie inderdaad onder de verordening zou vallen, volgt in principe de erkenning en de inschrijving in de registers van

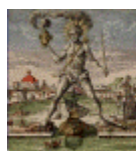
---

des enfants communs>>”, *J.D.I.* 2001, 381-445; V. Van Den Eeckhout, “Europees echtscheiden. Bevoegdheid en erkenning van beslissingen op basis van de EG verordening 1347/2000 van 29 mei 2000”, in H. Van Houtte en M. Pertegas Sender (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 69-102; F. Vander Velden, “Een Europese Verordening betreffende bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging in familierechtelijke zaken”, *WPNR* 2000, 753-759; N. Watté en H. Boularbah, “Les nouvelles règles de conflits de juridictions en matière de désunion des époux – Le règlement communautaire << Bruxelles II >>”, *J.T.* 2001, 369-378.

<sup>15</sup> Zie: toelichtend verslag over het verdrag, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken opgesteld door Prof. Dr. Alegria Borrás, hoogleraar internationaal privaatrecht aan de Universiteit van Barcelona, *PB C* 221 van 16 juli 1998, 27 e.v., nr. 27 (verder genoemd: “rapport Borrás”). Dit verslag werd opgesteld bij het nooit in werking getreden verdrag van 28 mei 1998. Aangezien de verordening het grootste deel van de inhoud van het verdrag gewoon heeft overgenomen, wordt dit verslag gehanteerd als toelichtend rapport bij de verordening.

<sup>16</sup> Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid en erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 en tot wijziging, wat betreft onderhoudsverplichtingen, van Verordening (EG) nr. 44/2001, (COM 2002), Brussel 3 mei 2002.

<sup>17</sup> Zie voor een korte bespreking van de westerse ontbindingen van huwelijken zonder rechterlijke tussenkomst: L. Jordens-Cotran, “De erkenning van de Marokkaanse khol en andere administratieve echtscheidingen”, *NIPR* 2002, afl.2, 123-125.



de burgerlijke stand zonder een bijzondere procedure.<sup>18</sup> In die veronderstelling kan erkenning enkel geweigerd worden wegens *kennelijke* strijdigheid met de openbare orde van de aangezochte (dus Belgische) staat.<sup>19</sup> Maar volgens de verordening kan de internationale bevoegdheid van de oorspronkelijke rechter<sup>20</sup> niet getoetst worden en kan bovendien het niet naleven van de in de verordening opgenomen regels van internationale bevoegdheid op zich geen inbreuk vormen op de openbare orde van de erkennende lidstaat.<sup>21</sup> Er zal dan sprake moeten zijn van een kennelijke strijdigheid met de fundamentele normen en waarden van de erkennende lidstaat. Een weigering van de erkenning van de Nederlandse flitsscheiding lijkt dus moeilijk.

Maar ... toch rijzen er veel vragen en twijfels over de erkenbaarheid onder die gemakkelijke Europese regels. Nederland heeft nota bene de echtscheiding zonder rechter juist niet ingevoerd en laat slechts oogluikend de omweg via het stappenplan toe. De problemen met dit stappenplan worden verder besproken.

#### c) De kwalificatie van “chtscheiding” volgens het recht van de lidstaten

Het is vooreerst niet zeker dat de “flitsscheiding”(de twee stappen: omzetting en beëindiging) een eigenlijke echtscheiding is in de zin van de Brussel-II-Vo.<sup>22</sup>

Uit de arresten *Surinder Singh*<sup>23</sup> en *Diatta*<sup>24</sup> van het Europees Hof van Justitie volgt dat het begrip “huwelijk” moet gekwalificeerd worden volgens

---

<sup>18</sup> Artikel 14.2 Brussel-II-Vo voorziet geen bijzondere procedure voor aanpassing van akten van de burgerlijke stand van een lidstaat aan een in een andere lidstaat gegeven beslissing houdende echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van een huwelijk waartegen volgens de wet van de lidstaat geen rechtsmiddel meer openstaat.

<sup>19</sup> Artikel 15.1.a Brussel-II-Vo. De term ‘kennelijk’ in art. 15.1.a. houdt in dat het inroepen van de openbare orde door een lidstaat tot het uiterste minimum moet beperkt blijven. In art. 27 lid 1 EEX-verdrag was een gelijkaardige bepaling opgenomen zonder de term ‘kennelijk’ en deze bepaling heeft nauwelijks tot afwijzingen van beslissingen afkomstig uit lidstaten geleid.

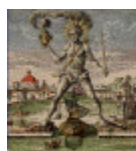
<sup>20</sup> Jordens-Cotran beschrijft het probleem van de terminologie in de Brussel-II-Vo. Art. 13 lid 1 spreekt immers uitdrukkelijk over “beslissingen door een rechter uitgesproken”. Hoewel administratieve scheidingen afkomstig uit een EU-lidstaat onder het toepassingsgebied van de verordening vallen, ontbreekt elke specifieke aandacht voor deze buitengerechtelijke huwelijksontbindingen. (Zie: L. Jordens-Cotran, “De erkenning van de Marokkaanse khoel en andere administratieve echtscheidingen”, *l.c.*, 134).

<sup>21</sup> Art. 17 Brussel-II-Vo.

<sup>22</sup> In de zin van een buitengerechtelijke procedure tot echtscheiding.

<sup>23</sup> C- 370/90 *Surinder Singh* (1992) ECR I – 4265.

<sup>24</sup> C 267/83 *Diatta* ECR 1985, 567.



de wetgeving van de betrokken lidstaten. Tot op heden bestaat er geen communautair begrip “huwelijk”. De Europese rechtsprekende colleges hebben zich onthouden van de ontwikkeling van een gemeenschappelijk begrip “huwelijk” maar ook van de daarvan afgeleide begrippen “echtgenoot” en “echtscheiding”.<sup>25</sup> Het is klaarblijkelijk uit de Nederlandse wet zelf dat een kwalificatie moet volgen. Wanneer deze wet een echte echtscheiding zonder rechter zou invoeren, zal deze waarschijnlijk wel onder de gemakkelijke erkenningsregels van de Europese verordening vallen.

Uit de memorie van toelichting bij de wet openstelling huwelijk blijkt dat de Nederlandse staatssecretaris zelf de consequentie van de omzettingmogelijkheid onderkent. Maar hij rept met geen woord over de discussie die de afgelopen jaren is gevoerd over het scheiden zonder rechter. De staatssecretaris merkt slechts op dat het alleen gaat om de gevallen waarin de partners een akkoord hebben over het uiteengaan en de gevolgen daarvan. Hij stelt dat in die gevallen, in de huidige praktijk, bij de rechter een gemeenschappelijk verzoek tot scheiding wordt ingediend, vergezeld van een echtscheidingsovereenkomst, en dat dergelijke verzoeken zoveel als mogelijk administratief worden afgehandeld. Verder doet de staatssecretaris er het zwijgen toe.<sup>26</sup> Omwille van de onduidelijkheid gecreëerd door de Nederlandse wetgever zelf kunnen we niet anders dan vaststellen dat er tot op heden geen échte echtscheiding zonder rechter bestaat.

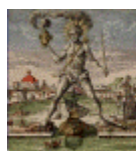
Daarnaast is het verre van zeker dat de eerste stap alleen, namelijk de ontbinding van het huwelijk door de omzetting, een echtscheiding is. Art.1:77 a, 3 van het Nederlands B.W. bepaalt immers: “(...) *Een omzetting doet het huwelijk eindigen en het geregistreerd partnerschap aanvangen op het tijdstip dat de akte van omzetting in het register van geregistreerde partnerschappen is opgemaakt (...)*”. Door de omzetting wordt het huwelijk dan wel beëindigd, maar blijft er een hechte band tussen het paar met juridische gevolgen op diverse terreinen. De partners in het partnerschap gaan pas echt “uit mekaar” wanneer ook de tweede stap gezet wordt, namelijk de opheffing van de samenlevingsrelatie. De Europese verordening was voor dit laatste, de ontbinding van een geregistreerd partnerschap, niet bedoeld.

Nadat Nederland zich opmaakte om de eerste verschijningsvorm van het homohuwelijk in te voeren, besliste het om het geregistreerd partnerschap ook “open te stellen” voor personen van verschillend geslacht. Zo ontstonden twee types van samenlevingsrelaties voor heteroseksuele koppels. Er is op dit ogenblik een paradoxale situatie ontstaan waarin geregistreerde partnerschappen buiten de communautaire boot vallen, maar het

---

<sup>25</sup> H.U. Jessurun D’Oliveira, “De Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk”, *N.J.B.* 2001, 2036.

<sup>26</sup> A.J.M. Nuytinck, “Scheiden zonder rechter”, *F.J.R.* 2000, 25.



Nederlandse voor paren van hetzelfde geslacht opengestelde huwelijk binnenboord gehaald is.<sup>27</sup> Na een vraag in het Europees parlement verklaarde de heer Kinnock, namens de Europese Commissie, dat het Nederlandse opengestelde huwelijk formeel op één lijn moet gesteld worden met huwelijken die elders zijn aangegaan onder een ander recht.<sup>28</sup> Volgens Jessurun d'Oliveira volgt hieruit nogmaals dat het burgerlijk recht van de lidstaten beslist over het bestaan en de erkenning van een huwelijk en dat er dus geen algemeen communautair begrip huwelijk bestaat. Om deze reden kan men stellen dat de omzetting in een geregistreerd partnerschap in Nederland geen echtscheiding is.

### 5. De eerste stap: toelaatbaarheid van de omzetting in een geregistreerd partnerschap, personeel statuut van de echtgenoten

Als het geheel geen echtscheiding is, maar wel het aangaan en vervolgens het flitsend beëindigen van een geregistreerd partnerschap, dan rijzen ook nieuwe vragen van internationaal privaatrecht inzake de toelaatbaarheid van een en ander in België.

Eerst moet de toepasselijke wet voor de totstandkoming van de samenlevingsrelatie bepaald worden. De rechtsleer gaat er – bij gebreke aan een duidelijke wettelijke regeling – van uit dat dit moet gebeuren langs het personeel statuut.<sup>29</sup> De tweede stap zal de erkenning betreffen van de ontbinding van het partnerschap (zie verder nr. 7).

Inmiddels werd in de Belgische Senaat op 1 juli 2002 een wetsvoorstel ingediend tot codificatie van het internationaal privaatrecht.<sup>30</sup> Ook in dit wetsvoorstel wil men voor de geldige totstandkoming van een samenlevingsrelatie aansluiten bij het personeel statuut. Art. 60 van het wetsvoorstel bepaalt:

*“(...) §1. De voorwaarden voor de geldigheid van een relatie van samenleven worden voor elke samenwonende persoon beheerst door het recht van de Staat waarvan hij bij de registratie van de relatie de nationaliteit heeft.*

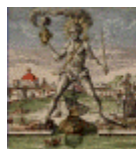
---

<sup>27</sup> H.U. Jessurun D'Oliveira, “De Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk”, *N.J.B.* 2001, 2035-2040.

<sup>28</sup> H.U. Jessurun D'Oliveira, *Ibid.*, 2037.

<sup>29</sup> J. Erauw en J.Verhellen, “Het conflictenrecht van de wettelijke samenwoning. Internationale aspecten van een niet-huwelijkse samenlevingsvorm”, *E.J.* 1999, 150-161.

<sup>30</sup> Wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht van 1 juli 2002, *St. Senaat* nr. 2-1225/1, 2001-2002, ook te raadplegen op [www.ipr.be](http://www.ipr.be). Art. 58 e.v. handelt over “De relatie van samenleven”.



*De vormvereisten voor de sluiting van een relatie van samenleven worden evenwel beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied de relatie geregistreerd wordt (...).”*

Als het personeel statuut van één van de echtgenoten het geregistreerd partnerschap of de wettelijke samenwoning niet kent, lijkt het sluiten van zo'n band niet geldig. Dit blijkt ook uit de memorie van toelichting bij art. 60 van het wetsvoorstel:

*“(...) Inzake de totstandkoming van de relatie betekent de regel in de praktijk, een distributieve toepassing van de nationale wetten van de partijen zoals voor het huwelijk, en de onmogelijkheid om de relatie te creëren indien de nationale wet van een van de partijen het instituut niet kent. Voor dit nazicht betreffende de toelaatbaarheid van het instituut in het buitenland is er voldoende soepelheid nodig, en moeten de instituten bekeken worden in functie van hun werkelijke strekking onafhankelijk van hun benaming. Zo kunnen b.v. een Belg en een Fransman in België een relatie van samenleven tot stand brengen, onder de distributieve toepassing van de Belgische wet voor de eerste partner en de Franse wet over “le pacte civil de solidarité” voor de tweede partner. (...)”*

Wanneer de flitsscheiding als geheel genomen geen echtscheiding is (maar het aangaan en vervolgens beëindigen van een geregistreerd partnerschap) dan zou, op grond van deze regel in het Belgisch ipr, de bruikbaarheid van de flitsscheiding beperkt blijven tot partners van een Nederlandse man of vrouw die eveneens afkomstig zijn uit een steeds groter wordende groep van Westeuropese landen. Enkel deze landen kennen immers in hun wetgeving een vorm van wettelijke samenwoning of geregistreerd partnerschap.<sup>31</sup>

Er rijzen nog meer praktische vragen als de partners niet beide akten aanbieden, of als ze de akten niet tegelijkertijd aanbieden. Wanneer slechts de eerste (omzettings-)akte wordt aangeboden, stelt zich het probleem dat ons Belgisch recht eenvoudig geen omzetting van het huwelijk kent. In België kan een huwelijk enkel ontbonden worden door een echtscheiding (essentieel met rechterlijke tussenkomst) of door de dood van een van de echtgenoten.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Zie voor een overzicht van de verschillende wetten in Europa: R. Wintemute en M. Andenaes, *Legal recognition of same-sex partnerships*, Oxford, Hart, 2001, p. 417-622.

<sup>32</sup> Art. 227 B.W.



## 6. Verschillende uitwerking van het geregistreerd partnerschap in het land van erkenning

Naast de vraag van de principiële toelaatbaarheid stelt zich ook het probleem van de verschillende gevolgen die de diverse nationale wetten verbinden aan het totstandkomen van een wettelijke samenlevingsrelatie. Dat doet een probleem rijzen op een ander niveau.

In een recent artikel onderzoekt Reinhartz de erkenningsmogelijkheden van de Nederlandse flitsscheiding in het buitenland. In dit artikel wordt ook een onderscheid gemaakt in de redenering: ofwel beschouwen we de flitsscheiding als één geheel bestaande uit 2 stappen, en redeneren we in de IPR context van het huwelijk, ofwel zien we de omzetting en de beëindiging als twee aparte stappen. In dit laatste geval eindigt de werking van het huwelijk en moet de tijdsperiode waarin het geregistreerd partnerschap bestaat, apart beoordeeld worden.<sup>33</sup>

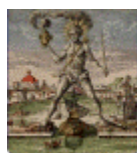
In dit artikel onderzoekt Reinhartz ook de concrete uitwerking van een Nederlandse flitsscheiding in Duitsland. Hoewel beide landen een vorm van “wettelijke samenwoning” kennen (Duitsland kent het “eingetragene Lebenspartnerschaft”) komt de auteur tot het besluit dat een flitsscheiding in Nederlands-Duitse verhoudingen niet mogelijk zal zijn. De problemen voor erkenning situeren zich onder meer op het vlak van de verschillende gevolgen die beide wetten verbinden aan het totstandkomen van een geregistreerd partnerschap.

Er zijn grote inhoudelijke verschillen in beide nationale wetten.<sup>34</sup> Zo is de Duitse wet enkel van toepassing op koppels van gelijk geslacht, terwijl de Nederlandse wet ook voor koppels van verschillend geslacht geldt. Dit betekent dat “flitsscheidingen” tussen koppels van verschillend geslacht eenvoudig geen gevolgen kunnen hebben in Duitsland omdat – zoals boven reeds aangegeven – de eerste stap, naar het partnerschap, niet geldig kan gezet worden. Daarnaast zijn er ook verschillen in de vermogensrechtelijke gevolgen: bij het aangaan van een eingetragene Lebenspartnerschaft in Duitsland geldt automatisch het regime van de “koude uitsluiting”, terwijl in Nederland bij het sluiten van een geregistreerd partnerschap de vermogensrechtelijke gevolgen dezelfde blijven als bij een huwelijk. Tenslotte is ook de procedure voor een beëindiging anders: in Duitsland verloopt een beëindiging steeds met de tussenkomst van een rechter en is een wachtperiode voorzien, terwijl dit in Nederland ten allen tijde kan en zonder rechterlijke tussenkomst.

---

<sup>33</sup> B.E. Reinhartz, “Flitsscheidingen in Nederlands-Duitse verhoudingen” in H.F.G. Lemaire en P.Vlas (ed.), *Met recht verkregen, bundel opstellen aangeboden aan Mr. Ingrid S. Joppe*, Deventer, Kluwer, 2002, 155-166.

<sup>34</sup> B.E. Reinhartz, *Ibid.*, 161.



Omwille van deze inhoudelijk verschillende gevolgen die de Nederlandse en de Duitse wetgeving verbinden aan het totstandkomen van een geregistreerd partnerschap, wordt de flitsscheiding in Nederlands-Duitse verhoudingen afgeraden.

### 7. De tweede stap – een ontbinding van een levensgemeenschap

Het is ook mogelijk dat de echtgenoten in België enkel de tweede Nederlandse akte voorleggen, waarin het geregistreerd partnerschap ontbonden werd. Hieronder onderzoeken we de geldigheid van de erkenning in België van een in Nederland beëindigd geregistreerd partnerschap *op zich*.

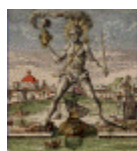
Zoals reeds besproken onder punt 4 b) vallen de geregistreerde partnerschappen buiten de communautaire boot. De erkenning van de ontbinding van een geregistreerd partnerschap valt dus niet onder de Brussel-II-verordening.

We moeten hier teruggrijpen naar het gemeen erkenningsrecht van vreemde buitenlandse akten. Dit betekent dat de vreemde akte moet getoetst worden aan de lokale authenticiteitsregels van de plaats van opmaken (*locus regit actum*) en aan onze opvattingen van de internationale openbare. Deze regel zal bevestigd worden in het wetsvoorstel houdende het wetboek van internationaal privaatrecht.<sup>35</sup>

Daarnaast moet de vreemde authentieke akte ook de “*contrôle de la loi convenable*” doorstaan. De wet toepasselijk op de beëindiging van een samenlevingsrelatie is niet vastgelegd. In art. 60 § 3, 2<sup>e</sup> lid van het wetsvoorstel met het wetboek van internationaal privaatrecht, wordt voor de beëindiging van een in het buitenland geregistreerde relatie van samenleven, aangeknoopt bij het recht voorgeschreven in art. 55, namelijk het recht van toepassing op de echtscheiding en de scheiding van tafel en bed.<sup>36</sup> Deze bepaling onderscheidt drie hypothesen voor het recht toepasselijk op de beëindiging: 1<sup>o</sup> het recht van de Staat op wiens grondgebied beide echtgenoten bij de instelling van de vordering hun gewone verblijfplaats hebben, 2<sup>o</sup> bij gebreke van gewone verblijfplaats op het grondgebied van eenzelfde Staat, het recht van de Staat waarvan beide echtgenoten bij de instelling van de vordering de nationaliteit hebben of, 3<sup>o</sup> in de andere gevallen, Belgisch recht. Echtgenoten kunnen ook een gezamenlijke keuze doen van het recht van hun gemeenschappelijke nationale wet als toepasselijk recht doen.

<sup>35</sup> Zie verder onder nr. 9 Wetsontduiking en *contrôle de la loi convenable*.

<sup>36</sup> Wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht van 1 juli 2002, *St. Senaat* nr. 2-1225/1, 2001-2002, ook te raadplegen op [www.ipr.be](http://www.ipr.be)





In België samenwonende partners kunnen volgens het wetsvoorstel hun relatie in België dus enkel beëindigen in overeenstemming met het Belgisch recht, als ze van nationaliteit verschillen. Het Belgisch recht kent inderdaad de ontbinding van het geregistreerd partnerschap. De erkenning van een in Nederland bekomen ontbinding van een geregistreerd partnerschap zou na controle op de compatibiliteit in termen van Belgisch recht dus weinig problemen opleveren. Maar de partners in de bovengenoemde casus die aanleiding gaf tot deze bijdrage, hadden beiden woonplaats hadden België<sup>37</sup> en staken even de grens met Nederland over om daar een flitsscheiding te voltrekken ...<sup>38</sup>

### 8. Eén erkenning van de beide stappen

Keren we terug naar een ander feitelijk element uit het geval van de gehuwde Japanner en de Nederlandse. De echtgenoten legden enkel de laatste akte (van ontbinding) voor aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. In deze laatste ontbindingsakte werd verwezen naar een eerder opgestelde akte waarin omzetting van het huwelijk plaatsvond. De erkenning van deze (laatste) akte impliceert dan noodzakelijk de erkenning van de eerdere omzettingsakte.

Los van de vraag naar de geldigheid van de beide stappen apart (omzetting en ontbinding) <sup>39</sup> komt het overschrijden van de grens naar Nederland neer op het bekomen van een – naar Belgische normen – verdoken echtscheiding. In België kan een huwelijk immers enkel ontbonden worden door een echtscheiding (essentieel met rechterlijke tussenkomst) of door de dood van één van de echtgenoten.<sup>40</sup> Hier komen we dicht te staan bij de figuur van de wetsontduiking.

### 9. Wetsontduiking en de “contrôle de la loi convenable”

De Belgische rechtsorde kan een beroep doen op de figuur van de wetsontduiking om de erkenning van een Nederlandse flitsscheiding te weigeren.

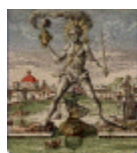
---

<sup>37</sup> Zoals vereist door de Nederlandse wet had één van beide echtgenoten wel de Nederlandse nationaliteit.

<sup>38</sup> Zie hiervoor verder onder punt 9.

<sup>39</sup> De problemen die in beide stappen kunnen rijzen, hebben we reeds hoger besproken onder de punten 5, 6 en 7.

<sup>40</sup> Art. 227 B.W.



Er is sprake van wetsontduiking omdat de (in België wonende) echtgenoten hier hun huwelijksband niet door een flitsscheiding kunnen beëindigen en het paar, door een handigheid, het instituut “partnerschap” gebruikten zonder de gevolgen ervan te willen naleven. Het voordeel dat zij bekomen door de grens te passeren is een snelle echtscheiding zonder rechterlijke tussenkomst hetgeen volgens de normaal toepasselijke wet bij een echtscheiding (in casu de Belgische wet) <sup>41</sup> niet kan.

Men kan door een dergelijke kunstgreep, die bedoeld is om de normaal toepasselijke wet te ontduiken, niet bekomen dat de wet van het land van de fictieve lokalisering van een nieuw partnerschap zou worden toegepast.<sup>42</sup> Met zo'n kunstgreep kan geen rekening gehouden worden. Wanneer wij met een vreemde akte geconfronteerd worden, die is verkregen als resultaat van zo een ontwijkingsmanoeuvre, kan die akte geen enkele uitwerking in België krijgen.

Hier kan ook verwezen worden naar art. 18 van het wetsvoorstel houdende het wetboek van internationaal privaatrecht. Deze bepaling geeft een duidelijke omschrijving van de gevolgen van wetsontduiking: *“Voor de bepaling van het toepasselijke recht in een aangelegenheid waarin partijen niet vrij over hun rechten kunnen beschikken, wordt geen rekening gehouden met feiten en handelingen gesteld met het enkele doel te ontsnappen aan de toepassing van het door deze wet aangewezen recht”*.<sup>43</sup> Volgens de memorie van toelichting gaat het hier om een voorschrift van dwingende aard om de regels gesteld door de wetgever doeltreffend te maken.<sup>44</sup> In conjunctie met die bepaling moeten ook de artikelen 27 en 31 van hetzelfde wetsvoorstel voor ons toekomstig internationaal privaatrecht gelezen worden. Deze artikelen zeggen duidelijk wat nu al het geldend recht is, namelijk dat een vreemde akte voorafgaand aan haar erkenning compatibel moet bevonden worden met onze verwijzingsregels. Men kan geen resultaat uit het buitenland laten erkennen dat niet bij ons mogelijk was. Volgens art. 27 van het wetsvoorstel kan *“een buitenlandse authentieke akte in België aan iedere overheid worden voorgelegd indien haar rechtsgeldigheid wordt vastgelegd overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijke recht”* en mag er geen sprake zijn van wetsontduiking. De grens oversteken om een verdoken echtscheiding te bekomen valt waarschijnlijk onder de omschrijving van de wetsontduiking.

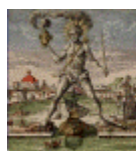
---

<sup>41</sup> Wet Rolin van 27 juni 1960, B.S. 9 juli 1960.

<sup>42</sup> A. Heyvaert, *Belgisch internationaal privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 2001, nr. 270-271.

<sup>43</sup> Wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht van 1 juli 2002, *St. Senaat* nr. 2-1225/1, 2001-2002, ook te raadplegen op [www.ipr.be](http://www.ipr.be)

<sup>44</sup> Te raadplegen op [www.ipr.be](http://www.ipr.be)



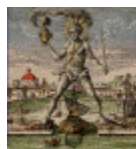
## 10. Slotbeschouwing

Het probleem van de erkenning van de Nederlandse flitsscheiding is bijzonder complex en stuit op allerlei praktische en rechtstheoretische obstakels. De flitsscheiding zal voer worden voor ambtenaren van de burgerlijke stand, magistraten en voor de Europese regelgever (en het Europees Hof van Justitie). Deze laatste zoekt eenvormigheid in de erkenning en tenuitvoerlegging van echtscheidingsvonnissen en authentieke akten binnen Europa. Volgens prof. Jessurun d'Oliveira worstelt de Europese Gemeenschap nog met de "alternerende leefvormen".<sup>45</sup> Ook de Nederlandse wetgever zou er goed aan doen om definitief en duidelijk standpunt in te nemen over de mogelijkheid om te scheiden zonder rechter, zodat alle echtgenoten – ook zij die niet het 2-stappenplan willen volgen – de nodige waarborgen krijgen en zodat moeilijke kwalificatievragen wegvallen.

**Katja Jansegers**  
Assistent Universiteit Gent  
Advocaat Balie Gent

---

<sup>45</sup> H.U. Jessurun d'Oliveira, "De Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk", *N.J.B.* 2001, 2035-2040.



## **Charles J.H. DOHMEN - The law applicable to international contracts - a comparison between Latin-American (Mexico City convention) and European (Rome convention) conflict rules**

### A. Introduction

When obligations arising from international contracts are not observed by one party to the contract and the other party to the contract goes to court to claim performance of the contract and/or damages, the court hearing the case will have to find out which legal system is applicable to the case. In order to do that it has to use the conflict of laws rules that are applicable in its jurisdiction.

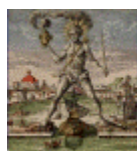
In our world there are several regions for which these conflict rules have been laid down in treaties. In this article I will discuss and compare the conflict rules for international contracts of two private international law treaties, each concerning one region: respectively the geographical area formed by (1) the member states of the Organisation of American States and (2) the member states of the European Union.

With respect to the first region the treaty in question is the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts of 1994 (in Spanish: *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales*), result of the Fifth Special Conference on Private International Law (CIDIP V), held in Mexico City from 14 until 18 March 1994, under the auspices of the Organisation of American States (OAS). Hereafter I will refer to this treaty as ‘the Mexico City Convention’.<sup>46</sup> Of the five Convention states which have signed the Mexico City Convention, namely Bolivia, Brazil, Mexico, Uruguay and Venezuela, the treaty has until now only been ratified by Mexico and Venezuela, for which it took effect from 15 December 1996.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> The text of the Convention is published by the OAS in its document series OEA/Ser.K/XXI.5 (17 March 1994). The Spanish text of the treaty can also be found at: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>>; the English text can be found at: <<http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-56.html>>.

<sup>47</sup> The Convention entered into force for the ratifying states on the thirtieth day following the date of the deposit of the second instrument of ratification (after Venezuela, Mexico was the second country to ratify the Convention).



With regard to the European Union the treaty concerned is the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome, 19 June 1980)<sup>48</sup>, hereafter: ‘the Rome Convention’ (in force as from 1 April 1991 in Belgium, Denmark, the Federal German Republic, France, Greece, Italy, Luxembourg and the United Kingdom, as from 1 September 1991 in The Netherlands and as from 1 January 1992 in Ireland). The text of the Rome Convention has been amended by the Convention of 10 April 1984 on the accession of the Hellenic Republic<sup>49</sup>, by the Convention of 18 May 1992 on the accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic<sup>50</sup> and by the Convention of 29 November 1996 on the accession of the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden.<sup>51</sup>

In the light of these two regional conventions I shall consider the contracting parties’ autonomy to choose the law applicable to their contract and how the court can determine the applicable law in absence of such a choice. I shall not discuss provisions concerning mandatory rules (i.e. provisions of the law of the forum or of other countries which cannot be derogated from by contract) or public policy.

In this article with a choice of law is meant: a reference to the law that governs the contract (or part of it), not the incorporation of (certain provisions of) a body of law, generally accepted principles or usage as a term or terms of the contract. With respect to the former, the freedom to choose could be called ‘conflictual party autonomy’ (*autonomía conflictual*), with regard to the latter, this freedom is called ‘material party autonomy’ (*autonomía material*).

The article forms the theoretical basis for another article published in this issue of Tijdschrift@ipr.be.<sup>52</sup> The other article contains a practical example of

---

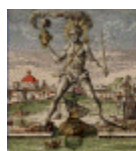
<sup>48</sup> Official Journal of The European Communities No. L-266, pp. 1-19.

<sup>49</sup> In force as from 1 April 1991 in all 1980 Convention states except for Ireland and The Netherlands for which the convention took effect on 1 January 1992 and 1 October 1992 respectively.

<sup>50</sup> In force as from 1 September 1993 in Spain and as from 1 September 1994 in Portugal; also in force in the older Convention states except for Denmark and Ireland.

<sup>51</sup> In force as from 1 October 1998 in Sweden, as from 1 December 1998 in Austria and as from 1 April 1999 in Finland; also in force in the older Convention states except for Denmark and Ireland. See for the text of the accession conventions respectively Official Journal No. L-146, 31 May 1984, pp. 1-16, Official Journal No. L-333, 18 November 1992, pp. 1-25 and Official Journal No. C-015, 15 January 1997, pp. 10-15.

<sup>52</sup> See Dohmen, “Venezuelan and Dutch conflict of laws regarding the enforcement of an international contract, or: the miraculous catch without a Dutch vessel” Tijdschrift@ipr.be, nr. 4 (2002) <<http://www.ipr.be/data/tijdschrift04.pdf>>.



the application of the two treaties to an international case.

## B. The Mexico City Convention

### I. The scope of the Convention

#### *§1 The territorial scope*

The territorial scope can be deduced from art. 1: the Convention shall determine the law applicable to international contracts, being contracts by parties who have their habitual residence or establishment in different states party to the Convention or contracts which have objective ties with more than one Convention state. Only states that are a party to the Organisation of American States can be a party to the Mexico City Convention (art. 25). The question then arises: what is understood by ‘objective ties’? For example: a mere choice of law or forum choice (= choice of court) without any other ties to the country which law or courts have been chosen is not very likely to be objective (enough).<sup>53</sup> Eugenio Hernández-Breton defines the wording ‘objective tie’ as every connection between the contract and a Convention state that is not linked to the contracting parties, but to e.g. the place where the contract was made or the place where the contract has to be performed.<sup>54</sup> José Alfredo Giral Pimentel, however, submits that the habitual residence or the place of establishment of a legal entity can (also) be ‘objective ties’.<sup>55</sup>

As appears from art. 2, the law of a state that has not ratified the Convention can be applicable. This occurs when that law has to be applied according to the conflict rules of the Convention. This would mean that the Convention is also applicable when the contract not only contains aspects that are connected with different Convention states, but also when one or more aspects are connected with states which are not party to the Convention.

---

<sup>53</sup> Likewise Samtleben, “Versuch über die Konvention von Mexiko über das auf internationale Schuldverträge anwendbare Recht”, (1998) *IPRax* 385 (386).

<sup>54</sup> Hernández-Bretón, “Internationale Handelsverträge im Lichte der Interamerikanischen Konvention von Mexiko über das auf internationale Verträge anwendbare Recht” (1998) *IPRax* 378 (379).

<sup>55</sup> Giral Pimentel, *El Contrato Internacional. Su régimen en el Derecho Internacional Privado venezolano moderno basado en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela* (1999), p. 85.



However, art. 1 requires that at least two Convention states should be involved.<sup>56</sup>

### *§2 The material scope*

The Convention contains a list of types of contracts that are excluded from its scope (art. 5). The list excludes questions regarding the marital status of natural persons, the capacity of parties, contractual obligations regarding family and succession law, securities or securities transactions, arbitration or choice-of-forum agreements and questions of company law. As to the states for which the Convention took effect: from a Venezuelan perspective, the types of contract excluded by the Convention could accordingly be governed by the *Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana* (hereafter: '*Ley de DIP*')<sup>57</sup>; from a Mexican perspective these types of contract could be governed by Articles 12-15 of the *Código Civil Federal* (as to federal matters) or one of the sets of conflict rules contained in the respective Civil Codes of the Mexican States<sup>58</sup>.

### *§3 The relation between the Mexico City Convention and other treaties*

Article 6 of the Convention states that “[t]he provisions of this Convention shall not be applicable to contracts which have autonomous regulations in international conventional law in force among the States Parties to this Convention”. From the text of this article it is clear that treaties relating to certain types of contracts can take precedence over the Convention. Examples of such treaties are the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)<sup>59</sup> and the Hague Convention of 22

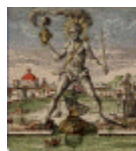
---

<sup>56</sup> See Samtleben, op. cit., p. 386; Hernández-Bretón, op. cit., p. 379; Fernández Arroyo, “La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux: certains chemins conduisent au-delà de Rome” (1995) *Revue critique de droit international privé* 178 (181-182); Different Giral Pimentel, op. cit., pp. 72-75.

<sup>57</sup> *Gazeta Oficial de la República de Venezuela, No. 36.511 del 6 de agosto de 1998*. The *Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana* and its relation to the Mexico City Convention will be discussed in-depth in Dohmen, op. cit.

<sup>58</sup> Since 29 May 2000 the *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal* of 26 May 1928 has been changed and is renamed *Código Civil Federal*. For the Federal District the *Código Civil del Distrito Federal* is applicable. Every Mexican State has its own *Código Civil*, which contains conflict rules for situations which have ties with both the state in question and a foreign state.

<sup>59</sup> Text in English available at: <<http://www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.htm>>; for other languages see <<http://www.uncitral.org/english/texts/sales/salesindex.htm>>.



December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods (the latter Convention has not yet entered into force)<sup>60</sup>.

Furthermore, treaties concluded in the light of (Latin-) American integration processes, which cover the same situations as the Mexico City Convention and to which a Convention state is or will become a party, will have preference over the Convention (art. 20). These could for example be treaties within the framework of the *Comunidad Andina*, *Mercado Común del Sur/Mercado Comum do Sul* (Mercosur/Mercosul), the Caribbean Community (CARICOM) or the North American Free Trade Agreement (NAFTA).

## II. The determination of the applicable law

### *§1 Party autonomy*

#### *a. Introduction*

In article 7 the principle of party autonomy is embedded, an important principle in private international law. In many jurisdictions this principle has been given a specific place in conflict rules concerning issues that may be dealt with by a person/parties himself/themselves. Whether it concerns contracts, marital property regimes or wills, the relevant persons often have the freedom to choose a legal system to govern the issue.

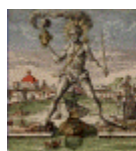
A choice of law must be express or must be evident from the parties' behaviour and from the clauses of the contract considered as a whole. So a choice of law may be either express or tacit. Does a forum choice point to a tacit choice of law? According to art. 7(2) it can never be the only indication of a tacit choice. So the maxim '*qui elegit iudicem elegit ius*'<sup>61</sup> is not a principle of the Convention.

The choice can be made at any moment in time (art. 8 of the Convention), so even in times of a dispute. A modification of a choice of law shall, however, not affect the formal validity of the original contract nor the rights of third parties. The parties may stipulate that the selected law governs only part of the contract (art. 7(1), last sentence). This is called *dépeçage volontaire*.

---

<sup>60</sup> The English text can be found at: <<http://www.hcch.net/e/conventions/text31e.html>>; the French text can be found at: <<http://www.hcch.net/f/conventions/text31f.html>>.

<sup>61</sup> 'He who chooses the judge (court), chooses the law'.





*b. Which law can be chosen?*

The parties to a contract are free to choose the law of a country that has no ties with the contract. Neither art. 7 nor any other provision of the Convention forbids this. It can also be deduced from the text of art. 11(2): “[i]t shall be up to the forum to decide when it applies the mandatory provisions of the law of another state [= other than the forum state; CD] with which the contract has close ties”.<sup>62</sup>

Can parties also choose a transnational system of law or certain principles of law instead of the law of a specific country? This does not follow from the treaty history. To my knowledge, neither have courts decided upon this issue.

As opposed to arbitral tribunals, courts are bound by the provisions of the Mexico City Convention. Whereas in arbitration a choice of non-national law could be agreed upon, in litigation the Convention has to be interpreted.

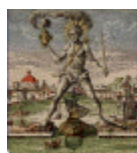
With respect to litigation before courts, there has been a debate whether parties are allowed to choose non-national law. Supporters base their arguments on articles 9 and 10 of the Convention and on the freedom of contract. Parties are in principle free to contract what they want, so why should they not have the freedom to choose a set of rules that they are comfortable with? Opponents cling to the original notion of conflict rules: a conflict of laws is always a conflict between laws of countries. If parties to a contract would be allowed to choose a legal system other than the positive laws of an existing state, the contract would lack clarity as to the law which governs it (*‘contrat sans loi’*), which is impossible. Furthermore, it is submitted that art. 17 of the Convention would impede such a ‘broad’ scope of art. 7.

As to the definition of “transnational law” I note that the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts<sup>63</sup> and the - broader - *lex mercatoria* are often mentioned. In my opinion article 10 of the Convention (which will be discussed below) gives a good definition of the *lex mercatoria*: “the guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices generally accepted”. There is,

---

<sup>62</sup> See also Samtleben, op. cit., p. 388.

<sup>63</sup> The text of the Principles appears at: <<http://www.unidroit.org/english/principles/pr-main.htm>>.



however, not a clear definition of the term.<sup>64</sup> I agree with Katharina Boele-Woelki and Hans van Houtte, that in order to become part of the *lex mercatoria* the Principles first have to be used by the contracting parties, arbitral tribunals and even courts.<sup>65</sup> The Principles are definitively on the way to become part of the *lex mercatoria*.

At this point I will discuss the views of some scholars that have dug into the matter.

### 1° Advocates of a 'broad' scope of art. 7

According to Gonzalo Parra Aranguren, chairman of the CIDIP committee responsible for the Mexico City Convention, art. 7 read in connection with art. 10 clearly renders it possible for parties to select an international convention or international principles as the law applicable to their contract.<sup>66</sup> Article 10 renders, in addition to the provisions in the foregoing articles, the *lex mercatoria* applicable in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case.

Friedrich K. Juenger, member of the U.S. delegation to the CIDIP V, considers the 'broad scope' justified by article 9(2) of the Convention, which similar to art. 10 makes notion of general principles of international commercial law.<sup>67</sup> Article 9 is applicable if the parties have not made a choice of law or if their choice is invalid. Article 9 will be discussed below.

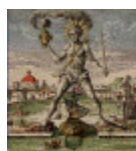
---

<sup>64</sup> See for example Mercedes López Rodríguez, *Lex Mercatoria* (2002), <<http://www.rettid.dk/artikler/20020046.pdf>>.

<sup>65</sup> Boele-Woelki, "Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge" (1997) *IPRax* 161 (164); Van Houtte, "De 'UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' en de Belgische rechtspraak" (1995) *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 348 (349).

<sup>66</sup> Parra Aranguren, "The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law, Mexico City, 14-18 March, 1994", in: Borrás et al. (eds.), *E Pluribus Unum, Liber amicorum Georges A.L. Droz* (1996), pp. 299-320 (308).

<sup>67</sup> Juenger, "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons" (1994) 42 *American Journal of Comparative Law* 381 (392); idem, "The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law", in: *Contratación internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*, Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana (1998), pp. 229-236 (234), also at: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/15.pdf>>, section V, ¶ 1; idem, "The Lex Mercatoria and Private International Law" (2000) 60 *Louisiana Law Review* 1133 (1147), also at: <<http://classes.lls.edu/summer2002/IntlContract-Ferrari/TheLexMercatoria.doc>>, section IV(C), ¶ 1.



Hernández-Bretón submits that it would be incoherent, contrary and inexplicable if in absence of a choice transnational norms could be applicable to a contract by virtue of article 9(2) or 10 of the Convention, whereas, if parties would wish to choose the law applicable to their contract a choice for these norms would be withheld. Articles 2 and 17 of the Convention do not impede the ‘broad view’: article 2 merely gives the Convention a universal character and does not exclude the choice of transnational law, and article 17, according to which “[f]or the purposes of this Convention, “law” shall be understood to mean the law current in a State, excluding rules concerning conflict of laws”, is only meant to exclude referral (the phenomenon of referral will be discussed below).

Jürgen Samtleben takes the view that a choice for the application of the UNIDROIT Principles should be recognised. This does not follow from the Convention, but it follows from the freedom of contract.<sup>68</sup>

Antonio Boggiano first questions whether it should be possible for the contracting parties to choose rules of the *lex mercatoria*, then seems to consider it to be possible on the condition that the parties indicate precisely what rules they mean. A mere reference to the “*lex mercatoria*” will not do.<sup>69</sup>

Giral Pimentel submits that the parties can choose certain substantive rules of the *lex mercatoria* as the law applicable to their contract. He mentions as an example documentary credit cases in which the parties often choose the ICC’s Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 500).<sup>70</sup>

## 2° Opponents to a ‘broad’ scope of art. 7

Ole Lando is of the opinion that the Convention does not seem to allow the parties to choose the *lex mercatoria* instead of a national system of law, though in general he is not opposed to such a choice.<sup>71</sup>

Diego P. Fernández Arroyo takes the view that, although as party autonomy is concerned the Convention seems to leave the door open for other types of law than that of states, a contract cannot be ‘*sans loi*’. Moreover, when art. 7

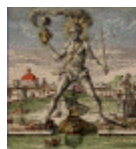
---

<sup>68</sup> See Samtleben, op. cit., p. 390.

<sup>69</sup> Boggiano, *Contratos Internacionales – International Contracts* (2nd Ed. 1995), p. XXVIII.

<sup>70</sup> Giral Pimentel, op. cit., p. 234.

<sup>71</sup> Lando, “Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations” (1996-1997) 7 King’s College Law Journal 55, idem at: <<http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/kclj/articles/lando/lando.html>>, section C(a)(1), ¶¶ 12-14.



is read in connection with art. 17 it is clear that what is meant by ‘law’ or ‘*derecho*’ can only be the law in force in a state.<sup>72</sup>

### 3° My opinion

In my opinion parties are in principle free to contract what they want, so why should they not have the freedom to choose a set of rules that they are comfortable with, not necessarily the law of a state? A mere reference to the ‘*lex mercatoria*’ would be too vague for both the parties and the court or arbitral tribunal and should therefore not be upheld. However, a choice of specified transnational law or principles (or even usage if clear to all parties) should be possible. The Convention, unfortunately, seems to forbid a choice of transnational law or usage, as can be derived from article 17, notwithstanding the fact that this provision serves another purpose.

#### *§2 The applicable law in absence of a choice*

##### *a. Introduction*

When the parties to a contract have not determined the law applicable to their contract or when such an express choice is void, which conflict rules does the Convention provide in order to determine the applicable law?

Article 9 contains the basic rule: contracts shall in principle be governed by the law of the state with which ‘it has the closest ties’ (in Spanish: ‘*los vínculos más estrechos*’ and in a French translation: ‘*les liens les plus étroits*’<sup>73</sup>). By choosing the doctrine of the closest connection (in art. 9 of the Convention), the drafters of the Mexico City Convention have opted for what Parra Aranguren calls the doctrine of ‘the No Rules’. ‘The No Rules’ are conflict rules that do not contain specific and rigid connecting factors.<sup>74</sup>

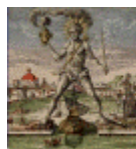
In order to determine the closest connection all subjective and objective elements of the contract have to be considered. Apart from that, the court has to bear in mind the general principles of business law accepted by international organisations (art. 9(2)). With these are meant amongst others

---

<sup>72</sup> Fernández Arroyo, op. cit., p. 182.

<sup>73</sup> “Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux” (author unknown) (1995) *Revue critique de droit international privé* 173 (175).

<sup>74</sup> Parra Aranguren, *Curso General de Derecho Internacional Privado, Problemas Selectos y Otros Estudios* (3rd ed. 1998), p. 268.



the UNIDROIT Principles.<sup>75</sup> Juenger proposed to have the contract governed by these general principles directly, but his proposal was not accepted.<sup>76</sup> According to Samtleben, in the light of art. 9(2) the Principles should only be applied when the court cannot determine the applicable law with the help of objective or subjective elements.<sup>77</sup> However, Leonel Pereznieto Castro, Mexican delegate to the CIDIP V, submits that the Principles already play a role in the determination of the objective and subjective elements.<sup>78</sup>

From art. 10 it appears that, if the occasion arises, norms, customs and principles of international business law, other than the mentioned UNIDROIT Principles, as well as generally accepted trade usages and practices (the *lex mercatoria*) have to be applied, in order to resolve the case in a just and fair way.<sup>79</sup> This provision was put in the Convention on the initiative of Parra Aranguren.

Article 10 states that these norms, customs, principles, trade usages and practices shall apply “in addition to the provisions in the foregoing articles”. This would mean that, if the occasion arises, they also apply next to the law chosen by the parties.

---

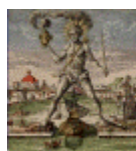
<sup>75</sup> Hernández-Bretón, op. cit., p. 383. He mentions also other international organisations whose principles or rules can be of importance; for example: the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the International Chamber of Commerce (ICC), the International Maritime Organization (IMO) or the International Air Transport Association (IATA). See also Perret, “La Convention interaméricaine sur la Loi applicable aux contrats internationaux adoptée par la C.I.D.I.P.-V avec des notes explicatives”, (1994) 25 *Revue Générale de droit* 625 (629) and Burman, “International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s” (1995) 28 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 367 (381-382).

<sup>76</sup> See Juenger, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, p. 391; Idem, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, p. 1147 (section IV(C), ¶¶ 1 and 2).

<sup>77</sup> Samtleben, op. cit, p. 390. For a discussion on the relation between the Mexico City Convention and the UNIDROIT Principles see: Boggiano, “La Convention sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d’UNIDROIT”, (1996) 1 *Uniform Law Review* 219.

<sup>78</sup> Pereznieto Castro, “Introducción a la Convención Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales” (1994) *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 765 (733).

<sup>79</sup> With regard to regulations that qualify in this respect, see Romero, “Las Personas Jurídicas y las Obligaciones en la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana” 117 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 9, chapter III, ¶ 9 (2000) <<http://www.zur2.com/fcjp/117/romero.htm>>.



As well as art. 9(2) art. 10 is a novelty in conflicts of law treaties.<sup>80</sup> According to Juenger, in the drafting process leading towards the Mexico City Convention “it became apparent that the Rome Convention’s deliberate denigration of the new law merchant and its mechanistic method of localizing international contracts are not responsive to the exigencies of international trade and commerce”.<sup>81</sup> It remains to be seen how the courts will apply these provisions. I have not yet had the pleasure of discovering a case concerning these articles.

### *b. Dépeçage judiciaire*

Not only the parties have the freedom to apply *dépeçage* (see above), but the Convention also provides the judge with the discretion to apply it (*dépeçage judiciaire*; art. 9(3)): if a part of the contract can be separated from the remainder, it is possible that this part of the contract is most closely connected with country A, while as regards the remainder of the contract the connections with country B prevail. In that case it can be argued that the law of country A is applicable to the first part of the contract, whereas the law of country B has to be applied to the remainder. However, *dépeçage* can only be applied in exceptional cases.

### *c. The determination of the law most closely connected to the contract*

#### **1° The objective and subjective elements**

As we have seen above we have to consider all the subjective and objective elements of the contract in order to determine the law most closely connected to the contract.

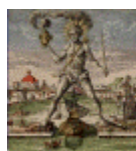
What are, respectively, the subjective and the objective elements of the contract and how do these two groups of elements relate to each other?

José Luis Siqueiros, rapporteur to the Mexico City Convention, discerns in his report, belonging to the draft of this treaty, the following objective

---

<sup>80</sup> Boele-Woelki, op. cit., p. 170, considers the conflict rule system of art. 9(2) and 10 of the Mexico City Convention of superior quality compared with the Rome Convention conflict rules.

<sup>81</sup> “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, p. 392.



elements: the nationality of the parties, the domicile or habitual residence, and the place where the contract is concluded.<sup>82</sup>

In the August 1991 draft of the Convention, drawn up by the Inter-American Juridical Committee, in addition to the objective elements mentioned by Siqueiros, the place(s) where the contract has to be performed is regarded as an objective element.<sup>83</sup> The draft has been the point of departure for the Tucson Meeting of Experts that did the preliminary work for the CIDIP V conference with respect to the Convention (11-14 November 1993).

According to Fabiola Romero, with ‘subjective elements’ the following is meant: all elements that deal with the parties: their nationality, in the case of natural persons their domicile or habitual residence, or, in the case of legal entities, their statutory seat or place where their head office is established. On the other hand, the ‘objective elements’ are the elements that deal with the contract itself. Under this heading are the place where the contract is concluded, the place(s) where the obligation(s) under the contract are performed and the place where the object of the contract is located. She does not clarify, however, how these (two groups of) elements relate to each other.<sup>84</sup>

Giral Pimentel has another view.<sup>85</sup> According to him, with ‘objective elements’ is meant in any case: the nationality of the parties, the domicile or habitual residence of the parties, the place of establishment of a legal entity, the statutory seat of a legal entity, the place where contract is concluded, the place where the object of the contract is located, the location of the court which the parties have indicated in their choice-of-forum clause, or, if the parties have agreed to insert an arbitration clause in their contract, the place where arbitration has to take place, and finally, the place where international contracts have to be registered (if this is applicable). Giral

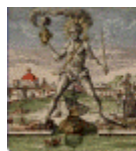
---

<sup>82</sup> Siqueiros, “Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional”, in: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*, OEA/Ser.Q./CJI/RES.II-6/91, 31 July 1991, pp. 28-29.

<sup>83</sup> Inter-American Draft Convention on the Law Applicable to International Contractual Arrangements (Inter-American Juridical Committee, July 1991), OEA/Ser.K./XXI.5, CIDIP-V/12/93, 30 December 1993.

<sup>84</sup> Op. cit., sub chapter III, ¶ 7.

<sup>85</sup> *El Contrato Internacional*, pp. 214-222; Giral Pimentel, “La teoría de las vinculaciones - El régimen de Ley Aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad”, 117 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 1, section III (2000) <<http://www.zur2.com/fcjp/117/giral.htm>>.



Pimentel derives these elements not only from the Mexico City Convention but also from the *Ley de DIP*.

Although not mentioned by the authors, in my opinion the language of the contract can also be an objective element, although only when the language is connected to a specific country and not to any other country. Accordingly, I would like to add this element to the list of objective elements.

## **2° The subjective element as a theory**

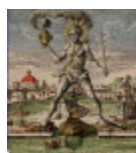
Giral Pimentel is of the view that, as art. 1 of the Mexico City Convention only defines the concept of ‘international contract’ in objective terms, the objective elements of a contract are more important than the subjective ones.<sup>86</sup> I submit that this also follows from the fact that the drafters of the Convention have not chosen a legal theory for art. 9 of the Convention which would make it possible for the judge to create a specific order in respect of the various objective elements pertaining to a contract; an order in which the value of the objective element will apply as criterion (in the same way as Giral Pimentel, concerning the *Ley de DIP*, submits that the objective elements of the contract are more important than the subjective ones, as can be explained from the fact that the Venezuelan legislator has not chosen a legal theory (i.e. a subjective element) for art. 30 of the *Ley de DIP* (which article has the same content as art. 9 of the Convention)).<sup>87</sup>

Lacking such a theory, in principle the objective elements all have the same value. The legal system with which the contract has the closest connection can then be determined by grouping the objective elements along the lines of

---

<sup>86</sup> *El Contrato Internacional*, pp. 218-219.

<sup>87</sup> *Idem*. The opposite is the case in the EC Convention on the law Applicable to Contractual Obligations (see *infra* note 3). According to the interpretation of the majority of the Convention States art. 4 of the Rome Convention (an article which is applicable if no choice of law has been made) departs in principle from a system of assumptions, based on the doctrine of the characteristic performance. A minority of the EU member states have interpreted this article in different way. An English judge, for instance, will view the article somewhat differently: he will depart from the principle of the closest connection as can be found in art. 4(1) of the Rome Convention. Following the interpretation of the majority of the Convention States, the above-mentioned system of assumptions, which can be recognised in art. 4(2), (3) and (4) of the Rome Convention, implies the priority of subjective elements (the presumptions regarding the characteristic performance) over objective elements (that will only play a role if the characteristic performance can not be determined or if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country; art. 4(5) in conjunction with art. 4(1) of the Rome Convention). I will look more closely at the conflict rules of art. 4 of the Rome Convention in C, II, § 2 (*infra*).





the system of law which they refer to. The group with most of the elements indicates the legal system most closely connected with the contract. Without a measure for quality, quantity prevails! This resembles the ‘center of gravity’-case law from the United States, in which the same method is used.<sup>88</sup>

According to Giral Pimentel the subjective element (there is only one) can be deduced from the legal theory which implies that when all the objective elements are equally balanced, so that one cannot speak of a closest connection with one system of law, the objective elements have to be valued, after which it may be concluded that the legal system to which the most ‘valuable’ objective elements refer, is the system of law with which the contract is most closely connected.

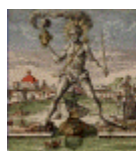
### 3° Valuing the elements

Which theory has to be applied in order to value the objective elements? Siqueiros has pointed to the theory of ‘interest analysis’<sup>89</sup>, the theory of

---

<sup>88</sup> The ‘center of gravity’ test first appeared in the case *W.H. Barber Co v. Hughes*, 223 Ind. 570, 686, 63 N.E.2d 417, 423 (1945): “the court will consider all acts of the parties touching the transaction in relation to the several states involved and will apply as the law governing the transaction the law of that state with which the facts are in most intimate contact.”. Thereafter it received a great deal of attention in *Auten v. Auten*, 308 N.Y. 155, 124 N.E.2d 99 (1954). Several cases were to follow this approach. See Leflar, McDougal III and Felix, *American Conflicts Law* (4th ed. 1986), pp. 423-424.

<sup>89</sup> The theory of ‘interest analysis’ or ‘governmental interest analysis’ has been developed by Brainerd Currie. See Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (1963). Currie wanted to have all mechanical choice-of-law rules abolished. According to him, the applicable law should not be determined from the point of view of the legal relationship at issue, being selected without regard to its content; on the contrary, the applicable law should be determined by considering the content of the substantive laws of the states involved in the conflict. When constructing and interpreting these substantive laws the state policies (interests) which determine the laws’ territorial sphere of operation, can be revealed. The first question to be asked in the interest analysis is whether the case presents a ‘true’ conflict or whether it is a ‘false’ conflict. ‘False’ conflicts appear when the potentially applicable laws are similar or when only one of the states would be interested in having its law applied. In ‘false’ conflicts, the inapplicable law (i.e. the law(s) of the State(s) which do not have an interest) is omitted, thus resolving the conflict of laws problem. When a ‘true’ conflict arises, Currie takes the view that the *lex fori*, the law of the location of the court hearing the case, has to be applied, on the ground that courts may not and should not attempt to weigh conflicting state policies, because they neither have the constitutional power, nor the necessary resources. The court should only effectuate the policies of its own state. In contrast to Currie’s approach to ‘true’ conflicts, William F. Baxter proposed a ‘comparative impairment’ theory. In this approach the court weighs the negative impact that would result from not applying the law of the one state instead of the other and vice versa.



‘functional analysis’<sup>90</sup> and the theory of ‘the most significant relationship’ (this last theory is based on the theory of ‘the characteristic performance’ under the Rome Convention.<sup>91</sup> However, he does not prefer one of these theories above the others.<sup>92</sup>

According to the 1991 draft of the Inter-American Juridical Committee, there are various examples of ‘subjective elements’ that can be adopted as a legal theory: the theory of ‘interest analysis’, the theory of ‘the most significant relationship’, the ‘closest links’ and ‘the most characteristic service’.<sup>93</sup>

#### 4° The influence of Rome

Giral Pimentel points to a tendency to use the characteristic performance of a contract (*prestación característica*) as a subjective element, following art. 4 of the Rome Convention, in cases which can not be solved when one only considers the groupings of objective elements. In those cases the applicable

---

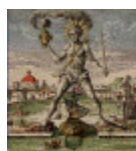
The law of the state whose policies would be most impaired when its laws would not be applied, is then applied by the court (see Baxter, “Choice of Law and the Federal System” (1963) 16 Stanford Law Review 1).

<sup>90</sup> The authors who developed this theory were Arthur T. von Mehren, Donald T. Trautman and Russell J. Weintraub. As well as ‘interest analysis’, ‘functional analysis’ separates ‘true’ conflicts from ‘false’ ones. The difference is an intensive weighing of policies in ‘true’ conflict cases when using ‘functional analysis’. According to the first two authors the relative strength of the policies of the states concerned has to be measured (see Von Mehren and Trautman, *The Law of Multistate Problems* (1965); Von Mehren, “Recent Trends in Choice-of-Law Methodology” (1975) 60 Cornell Law Quarterly 927; Von Mehren, “Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology” (1974) 88 Harvard Law Review 347). The policies’ strengths should be compared not only between the states concerned, but also with the policies of states that have the same legal structure. In this way emerging policies should be favoured above regressive policies, specific ones above general ones. If the ‘strongest’ policy can not be determined, the judge could resort to a common policy, he could construct a rule that is transnational, or apply the law that is the most effective. If this is still not possible, other ways have to be found to solve the conflict of laws question, such as choosing the law that is most in line with the intentions of the parties. The *lex fori* is applied if after the examination the situation still proves to be evenly balanced, provided that the forum has an interest. Weintraub (*Commentary on the Conflict of Laws* (4th ed. 2000)) specified the following criteria of ‘functional analysis’: (1) the advancement of clearly discernible trends in the law, (2) the avoidance of unfair surprise to the defendant, (3) avoidance of anachronistic or aberrational laws, and (4) consultation of the conflict rules of other interested foreign jurisdictions to determine the extent of their interests. In contract cases the conclusion would be that the law that validates the contract will govern it.

<sup>91</sup> See *infra* C, II, § 2.

<sup>92</sup> Siqueiros, *op. cit.*, pp. 30-32.

<sup>93</sup> See *supra* note 83.



law is the law of the place where the characteristic performer is domiciled. However, he is of the view that we have to be careful in doing this, because the Mexico City Convention has not adopted the doctrine of the characteristic performance as a dominating subjective element.<sup>94</sup>

Although the mentioned doctrine has not been adopted, the Rome Convention has been a great example for the drafters of the Mexico City Convention. Already in the September 1988 study on a private international law convention concerning international contracts, made under the authority of the OAS, it was concluded that the Rome Convention should be taken as a model for a future Inter-American convention (“all roads lead to Rome”).<sup>95</sup>

In the draft resulting from the Tucson Meeting it was submitted that the characteristic performance *prima facie* indicates the closest connection. However, in this respect there is a difference with the Rome Convention. Whereas art. 4(2) of the Rome convention focuses on the habitual residence, central administration or principal place of business of the characteristic performer in order to designate the law, considering the place of performance only as a designating factor where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the Tucson draft takes in all circumstances the place of the characteristic performance to designate the applicable law.<sup>96</sup>

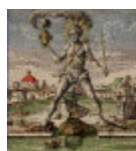
However, in the final meetings preceding the agreement on the text of the Mexico City Convention, the theory of the characteristic performance was

---

<sup>94</sup> *El Contrato Internacional*, pp. 291-220. He refers to writers that have the same opinion: Burman, “International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s” (1995) 28 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 381; Dos Santos, *Los Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano* (1998), p. 138; Hernández-Bretón, “La Contratación Mercantil Internacional a la Luz de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, in: Vadell Hermanos (eds.), *Visión Contemporánea del Derecho Mercantil Venezolano, Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo* (1998), Vol. IV, p. 55.

<sup>95</sup> See *Contratación internacional - Estudio sobre los contratos internacionales*, OEA/Ser.K/XXI.4, CIDIP-IV/8/88 or Boggiano, *Contratos Internacionales* (1990), p. 152, 155. In the second edition of the aforementioned book, *Contratos Internacionales - International Contracts* (2nd Ed. 1995), Boggiano states in his preliminar note: “[t]odos los caminos conducen a Roma, aun los que pasan por Méjico” (“all roads lead to Rome, even those which pass through Mexico”) (p. VII).

<sup>96</sup> Report of the Meeting of Experts on International Contractual Arrangements, Tucson, Arizona, 11-14 November 1993, OEA/Ser.K/XXI.5, CIDIP-V/15/93, 30 December 1993, sub art. 10(2).



abandoned, for it would not always be easy to determine this performance nor would the application of the characteristic performance test result in a suitable solution to every case.<sup>97</sup> Therewith the Mexico City Convention has taken another path to arrive at the closest connection.

Or in the words of Fernández Arroyo: “*certain chemins conduisent au-delà de Rome*”.

### **5° How to arrive at a theory for article 9 of the Mexico City Convention**

Doctrine and case law have to develop in order to arrive at a theory of the closest connection. This can be achieved by comparing legal systems.

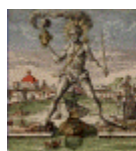
Giral Pimentel takes the view that next to the European tradition of the Rome Convention, the ‘better law’ theory as formulated by the American writer Robert A. Leflar<sup>98</sup>, the American Restatement (Second) of Conflict of Laws (§ 188)<sup>99</sup> or the theory of ‘governmental interest analysis’ by Brainerd

---

<sup>97</sup> See also Juenger, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, pp. 385-386 and 389-390.

<sup>98</sup> See Leflar, “Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law” (1966) 41 New York University Law Review 367; Leflar, “Conflicts of Law: More on Choice-Influencing Considerations” (1966) 54 California Law Review 1584. According to Leflar conflicts of law can be solved with the assistance of the following five ‘choice-influencing considerations’: (1) predictability of results, (2) maintenance of interstate and international order, (3) simplification of the judicial task, (4) advancement of the forum’s governmental interest, and (5) the application of the better rule of law. The ‘better law’ is the law that reflects the socio-economic standards of the ruling jurisprudence.

<sup>99</sup> The Restatement (Second) of Conflict of Laws of The American Law Institute, 1971, has had a great influence on the private international law of the United States. An important feature is the general principles (§ 6) that have to be considered when the applicable law has to be determined but the forum does not provide a statutory regulation that can be followed: (a) the needs of the interstate and international systems, (b) the relevant policies of the forum, (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue, (d) the protection of justified expectations, (e) the basic policies underlying the particular field of law, (f) certainty, predictability and uniformity of result, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied. The ‘most significant relationship’ is the objective of the process of determining the applicable law. The principles above under (a)-(g) are guidelines in this process. In the theory of objective vs. subjective elements, the principles can thus be considered to be the ‘subjective element(s)’. In the conflict rule for contracts, in the absence of an effective choice of law by the parties (§ 188) a presumption is built which, before the principles of § 6 can play their role, has to be considered (§ 188 sub 3): if the place where the contract is negotiated and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in §§ 189-199 and 203 (here we see a presumption doctrine that is somewhat different from the one embedded in



Currie<sup>100</sup> can be a guide in order to arrive at a conflict of laws theory. However, according to Giral Pimentel, the application of these American and European theories mostly results in the application of the *lex fori*.<sup>101</sup>

### **6° *Lex fori* is not an objective**

Leaving aside the question whether the *lex fori* is indeed the result in most cases (although this can be clearly seen in cases in which the ‘better law’ theory or the ‘interest analysis’ theory is applied), the fact that the *lex fori* will often be the outcome of the determination of the applicable law, can never be the objective of such a neutral concept as ‘the closest connection’. If it would have been the objective, the drafters of the Mexico City Convention could have made this clearer by creating an ‘unless’ rule, with or without the presumption of the *lex fori*, in the form of: ‘the *lex fori* is presumed to have the closest connection to the case, unless...’ or, even more succinctly, ‘the *lex fori* applies, unless...’. In order to uphold the neutrality of the principle of ‘the closest connection’, the court would have to apply a theory that gives the laws of other jurisdictions an opportunity which is equal to that of the law of the forum. This is a clear task which has to be fulfilled.

### **7° Giral Pimentel’s solution**

Until there is clarity as to what theory the court will apply, Giral Pimentel proposes that his *Teoría de ‘la Mejor Ley’* should be taken as a starting point to describe the ‘subjective element’.<sup>102</sup> This theory is not the same as the ‘better law’ theory mentioned earlier.

According to the *Teoría de ‘la Mejor Ley’* ‘the best law’ (that is to say, the law that is applicable if all objective elements are in equilibrium) is the law that the parties have chosen themselves.

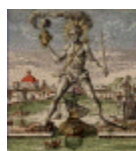
---

article 4 of the Rome Convention). Apart from this presumption § 188 sums up some contacts that need to be taken into account when applying the principles of § 6 (having the theory of objective vs. subjective elements in mind, these ‘contacts’ can be regarded as the ‘objective elements’): (a) the place of contracting, (b) the place of negotiating the contract, (c) the place of performance, (d) the location of the subject matter of the contract, and (e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties. The majority of the states of the U.S. follow the Restatement (Second) rather than other conflict of laws theories (for an overview see Scoles, Hay, Borchers and Symeonides, *Conflict of Laws* (3rd ed. 2000), p. 86.

<sup>100</sup> See supra note 89.

<sup>101</sup> *El Contrato Internacional*, pp. 221-222 and pp. 194-213.

<sup>102</sup> *El Contrato Internacional*, pp. 272-274.



When a choice of law has not been made and the objective elements of the contract are connected with several states, ‘the best law’ is (1) the system of law that protects best the validity of the contract. Here we find an interesting similarity with the outcome of Weintraub’s ‘functional analysis’ theory, when applied to contracts.<sup>103</sup> ‘The best law’ is (2) the law that prefers the performance of the obligations under the contract as agreed upon, over and above ways of performance that are substitutes for the agreed performance, because the contracting parties have entered into the contract so that their obligations will be performed as agreed. ‘The best law’ is (3) the law that is most consistent with the practice of international business.

Finally, from the principles mentioned above, the general rule can be deduced that what is valued as ‘the best law’ is the law that protects the rights of the parties and their expectations with regard to these rights, because it is the most modern, most well-known law and it is the law that best reflects international practice with utmost precision.

### III. The phenomenon of referral (*renvoi*)

When the conflict rules of the Mexico City Convention refer to a foreign law as the law applicable to the contract, does this also include the conflict rules of that foreign law? If so, the question arises whether remission (in Spanish: *reenvío simple*) or transmission (in Spanish: *reenvío ulterior*) is possible.

There is no referral situation if the mentioned conflict rules point to the internal law of the legal system deemed to be applicable (then this internal law will apply to the case).

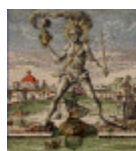
If the foreign conflict rules refer back to the law of the country where the court sits and, according to the referral rule, this law has to be applied, then we can speak of the simplest form of referral: remission.

A transmission situation occurs if the foreign conflict rules provide that the law of a third country is applicable and (1) the referral rule states that in that case the law of the third country has to be applied or (2) the referral rule states that also the conflict rules of this third country have to be taken into account, and that, according to the referral rule, if the third country’s conflict rules refer to its internal law, the internal law of the third country is applicable.

Article 17 of the Mexico City Convention rejects referral: “for the purposes of this Convention, “law” shall be understood to mean the law current in a

---

<sup>103</sup> See note 90.



State, excluding rules concerning conflict of laws”. According to Juenger: “[this] does make sense considering that choice-of-law provisions and clauses are designed to resolve, not to create, conflicts problems”.<sup>104</sup> Parra Aranguren<sup>105</sup>, and Samtleben<sup>106</sup>, however, submit that it is possible for parties to expressly select certain conflict rules in a choice of law clause.

### C. The Rome Convention

For the member states of the European Union the conflict rules concerning international contracts are embodied in the EC Convention on the law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980), mentioned above.

#### I. The scope of the Convention

##### *§1 The territorial scope*

The scope of the Rome Convention is to be found in art. 1. Article 1(1) contains the basic rule: the Convention applies to contractual obligations in any situation involving a choice between laws of different countries.

Therewith the territorial scope of the Rome Convention is much broader than that of the Mexico City Convention: the Rome Convention applies also in situations in which non-EU member states are involved.

Like the Mexico City Convention, any law specified by the convention (i.e. the Rome Convention) shall be applied, whether or not the applicable law is the law of a state party to the convention (art. 2).

##### *§2 The material scope*

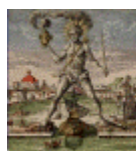
With respect to the material scope, it is important to look through the long list of exceptions to the rule of art. 1(1), mentioned in art. 1(2) and (3): obligations within the sphere of the law of persons, family law and succession law, obligations arising under negotiable instruments when they arise from their negotiable character, arbitration agreements, choice-of-forum agreements, the law concerning legal entities, disputes concerning

---

<sup>104</sup> Juenger, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, p. 392.

<sup>105</sup> Parra Aranguren, “The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law, Mexico City, 14-18 March, 1994”, p. 311.

<sup>106</sup> Samtleben, op. cit., p. 392.



contracts which bind third parties, trust law, evidence and procedural questions (except for art. 14) and some contracts of insurance. Only if the contract would fall under one of these exceptions, would other conflict rules of the EU member state in which the addressed court sits be applicable.

### *§3 The relation between the Rome Convention and other treaties*

The Convention shall not prejudice the application of international treaties to which a state party to the Convention is or will become a party (art. 21). As we have already seen above the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (hereafter: 'CISG') and the Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods are good examples.

Similar to the Mexico City Convention, treaties that have a regional scope have precedence if they contain conflict rules relating to contractual obligations. In the European Union this concerns acts of the EU institutions. Not only European Union law, but also the national laws of the EU member states in which European directives are implemented precede the Rome Convention (art. 22).

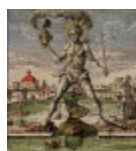
## II. The determination of the applicable law

### *§1 Party autonomy*

#### *a. Introduction*

The Rome Convention grants the parties to the contract the freedom to choose the system of law that will govern their contract (art. 3 of the Rome Convention). This choice of law can be made expressly or it may be demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract *or* the circumstances of the case (art. 3(1)).

When the parties have agreed that disputes concerning the contract should be submitted to the courts of a specific country, does this choice of forum point to a tacit choice of law? As opposed to the Mexico City Convention (art. 7(2)) the provisions of the Rome Convention do not provide us with an answer to this question. The Giuliano/Lagarde Report, the explanatory report of the Rome Convention, brings clarity in this respect: "the choice of a particular forum may show in no uncertain manner that the parties intend the contract to be governed by the law of that forum, (...) [nonetheless] this





must always be subject to the other terms of the contract and all circumstances of the case”.<sup>107</sup>

Can the parties make a choice of law after the contract has been signed (i.e. when a case concerning the performance of the contract is pending)? Art. 3 does not exclude this. Section 2 of art. 3 states that “parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice under this Article or of other provisions of this Convention”. So a later choice of law is possible. A variation of a choice of law shall, however, not prejudice the formal validity of the contract nor adversely affect the rights of third parties.

By virtue of art. 3(1) *dépeçage volontaire* is possible, so the parties can select the law applicable to the whole or only a part of their contract.

#### b. Which law can be chosen?

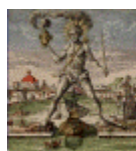
The parties are allowed to choose the law of a neutral state, i.e. the law of a state that has no ties with the contract. This can be inferred from art. 1(1) in connection with art 3(1). Furthermore it becomes clear when reading art. 3(3): where the parties to the contract have chosen a national law, which is not the law of the state with which at the time of the choice all other elements of the contract are connected, the mandatory rules of the latter state’s law will have precedence.

Compared with the text of the Mexico City Convention, the text of the Rome Convention too seems to allow a choice of a law, other than that of a state. Is this assumption right?

On 19 December 1988 two Protocols to the Rome Convention were agreed upon, which present the European Court of Justice as the body that is competent to interpret the Rome Convention when asked to do so by the appellate courts or the highest judicial bodies of the member states. However, the Protocols are not yet in force. Until then, as can be deduced from art. 18 of the Rome Convention, the decisions of the courts of other member states and the legal doctrine which is prevalent in those states as well as the Giuliano/Lagarde Report should be considered when interpreting the Convention.

---

<sup>107</sup> Giuliano/Lagarde Report, Official Journal of the European Communities, no. C 282, 31/10/1980, pp. 1-50 (17).



As in the situation of the application of the Mexico City Convention, without a guideline of case law, legal doctrine has started the debate whether a choice of transnational law or principles should be upheld by courts. Many scholars have ventilated their opinions on the matter. I will discuss some of those views.

### 1° Advocates of a 'broad' scope of art. 3

Andreas Kappus and Stefan Leible are of the view that, whereas article 4 of the Convention speaks of "the law of the country", art. 3 speaks of "the law chosen by the parties".<sup>108</sup> They accordingly favour a 'broad' scope. Leible specifically endorses a choice for the UNIDROIT Principles as a conflictual choice.

According to Bernhard Dutoit, in the framework of art. 3 of the Convention parties may refer to national law, as well as uniform law laid down in international conventions or even the UNIDROIT Principles or the Principles of European Contract Law.<sup>109</sup>

Michael Schwimann is of the opinion that every concretised body of norms can be chosen, whether this is a the law of a state, the combined laws of several states (*dépeçage*) or non-national law. He does not see why a voluntary choice of a combination of laws of several states would be allowed, whereas a legal system formulated on private initiative would not.<sup>110</sup>

### 2° Opponents to a 'broad' scope of art. 3

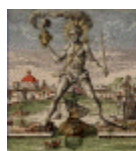
Lagarde, one of the reporters of Giuliano/Lagarde Report, submits with respect to art. 3 of the Rome Convention that the Convention is placed in the perspective of a parties' choice of the law of a state. A choice of e.g. the *lex mercatoria* is not condemned by the Convention, but it will be without effect as a conflictual choice, and the contract will therefore be governed by the law

---

<sup>108</sup> Kappus, "Lex Mercatoria' als Geschäftsstatut vor Staatlichen Gerichten im Deutschen internationalen Schuldrecht" (1993) *IPRax* 137; Leible, "Außenhandel und Rechtssicherheit" (1998) 97 *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 286 (313-319).

<sup>109</sup> Dutoit, "The Rome Convention on the choice of law for contracts", in: Hoffmann, ed., *European Private International Law* (1st ed. 1998), pp. 39-65 (44-45); see for the Principles of European Contract Law: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.1998/toc.html>.

<sup>110</sup> Schwimann, *Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht* (3rd ed. 2001), p. 104.



applicable in absence of a choice.<sup>111</sup> Similar Lawrence Collins<sup>112</sup> and Dieter Martiny<sup>113</sup>. This seems also the opinion of Elisa Pérez Vera.<sup>114</sup>

Boele-Woelki mentions several European scholars (François Rigaux, Wilhelm Wengler and Antoine Kassis)<sup>115</sup> who in the line of Lagarde submit that the structure of the treaty does not justify a ‘broad’ scope of art. 3. Without subscribing to it, Boele-Woelki describes this view as follows: as the treaty does not contain concepts like ‘international trade usages’, ‘generally accepted principles’, ‘*droit anational*’ or ‘*lex mercatoria*’, and it cannot otherwise be inferred from the wording of the treaty - especially art. 3 - that a choice of law other than that of a state is allowed, it follows that with ‘law’ is meant the law of a state.<sup>116</sup> François Rigaux and Marc Fallon mention that a choice of a commercial usage can serve as a subsidiary source of law.<sup>117</sup>

Alfonso-Luis Calvo Caravaca and Javier Carrascosa González are of the view that the Rome Convention permits only a national law to be chosen. The reason is that only a national law can provide a complete framework of rights and obligations of the parties in relation to the contract, and a framework to interpret the contract. Only in this way the contract can be placed in a regulatory framework of quality. The *lex mercatoria* can be chosen but may only serve as a material choice to complete the chosen law.<sup>118</sup>

Jan Kropholler is against a ‘broad’ scope. He is of the opinion that the normative systems initiated by private persons (i.e. the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law) leave to many empty spaces to

---

<sup>111</sup> Lagarde, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, (1991) 80 *Revue critique de droit international privé* 287 (300-301).

<sup>112</sup> Collins et al., *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 2 (13th ed. 2000), ad 32-079 (p. 1223).

<sup>113</sup> Reithmann, Martiny et al., *Internationales Vertragsrecht: das Internationale Privatrecht der Schuldverträge* (5th ed. 1996), pp. 76-77.

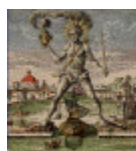
<sup>114</sup> Pérez Vera et al., *Derecho Internacional Privado*, vol. 2 (2000), p. 306.

<sup>115</sup> Rigaux, “Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles” (1998) *Cahier de Droit Européen* 306 (318); Wengler, *IPR-Rechtsnormen und Wahl des Vertragstatuts, Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht, insbesondere unter der Rom-Konvention vom 19.6.1980* (1991), pp. 15 and 26; Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux* (1993), nrs. 351 et seq.

<sup>116</sup> See Boele-Woelki, op. cit., p. 166, sub note 51.

<sup>117</sup> Rigaux/Fallon, *Droit international privé*, tome II, *Droit positif belge* (2nd ed. 1993), nr. 1287, p. 521.

<sup>118</sup> Calvo Caravaca/Carrascosa González, “Contratos Internacionales (I)”, in: Calvo Caravaca/Carrascosa González et al., *Derecho Internacional Privado* (1998), pp. 335-436 (372, 376-377).



be filled and can therefore - at least until now - with respect to the guarantee of 'contractual justice' not be considered to be on the same level as national law.<sup>119</sup>

Pierre Mayer considers a choice of the UNIDROIT Principles or even the *lex mercatoria* possible in general, although he has his concerns about the latter, due to its gaps. However, as the Rome Convention is concerned he takes the view that it only gives effect to choices of national laws. In that respect he follows the line of Lagarde. The applicable national law will govern the applicability of any choice of the Principles or the *lex mercatoria*, which can only be a material choice.<sup>120</sup>

Ole Lando admits that the Convention only accepts choices of national law. Whereas in general he is not opposed to a choice of the *lex mercatoria*, he submits that this *lex* still has too many lacunae. However, state law is not perfect. It also has gaps and courts sometimes circumvent the provisions that they do not believe to be appropriate. Moreover, national laws are not always fit for application to international contracts. As courts have recognised arbitral awards based on the *lex mercatoria*, there does not seem to be a reason why courts themselves should not uphold express choices of transnational law.<sup>121</sup>

### 3° 'Opting in': evasion of art. 3

Some Dutch scholars (Luc Strikwerda, Roeland I.V.F. Bertrams, Frans J.A. van der Velden and A.V.M (Teun) Struyken)<sup>122</sup> submit that, although the conflict rules of the Rome Convention in principle indicate the law of a state (in the light of the history of the treaty no other view would be allowed), in the line of the possibility of 'opting in' (a choice for a treaty that would but

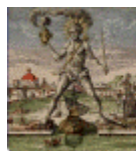
---

<sup>119</sup> Kropholler, *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts* (4th ed. 2001), p. 444.

<sup>120</sup> Mayer, *Droit international privé* (6th ed. 1998), p. 459-460.

<sup>121</sup> Lando, *op. cit.*, sections C(a)(1), ¶¶ 1, 8-10, 16-17, and C(a)(2), ¶ 5.

<sup>122</sup> See Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht* (6th ed. 2000), sub no. 168, pp. 162-163; *idem*, "Kroniek van het internationaal privaatrecht" (1996) *Nederlands Juristenblad* 408 (411); *idem*, *De overeenkomst in het IPR*, *Praktijkreeks IPR*, deel 11, (1995), sub no. 201-203, pp. 83-84; Bertrams/Van der Velden, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weense Koopverdrag* (2nd ed. 1999), pp. 30-31; Struyken, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", (1992) 232 *Recueil des Cours*, 257 (366).



for the choice not be applicable) as allowed by the Dutch Supreme Court<sup>123</sup>, a conflictual choice of a uniform system of law laid down in a treaty (e.g. CISG) should be possible regardless whether this law should be applicable in absence of a choice or even whether this law is in force in the forum state (Strikwerda, however deems the latter necessary).<sup>124</sup> Similar (with respect to the CISG) the Austrian scholar Martin Karollus.<sup>125</sup>

This ‘opting in’ method is possible via art. 21 of the Convention (international treaties to which a state party to the Convention is or will become a party have precedence over the Convention): the treaty will be applicable instead of the Rome Convention, therewith the ‘rigid’ rule of art. 3 can be escaped.

Bertrams and Van der Velden submit that with respect to principles that have their origin in private initiatives (such as the UNIDROIT Principles) we should be careful to allow a conflictual choice of law.<sup>126</sup> Boele-Woelki takes the view that parallel to the phenomenon of ‘opting in’ for treaties, parties should have the possibility to make a conflictual choice for the UNIDROIT Principles.<sup>127</sup>

#### 4° My opinion

Article 3, read together with arts. 1 and 4, does not endorse a ‘broad’ scope. For the same reasons as I have stated above concerning the Mexico City Convention, I submit that a broader scope should, however, be made possible. In this respect the text of the Rome Convention should be revised. Again, a choice for non-national law should include specified transnational law or principles (or even usage if clear to all parties), a mere reference to the ‘*lex mercatoria*’ should not be allowed. In these times, when more and more transnational law is created and applied, the Rome Convention will continue to lag behind if it does not follow the pace of legal practice and satisfy its needs.

---

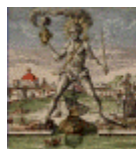
<sup>123</sup> See the decision of the *Hoge Raad* (HR; the Supreme Court of the Netherlands) of 26 May 1989, *NJ [Nederlandse Jurisprudentie; CD]* (1990), no. 105, annotated by J.C. Schultz (Zerstegen/Norfolk Line).

<sup>124</sup> Strikwerda, “Rechtskeuze tussen het IPR en het EPR”, in: *Het NIPR geannoteerd, Annotaties opgedragen aan dr. Mathilde Sumampouw* (1996), pp. 140-143 (142-143).

<sup>125</sup> Karollus, *UN-Kaufrecht: eine systematische Darstellung für Studium und Praxis* (1991), pp. 39-40.

<sup>126</sup> Bertrams/Van der Velden, op. cit., p. 31.

<sup>127</sup> Boele-Woelki, op. cit., pp. 164-168.



## *§2 The applicable law in absence of a choice*

### *a. Introduction*

If the parties to the contract have not made use of their party autonomy, article 4(1) of the Rome Convention determines the law applicable to the contract according to the principle of the closest connection. By virtue of paragraph 2 of this article the contract is presumed to be most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of concluding the contract, his habitual residence. For legal entities this would be the central administration. However, if the contract has been entered into in the course of that party's trade or profession, that country shall be the country in which its principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated.

The rule under article 4(2) applies, unless the characteristic performance cannot be determined, or it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country (article 4(5) of the Convention).<sup>128</sup> If an article 4(5) situation occurs, then in pursuance of article 4(1) the law of the country with which the contract is most closely connected should be taken into consideration.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> Unless otherwise stated, when considering art. 4(5) of the Convention, I refer to the second sentence of this regulation.

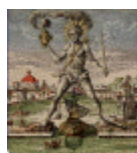
<sup>129</sup> See already note 42. The text of articles 4(1), (2) and (5) is as follows:

#### Art. 4 - Applicable law in the absence of choice

1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. Nevertheless, a separable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country.

2. Subject to the provisions of paragraph 5 of this Article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or incorporate, its central administration. However, if the contract is entered into in the course of that party's trade or profession, that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated.

5. Paragraph 2 shall not apply if the characteristic performance cannot be determined, and the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country.



If art. 4(5) and (1) are applied, it follows from the Giuliano/Lagarde Report that in order to determine the closest connection, it is possible to take certain circumstances into account which supervened after the conclusion of the contract.<sup>130</sup>

Article 4 (in this respect: 4(1), (2) and (5)) of the Convention can be seen as a semi-open conflict rule, that is to say: the presumption of the characteristic performance localises the situation geographically by means of an abstract connecting factor (closed part), which can be rebutted when the law of another country is considered to be more closely connected (open part).

According to the Giuliano/Lagarde Report, by applying the doctrine of the characteristic performance the intrinsic nature of the relationship between the contract and the applicable law can be demonstrated as opposed to a rule that would invoke elements that would only demonstrate the external aspects of this relationship, without relating to the essence of the obligation, such as the nationality of the parties or the place where the contract is concluded. The doctrine of the characteristic performance can actually be reduced to a more general notion, namely that this performance evidences the function which the legal relationship has in the economic and social life of a certain country.<sup>131</sup> Juenger, who is critical, describes the role of the characteristic performance in different terms: “instead of divining a contract’s true center of gravity, article 4(2) artificially inflates the weight of a single connecting factor”.<sup>132</sup>

#### *b. The relation between art. 4(1), (2) and (5) of the Rome Convention*

Although art. 4(1) is considered to be the leading principle within art. 4, with respect to art. 4(1), (2) and (5) most weight has been given to art. 4(2) in the prevailing legal doctrine and case law, leaving art. 4(1) to be only considered in connection with art. 4(5), which is regarded by some as a strict exception to the art. 4(2) rule, while others are of the view that it can be applied more often.<sup>133</sup>

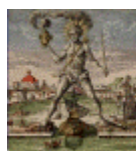
---

<sup>130</sup> Giuliano/Lagarde Report, ad art. 4, no. 7 (p. 23).

<sup>131</sup> Idem, ad art. 4, no. 2.

<sup>132</sup> Juenger, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, p. 385.

<sup>133</sup> See for example: Kropholler, op. cit., pp. 446 and 451 (ad 4); Collins et al., op. cit., ad 32-123 (p. 1240); Reithmann, Martiny et al., op. cit., pp. 124, 153-154 and 142. Lagarde, op. cit., pp. 306 et seq.; Dutoit, op. cit., pp. 47 et seq.; Plender, *The European Contracts Convention: The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts* (1991), pp. 103 et seq.; Kaye, *The New Private International Law of Contract of the European Community*:



Filip J.M. de Ly discerns four interpretations of art. 4(5):<sup>134</sup>

- (1) According to the 'proper law' doctrine, which has been followed by English and Danish case law, article 4(5) and 4(1) outweigh art. 4(2).
- (2) A few French authors (e.g. Bernard Audit) - following arts. 1349 et seq. of the French Civil Code - favour an interpretation in which the presumptions of art. 4 of the Convention are considered to be rebuttable legal presumptions. The presumptions turn the onus of proof. Article 4(5) has only an evidential function, and should not be regarded as a legal norm. As such it does not have to be interpreted restrictively.
- (3) The third view, which several French and German authors subscribe to (Kassis, Mayer, Kropholler and Christian von Bar), rejects the second view, for according to the latter interpretation the court would not have to apply art. 4(5) by virtue of his office. The mentioned authors conclude that 4(5) should only be applied in a very restricted number of cases.
- (4) Finally, according to the fourth interpretation of art. 4(5), a compromise is made between the casuistic 'proper law' doctrine and a rigid and abstract application of art. 4. Atypical situations are by virtue of the exception clause of art. 4(5) subjected to a more closely connected law. This view allows a broader application of art. 4(5) than the restrictive third approach. De Ly favours this fourth view.

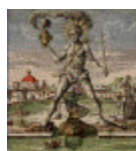
### *c. Dépeçage judiciaire*

When a part of the contract can be separated from the remainder and this part is more closely connected to a country other than the country whose law is applicable to the rest of the contract, this severable part may, by way of exception, be governed by the law of that other country (see art. 4(1), last

---

*Implementation of the EEC's Contractual Obligations Convention in England and Wales Under the Contract (Applicable Law) Act 1990* (1993), pp. 56-58; Clarkson and Hill, *Jaffey on the Conflict of Laws* (1997), p. 212; De Ly, "Het Balenpers-arrest en de eenvormige uitleg van artikel 4(5) EVO", in: *Het NIPR geannoteerd, Annotaties opgedragen aan dr. Mathilde Sumampouw* (1996), pp. 125-133 (130-133). See also the English decision *Bank of Baroda v Vysya Bank* [1994] 2 *Lloyd's Reports* 87 at 93, and the Dutch decision *HR 25 September 1992, NJ* (1992), no. 750; (1993) *Ars Aequi* 207, annotated by Th.M. de Boer; (1994) *IPRax* 243, annotated by S. Rammeloo; (1995) *Netherlands International Law Review* 259, annotated by W. Hudig-van Lennep (*Balenpers*).

<sup>134</sup> De Ly, op. cit., pp. 130-132.





sentence, of the Convention). Is it only the court which has discretion to apply this type of *dépeçage*? From the Giuliano/Lagarde Report it appears that this is indeed a *dépeçage judiciaire*, although the Convention provides no guidance as to the way in which it is exercised.<sup>135</sup> Richard Plender submits that as a matter of principle there is no reason for the application of judicial discretion in the ordinary sense, for it is up to the parties by means of a choice of law (art. 3) or their connection-creating conduct (art. 4) to identify the applicable law. This explains why, according to the Giuliano/Lagarde Report, judicial discretion should only be applied as an exception.<sup>136</sup>

The fact that neither the Convention nor the Report provides the court with criteria to determine whether a part of the contract is severable, leaves the court with the problem of how to exercise this discretion. The Report does present examples of severable contracts, namely joint-venture agreements and ‘complex contracts’ (i.e. contracts that embody more than one type of agreement), but as it is silent with respect to contracts that do not fall under one of the two types, the judge has to discover for himself whether or not *dépeçage* is possible in those cases.

#### *d. The determination of the characteristic performance*

Which party has to effect the performance that is characteristic for the contract?

According to Giuliano/Lagarde Report the characteristic performance is not the payment of a sum of money, because this obligation arises in almost every type of contract. On the contrary, it is the opposite obligation (e.g. the transfer of (im)movables, the supply of services, the provision of the use of a certain object) that determines the character of the contract.<sup>137</sup>

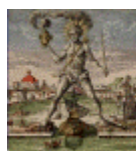
However, there are contracts where the payment of an amount of money is the essential obligation within the contract. For this type of contract the general rule would not apply. Recourse could be had to article 4(5), first sentence: “[p]aragraph 2 shall not apply if the characteristic performance cannot be determined”. Accordingly the law of the country most closely connected to the contract could be determined via the proximity rule of article 4(1).

---

<sup>135</sup> Giuliano/Lagarde Report, ad art. 4, no. 8 (p. 23).

<sup>136</sup> Plender, sub nos. 6.06-6.07, pp. 106-107.

<sup>137</sup> Giuliano/Lagarde Report, ad art. 4, no. 3 (p. 20).



The Giuliano/Lagarde Report notes that the indication of the characteristic performance does not lead to any problems with respect to unilateral contracts (contracts under which only one party is bound).<sup>138</sup> It is not difficult to indicate the characteristic performance of a contract which contains only one obligation: there is only one obligation and the performance of that obligation is characteristic for the contract.

### III. Is referral/*renvoi* possible?

*Renvoi* is clearly excluded by the Rome Convention by virtue of art. 15. The conflict rules of the Convention refer to the internal law, excluding its rules of private international law (conflict rules). With respect to choices of law this approach is justified by the Giuliano/Lagarde Report on the ground that a choice in pursuance of article 3 evidences the intention of the parties to have certain substantive regulations of the chosen law applied. Accordingly, when the Rome Convention is applicable an express choice for certain conflict rules will not be recognised. In this respect the Rome Convention is stricter than the Mexico City Convention.<sup>139</sup>

In absence of a choice, when applying art. 4 referral could produce the unreasonable result that the court would have to subject a contract to a law other than the one of the country with the closest connection, when the latter's conflict rules contain connecting factors that are different from those of art. 4.<sup>140</sup>

### D. Conclusion

The Mexico City Convention has a narrower territorial scope than the Rome Convention. Whereas the latter has a universal scope (see arts. 1 and 2), the former is applicable only when at least two states party to the Mexico City Convention are involved (see art. 1).

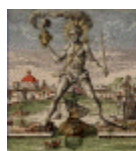
When we compare the conflict rules of the two conventions, it is clear that both the Mexico City Convention (art. 7) and the Rome Convention (art. 3) grant the parties to the contract the freedom to choose the system of law that will govern their contract. This choice of law can be made expressly or

---

<sup>138</sup> Idem.

<sup>139</sup> See supra B., III.

<sup>140</sup> Giuliano/Lagarde Report, ad art. 15 (p. 37).



demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract *or* the circumstances of the case. Here we discover not only a similarity, but also a difference between the Inter-American and the European approach to choice of law: when a court of a Mexico City Convention state has to determine whether or not a tacit choice of law exists, by virtue of art. 7 of the Mexico City Convention it has to consider the terms of the contract *and* the circumstances of the case.

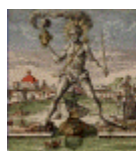
The Mexico City Convention explicitly endorses choices of law made after the conclusion of the contract (art. 8). The Rome Convention contains a similar provision in its art. 3. Both Conventions allow *dépeçage volontaire*.

It is clear that both Conventions allow parties to choose the law of a country that has no ties with the contract. Not yet answered, however, is the question whether a conflictual choice of transnational law ought to be upheld.

Like the scholarly debate concerning art. 7 of the Mexico City Convention, with respect to the Rome Convention a debate has unfolded concerning the scope of its art. 3. Due to the ongoing debate from which until now a clear majority that either favours or opposes a 'broad view' (i.e. the possibility of a choice of transnational law) does not appear, there is still a lack of clarity surrounding the scope of the aforementioned articles of the Conventions. In my view, in the light of commercial reality, the Conventions should be amended in order to allow a choice of a specified body of law other than the law of a state.

In the absence of a choice made by the contracting parties, at first sight both the Mexico City Convention and the Rome Convention lack a hard-and-fast rule that would immediately indicate the law which is applicable to the contract. In each case the applicable law has to be determined with the aid of a vague rule that requests the court to indicate the system of law that has the closest connection to the contract (see respectively art. 9 of the Mexico City Convention and art. 4 of the Rome Convention).

However, compared with a court which has to apply the Mexico City Convention, its counterpart in Europe has an advantage in determining the closest connection: first it has to focus on one connecting factor, leading to a presumption of the closest connection: the locus of the party who has to effect the characteristic performance (art. 4(2) of the Rome Convention). Only when the characteristic performance cannot be determined or if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely



connected with another country, do other connecting factors come into play (art. 4(5) and (1) of the Rome Convention).

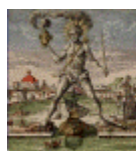
In a Mexico City Convention case there is no such guideline when the objective and subjective elements of the contract have to be taken into account in order to determine the law most closely connected to it. Neither the Mexico City Convention, nor its explanatory report offer the relevant court a clear explanation as to what these objective and subjective elements are and whether or not they all carry the same weight.

The same problem arises for a court in one of the European Union member states when it has to determine whether art. 4(5), second sentence, combined with art. 4(1) of the Rome Convention is applicable. It is still uncertain whether or not the exception clause of art. 4(5) has to be applied restrictively. However, a court applying the Mexico City Convention rules has to take into account multiple connecting factors *each time* the principle of the closest connection has to be applied.

Some authors have put forward theories that would provide the court with tools by which to handle the wording of art. 9 of the Mexico City Convention: recourse could be had to theories that have been applied in practice in the United States; maybe even the Rome Convention concept of characteristic performance could be borrowed; a new theory which has emerged is Giral Pimentel's *Teoría de 'la Mejor Ley'*. According to the latter theory, the law most closely connected to the contract is the law that protects the rights of the parties and their expectations with regard to these rights, because it is the most modern, most well-known law and it is the law that best reflects international practice.

In comparison with the Rome Convention, the Mexico City Convention brings two novelties: (1) when no choice of law has been made, then, apart from applying the most closely connected law, the court has to take into account general principles of commercial law accepted by international organisations; (2) irrespective of the presence of a choice of law the *lex mercatoria* has to be applied if necessary to resolve the case in a just and fair way.

Both the Mexico City Convention and the Rome Convention give the court the possibility to split the applicable law question along the lines of severable parts of the contract. However, this *dépeçage judiciaire* is to be restrictively applied. I tend to think that *dépeçage judiciaire* is only possible in the case of contracts that consist of more than one pair of obligations.

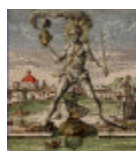


Should the court in a Mexico Convention case determine that a law other than its internal law is applicable, then the conflict rules of that other law are excluded from application. There is accordingly no room for referral (art. 17 of the Mexico City Convention). In a Rome Convention case the court would have to decide likewise when it would determine that a foreign law is applicable (art. 15 of the Rome Convention). Different from the Rome Convention, the Mexico City Convention leaves the door open for an express choice of law inclusive its conflict rules.

It may be that the Mexico City Convention has picked up some traits of his elder Roman brother, the overall picture though shows that it has definitively set its own course in the field of private international law. As the old can sometimes learn from the young, with respect to the recognition of transnational law the elder brother could learn from the younger.

**Charles J.H. Dohmen**

Research assistant at the International Legal Institute  
*Internationaal Juridisch Instituut*) in The Hague, The  
Netherlands.



[www.ipr.be](http://www.ipr.be)  
[www.internationaalprivaatrecht.com](http://www.internationaalprivaatrecht.com)  
[www.droitinternationalprive.com](http://www.droitinternationalprive.com)  
[www.privateinternationallaw.com](http://www.privateinternationallaw.com)

## **Charles J.H. DOHMEN - Venezuelan and Dutch conflict of laws regarding the enforcement of an international contract. Or: the miraculous catch without a Dutch vessel.**

### *A. Introduction: the case<sup>141</sup> and the pertinent legal questions*

From the last quarter of 2000 until mid-2001 IJsvogel N.V. (hereafter: 'Kingfisher'), a Dutch public limited company (Naamloze Vennootschap) with its statutory seat in Amsterdam, was in the running to secure an assignment from La Pesca Milagrosa C.A. ('The Miraculous Catch', hereafter: 'La Pesca'), a Venezuelan public limited company (Compañía Anónima), with its statutory seat in Caracas (Venezuela), for the modernisation of the latter's fishing fleet. Upon granting the assignment, it had to be performed in Venezuela.

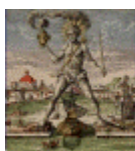
On 1 November 2000, at the branch office of La Pesca in The Netherlands, Kingfisher agreed with La Pesca that insofar as the assignment would not be granted to Kingfisher, any expenses that had been incurred by Kingfisher would be refunded in the currency in which the expenses had been originally incurred. Payment would be made by the La Pesca branch office in Caracas, not being the head office of La Pesca (which is located in Maracaibo, Venezuela, housing the La Pesca administration and being its principal place of business). The office in Caracas is a part of La Pesca, and so is the office in The Netherlands: the relationship between the head office and the branches is not one of principal and agent.

The agreement is in written form, drawn up in English. This type of contract is never concluded by the employees of La Pesca's branch offices. From the Venezuelan side the contract was entered into by the Director of the Caracas branch of La Pesca, who came to The Netherlands for that very reason. From the Dutch side the contract was concluded by the Director of Kingfisher. Reading the text of the agreement, it is clear that the parties have not agreed on the law applicable to the contract. This also cannot be inferred from the text of the agreement, the correspondence between the parties or any other actions undertaken by the parties.

On 9 August 2001, Kingfisher was informed by La Pesca that it had not been awarded the assignment. Directly afterwards Kingfisher made a inventory of the expenses which it had incurred in attempting to secure the assignment. Subsequently Kingfisher sent the inventory to La Pesca which received it on 28 August 2001. 90% of the expenses were incurred in The Netherlands (and

---

<sup>141</sup> This case is fictitious. Any resemblance with an existing case rests on sheer coincidence.



are in Dutch Guilders – to be converted into Euros), the remainder in Venezuela (they are in Venezuelan Bolivars). Although Kingfisher has sent several reminders to La Pesca, it has not repaid any of the mentioned costs. Kingfisher demands the repayment of its expenses and is considering suing La Pesca in a Venezuelan or a Dutch Court.

The following questions arise: assuming that the Venezuelan court has jurisdiction to hear Kingfisher’s case, which law has to be applied? Further: assuming that the Dutch court has jurisdiction, which law is applicable? In order to answer these questions we have to consider the rules of private international law (better: conflict of laws rules) of Venezuela and The Netherlands respectively. In this article the questions mentioned above will be answered on the basis of the preceding article in this magazine.<sup>142</sup>

## B. Venezuelan conflict of laws rules

### I. The Venezuelan Private International Law Act

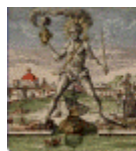
#### *§1 Introduction*

The Venezuelan Private International Law Act of 1998, the *Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana* (hereafter: ‘*Ley de DIP*’), plays a major role in this case.<sup>143</sup> This Act is an all-embracing private international law regulation. Both the procedural aspects of private international law (i.e. the questions of international jurisdiction and recognition and enforcement of

---

<sup>142</sup> Dohmen, “The Law Applicable to International Contracts - A Comparison between Latin-American (Mexico City Convention) and European (Rome Convention) Conflict Rules” *Tijdschrift@ipr.be*, nr. 4 (2002) <<http://www.ipr.be/data/tijdschrift04.pdf>>.

<sup>143</sup> *Gazeta Oficial de la República de Venezuela, No. 36.511 del 6 de agosto de 1998*. This Act is the result of a decades-long process of legislation which began in September 1958 after the establishment by the Venezuelan Ministry of Justice, of a commission of Venezuelan professors which was given the assignment to prepare a draft Private International Law Act. In 1963 a first draft appeared. In 1965 a second draft followed. It was to take until 1996 before this last draft was presented, in a slightly different version, to the Venezuelan parliament as a proposal for the Act. The bill became an Act on 6 August 1998. The Act took effect from 6 February 1999. See Parra Aranguren, “The Venezuelan 1998 Act on Private International Law” (1999) *Netherlands International Law Review*, 383 (383-386). The text of the Act can be found at the following website of the *Tribunal Suprema de Justicia* (the Venezuelan Supreme Court): <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/ldip.html>>. An unofficial English translation of the Act can be found in Šarčević and Volken (eds.), *Yearbook of Private International Law* (1999), vol. I, pp. 341-352. The translations of some of the regulations of the *Ley de DIP* that appear in other annotations of this article are derived from the latter publication. Another English translation of the Act appears in Figueredo Planchart, *Private International Law Statute*, <[http://www.analitica.com/bitblioteca/congreso\\_venezuela/private.asp](http://www.analitica.com/bitblioteca/congreso_venezuela/private.asp)>.



foreign judgements) and the conflict of laws rules have been given a place in the Act. With regard to the conflict rules for contracts, the rules of the *Ley de DIP* have been greatly influenced by the Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts of 1994 (hereafter also referred to as ‘the Mexico City Convention’).<sup>144</sup>

## *§2 The hierarchy of legal sources*

Article 1 *Ley de DIP* demonstrates the hierarchy of the different sources of Venezuelan private international law. Pursuant to art. 1 *Ley de DIP* we first have to check whether there is a treaty in force that is applicable in Venezuela in the case at hand. In the absence of such a treaty we need to refer to other written rules of Venezuelan private international law, which are the articles of the *Ley de DIP*. If the matter is not dealt with by the *Ley de DIP*, then this Act has to be applied as analogously as possible. If that is also not possible, then the generally accepted principles of private international law have to be resorted to.<sup>145</sup>

This case has ties with both Venezuela and The Netherlands. There is no multilateral treaty concerning conflict of laws rules (regarding contracts) to which both Venezuela and The Netherlands are a party, and there is also no bilateral treaty on this topic between the two countries. The next question is the following: ‘is there a treaty in force in Venezuela that has universal application (i.e. it is also applicable when the matter not only involves states that are party to the treaty)?’ If not, we need to examine whether the *Ley de DIP* contains conflict of laws regulations in respect of contracts.

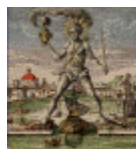
### *a. The relation between the Ley de DIP and the Mexico City Convention*

Could the Mexico City Convention, which is in force in Venezuela as from 15 December 1996, be applicable in this case? As we have seen in the preceding article, this Convention requires that at least two Convention states should

---

<sup>144</sup> This convention has already been discussed in-depth in the preceding article, so at this point I confine myself to a reference to chapters A and B of the mentioned article.

<sup>145</sup> See for the application of art. 1 *Ley de DIP* e.g. the following judgment by the Venezuelan Supreme Court: Tribunal Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia No. 1.252, 30 de mayo de 2000, caso: Corporación El Gran Blanco C.A. c. Nedlloyd Lijnen B.V. Rotterdam y solidariamente c. Nedlloyd Maritime de Venezuela C.A., Expediente 15.341, to be found at <<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01252-300500-15341%20.htm>>.





be involved (art. 1).<sup>146</sup> In this case, apart from the obvious ties with Venezuela, several aspects of the contract are connected with The Netherlands which is not a Convention state. The contract has no connections with Mexico, currently the only other state that has ratified the Convention.

This would mean that the Mexico City Convention would not be applicable in this case. Accordingly the conflict rules of the *Ley de DIP*, next on the ladder of sources, would apply.

I have done some research and from that it seems that the Venezuelan courts indeed follow the conflict rules of the *Ley de DIP* in cases where *only one* Convention state (i.e. Venezuela) is involved.<sup>147</sup>

Would apart from *two* Convention states, one or more non-Convention states be involved, then, according to José Alfredo Giral Pimentel, article 2 of the Convention would conflict with art. 1 *Ley de DIP*.<sup>148</sup> article 2 of the Convention states: “[t]he law designated by the Convention shall be applied even if said law is that of a State that is not a party”. This would have as a result that in relation to the Convention the *Ley de DIP* conflict rules would only be applicable if no contract element whatsoever is factually-geographically connected with a Convention state other than Venezuela, whereas art. 1 *Ley de DIP* might be read to mean that in the situation in which two convention states and one or more non-Convention states are involved, since in that situation not all states are Convention states the Convention will not be binding and the next source under art. 1 *Ley de DIP* should prevail.

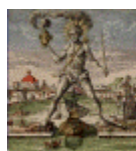
According to Giral Pimentel this diminishment of the role of the *Ley de DIP* could not have been the intention of the legislators. He submits that case law will have to clarify whether in those situations the conflict rules of the *Ley de DIP* or those of the Mexico City Convention have to be followed. Until then, he proposes to compare the regulations of both legal sources in order to arrive at a harmonious solution. In principle he considers the articles of the *Ley de DIP* to be the law as it stands and if the regulations of the *Ley de*

---

<sup>146</sup> See also José Alfredo Giral Pimentel, *El Contrato Internacional. Su régimen en el Derecho Internacional Privado venezolano moderno basado en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela* (1999), pp. 72-75.

<sup>147</sup> See for an example of a case with Venezuelan and foreign (in this case Dutch) elements, the case mentioned in note 145 (supra).

<sup>148</sup> Giral Pimentel, op. cit., pp. 72-74.



*DIP* are too general (read: if they do not provide a clear solution), he wants to complement them with the principles/solutions that are laid down in the Mexico City Convention.<sup>149</sup>

To date, as far as I know Venezuelan case law has not provided a solution to this apparent conflict.

In cases such as the case at hand where only *one* Convention state and one or more non-Convention states are involved, the above-mentioned conflict will not arise. Nonetheless the Convention can play a role in the latter kind of cases: its rules can be applied as generally accepted principles of private international law.<sup>150</sup>

Similar Fabiola Romero, who regards the *Ley de DIP* as the primary source of law and observes that every time the legislator has not dealt with certain aspects of the *Ley de DIP* in respect of contracts, the Mexico City Convention has to be taken into consideration. She does not subscribe to Giral Pimentel's 'broad' interpretation of article 2.<sup>151</sup>

The fact that the Convention can be a guideline for the *Ley de DIP* can also be inferred from the *Exposición de Motivos*, the official explanation of the *Ley de DIP*.<sup>152</sup> It tells us that, on the subject of conflict rules, as far as the law applicable to contractual obligations is concerned, there has been an attempt to summarise - in a compilation of regulations - the most relevant streams of the Mexico City Convention and the legal doctrine, and the necessary reference to the 1994 UNIDROIT Principles. From this it may be concluded that the Convention acted as a source of inspiration for the *Ley de DIP*.

In the process of determining the applicable law I will consider the conflict rules of the *Ley de DIP* and will only mention the equivalent rules of the

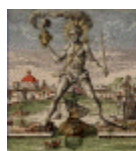
---

<sup>149</sup> Op. cit., p. 75.

<sup>150</sup> See art. 1 *Ley de DIP* and Giral Pimentel, op. cit., p. 74.

<sup>151</sup> Romero, "Las Personas Jurídicas y las Obligaciones en la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana" 117 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 9, section 11 (2000) <<http://www.zur2.com/fcjp/117/romero.htm>>.

<sup>152</sup> The *Exposición de Motivos* is published as an annex to the *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios* (1998), p. 157 and further, a publication of the Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas (Caracas). Apart from that, it is published in "Legislación, Ley de Derecho Internacional Privado y Exposición de Motivos", 110 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 5 (1998) <<http://www.zur2.com/objetivos/leyvenez/expmotiv.htm>>.



Mexico City Convention by way of comparison. When the *Ley de DIP* lacks a (clear) conflict rule with regard to contracts, I will consider the provisions of the Mexico City Convention and their interpretation.

## II. The determination of the law applicable to the contract

As far as the *Ley de DIP* is concerned, for determining the law which is applicable to the contract the rules laid down in chapter VI (*De las Obligaciones*) are important, alongside the general rules (arts. 1-10).

### *§1 Is there a choice of law?*

First of all, we need to examine whether the parties have opted for a choice of law. According to art. 29 *Ley de DIP* obligations are governed by the law indicated by the parties (*'el Derecho indicado'*). Here we encounter the principle of party autonomy.

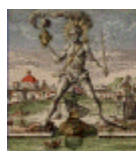
In respect of contracts both the *Ley de DIP* and the Mexico City Convention have inserted a rule that contains this principle (the latter in art. 7<sup>153</sup>). Neither the *Ley de DIP*, nor the *Exposición de Motivos* makes it clear whether, instead of an express choice of law, an implicit, 'tacit', choice of law is possible. According to Giral Pimentel and Romero this is indeed possible. Neither of the two mentions any Venezuelan case law from which it could be determined what indications or minimum conditions apply in pursuance of Venezuelan law for the existence of a tacit choice of law. I have not discovered any clear case law on the subject myself. The matter has probably not been (clearly) determined by the courts. Both authors take the view that, following art. 7 of the Mexico City Convention, a choice of law has to be made either expressly or has to be evident from the parties' behaviour and the clauses of the contract considered in its entirety.<sup>154</sup> In the case at hand no express choice of law has been made and there is also no tacit choice of law in the sense of art. 7 of the Mexico City Convention.

Can the parties make a choice of law when the case is still pending? Neither art. 29 *Ley de DIP*, nor art. 7 of the Convention excludes this. Art. 8 of the

---

<sup>153</sup> See Dohmen, op. cit., B., II., § 1, a.

<sup>154</sup> Romero, op. cit., section 10(a); Giral Pimentel, op. cit., p. 167 and pp. 169-170; Giral Pimentel, "La teoría de las vinculaciones - El régimen de Ley Aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad", 117 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 1, section I, ¶ 1 (2000) <<http://www.zur2.com/fcjp/117/giral.htm>>.



Convention offers such a possibility: the parties can agree at any moment in time that their contract will be governed by another law than the law that would be applicable in the absence of a choice. In the case before us I assume that the parties will not make such a choice of law.

## *§2 The law applicable in absence of a choice*

### *a. Introduction*

The applicable law in situations in which the contractors have not made use of their party autonomy is in principle determined by article 30 *Ley de DIP*. As may be derived from art. 30, the principle of ‘the closest connection’ is the leading principle. Contracts are in principle governed by the system of law with which they are ‘most closely connected’ (or: ‘*most directly connected*’<sup>155</sup>; ‘*most directly linked*’<sup>156</sup>). In Spanish: ‘*más directamente vinculadas*’. In a German and a French translation, respectively, ‘*am unmittelbarsten verknüpft*’<sup>157</sup> and ‘*plus directement liées*’<sup>158</sup> (and in another French translation ‘*les liens les plus étroits*’<sup>159</sup>).

The court shall take into account all objective and subjective elements of the contract in order to determine the most closely connected law. It shall also take into account the general principles of international commercial law recognised by international organisations (art. 30, second and third sentence). From the *Exposición de Motivos* it is clear that with these are meant the 1994 UNIDROIT Principles.<sup>160</sup>

---

<sup>155</sup> Šarčević/Volken (eds.), op. cit. (see note 143).

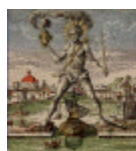
<sup>156</sup> Figueredo Planchart, op. cit. (see note 143).

<sup>157</sup> Samtleben, “Venezuela: ley de Derecho Internacional Privado / Gesetz über Internationales Privatrecht” (2000) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 358 (367); Samtleben, “Venezuela: Gesetz über Internationales Privatrecht” (1999) *IPRax* 196 (198); Samtleben, “Gesetz über Internationales Privatrecht”, in: Kropholler et al., *Aussereuropäische IPR-Gesetze* (1999), sub Venezuela, pp. 958-995 (973) (German translation of the *Ley de DIP*).

<sup>158</sup> Figueredo Planchart, *Loi de Droit International Privé*, <[http://www.analitica.com/bitbliblioteca/congreso\\_venezuela/prive.asp](http://www.analitica.com/bitbliblioteca/congreso_venezuela/prive.asp)>; Lisbonne, “Venezuela - Loi de droit international privé du 9 juillet 1998” (1999) *Revue de droit international et de droit comparé* 193 (197) (French translation of the *Ley de DIP*). Please note: as opposed to what is stated in the title of this article, the Act is not of 9 July 1998, but of 6 August 1998!

<sup>159</sup> “Venezuela. - Droit international privé, Loi du 6 août 1998, n°. 36511, Loi de droit international privé” (author unknown) (1999) *Revue critique de droit international privé* 392 (396) (French translation of the *Ley de DIP*).

<sup>160</sup> *Exposición de Motivos*, section 6; De Maekelt, “Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht” (2000) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales*



In addition to art. 30, art. 31 draws the court's attention to norms, customs and principles of international business law, other than the mentioned UNIDROIT Principles, as well as generally accepted trade usages and practices (i.e. the *lex mercatoria*) that, if the occasion arises, should be applied, in order to resolve the case in a just and fair way.<sup>161</sup>

In the Mexico City Convention we see similar regulations in articles 9 and 10. According to art. 9 the judge has to take into consideration all the objective and subjective elements of the contract in order to determine the law of the state with which the contract has the closest ties (*'los vínculos más estrechos'*). As far as the influence of international business law and custom is concerned, articles 9 and 10 of the Convention are similar to articles 30 and 31 *Ley de DIP*.<sup>162</sup>

So far the only difference between the Convention and the *Ley de DIP* is that, unlike the *Ley de DIP*, the Convention (in art. 9(3)) provides the judge with the discretion to apply *dépeçage* (*dépeçage judiciaire*). However, *dépeçage* can only be used if a contract can be severed in various parts, of which at least one part has closer ties with another state than the state with which the rest of the contract is most closely connected. It should according to art. 9(3) be used as an exception.

#### *b. The determination of the closest connection*

In the preceding article I have compared the different views concerning the definition of 'the objective and the subjective elements' with respect to art. 9 of the Mexico City Convention.

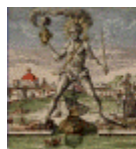
Also with respect to the *Ley de DIP* Romero considers as 'subjective elements' all elements that deal with the parties, whereas with 'objective elements' is meant the elements connected with the contract itself. Different from Giral Pimentel, however she does not provide us with a proximity theory (theory of

---

*Privatrecht* 299 (331); De Maekelt, "Ley de Derecho Internacional Privado Venezolano. Comentarios Generales" 117 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 8, section III, ¶ 20 (2000) <<http://www.zur2.com/fcjp/117/maekelt.htm>>; Romero, op. cit., sub chapter III, ¶ 8. The text of the Principles appears at: <<http://www.unidroit.org/english/principles/pr-main.htm>>.

<sup>161</sup> With regard to regulations that qualify in this respect, see Romero, op. cit., sub chapter III, ¶ 9.

<sup>162</sup> See Dohmen, op. cit., B., II., § 2, a.



the closest connection) according to which a certain value would be attached to the elements in question.<sup>163</sup>

Giral Pimentel considers all elements mentioned by Romero as ‘objective’. Likewise José Luis Siqueiros (rapporteur to the Mexico City Convention) and the Inter-American Juridical Committee in its 1991 draft of the Convention. According to their view the subjective element is the proximity theory itself, which is badly needed though neither provided for by the *Ley de DIP* nor by the Convention.<sup>164</sup>

In the past neither Venezuelan case law nor Venezuelan legal literature has univocally answered the question: which theory has to be applied in order to value the objective elements?

In any case, no contact can be sought with the law that has been applied in Venezuela before the entry into force of the Mexico City Convention and the *Ley de DIP*. At that time, with regard to contracts with which one or two states were involved that were not a party to the *Código Bustamante* (hereafter also: ‘CB’), the closed, multi-stage conflict rule of art. 186 CB was applied as the generally accepted principle of Venezuelan private international law, *not* a theory based on the closest connection. Art. 186 CB embodies the rule that, in the absence of a choice of law, the law of the common nationality of the parties will be applicable, alternatively the law of the place where the contract is concluded.<sup>165</sup>

Siqueiros invites us to shop around (especially in the United States) and apply to an existing theory like ‘interest analysis’, ‘functional analysis’ or ‘the most significant relationship’. Likewise the Inter-American Juridical Committee proposed the theories of ‘interest analysis’, ‘the most significant relationship’, ‘the closest links’ and ‘the most characteristic service’. It would be going too far in this article to discuss the possible outcomes of the application of these theories to the case at hand as this would amount to a voluminous report.<sup>166</sup>

According to Giral Pimentel, and I agree with him, the theory of the characteristic performance is not an option, because unlike the EC

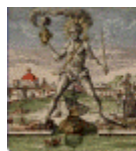
---

<sup>163</sup> Idem, B., II., §2, c., 1°.

<sup>164</sup> Idem, B., II., §2, c., 1°-3°.

<sup>165</sup> The *Código Bustamante* was adopted on 20 February 1928 during the 6th Pan-American Conference which was held in Havana (Cuba). It is a codification of private international law in the form of a treaty signed by 20 Latin American countries 15 of which ratified it.

<sup>166</sup> See Dohmen, op. cit., B., II., §2, c., 3°.



Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations of 19 June 1980 (hereafter: ‘the Rome Convention’)<sup>167</sup>, neither the *Ley de DIP* nor the Mexico City Convention refers (explicitly or implicitly) to this doctrine (the doctrine has in fact been abandoned explicitly during one of the meetings that preceded the finalisation of the Mexico City Convention).

Furthermore, Giral Pimentel submits that by applying American theories like the ‘better law’ theory, the ‘governmental analysis’ theory or the rule of § 188 of the Restatement (Second) of Conflict of Laws the true closest connection is not achieved, for far too often their application results in application of the law of the forum (the *lex fori*).<sup>168</sup>

Giral Pimentel proposes to first apply the ‘centre of gravity’ test: in principle the objective elements have no value; when all elements are equally balanced according to country of connection, he proposes to apply the *Teoría de ‘la Mejor Ley’*: ‘*la Mejor Ley*’ (‘the best law’) is the law that protects the rights of the parties and their expectations with regard to these rights, because it is the most modern, most well-known law and it is the law that best reflects international practice with utmost precision.<sup>169</sup>

Now we come to the determination of the applicable law in this case. In respect of the interpretation of the concept of ‘objective elements’ in art. 30 *Ley de DIP* and art. 9 of the Mexico City Convention, I note that the elements that Romero mentions also are regarded as ‘objective’ by Giral Pimentel. Of the subjective elements that Romero mentions, domicile is important in this case (nationality is not, for the contract is between two legal entities, not between natural persons). However, as opposed to Romero, this element is considered to be objective by Giral Pimentel. The objective elements put forward by the Inter-American Juridical Committee in its 1991 draft Convention and by Siqueiros in his report, belonging to the draft of the Mexico City Convention, are also part of Giral Pimentel’s compilation of objective elements. I deem this compilation the most comprehensive. I will accordingly consider the elements mentioned by Giral Pimentel insofar as they are applicable to the case. Furthermore, I add the language of the contract as an objective element.<sup>170</sup>

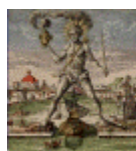
---

<sup>167</sup> See for the Rome Convention and a discussion of the characteristic performance doctrine the preceding article (C, II, § 2).

<sup>168</sup> See Dohmen, op. cit., B., II., §2, c., 4°-6°.

<sup>169</sup> Idem, B., II., § 2, c., 3° and 7°.

<sup>170</sup> Idem, B., II., §2, c., 1°.



## 1° The ‘center of gravity’ test

I assume that all elements to have an equal value. In that respect we could cluster all elements in groups that respectively point to different connected states. The largest group would then give the closest connection. In fact this would result in applying the ‘center of gravity’ test<sup>171</sup> to this case. What would be the outcome if this test would be applied?

First of all, I will determine the domicile of the parties. Where is *La Pesca* situated? Does the fact that it has a branch office in the Netherlands and that one of *La Pesca*’s Directors from Venezuela has signed the contract at that branch have any influence in this respect?

The Venezuelan court needs to define *La Pesca*’s domicile according to Venezuelan (private international) law. The *Ley de DIP* is clear as regards the *domicilio* of natural persons.<sup>172</sup> However, as far as the determination of the *domicilio* of legal entities is concerned the *Ley de DIP* has no regulation thereon. Neither is this subject dealt with in the *Exposición de Motivos*. Several Venezuelan authors have tackled this loophole in the law.<sup>173</sup>

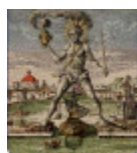
The Venezuelan Supreme Court finally provided a degree of clarity in the case *Pedro Glucksmann c. la sociedad mercantil Metales Internacionales Paraguaná, C.A. (METIMPACA)*. It decided that the rule that follows from art.

---

<sup>171</sup> See note 164.

<sup>172</sup> See arts. 11-15 *Ley de DIP*.

<sup>173</sup> Tatiana B. De Maekelt, writes that the *domicilio* has to be qualified according to the *lex fori*. This is also the current opinion of the legal doctrine. See De Maekelt, “Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht”, pp. 326 and 336. She concludes that either arts. 27-29 of the Venezuelan Civil Code (the *Código Civil*, hereafter also: ‘CC’) and art. 203 of the Venezuelan Commercial Code (the *Código de Comercio*, hereafter also: ‘CCom’) are applicable or the court has to equate the *domicilio* of the legal entity with the statutory or legal place of establishment, as can be derived from art. 1 of the Mexico City Convention. Eugenio Hernández-Bretón does not mention the treaty and favours the application of the *lex fori*, i.e. arts. 27-29 CC and art. 203 CCom. See: Hernández-Bretón, “Neues venezolanisches Gesetz über das Internationales Privatrecht” (1999) *IPRax* 194 (1995); Hernández-Bretón, “Nueva Ley venezolana de Derecho Internacional Privado” 111 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 10, ¶ 5 (1999) <<http://www.zur2.com/fcjp/111/comleydp.htm>>; Hernández-Bretón, “Algunas Cuestiones de Derecho Procesal Civil en la Ley de Derecho Internacional Privado” 117 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 6, section 10 (2000) <<http://www.zur2.com/fcjp/117/ehb1.htm>>. As we have seen earlier in this article, Romero mentions as a ‘subjective’ element with regard to legal entities, their statutory seat or place where their head office is established. This means that she considers the Venezuelan internal law concerning domicile (arts. 27-29 CC and art. 203 CCom) to be applicable.





203 of the *Código de Comercio* is still valid, which means that we have to look at the place mentioned in the articles of association, and in absence thereof the place where the head office has been established.<sup>174</sup> The Venezuelan Supreme Court decided the same in the case *Banco Maracaibo N.V. c. las sociedades mercantiles Omnivisión C.A. y Servicios Multicanal 12, C.A.*<sup>175</sup> By virtue of art. 203 CCom the *domicilio* of *La Pesca* is situated in Caracas, the place where it has its seat pursuant to the articles of association. The fact that the contract has been signed at the branch office of *La Pesca* does not make a difference. I conclude that *La Pesca* has its domicile in Venezuela.

We now move on to the other objective elements of the case. Where is *Kingfisher* situated? By applying article 203 CCom the domicile of *Kingfisher* can be determined. Its domicile is in The Netherlands because it has its statutory seat in The Netherlands.

The contract has been drawn up in English and was signed in The Netherlands, respectively by a Venezuelan Director of *La Pesca* and the (Dutch) Director of *Kingfisher*.

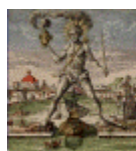
The Directors of the said companies are not the parties themselves, they merely represent the parties. Accordingly, the fact that the physical signing was carried out by a Venezuelan person and a Dutch person respectively, does not amount to the elements of the contract, as it is the place where the parties are domiciled which is important.

I notice that there is only one obligation, namely the payment of expenses insofar as these have been incurred by *Kingfisher* as part of its efforts to secure the assignment. The vast majority of the expenses incurred by *Kingfisher* have their origin in The Netherlands and are in Dutch Guilders (the eventual payment to be converted into Euros), the remainder of the

---

<sup>174</sup> *Corte Suprema de Justicia* [former name of the *Tribunal Suprema de Justicia*; CD], *Sala Político-Administrativa*, *Sentencia No. 1.044, 11 de agosto de 1999, Expediente 14.171*, to be found at: <<http://www.zur2.com/objetivos/leydip1/spa1044.htm>>.

<sup>175</sup> *Tribunal Suprema de Justicia*, *Sala Político-Administrativa*, *Sentencia No. 742, 30 de marzo de 2000, Expediente 0067*, to be found at: <[www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/742-300300-0067.htm](http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/742-300300-0067.htm)>. Likewise also: *Tribunal Suprema de Justicia*, *Sala Político-Administrativa*, *Sentencia No. 2.207, 21 de noviembre de 2000, caso: Industria Venezuela de Aluminio, C.A. (C.V.G. VENALUM) y Hazelett Strip-Casting Corporation c. Productos Industriales Venezolanos S.A. (PIVENSA)*, *Expediente 0970*, to be found at: <[www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/02207-211100-0970.htm](http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/02207-211100-0970.htm)>.



expenses having been incurred in Venezuela and they are in Venezuelan Bolivars. The currency of the expenses can be considered to be an element of the contract that has to be taken into account when determining the applicable law, as the contractual obligation, i.e. the payment of money, has to be effectuated in the currency in which the expenses were incurred. In this case the element has contacts with both The Netherlands and Venezuela.

Where is the contract to be performed? This element has not been fixed in the contract. The performance consists of the payment of money. According to Venezuelan law the Venezuelan court will apply the *lex fori* in order to determine the place of payment. This has been confirmed in, amongst others, the case of *Sumatelco Maquinarias y Equipos Industriales C.A. (SUMATELCO, C.A.) c. Allis Mineral Sitems Fabrica de Aço Paulista, Ltda. (FAÇO)*.<sup>176</sup> According to Venezuelan law, must the payment of a sum of money be made at the debtor's place, or at the creditor's?

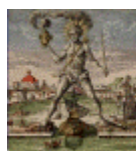
Article 1295 of the *Código Civil* determines that payment has to be made at the place which has been agreed upon by the parties. If no place has been agreed upon and the performance concerns an existing, determined object, payment has to be made at the place where the object is located. If no object is involved, then performance has to take place at the *domicilio* of the debtor. In this case the place of performance is determined by the statutory seat of *La Pesca*, which leads us to the Caracas branch of *La Pesca*.<sup>177</sup> The place of performance is therefore situated in Venezuela.

When I combine all the elements mentioned above, I conclude that two elements point to The Netherlands (the domicile of one of the parties and the place of contracting), two to Venezuela (the domicile of the other party and the place of performance), one to both The Netherlands and Venezuela (the currency of the expenses) and one not to a country but to a language (the language of the contract). We can speak of a balance between contacts with respectively The Netherlands and Venezuela.

---

<sup>176</sup> *Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia No. 1.590, 25 de noviembre de 1999, Expediente 13.323, to be found at: <<http://www.zur2.com/objetivos/leydip1/sal1590.htm>>.*

<sup>177</sup> I notice that had the case have been brought before a Dutch court, then the court would have to determine the place of performance with the aid of arts. 115-118 of Book 6 of the Dutch Civil Code and it would accordingly come to the conclusion that the obligation has to be performed at the creditor's domicile, i.e. in The Netherlands!



In this case the ‘center of gravity’ test is of not much assistance in our quest for the applicable law.

### **2° A theory for the valuation of the elements is needed**

In order to be able to determine the applicable law we need a theory that extends beyond a quantitative assessment. As we have seen, neither the *Ley de DIP*, nor the Mexico City Convention provides us with such a theory. From the point of view of Venezuelan legal doctrine and case law, no clear answer has so far been provided as how to tackle this problem.

Giral Pimentel’s theory would probably provide a solution in this respect. However, in order to determine ‘the best law’ with the aid of his *Teoría de ‘la Mejor Ley’*, we would have to dig deep into Venezuelan and Dutch law. I will leave such an investigation to one side, because of the lack of space. It would be very interesting however, to see what the result would be.

In my view, as far as the contract at hand is concerned, we are not faced with a huge problem. The reason for this is as follows - and here I have a qualitative assessment of the mentioned ‘objective’ elements of the contract in mind: the contract is of a particular type, because there is one element that, unlike the other elements, can be easily valued, namely the currency of the expenses. The fact that 90 per cent of *Kingfisher’s* expenses have been made in Dutch Guilders gives the currency element such weight that the apparent balance of elements disappears and tips the scale in favour of Dutch law as the legal system most closely connected with the contract.

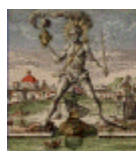
### **3° Is *dépeçage judiciaire* possible?**

It could be argued that *La Pesca’s* obligation can be separated into two obligations, namely an obligation to pay in Dutch Guilders (to be converted into Euros) and an obligation to pay in Venezuelan Bolivars. Following that line of reasoning the Venezuelan court could apply a *dépeçage judiciaire* pursuant to art. 9 of the Mexico City Convention.<sup>178</sup>

In this way *La Pesca’s* obligation concerning the payment of expenses in Dutch Guilders would be governed by Dutch law and the one concerning the payment in Venezuelan Bolivars would be governed by Venezuelan law. However, I have to stress that only in exceptional cases will *dépeçage* be allowed. The Report on the Convention does not provide the necessary

---

<sup>178</sup> See Dohmen, op. cit., B., II., § 2, b.



criteria for this form of *dépeçage*; nevertheless it seems unlikely that an exception would be made and that the only obligation under this contract would be split in two merely for reasons of applicable law. I tend to think that this exception seems to be reserved for contracts that consist of more than one pair of obligations.

#### **4° The UNIDROIT Principles and the *lex mercatoria***

With regard to the effects of the UNIDROIT Principles or the *lex mercatoria* in this context (in pursuance of arts. 30 and 31 *Ley de DIP*; compare with art. 9 and 10 of the Mexico City Convention), it would take an additional article to discuss these aspects in depth, so I will leave them to one side at this point.

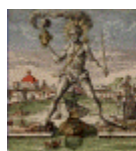
In the next section I will presume that Dutch law is applicable to the contract.

#### III. Article 4 *Ley de DIP* makes referral possible

According to art. 4 *Ley de DIP*, if, pursuant to the regulations of the *Ley de DIP* a system of law other than the Venezuelan system is applicable, then reference is in principle made to the conflict rules of the applicable law. If these conflict rules point to the internal law of the legal system deemed to be applicable, then this internal law will apply to the case. If the foreign conflict rules refer to Venezuelan law, then Venezuelan internal law has to be applied (*reenvío simple* or remission). If the foreign conflict rules provide that the law of a third country is applicable and the conflict rules of this third country refer to its internal law, then the internal law of the third country is indeed applicable (*reenvío ulterior* or transmission).

Article 4 *Ley de DIP* forms part of the written rules of Venezuelan private international law. It is part of the General Provisions of the *Ley de DIP*. By virtue of art. 1 *Ley de DIP* art. 4 will only be applicable if the matter is not regulated by a treaty. There is no treaty between Venezuela and The Netherlands in which the operation of conflict rules (in contractual issues) is incorporated, so if the Venezuelan court would decide that Dutch law is applicable to the contract, the court would, by virtue of the *Ley de DIP* system, have to look at art. 4 *Ley de DIP*.

Neither in the *Ley de DIP* nor in the *Exposición de Motivos* can any exceptions to the operation of this rule be found, so it seems to be applicable



to every situation in which conflict rules determine the applicable law, or...is this not so?

### *§1 Reenvío in the pre-Ley de DIP Venezuelan legal culture*

*Reenvío* was already a feature (albeit on a small scale) of Venezuelan law before the entry into force of the *Ley de DIP*. In 1919 it could be applied to *letras de cambio* (bills of exchange) by virtue of art. 483 CCom. Subsequently, the possibility of *reenvío* under art. 483 CCom was applied analogously in the case law.<sup>179</sup> Even before art. 483 CCom entered into force there was a case in which *reenvío* was applied.<sup>180</sup>

Many authors had devoted attention to this phenomenon before the finalisation and entry into force of the *Ley de DIP*, especially in reaction to the mentioned cases.<sup>181</sup> In the case *Quintana/Sión* (1966), apart from mentioning the earlier (1912) version of a Venezuelan Private International Law Act, drafted by Pedro Manuel Arcaya (who aimed at *reenvío simple*), reference was already made to art. 4 of the - by then 'fresh' - 1965 draft of the *Ley de DIP*.

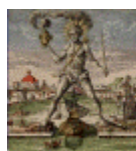
Paul Heinrich Neuhaus (*Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*) also shed some light on art. 4 of the 1965 draft (which had the same text as the current art. 4). He considers transmission to be possible if the law of the third state is applicable according to its own conflict rules. In that case the acceptance of transmission leads to international harmony in decisions (*Entscheidungsharmonie*). According to him, the draft of the *Ley de DIP* distinguishes itself from other legislation

---

<sup>179</sup> See *Quintana/Sión: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, el 29 de septiembre de 1966* (acceptance of remission - *reenvío simple*).

<sup>180</sup> See the *Shunck* case: *Corte Superior del Distrito Federal, el 24 de noviembre de 1906* (acceptance of remission - *reenvío simple*).

<sup>181</sup> See, amongst others, Muci-Abraham, "Jurisprudencia venezolana en materia de reenvío" (1955) 3 *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* 119; Bonnemaïson Winkel Joham, "Sobre el mecanismo del reenvío simple", in: *Anuario. Universidad de Carabobo*, (1970), Tomo III, pp. 165-180; Reyna de Roche, *Estudios sobre el Reenvío en el Derecho Internacional Privado venezolano* (1974); Sansó, *Estudios Jurídicos* (1984); Rouvier, *Derecho Internacional Privado. Parte General* (1996), pp. 389-390. For an overview see Parra Aranguren, *Curso General de Derecho Internacional Privado*, pp. 363-374.



where *renvoi* is only recognised in order to apply the *lex fori* as far as possible.<sup>182</sup> Tatiana B. de Maekelt thought likewise.<sup>183</sup>

### *§2 The applicability of article 4 Ley de DIP in contract cases*

Article 17 of the Mexico City Convention rejects *reenvío*.<sup>184</sup> In this respect its drafters have taken art. 15 of the Rome Convention as an example. This raises the question whether the rule embodied in art. 4 *Ley de DIP* is also applicable in contract cases.

De Maekelt is of the opinion that the exclusion of *reenvío*, as embodied in art. 17 of the Convention, is also applicable to art. 4 *Ley de DIP*.

According to Giral Pimentel the solution to the apparent inconsistency between the Convention and the *Ley de DIP* is that art. 17 of the Convention only applies in cases in which *only* states party to the Convention play a role. Art. 4 *Ley de DIP* is applicable in the remainder of cases, apart from some exceptions within the scope of the above-mentioned harmonious solution (see A, I, §2, a.) which would result from a comparison between the *Ley de DIP* and the Convention.<sup>185</sup> In Giral Pimentel's view *reenvío* would not be permitted in contract cases, for it would undermine the legitimate expectations of the parties if they had made a choice of law, or it would undercut the closest connection, when, in the absence of a choice of law, the court would apply the legal doctrine of the closest connection.

Likewise, Parra Aranguren submits that art. 4 is only applicable when the Venezuelan conflict rule in question "designates the applicable law in a generic way by localising the situation geographically by means of an abstract connecting factor" (a 'closed' conflict rule). If *reenvío* would be allowed when applying art. 30 *Ley de DIP* (an 'open-ended' conflict rule), this would diverge from the legislator's intention.<sup>186</sup>

---

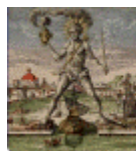
<sup>182</sup> Neuhaus, "Proyecto Venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. Observaciones de Derecho Comparado", translation from German by De Maekelt, in: *Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza* (1970), Tomo I, pp. 54-64 (59).

<sup>183</sup> "Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht", p. 319.

<sup>184</sup> See Dohmen, op. cit., B., III.

<sup>185</sup> *El Contrato Internacional*, p. 242.

<sup>186</sup> Parra Aranguren, "The Venezuelan Act on Private International Law of 1998", in: Šarčević and Volken (eds.), *Yearbook of Private International Law* (1999), vol. I, pp. 108-109; Parra Aranguren, "La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado", 22 *Revista de la Fundación Procuraduría*. 5, ¶¶ 15 and 16 (1999) <<http://www.zur2.com/fp/22/gparra.htm>>.



Romero also takes the view that *reenvío* is not permitted in respect of contracts, as *reenvío* would be excluded in treaties and in some private international law codifications (such as the Italian one).<sup>187</sup>

Of a different opinion is José Muci-Abraham, who submits that, notwithstanding some treaties, the Venezuelan legislator has clearly opted for *reenvío* (without exceptions).<sup>188</sup>

José Luis Bonnemaïson Winkeljoham, another Venezuelan author, views art. 4 *Ley de DIP* as forming part of the legal sources mentioned in art. 1 *Ley de DIP*. He does not refer to any exceptions to the rule under article 4 *Ley de DIP*.<sup>189</sup>

Still another interpretation is provided by Eugenio Hernández-Bretón. According to him, art. 4 *Ley de DIP* has to be read in close connection with art. 2 *Ley de DIP*. In pursuance of this article the law designated by the Venezuelan conflict rules has to be applied in accordance with the governing principles in the foreign country concerned, so that the objectives of the Venezuelan conflict rules are realised. *Reenvío* would in this view be possible as long as the realisation of the mentioned objectives would not be impeded.<sup>190</sup> In this respect his views are close to Parra Aranguren. This interpretation of the phenomenon of *renvoi* is also provided in other jurisdictions, see for example art. 4(1) of the German *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (EGBGB).

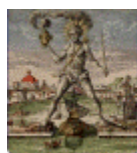
---

<sup>187</sup> Op. cit., sub chapter II, section 10(e).

<sup>188</sup> Muci-Abraham, “Bosquejo de la Ley de Derecho Internacional Privado” 116 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 7, section XI (2000) <<http://www.zur2.com/fcjp/116/muci.htm>>; apart from the *Código Bustamante* he mentions the *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, the result of *La Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado* (CIDIP II), held from 23 April to 8 May 1979 in Montevideo, under the auspices of the OAS; the treaty entered into force in Venezuela on 18 January 1986; the Spanish text of the treaty can be found at: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html>>; the English text at: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-45.htm>>.

<sup>189</sup> Bonnemaïson Winkeljoham, “El Reenvío”, 117 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 5 (2000) <<http://www.zur2.com/fcjp/117/bonnem2.htm>>.

<sup>190</sup> Hernández-Bretón, “Capacidad y forma en materia de letras de cambio en la nueva Ley de Derecho Internacional Privado”, 117 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 2, sections 11 and 12 and note 41 (2000) <<http://www.zur2.com/fcjp/117/ehb2.htm>>.



What are the objectives of Venezuelan private international law? Every conflict rule has its own objective. Hernández-Bretón goes further and considers *reenvío* not to be applicable when art. 30 *Ley de DIP* has to be applied.

As we have seen above, the majority of the authors (De Maekelt, Giral Pimentel, Parra Aranguren, Hernández-Bretón and Romero) are convinced that *reenvío* should not be possible in respect of the law applicable to contracts.

### *§3 Why art. 4 Ley de DIP should not be applied to contract cases*

If the Venezuelan court would decide that, notwithstanding the fact that the Mexico City Convention does not take precedence over the *Ley de DIP* as regards art. 4 *Ley de DIP*, the applicability of this article in contract cases would be questionable, I would deem that art. 4 *Ley de DIP* would not apply in this case. The reason for this is as follows: if article 4 would be applied without restriction, the aim of the Venezuelan conflict rule in art. 30 *Ley de DIP*, namely the designation of the most closely connected law, could be thwarted. If, in the case in question, Dutch law would be applicable and the conflict rules prevailing in The Netherlands would refer to Dutch law, then there is no problem. However, if the said conflict rules would refer to Venezuelan law (remission), then the assessment of objective elements by the Venezuelan court to designate the most closely connected law could be frustrated (see the next chapter for the application of the conflict rules prevailing in The Netherlands).

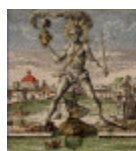
## C. Dutch conflict of laws rules

### I. The Rome Convention

The private international law regarding this issue is embodied in the aforementioned EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations.<sup>191</sup> According to arts. 93 and 94 of the Dutch Constitution provisions of treaties which, with respect to their content, apply to every person precede provisions of national law. The Rome Convention is such a treaty.

---

<sup>191</sup> See Dohmen, op. cit., chapter C.





The scope of the Rome Convention is to be found in art. 1: it applies to contractual obligations in any situation involving a choice between laws of different countries. Therewith the Convention has a universal scope: it is applicable even if not all elements are linked to one or more states party to the Convention. Unless one of its exceptions applies (art. 1(2) and (3)), or other treaties have precedence (arts. 21 and 22), it is applicable instead of national conflict rules.<sup>192</sup>

This case concerns a contract and we have to choose between Venezuelan and Dutch laws, as the case has factual-geographic contacts with both Venezuela and The Netherlands.

The Rome Convention has to be applied by the court in respect of contracts that have been concluded after the day when the Convention entered into force in the state in which the court is located. In The Netherlands the Rome Convention entered into force on 1 September 1991. The contract dates from 1 November 2000, so in principle the Rome Convention is applicable.

The contract in question does not fall within the excluded subjects, listed in art. 1(2) and (3).

## II. The determination of the law applicable to the contract

### *§1 Is there a choice of law?*

By virtue of art. 3 of the Rome Convention a choice of law is possible. In order to be recognised as a choice of law, the choice should be made expressly (express choice) or it should be demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract *or* the circumstances of the case (tacit choice).<sup>193</sup> According to the facts of the case there is neither an express nor a tacit choice of law. Furthermore, I assume that in the case at hand no choice of law will in fact be made later in time.

---

<sup>192</sup> In the Dutch Draft of the Act that consolidates regulations concerning private international law (status as per 1 May 2001; Legislation Department, Section Civil Law, Ministry of Justice) this is expressed in art. 5.3.1 by referring directly to the Rome Convention. No specific conflict rules relating to contracts have been provided in the Act, so if the Rome Convention is formally not applicable, its rules will nonetheless apply analogously. See (in Dutch only): <[http://www.justitie.nl/Images/11\\_7618.pdf](http://www.justitie.nl/Images/11_7618.pdf)>.

<sup>193</sup> See also Dohmen, *op. cit.*, C., II., §1, a.



## *§2 The applicable law in absence of a choice*

### *a. The determination of the characteristic performance*

The Rome Convention, like the Mexico City Convention and the *Ley de DIP*, takes the proximity rule as a point of departure. In absence of a choice the law applicable to the contract is the law with which the contract is most closely connected.

Different from the latter two bodies of law, the Rome Convention considers the doctrine of the characteristic performance as the way to indicate the closest connection. The contract is presumed to be most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of concluding the contract, his habitual residence or - for legal entities - its central administration (or its principal place of business, if the contract has been entered into in the course of that party's trade or profession; or the place of business where under the terms of the contract the performance is to be effected when this is not the principal place of business).

If the characteristic performance cannot be determined, or it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, then the rule under art. 4(2) does not apply (article 4(5) of the Convention).<sup>194</sup>

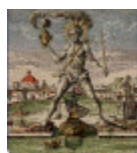
As to conflict rules in contract cases, the doctrine of the characteristic performance had been applied in The Netherlands even before the Convention entered into force. A 'more closely connected' exception like the one under art. 4(5), second sentence, however, was not to become part of the court practice relating to the characteristic performance, as it was only applied in a few cases.<sup>195</sup> As to the relationship between article 4(1) and (5), on the one hand, and article 4(2) on the other, the Dutch interpretation was clarified in the *Balenpers* decision of the *Hoge Raad* (the Supreme Court of the Netherlands) of 25 September 1992.<sup>196</sup> From this decision it appears that article 4(2) of the Rome Convention is not a mere aid to the application of article 4(1), but is the main rule and the criteria of article 4(1) and 4(5) of the

---

<sup>194</sup> Unless otherwise stated, when considering art. 4(5) of the Convention, I refer to the second sentence of this regulation.

<sup>195</sup> For more on this see: De Boer, "The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts (A Methodological perspective)" (1990) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 24 (39-41, 46-56) and Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht* (6th ed. 2000), sub no. 164, p. 159.

<sup>196</sup> See *NJ [Nederlandse Jurisprudentie; CD]* (1992), no. 750; (1993) *Ars Aquii* 207, annotated by Th. M. de Boer; (1994) *IPRax* 243, annotated by S. Rammeloo; (1995) *Netherlands International Law Review* 259, annotated by W. Hudig-van Lennep.



Convention can (only) be an exception to this rule.<sup>197</sup> In this respect the Dutch view is in line with the prevailing legal doctrine and case law in other European countries.<sup>198</sup>

With respect to the case at hand, which party has to effect the performance that is characteristic for the contract?

The contract which we have here is of a special kind: there is only one obligation. This obligation has to be performed by one of the parties upon the fulfilment of a certain condition by the other party (it thus concerns a conditional obligation). On the one hand, if *Kingfisher* has not incurred any expenses, it cannot claim any money (e.g. damages) from *La Pesca*. If it has incurred expenses and these expenses have arisen from activities which were taken in order to secure the *La Pesca* assignment, it can then charge *La Pesca* for these expenses on the basis of the contract. On the other hand, *La Pesca* cannot demand that *Kingfisher* conducts activities within the framework of attempting to secure the contract. It is up to *Kingfisher* to demonstrate its advantages in order to be awarded the assignment. For these kinds of contracts it is not difficult to indicate the characteristic performance: there is only one obligation and the performance of that obligation is characteristic of the contract.<sup>199</sup>

*La Pesca* has to effect the characteristic performance. *La Pesca* is a legal entity. Has the contract been concluded in the course of *La Pesca*'s trade or profession (art. 4(2))? The words 'trade or profession' in art. 4(2) are not defined in the Convention. A distinction should be made between the business atmosphere and the private atmosphere. A party's trade or profession would include all contracts in the business atmosphere, as opposed to those in the private atmosphere. The contract in question falls under the business atmosphere and is, accordingly, concluded within *La Pesca*'s profession.<sup>200</sup>

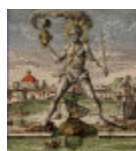
---

<sup>197</sup> See also Struycken, "Some Dutch Judicial Reflections on the Rome Convention, Art. 4(5)" (1996) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 18; Rammeloo, "Die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 und Abs. 5 EVÜ: eine niederländische Perspektive", (1994) *IPRax* 243; Dissenting: De Ly, "Het Balenpers-arrest en de eenvormige uitleg van artikel 4(5) EVO", in: *Het NIPR geannoteerd, Annotaties opgedragen aan dr. Mathilde Sumampouw* (1996), pp. 125-133;

<sup>198</sup> See Dohmen, op. cit., C., II., §2, a-b.

<sup>199</sup> Idem, § C, II., §2, d.

<sup>200</sup> See also Christoph Reithmann and Dieter Martiny (Reithmann, Martiny et al., *Internationales Vertragsrecht: das Internationale Privatrecht der Schuldverträge* (5th ed. 1996), p. 133).



By virtue of art. 4(2) of the Convention the contract shall in principle be governed by the law of the country in which *La Pesca*'s principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated. The concepts 'place of business' and 'principal place of business' are not defined in the Convention. The overall view is that they have to be interpreted autonomously within the framework of the Rome Convention.<sup>201</sup> I will not delve further into interpretations given by legal doctrine and case law. In this case the payment of expenses does not have to be effected through *La Pesca*'s principal place of business in Maracaibo, but through *La Pesca*'s branch in Caracas. Via this route Venezuelan law, by virtue of art. 4(2), would in principle be the law applicable to the contract.

*b. The exception of art. 4(5), second sentence, of the Rome Convention*

As we have seen, this prima facie outcome of the conflict rule of article 4(2) can be rebutted if it appears from the circumstances as a whole that the case is more closely connected with another country (art. 4(5), second sentence, of the Convention).

Is the application of the art. 4(5) exception clause likely in this case? From the case law and legal doctrine in the states party to the Convention it appears that there is no agreement as to whether the exception clause should be applied restrictively or not.

The Netherlands has chosen for the restrictive approach in the above-mentioned *Balenpers* case, from which it can be deduced that the presumption of article 4(2) should only be disregarded if, concerning the special circumstances of the case, the place of business of the party who is to effect the characteristic performance has no real significance as a connecting factor.<sup>202</sup> In The Netherlands Filip J.M. de Ly is an exception to this approach. He advocates a broader interpretation of art. 4(5).<sup>203</sup>

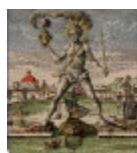
Advocate-General Strikwerda wrote in his conclusion in the *Balenpers* case that it can not be sufficient that one or more, or even all the other factors

---

<sup>201</sup> See e.g. Collins et al., *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 2 (13th ed. 2000), p. 1239; Reithmann, Martiny et al., pp. 133-134.

<sup>202</sup> This interpretation has been confirmed in *HR* 13 September 1996, *NJ* 1998, no. 96.

<sup>203</sup> De Ly, pp. 130-133.



connected with country B are opposed to the factor of the domicile of the characteristic performer connected with country A. According to him, for the successful application of art. 4(5) it is important that, concerning the circumstances as a whole, the domicile of the characteristic performer has insufficient capacity to 'localise' the contractual obligations. He mentions examples in which the exception clause can play a role: (1) the situation in which the characteristic performer has an 'accidental' domicile, because he has not operated through his own domicile (as in some cases of agency); and (2) the performance of long-term contracts in which the operating area of the characteristic performer is situated outside the country of his domicile.<sup>204</sup> According to Th.M. (Ted) De Boer in his annotation in the case *HR 13* September 1996, *NJ* 1998, no. 96, within the group falling under (1) one could also include the situation in which the characteristic performer has a postal address in the country where he is formally domiciled, while he actually only operates from another country (or countries).

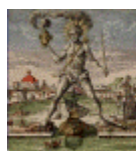
Does *La Pesca's* branch in Caracas have an insufficient capacity to 'localise' the contractual obligation so that one cannot speak of a real significance as a connecting factor?

Even if more factors would point to The Netherlands, it would still be the capacity to 'localise' of the Caracas branch of *La Pesca* that would have overriding importance. First of all, it is important to note that this contract is not a long-term contract. Is this an agency case that makes *La Pesca's* branch in Caracas 'accidental'? When the contract was signed *La Pesca* was represented by the Director of its Caracas branch, but neither this Director, nor other employees from the Caracas branch remained in The Netherlands in order to perform the obligation under the contract. The intention under the contract is that the obligation has to be performed by the *La Pesca* office in Caracas. Rather than *La Pesca's* branch in Caracas, the 'accident' in this case concerns the place where the contract was concluded: it could just as well have been signed in Venezuela! I note further that De Boer's postal address situation does not apply here.

On the basis of the above notions I assume that *La Pesca's* branch in Caracas has a real connecting value. Accordingly, there is no room for the exception under art. 4(5) of the Convention. This means that Venezuelan law is applicable to the contract.

---

<sup>204</sup> See also Vonken, "III.1.EVO (EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst)", in: *Verbintenissenrecht* (loose-leaf) (supplement 44, March 1997), vol. 5, sub annotation 7.3 on art. 4 of the Rome Convention, pp. 84-85.



When I discussed *dépeçage* in the light of Venezuelan conflict rules and the Mexico City Convention I already noticed that it could in principle be argued that *La Pesca's* obligation can be divided into two obligations, namely an obligation to pay in Dutch Guilders (to be converted into Euros) and an obligation to pay in Venezuelan Bolivars. For the same reason as given above, I deem it to be unlikely that *dépeçage* via art. 4(1) would be possible as an exception in this case. I conclude that according to the rules of private international law as they are applicable in The Netherlands, Venezuelan law will be applicable to the contract in question.

### III. Is referral/*renvoi* possible?

As we have seen in the preceding article *renvoi* is excluded by the Rome Convention by virtue of art. 15.<sup>205</sup> *HR 16 May 1997, NJ 1998, no. 585*, annotated by De Boer, is a Dutch example of a Rome Convention case in which *renvoi* was not permitted pursuant to art. 15 of the Rome Convention.<sup>206</sup> As for the case before us, the law governing the contract is Venezuelan law, which means that the substantive provisions of Venezuelan law are applicable.

### D. Conclusion

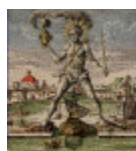
*Kingfisher* is not exactly pleased: it has not been given the opportunity to modernise *La Pesca's* fleet, nor has it received any allowance for its expenses. It cannot be said that *La Pesca* has demonstrated any goodwill in not observing its obligation. Now *Kingfisher* goes to court. Assuming that the Venezuelan court and its Dutch counterpart have jurisdiction regarding *Kingfisher's* claim, the question of which law they will apply then arises.

The Venezuelan court has to apply art. 1 of the Venezuelan Private International Law Act and accordingly go down the Venezuelan ladder of legal sources in order to arrive at the applicable conflict rules. When we apply the general provision embedded in article 1 *Ley de DIP* to the case, then it appears that if there is a treaty in force in Venezuela that deals with the question of the applicable law, the treaty will govern and not the conflict rules of the *Ley de DIP*. The Mexico City Convention is such a treaty. It does not apply in this case though, for the case has links with only one

---

<sup>205</sup> See Dohmen, op. cit., C., III.

<sup>206</sup> See also (1998) *Ars Aequi* 213, annotated by P. Vlas.



Convention state, namely Venezuela, whereas two links are needed for the application of the Convention. Accordingly, the *Ley de DIP* applies and the Convention can be taken into consideration as a subsidiary source of law.

The Dutch court can apply the Rome Convention by virtue of arts. 93 and 94 of the Dutch Constitution. Unlike the Mexico City Convention, the Rome Convention also applies when only one Convention state is involved.

Then we arrive at the actual determination of the applicable law. Both the Venezuelan and the Dutch court have to take into account a possible choice of law: similar to the *Ley de DIP* (art. 29), the Rome Convention has embodied the principle of party autonomy (art. 3). In this case, however, there is neither an express, nor a tacit choice of law.

The *Ley de DIP* does not exclude choices of law made after the conclusion of the contract. The Mexico City Convention and the Rome Convention recognise such choices. In the case at hand I have assumed that the parties will not make use of their party autonomy in this respect.

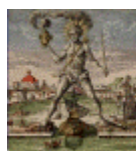
In the absence of a choice, the Venezuelan court and its Dutch counterpart have to indicate the system of law that is most closely connected to the contract (respectively via art. 30 *Ley de DIP* and art. 4 of the Rome Convention). The Venezuelan court also has to bear in mind general principles of commercial law accepted by international organisations and, if necessary, the *lex mercatoria* has to be applied to resolve the case in a just and fair way (arts. 30 and 31 *Ley de DIP*).

As to the Venezuelan court's indication of the law applicable to the contact in question, I have applied the 'center of gravity' test after which a balance of objective connecting factors can be described. This would call for a theory (the subjective factor) to overcome the deadlock.

Depending on the theory which the court chooses, it would come to the conclusion that either Dutch law is applicable or that Venezuelan law is applicable (these are the two legal systems the connecting factors point towards).

I deem *dépeçage judiciaire* not to be possible in this case as there is only one obligation.

Assuming that according to the Venezuelan conflict rules Dutch law is applicable to the contract, then the Dutch conflict rules are excluded from



application. According to the governing Venezuelan legal doctrine, with which I agree, there is no room for any referral or transferral (art. 4 *Ley de DIP*) in contract cases, even though the latter article, which forms a part of the general provisions of the *Ley de DIP*, does not seem to contain exceptions to these private international law techniques. Such an interpretation renders article 4 *Ley de DIP* consistent with art. 17 of the Mexico City Convention which excludes conflict rules from the applicable law.

The Dutch court first has to apply art. 4(2) of the Rome Convention: the locus of the characteristic performer is presumed to indicate the closest connection. When there is only one obligation, its performance is the characteristic performance of the contract. So the location of *La Pesca* is important here. After having located *La Pesca* in Venezuela, I have come to the conclusion that the applicable law is Venezuelan law. Could the exception based on art. 4(5) of the Rome Convention play a role in this case? From the decision of the Dutch Supreme Court in the *Balenpers* case it has been understood that the exception under art. 4(5) has to be applied restrictively. Accordingly, I submit that there is no room for the exception clause in this case.

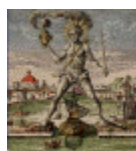
For the same reason as given above, I deem *dépeçage judiciaire* not to be applicable.

When the Dutch court would have to apply Venezuelan law it would have to apply the internal Venezuelan law, not its conflict rules (art. 15 of the Rome Convention).

I conclude that, whereas the Dutch court has the convenience of the doctrine of the characteristic performance and, pursuant to that doctrine, should determine that in the case at hand Venezuelan law is applicable, the Venezuelan court lacks such a clear indicator. Therefore we cannot predict which law it will apply. Here is a challenge to the Venezuelan courts to develop a theory that will explain the operation of arts. 30 and 31 of the *Ley de DIP*.

**Charles J.H. Dohmen**

Research assistant at the International Legal Institute  
*Internationaal Juridisch Instituut*) in The Hague, The  
Netherlands.



[www.ipr.be](http://www.ipr.be)  
[www.internationaalprivaatrecht.com](http://www.internationaalprivaatrecht.com)  
[www.droitinternationalprive.com](http://www.droitinternationalprive.com)  
[www.privateinternationallaw.com](http://www.privateinternationallaw.com)



## **Clive ROMMELAERE - In kort bestek: De werkingssfeer van het EVO-Verdrag**

Het Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (of kort: EVO-Verdrag) is veruit het belangrijkste leerstuk conflictenrecht inzake verbintenissen. De exacte werkingssfeer ervan is voor sommigen nochtans niet volledig duidelijk; ten onrechte want de regels zijn niet zo moeilijk te vatten.

### a) Materieel

De werkingssfeer van het EVO is het uitgestrekte domein van de verbintenissen uit overeenkomst.

Een aantal aangelegenheden en een aantal bijzondere verbintenissen zijn uitgesloten van het toepassingsgebied: het betreft o.a. testamenten en erfenissen, huwelijksgoederenrecht en diverse verplichtingen van familierechtelijke aard, en ook wissels, cheques, arbitrageovereenkomsten, bevoegdheidsovereenkomsten, kwesties inzake de aard en werking van vennootschappen en rechtspersonen, vraagstukken inzake vertegenwoordiging, trusts, en de meeste verzekeringsovereenkomsten.<sup>207</sup>

Ook treedt het EVO uitdrukkelijk terug voor de toepassing van andere Verdragen,<sup>208</sup> en voor regelingen m.b.t. bijzondere aangelegenheden inzake verbintenissen uit overeenkomsten die zijn opgenomen in het gemeenschapsrecht of nationale wetgeving in uitvoering daarvan.<sup>209</sup>

Het Verdrag wordt toegepast van zodra er tussen verschillende rechtstelsels moet worden gekozen.<sup>210</sup>

### b) Territoriaal

De mogelijkheid om tot het EVO toe te treden wordt beperkt door artikel 28 van het Verdrag. Daardoor kunnen enkel EG-lidstaten tot ondertekening ervan overgaan.

De toepassing van EVO is nochtans volkomen onafhankelijk van enige wederkerigheidsvereiste, hetgeen is gestipuleerd in artikel 2. Het Verdrag

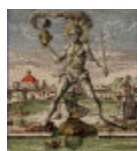
---

<sup>207</sup> Een volledige lijst vindt U in art. 1 EVO.

<sup>208</sup> Art. 21 EVO.

<sup>209</sup> Art. 20 EVO.

<sup>210</sup> Art. 1 EVO.



geldt dus voor alle rechters van de verdragsluitende Staten als hun conflictenrecht inzake verbintenissen uit overeenkomst, ongeacht of het door het Verdrag aangewezen toepasselijke recht dat is van een verdragsluitende of van een niet-verdragsluitende Staat.

Ook de plaats waar de overeenkomst werd opgesteld is zonder belang. Het criterium is dat van de plaats waar de toepassing van het conflictenrecht wordt verzocht.

### c) Temporeel

Een belangrijke voorwaarde voor de toepassing van de conflictenregel van het EVO is dat de overeenkomst moet zijn gesloten nadat het Verdrag in werking is getreden.<sup>211</sup> Territoriaal wordt daarvoor niet gekeken naar de Staat waar de overeenkomst werd opgesteld, maar deze waar de conflictenregel moet worden toegepast.

Volgens de bepalingen van het Verdrag is het voor de “eerste” verdragsluitende Staten in werking getreden op de eerste dag van de derde maand volgende op de neerlegging van de zevende akte van bekrachtiging. Voor elke Staat die het Verdrag daarna goedkeurde is dat op de eerste dag van de derde maand volgend op de neerlegging haar akte van bekrachtiging.<sup>212</sup>

Nochtans hebben sommige verdragsluitende Staten de in het EVO opgenomen conflictenregel vervroegd in werking laten treden. Dat gebeurde – minstens gedeeltelijk – in België, Denemarken, Duitsland,<sup>213</sup> Frankrijk, Griekenland, Italië en Luxemburg.<sup>214</sup> Voor België gebeurde dat bij de Wet van 14 juli 1987,<sup>215</sup> in werking getreden op 1 januari 1988, waarbij de regelen van de artikelen 1 en 3 tot 16 van het Verdrag als gemeenrechtelijk conflictenrecht werden ingevoerd.

Sinds de ondertekening van het Verdrag op 19 juni 1980 zijn er ook enkele wijzigingen aangebracht naar aanleiding van de toetreding van nieuwe EG-lidstaten. De eerste wijziging werd reeds gemaakt op 10 april 1984 naar aanleiding van de toetreding van Griekenland tot de EG. Bij de toetreding van Portugal en Spanje werd het Verdrag nogmaals aangepast op 18 mei

---

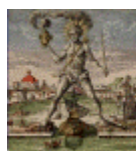
<sup>211</sup> Art. 17 EVO

<sup>212</sup> Art. 29 EVO.

<sup>213</sup> Voor Duitsland is het niet duidelijk of de invoering volledig correct is gebeurd.

<sup>214</sup> Enkel in België, Denemarken, en Luxemburg werden de artikelen van het EVO als gemeenrechtelijke conflictenregel in de wetgeving overgenomen. Zie R. Plender en M. Wilderspin, “The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts.”, London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 21 e.v.

<sup>215</sup> Ingevoerd bij Wet van 14 juli 1987, *B.S.* 9 oktober 1987.



1992, en hetzelfde gebeurde op 29 november 1996 naar aanleiding van de toetreding van Finland, Oostenrijk en Zweden.

De gewijzigde versie van het Verdrag geldt telkens voor de overeenkomsten die zijn afgesloten na de datum van in werking treden van het Verdrag in de verdragsluitende Staat waar de toepassing van de conflictenregel wordt verzocht. De respectievelijke data zijn als volgt: <sup>216</sup>

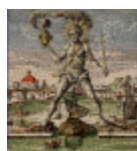
	<b>Versie 80</b>	<b>Versie 84</b>	<b>Versie 92</b>	<b>Versie 96</b>
<b>België</b>	01.04.1991	01.04.1991	01.06.1998	-
<b>Denemarken</b>	01.04.1991	01.04.1991	-	-
<b>Duitsland</b>	01.04.1991	01.04.1991	01.09.1995	01.01.1999
<b>Finland</b>	n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	01.04.1999
<b>Frankrijk</b>	01.04.1991	01.04.1991	01.12.1995	01.08.2000
<b>Griekenland</b>	n.v.t.	01.04.1991	01.05.1999	01.07.1999
<b>Ierland</b>	01.01.1992	01.01.1992	-	-
<b>Italië</b>	01.04.1991	01.04.1991	01.03.1994	-
<b>Luxemburg</b>	01.04.1991	01.04.1991	01.04.1997	01.05.2000
<b>Nederland</b>	01.09.1991	01.10.1992	01.09.1993	01.10.1998
<b>Oostenrijk</b>	n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	01.12.1998
<b>Portugal</b>	n.v.t.	n.v.t.	01.09.1994	01.02.2000
<b>Spanje</b>	n.v.t.	n.v.t.	01.09.1993	01.04.1999
<b>U.K.</b>	01.04.1991	01.04.1991	01.12.1997	01.01.2001
<b>Zweden</b>	n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.	01.10.1998

Naast het Verdrag zijn er ook 2 Protocollen betreffende de uitlegging van het EVO door het Hof van Justitie. Wegens de strenge voorwaarden voor in werking treden zijn beide Protocollen tot op heden nog niet van kracht. Het eerste Protocol treedt namelijk niet in werking vóór het tweede, en het tweede treedt niet in werking vóór alle Staten die het hebben ondertekend het ook hebben geratificeerd. Deze laatste stap ontbreekt tegenwoordig nog voor België, Finland, Oostenrijk en Zweden.

#### d) Besluit

Het EVO is ongetwijfeld één van de belangrijkste verdragen m.b.t. het internationaal privaatrecht.

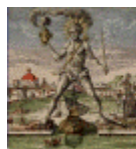
<sup>216</sup> De landen weergegeven op een donkere (oranje) achtergrond hebben bij de bekrachtiging het voorbehoud voorzien in art. 22 lid 1a) EVO gemaakt inzake de toepassing van art. 7 lid 1 EVO.



Alle EG-lidstaten zijn erdoor gebonden, en de rechters passen het Verdrag toe als hun eigen conflictenrecht, ongeacht de vraag of het aangewezen recht dat is van een verdragsluitende Staat, en onafhankelijk van de plaats waar de overeenkomst werd opgesteld.

De ratificatie van de 2 Protocollen zou voor een uniforme uitlegging van de bepalingen van het Verdrag kunnen zorgen, maar tot op heden zijn een aantal lidstaten, en in de eerste plaats België, in gebreke gebleven aan hun internationale verplichtingen ter zake te voldoen. Toch blijft het Verdrag ook zonder uniforme interpretatie zorgen voor een uniforme regeling binnen de EG-lidstaten.

**Clive Rommelaere**  
Assistent Universiteit Gent



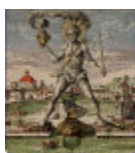
[www.ipr.be](http://www.ipr.be)  
[www.internationaalprivaatrecht.com](http://www.internationaalprivaatrecht.com)  
[www.droitinternationalprive.com](http://www.droitinternationalprive.com)  
[www.privateinternationallaw.com](http://www.privateinternationallaw.com)

## **Patrick WAUTELET - Procedureconflicten in het internationaal privaatrechtelijk contentieux – Samenvatting van een doctoraal proefschrift.**

*Hierna wordt een samenvatting gepubliceerd van het proefschrift waarmee de heer Patrick Wautelet op 16 september 2002. aan de K U Leuven promoveerde. Het proefschrift handelde over conflicten van procedures. Het proefschrift werd onder begeleiding van Prof. dr. Hans van Houtte (promotor, KU Leuven) en Prof. dr. Catherine Kessedjian (co-promotor, Université Paris II Panthéon Assas) geschreven. De examencommissie werd verder uit de professoren K. Lenaerts, P. van Orschoven (beide KU Leuven) en M. Fallon (UCL) samengesteld. Een commerciële versie van het proefschrift is voor 2004 aangekondigd.*

1. Het onderzoek handelt over *parallele procedures* in het internationaal rechtsverkeer. Met *parallele procedures* - in de Engelse terminologie bekend als *multi fora litigation* - worden procedures bedoeld die éénzelfde geheel van feiten betreffen en tegelijkertijd - of opeenvolgend - voor twee (of uitzonderlijk meer dan twee) gerechtelijke instanties in verschillende landen gevoerd worden. Spaak gelopen huwelijken tussen echtgenoten van verschillende nationaliteiten vormen vaak de voedingsbodem voor het voeren van *parallele procedures* : dikwijls zal een echtgenoot de echtscheiding voor de rechter van de echtelijke verblijfplaats vorderen, terwijl de andere, die naar zijn/haar thuisland teruggekeerd is, daar eveneens gerechtelijke stappen zal ondernemen met het oog op de ontbinding van het huwelijk. Beide echtgenoten zullen vanzelfsprekend de fout in elkaars schoenen schuiven en de echtscheiding ten laste van de partner vorderen. Hierdoor worden twee gerechtelijke instanties gevraagd om zich parallel, en in concurrentie met elkaar, over hetzelfde geschil uit te spreken. *Parallele procedures* komen ook in de internationale handel voor, bijv. wanneer een kooptransactie tussen ondernemingen gevestigd in verschillende landen fout loopt : indien de koper beweert dat de geleverde goederen gebrekkig zijn, heeft hij vaak de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen van de rechter van het land waar de levering plaatsvond, terwijl de verkoper anderzijds de rechter van zijn eigen land kan vragen te verklaren dat de goederen conform zijn of nog betaling van de koopprijs eisen.

2. Het is onmogelijk gebleken om precieze statistieke gegevens te vinden over *parallele procedures* in het internationaal rechtsverkeer. Aldus kan niet met zekerheid worden gesteld dat dergelijke procedures meer en meer voorkomen – zoals nochtans vaak beweerd wordt. Wel kan worden vastgesteld dat concurrerende procedures géén recent fenomeen zijn. Reeds in 1895 heeft het *Institut de Droit International* zich over dit probleem

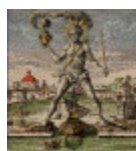


gebogen. De eindresolutie van het Instituut bevatte een sterke aanbeveling naar de Staten toe om de exceptie van internationale aanhangigheid te aanvaarden. De belangstelling voor dit fenomeen is sedertdien niet verdwenen, getuige hiervan de keuze van de Internationale Academie voor Rechtsvergelijking om het onderwerp in 1994 te bestuderen. Ook in de schoot van de Haagse Conferentie voor het internationaal privaatrecht heeft het onderwerp de nodige aandacht gekregen, met name in het kader van de lopende onderhandelingen die tot een nieuw Haags Executieverdrag (zouden) moeten leiden. De litispendingieregel en de *forum non conveniens*-leer – twee instrumenten die een belangrijke rol in de oplossing van parallelle procedures spelen, waarover meer *infra* – werden tijdens deze onderhandelingen het voorwerp van lange besprekingen, die tot een bijzonder vruchtbaar compromis geleid hebben.

**3.** Binnen één rechtssysteem kan de pluraliteit van procedures op een vrij eenvoudige manier aangepakt worden. Het Belgisch recht voorziet bijv. in een (gesofistikeerde) *litispendingeregeling*, waardoor parallelle procedures voor één enkele rechtbank geconcentreerd (kunnen) worden (artt. 29 en 565 Ger.W.). Daarnaast belet de *exceptie van gezag van gewijsde* (artt. 23 t.e.m. 28 Ger.W.) dat een reeds beslecht geschil opnieuw aan de rechter voorgelegd wordt. Het Belgisch recht bevat tenslotte een opvangbepaling voor de uitzonderlijke hypothese waarin, ondanks de twee reeds aangehaalde rechtsfiguren, onverenigbare uitspraken het licht zouden zien (bijzonder rechtsmiddel van de *herroeping van het gewijsde* - art. 1133, 3° Ger.W.).

Op internationaal vlak ontbreekt vooralsnog een sluitende regeling voor parallelle procedures. De meeste Staten beschikken wel over specifieke regels waarmee hun rechtbanken op conflicterende procedures kunnen reageren; tevens bestaan er op regionaal niveau, en in het bijzonder binnen de Europese Unie, afspraken over het lot van parallelle procedures. De coördinatie tussen deze verschillende regelingen is evenwel zoek. Het onderzoek had precies tot doel de bestaande regels kritisch door te lichten en voorstellen voor verbetering te formuleren. Daarbij werd vooral aandacht besteed aan de formulering van *algemene beginselen*, die niet louter tot één rechtsstelsel of juridische traditie beperkt zijn. *It takes two to tango* : conflicterende procedures zijn ex hypothesis niet tot één land beperkt. Bij het uitwerken van mogelijke oplossingen moest derhalve rekening worden gehouden met de bruikbaarheid en de aanvaardbaarheid ervan voor meerdere rechtssystemen.

Het doel zelf van het onderzoek, beginselen formuleren die de overtuiging van een groot deel van de internationale gemeenschap kunnen wegdragen, heeft op een bijna natuurlijke manier geleid tot het bestuderen van meerdere rechtssystemen. Het internationaal privaatrecht, dat gericht is op de coördinatie van het door rechtsverscheidenheid geplaagde internationale rechtsverkeer, is trouwens op een natuurlijke wijze aangewezen op



rechtsvergelijking als bron van internationale rechtsvorming. Bovendien ben ik snel tot de conclusie gekomen dat het rechtsdenken over internationale parallelle procedures, en in het algemeen over internationaal procesrechtelijke vragen, in België nog steeds te weinig ontwikkeld is.<sup>217</sup>

4. Uitgangspunt van het onderzoek was dat de pluraliteit van procedures in het internationaal rechtsverkeer niet wenselijk is. Parallelle procedures kunnen immers tot *tegenstrijdige uitspraken* leiden, bijv. omdat beide rechtbanken op basis van verschillende rechtsregels oordelen, of hetzelfde feitelijke begrip - het 'belang' van het kind - anders benaderen. Onverenigbare beslissingen zijn niet alleen schadelijk voor het ideaalbeeld van de rechtspraak; ze kunnen ook aanleiding geven tot netelige problemen bij de concrete uitvoering van de uitspraken. Parallelle procedures leiden weliswaar niet automatisch tot tegenstrijdige uitspraken, doch dit gevaar kan niet genegeerd worden. Bovendien brengt het voeren van parallelle procedures een niet te verwaarlozen *verspilling* van tijd en geld voor de procespartijen met zich mee, alsook voor de rechtbanken die ze hiervoor aanspreken – dit terwijl het gerechtelijk apparaat van de meeste landen reeds overbevraagd is en over onvoldoende middelen beschikt om aan de minimale vereisten van een snelle en efficiënte rechtsbehandeling te voldoen.

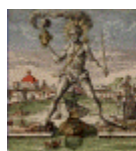
Daarom werd het onderzoek opgevat met als doel een oplossingsmodel voor te stellen waarmee parallelle procedures tot een minimum beperkt kunnen worden. Hiervoor werden twee denksporen onderzocht. In eerste instantie werd de mogelijkheid onderzocht om het ontstaan van dergelijke procedures van meet af aan te vermijden. Naast dit *preventief* luik werd ook gewerkt rond de mogelijkheid om een einde te maken aan reeds ontstane conflicterende procedures.

5. Parallelle procedures kunnen alleen verklaard worden doordat het forum voor de uitkomst van het geschil geen neutraal gegeven is. Ook m.b.t. de keuze van de rechter staan de belangen van de procespartijen immers tegenover elkaar.<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup> Bij de selectie van de te onderzoeken systemen, was – naast de beschikbaarheid van (ook qua taal toegankelijk) onderzoeksmateriaal - de ervaring van de betrokken landen met internationale procedures een van de voornaamste criteria. Zo kon het Engels recht niet genegeerd worden. Om verschillende redenen beschikken Engelse rechtbanken immers over een zeer grote aantrekkingskracht op procespartijen over de hele wereld. Hierdoor werden deze rechtbanken reeds in de 19<sup>de</sup> eeuw met gesofistikeerde, internationale procedures geconfronteerd. Engelse rechters beschikken dan ook over een grote deskundigheid in dit domein. Deze ontwikkelingen hebben hun weerslag op de behandeling van parallelle procedures in het Engels recht.

<sup>218</sup> De talrijke verschillen tussen de nationale rechtsstelsels maken dat de keuze van het forum op de beslechting van het geschil zal wegen. Rechters van verschillende landen zullen op eenzelfde geschil verschillende regels toepassen - bijv. objectieve of foutaansprakelijkheid voor een grensoverschrijdende onrechtmatige daad - en aldus tot verschillende resultaten (kunnen) komen. Bovendien zijn de mogelijkheden die de rechtsstelsels bieden bijv. in termen van snelheid van de procedure (kan een rechter zich in kort geding uitspreken?), draagwijdte van bewijsregels (kan een partij documenten en bewijsstukken van de tegenpartij eisen?), mogelijkheid om financiële steun te verkrijgen (pro deo-systeem of *de quota litis*

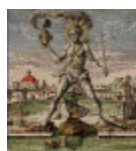


Het belang van het forum voor de uitkomst van het geschil is slechts de eerste oorzaak van conflicterende procedures. Parallele procedures zijn verder slechts mogelijk omdat partijen voor een zelfde of aanverwante geschillen verschillende rechterlijke instanties kunnen aanspreken. Voor een groot aantal grensoverschrijdende geschillen zijn meerdere Staten immers vaak bereid de deuren van hun gerechten tegelijkertijd te openen. Hierbij moet niet alleen aan het *eenzijdig* karakter van de nationale bevoegdheidsregelingen gedacht worden – in beginsel bepaalt elke Staat *eenzijdig* onder welke omstandigheden zijn gerechten bevoegd zijn om van een internationaal geschil kennis te nemen, hetgeen betekent dat de hierdoor resulterende bevoegdheidsgronden niet noodzakelijk op elkaar afgestemd zijn. Zelfs wanneer de Staten d.m.v. verdragen over de internationale rechtsmachtsverdeling afspraken maken, verdwijnt de ruimte voor parallelle procedures niet automatisch – getuige hiervan het belangrijke contentieux binnen de Europese gerechtelijke ruimte over conflicterende procedures. Een verder bewijs is het feit dat deze verdragen vaak ook regels bevatten die specifiek toegespitst zijn op parallelle procedures, zoals bijv. een prioriteitsregel ten gunste van de als eerste gevatte rechter of bijzondere weigeringsgronden in geval van conflicterende beslissingen.

In eerste instantie werd daarom de mogelijkheid onderzocht om de pluraliteit van bevoegdheidsgronden, die aan de grondslag van parallelle procedures ligt, in te dijen. Hiervoor werd een beroep gedaan op het internationaal recht en de rechten van de mens, en in het bijzonder op het recht op een eerlijk proces. De vraag luidde of deze normen concrete aanknopingspunten bieden waarmee een scheidingslijn getrokken kan worden tussen aanvaardbare en onaanvaardbare aanspraken op rechtsmacht door nationale Staten. Vastgesteld moest worden dat de grenzen van de vrijheid waarover Staten beschikken om hun internationale bevoegdheid af te bakenen, bijzonder vaag zijn en geen concrete houvast bieden – behalve dan om zeer algemene beginselen te distilleren. Daarna werd aandacht besteed aan de mogelijkheid om bevoegdheidsaanspraken te coördineren. Hierbij werd stilgestaan bij het *forum connexitatis*, als instrument bij uitstek om de verschillende facetten van een geschil voor één rechtbank te brengen. Vastgesteld moest evenwel worden dat deze ‘*catch all*’ bevoegdheidsregel noodzakelijkerwijze ook aan bijzondere grenzen onderworpen dient te worden, om het evenwicht tussen de overige bevoegdheidsregel niet te verstoren. Dit verklaart trouwens ook waarom deze techniek, hoewel voor de

---

contract) of de beschikbare remedies (kan de rechter een dwangsom opleggen, of de staking van bepaalde handelingen bevelen?) ver van eenvormig. Om nog te zwijgen over het symbolische doch niet te onderschatten voordeel van een procedure voor de eigen rechter (*‘home court advantage’*) en de invloed die het forum kan hebben op de erkenningsperspectieven van een eventuele beslissing. De partij die de rechter kiest, oefent aldus een grote, soms beslissende invloed op de uitkomst van het geschil uit. Over de rechtsverscheidenheid die het forum zo belangrijk maakt, werd in het onderzoek echter *brevitatis causae* niet stilgestaan.





coördinatie van geschillen zeer bevorderlijk, rechtsvergelijkend geen succes is.

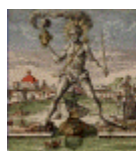
Uiteindelijk kan de pluraliteit van fora waarschijnlijk worden verklaard door het feit dat bevoegdheidsregels aan verschillende, soms tegenstrijdige beleidsdoelstellingen dienen te beantwoorden, zoals de wens om enerzijds zwakke partijen te beschermen en anderzijds contractuele afspraken aan te moedigen. Hierdoor is het moeilijk of soms zelfs onmogelijk om op voorhand voor elk geschil slechts één enkele (zgn. *natuurlijke*) rechter aan te wijzen. Het besluit luidde aldus dat bevoegdheidsregels, hoe geperfectioneerd ook, waarschijnlijk steeds de mogelijkheid zullen bieden om voor een zelfde geschil verscheidene rechters aan te spreken.

6. Naast de theoretische onderbouwing van de internationale rechtsmachtsafbakening werd ook aandacht besteed aan de *wilsautonomie van partijen* als mogelijke remedie tegen het ontstaan van parallelle procedures. Voorafgaandelijke akkoorden over de bevoegdheid kunnen immers bijdragen tot een vermindering van het aantal gevallen van conflicterende procedures. Vastgesteld werd dat de preventieve werking van bevoegdheidsafspraken, hoewel groot, nooit sluitend is, gelet op de versplintering van de controle op dergelijke afspraken en het ontbreken van een algemeen aanvaard kader voor de wilsautonomie. Daarom werden een aantal denksporen aangereikt met als doel de werking van de wil der partijen te versterken. Belangrijk is het voorstel om de verhouding tussen gederogeerde en prorogeerde fora te herschikken, zodanig dat aan die laatste een (voorlopige of definitieve) monopolie zou worden toegekend om de geldigheid en de werking van het bevoegdheidsakkoord te toetsen.

7. Sluitende afspraken over de bevoegdheidsverdeling zullen het ontstaan van conflicterende procedures niet beletten. Daarom steunt het onderzoek ook in een belangrijke mate op een *curatief* oplossingsmodel. Hiervoor werd in twee fasen gewerkt.

In een eerste fase werden twee technieken bestudeerd, waarvan gebleken is dat ze geen voldoening geven en aldus niet tot model-oplossingen uitgeroepen kunnen worden. Het gaat in de eerste plaats om de mogelijkheid voor een rechtbank om een partij, die een procedure voor een buitenlandse rechter instelt, een verbod op te leggen deze procedure verder te zetten. Met een dergelijk verbod – *anti-suit injunction* in de Engelse terminologie – kan een rechtbank *rechtstreeks* – of ten minste via de persoon van de verweerder, eiser voor de buitenlandse rechter – een einde aan de buitenlandse procedure maken. Het rechterlijk verbod is een bijzonder krachtig instrument, dat d.m.v. de *contempt of court* gesanctioneerd wordt.

Het procedureverbod biedt het voordeel dat op de buitenlandse procedure zelf een (al dan niet) beslissend invloed uitgeoefend werd, zonder evenwel

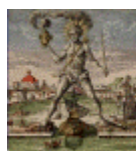


enige druk op de buitenlandse rechter rechtstreeks uit te oefenen. De sancties waarmee het overtreden van het verbod gepaard gaan, viseren immers slechts de persoon van de verweerder, eiser in het buitenland. Uit het onderzoek is echter gebleken dat de *anti suit injunction* bezwaarlijk een algemene oplossing voor conflicterende procedures kan bieden. Dit is in eerste instantie te wijten aan het feit dat de voorwaarden waaronder een dergelijke *injunction* toegekend wordt, bijzonder restrictief zijn. In wezen zal een Engelse of een Amerikaanse rechter slechts naar de *injunction* grijpen wanneer hij of zij overtuigd is dat de buitenlandse procedure een *misbruik* uitmaakt, bijv. doordat de eiser in het buitenland op de tegenpartij druk probeert uit te oefenen, of nog door het instellen van een procedure voor een buitenlandse rechter de erkenning resp. tenuitvoerlegging van de toekomstige Engelse beslissing tracht te dwarsbomen. Hierdoor ontsnapt een groot deel van de parallelle procedures aan deze sanctie.

Daarnaast is ook gebleken dat *anti suit injunctions* vaak meer moeilijkheden creëren dan ze oplossingen bieden. Dit heeft te maken met het *agressief* karakter van het procedureverbod, dat de indruk kan wekken dat een rechter zich het recht toeëigent om te beslissen over het lot van een voor een buitenlandse rechter ingestelde procedure. Dit wordt de Engelse of Amerikaanse rechter niet in dank genomen. In de praktijk wordt op dergelijke procedureverboden soms hevig gereageerd, en wanneer de buitenlandse rechter zelf het instituut van de *injunction* kent, is een reactie 'in natura' niet uitgesloten (zgn. *anti anti suit injunction*), waardoor de kans op een ware juridische *guerrilla* ontstaat.

Tenslotte moet vastgesteld worden dat het gebruik van *anti suit injunctions* fundamenteel onverzoenbaar is met het vertrouwensidee waarop internationale akkoorden tussen Staten gebaseerd zijn. Zijn de betrokken Staten gebonden door een verdrag, dat hun respectieve bevoegdheden nauwkeurig vastlegt en voor het vrij verkeer van hun beslissingen zorgt, dan kan niet aanvaard worden dat een bepaalde rechter 'politieman' speelt en eenzijdig beslist wanneer een andere zich niet aan de afspraken houdt. In dit verband moet vastgesteld worden dat afspraken tussen Staten hoe langer hoe gebruikelijker worden in het internationaal privaatrechtelijk contentieux - niet alleen binnen Europa, maar ook daarbuiten. Hierdoor verdwijnt elke ruimte voor eenzijdige initiatieven zoals de *anti suit injunctions*.

**8.** In plaats van zich (on)rechtstreeks in de buitenlandse procedure te mengen, kan een rechter ook beslissen om een afwachtende houding t.a.v. het conflict tussen procedures te nemen en de oplossing tot een later stadium uit te stellen. De gedachte is dan dat het conflict tussen twee procedures wel opgelost zal worden wanneer een van de twee rechtbanken zich uitsprekt, vermits zijn beslissing in de andere procedure ingeroepen kan worden, op grond van de exceptie van gezag van gewijsde of een equivalent hiervan.



Deze methode kenmerkt een deel van de Amerikaanse rechtspraak. Onder invloed van interne precedents hebben Amerikaanse rechtbanken immers als algemene regel geponeerd dat parallelle procedures getolereerd dienen te worden en slechts een einde zullen nemen wanneer de eerste beslissing in de andere procedure ter staving van een exceptie van gezag van gewijsde ingeroepen wordt. In andere landen wordt de exceptie van gezag van gewijsde eerder als een vervangende oplossing beschouwd, waarvan slechts toepassing gemaakt wordt wanneer andere technieken ontoereikend blijken.

De exceptie van gezag van gewijsde biedt geen voldoening bij het oplossen van conflicterende procedures. Door de oplossing tot op het stadium van de erkenning uit te stellen, blijven de twee procedures parallel verlopen, hetgeen een onduidbare verspilling van gerechtelijke krachten en tijd met zich meebrengt. Het risico is ook groot dat beide partijen zullen trachten om 'hun' procedure zo snel mogelijk tot een einde te laten komen (*race to judgment*). Bovendien blijft het gevaar bestaan dat tegenstrijdige uitspraken het licht zien. De werking van de exceptie van gezag van gewijsde is immers aan talrijke voorwaarden onderworpen : naast de weigeringsgronden vormt het procedureel statuut van de exceptie ook een obstakel voor de beslechting van parallelle procedures. Het is aldus niet uitgesloten dat de eerste beslissing in het ander land geen uitwerking krijgt. Dit zal met name het geval zijn wanneer de procedure die tot de eerste beslissing geleid heeft, na de concurrerende procedure ingeleid is geweest. In vele landen is de schending van de eerdere aanhangigheid van het forum immers een weigeringsgrond.

**9.** Het procedure-verbod en het gezag van het eerste rechterlijke gewijsde kunnen hoogstens als *marginale* oplossingen getolereerd worden. Voor de oplossing van procedureconflicten biedt de *voorrangsregel* meer voldoening. Hiermee wordt bedoeld dat een rechtbank die volgens zijn eigen regels bevoegd is, een geschil uit handen geeft t.v.v. een andere rechtbank zodat slechts één instantie zich over het geschil uitspreekt. Voorrang geven aan de concurrerende rechter is zeker geen evidentie, nu het betekent dat het geschil geheel volgens de buitenlandse normen – ten gronde doch ook voor de procedure - beslecht zal worden. Dit verklaart waarom de voorrangsmethode in de verschillende rechtssystemen slechts zeer geleidelijk ingang gevonden heeft. Tegenwoordig is deze methode echter tot de oplossing bij uitstek voor parallelle procedures uitgegroeid : zowel in nationale codificaties als in internationale verdragen wordt de 'hoffelijkheid' terecht als de oplossing voor procedureconflicten naar voren geschoven. Deze methode blijkt het best in staat om het uitgangspunt van de studie te helpen verwezenlijken, en wordt daarom geprivilegieerd.

**10.** Onthoudingsregels komen in verschillende vormen voor, gaande van een automatische litispendingregel, gebaseerd op de strikte chronologie van de procedures, tot een zeer gesofisticeerde forum non conveniens-regel

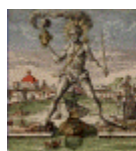


waarbij een afweging van zowel privé- als van publieke belangen gemaakt wordt. Bij de analyse werden drie verschillende vormen van de voorrangregel onderscheiden, die aan talrijke modaliteiten onderworpen kunnen worden. De opdracht bestond er daarom in om een keuze te maken tussen de verschillende vormen. De hoffelijkheid kan in de eerste plaats aan het idee van misbruik van procedure onderworpen worden. In deze eerste, beperkte vorm is er slechts plaats voor onthouding door een rechtbank ten voordele van een buitenlandse procedure wanneer vastgesteld wordt dat het instellen van de forumprocedure een *misbruik* vormt. Deze beperkte opvatting van de onthouding heeft in de 19<sup>de</sup> eeuw lange tijd de bovenhand gehad. In Engeland stemt ze overeen met de eerste versie van wat later tot de forum non conveniens-theorie zou uitgroeien.

De misbruiktheorie biedt geen voldoening om als grondslag voor de hoffelijkheid te fungeren. Door de onthouding tot die gevallen voor te behouden waar er van misbruik sprake is, blijft een groot deel van de parallelle procedures buiten schoot. In vele gevallen worden conflicterende procedures immers zonder (al te veel) bijbedoelingen ingesteld. Bovendien dwingt de misbruiktheorie de rechter tot een moeilijk onderzoek van de bedoelingen van procespartijen. De grens tussen 'gewone' forum shopping en misbruik kan moeilijk worden getrokken. Het recht van rechtsonderhorigen om toegang tot de rechter te krijgen moet centraal blijven en het misbruik mag slechts uitzonderlijk aanvaard worden.

**11.** De hoffelijkheid kan ook aan het idee worden aangeknoopt dat een bepaalde rechter beter geplaatst is dan een andere om het geschil te beslechten. Deze idee heeft in de *common law* landen ingang gevonden onder de vorm van de *forum non conveniens* leer : een Engelse rechter zal aan een buitenlandse rechter voorrang geven indien het oordeelt dat deze laatste, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, beter in staat is om van het geschil kennis te nemen. De beslissing om zich te onthouden gebeurt in deze hypothese op basis van een erg ruim geformuleerde algemene regel, na een grondig onderzoek van de bijzondere omstandigheden van het geschil, met als doel na te gaan of het geschil tot de natuurlijke bevoegdheidsfeer van de Engelse rechter thuishoort.

De leer van het forum non conveniens werd in Engeland en andere *common law* landen ook ten dienste gesteld van de beslechting van parallelle procedures. Deze bijzonder gesofistikeerde methode overtuigt echter niet als grondslag voor de hoffelijkheid. Het probleem met het forum non conveniens is dat het om een *uitzonderingsclausule* gaat : in wezen dient de doctrine om de ongewenste resultaten van ruim geformuleerde bevoegdheidsregels ongedaan te maken. Het forum non conveniens werkt aldus best wanneer er een sterk onevenwicht tussen de twee rechtbanken en hun aanspraken op bevoegdheid bestaat. Wanneer de twee rechtbanken integendeel redelijkerwijze op bevoegdheid aanspraak kunnen maken, is het forum non



conveniens niet bij machte om de voorrangsvraag te beslechten. Het begrip van 'natural forum' waarop de doctrine gebaseerd is, kan derhalve niet als onderscheidingscriterium weerhouden worden.

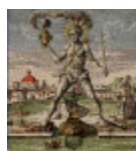
**12.** Tenslotte werd een derde vorm van hoffelijkheid grondig bestudeerd : in deze vorm, geeft een rechtbank voorrang aan een andere omdat deze laatste als éérste geadieerd werd. Het *tijdstip van aanhangigheid* fungeert dan als onderscheidingscriterium tussen de twee procedures. Deze benadering van de hoffelijkheid kan in de continentaal-europese landen op een lange traditie steunen. Binnen de Europese gerechtelijke ruimte werd dit criterium zelfs tot de enige oplossing gepromoveerd voor procedureconflicten.

De chronologische benadering contrasteert met het forum non conveniens door zijn *eenvoud* en zijn *duidelijkheid*. In de meeste gevallen zal zonder al te veel moeilijkheden kunnen worden vastgesteld welke rechter als eerste van het geschil gevat werd. Anderzijds kan het chronologisch criterium zich op het idee van proceseconomie beroepen : de eerste procedure krijgt voorrang, niet louter omwille van een arbitraire keuze, doch wel omdat partijen in de regel in de eerste procedure reeds bepaalde stappen zullen genomen hebben. Deze inspanningen zouden op de helling worden gezet indien aan de tweede procedure systematisch voorrang zou worden gegeven.

De chronologische methode is echter niet zonder moeilijkheden. De bepaling van het tijdstip waarop een rechter van een geschil gevat wordt, kan bijzonder moeilijk uitvallen. Bovendien is het chronologische criterium waardeloos wanneer de twee procedures gelijktijdig ingeleid worden. In dit geval verliest het tijds criterium bovendien een groot deel van zijn rechtvaardiging, nu beide procedures ongeveer even ver gevorderd zullen zijn. Tenslotte kan de chronologische benadering tot ongewenste resultaten leiden, in het bijzonder doordat procespartijen a.h.w. tot het instellen van een procedure aangemoedigd worden (*'race to the court'*).

**13.** Daarom wordt de voorkeur voor de chronologische benadering van de internationale hoffelijkheid in het laatste deel sterk genuanceerd. Nuances worden in twee richtingen gezocht. Ten eerste wordt aan de *grondslag* zelf van de hoffelijkheid gesleuteld. Voorgesteld wordt met name om de chronologische methode af te zwakken, door een uitzondering op de voorrang van de eerste rechter in te voeren. Deze uitzondering zou de eerste gevatte rechter de kans geven om de voorrang die hij geniet, te weigeren indien hij oordeelt dat het geschil manifest beter bij de andere rechter thuishoort.

Daarnaast wordt ook aandacht besteed aan de *randvoorwaarden* van de chronologische regel. Daaronder vallen o.a. het bepalen van het tijdstip van de aanhangigheid en van de grenzen van de identiteit van de geschillen, de mogelijkheid om de chronologische voorrang aan een wederkerigheidsvoorwaarde te onderwerpen of aan een voorwaarde afgeleid



uit de erkenning van de toekomstige beslissing. Tenslotte wordt ook onderzocht welke weerslag de exceptie van openbare orde op de internationale hoffelijkheid kan hebben.

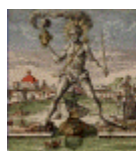
**14. Conclusie** - De studie biedt een (hopelijk) objectieve weergave van de manier waarop een aantal landen parallelle procedures behandelen, en tracht opmerkelijke gelijkenissen en verschillen tussen deze behandelingen aan te tonen. Daarnaast, en niet in mindere mate, werd getracht om een verklarend kader te schetsen, dat kan bijdragen tot een beter begrip voor de verschillende wijzen waarop de betrokken rechtssystemen parallelle procedures behandelen. Tegelijkertijd heeft dit kader de mogelijkheid geboden om de bestaande oplossingen te evalueren en te bekritisieren. De rode draad doorheen deze kritiek was de vaststelling dat de eenzijdigheid en de daarmee samenhangende soevereiniteitsgedachte in het internationaal procesrecht nog altijd de bovenhand hebben op het streven naar harmonieuze, door samenwerking gekenmerkte oplossingen. Het onderzoek naar conflicterende procedures is de aanleiding geweest om een doorsnede van het internationaal procesrecht te maken. Parallelle procedures, die slechts één van de talrijke problemen zijn waarmee het internationaal procesrecht geconfronteerd wordt, vormen een mooie illustratie van het *onvoltooid* karakter van deze rechtstak. Hoewel het onderzoek ook geleid heeft tot het formuleren van een paar punctuele voorstellen tot verbetering van de thans geldende of aangekondigde regels, ligt het belang ervan vooral in het aanreiken van een aantal bouwstenen waarop de evolutie van het internationaal procesrecht naar meer samenwerking en minder eenzijdigheid kan steunen.

\* \*

### Summary

The dissertation focuses on *multiple (or parallel) proceedings* in private international litigation. In international civil disputes it is not unusual that jurisdiction for a particular dispute exists in several countries. In that case, each party may be tempted to start litigation in the forum most favorable to it, for example to take advantage of the forum's more generous recovery rules or the extended possibilities of discovery. Similarly, one party can also choose to initiate proceedings in different countries for the same dispute. The question arises how the legal systems involved *will* and *should* deal with such 'multi-fora' disputes.

The first question addressed is whether and to what extent the international legal community should strive to prevent and/or eliminate such duplicate proceedings. It is undubitable that multiple proceedings could lead to



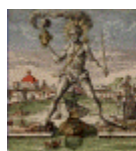
[www.ipr.be](http://www.ipr.be)  
[www.internationaalprivaatrecht.com](http://www.internationaalprivaatrecht.com)  
[www.droitinternationalprive.com](http://www.droitinternationalprive.com)  
[www.privateinternationallaw.com](http://www.privateinternationallaw.com)

undesirable consequences, such as conflicting judgments. Concurrent jurisdiction also brings about a waste of (scarce) judicial resources, and unnecessary expenses for the litigants. To *prevent* altogether parallel proceedings from happening however, seems at best utopic or even dangerous. Even if the international community were to achieve a global agreement on a comprehensive set of jurisdiction rules, one cannot imagine that these rules would designate one and only one court for each particular dispute. The desire to concentrate jurisdiction for all related disputes in the hands of one court is indeed but one of the numerous factors influencing the allocation of jurisdiction in international matters.

The dissertation therefore undertakes to study the rules and instruments that can be used to *resolve* parallel litigation once multiple proceedings have been issued. The study learns that courts can adopt a variety of attitudes when faced with parallel litigation. A legal system can decide to ignore altogether the fact that a foreign court is seized of parallel proceedings, relying on the *res judicata* effect of the first decision to be rendered. It can also decide to abstain from taking up the case in *deference* to the foreign proceedings. Finally it can try to put an end to the parallel proceedings, by enjoining a party from further proceeding before the foreign court.

After an in-depth analysis of these different policies and of the various rules and instruments in which they are embodied, my conclusion is that the preference should be given to mechanisms whereby one court voluntarily declines jurisdiction in favour of the other. The preference I express for a mechanism of 'international abstention' is however qualified. Whether or not a court declines jurisdiction in favour of a foreign court, will depend *inter alia* on the confidence it has that justice will be done in the foreign forum. Even with a minimum level of trust and confidence between jurisdictions, the abstention rule can follow different models, from the continental *lis alibi pendens* rule, which offers almost automatic priority to the court first seized, to the common law doctrine of 'forum non conveniens', where priority goes to the more appropriate forum. Between these two extremes lies a world of nuances. The dissertation therefore attempts to formulate an abstention rule which will reconcile these seemingly opposed visions and explain in which circumstances and under which conditions a court *should* or *can* decline jurisdiction in deference to litigation pending before a foreign court.

**Patrick Wautelet**  
Université de Liège



[www.ipr.be](http://www.ipr.be)  
[www.internationaalprivaatrecht.com](http://www.internationaalprivaatrecht.com)  
[www.droitinternationalprive.com](http://www.droitinternationalprive.com)  
[www.privateinternationallaw.com](http://www.privateinternationallaw.com)