

73. Gelet op een ander, moet op de derde vraag worden geantwoord, dat artikel 21 Executieverdrag aldus moet worden uitgelegd, dat daarvan niet kan worden afgeweken wanneer de gerechtelijke procedures in de Verdragsluitende Staat waar het eerst aangezochte gerecht is gevestigd, in het algemeen buitengewoon lang duren.

Dictum

HET HOF VAN JUSTITIE (voltallige zitting),

uitspraak doende op de door Oberlandesgericht Innsbruck bij arrest van 25 maart 2002 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) een nationale rechter kan, zelfs indien hij zich baseert op stellingen van een partij in het hoofdgeding waarvan hij de juistheid nog niet heeft onderzocht, krachtens het Protocol van 3 juni 1971 betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, zoals gewijzigd bij het Verdrag van 9 oktober 1978 inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, het Verdrag van 25 oktober 1982 inzake de toetreding van de Helleenese Republiek, het Verdrag van 26 mei 1989 inzake de toetreding van het Koninkrijk Spanje en de Portugese Repu-

blik en het Verdrag van 29 november 1996 inzake de toetreding van de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden, aan het Hof een verzoek om uitlegging van dat verdrag voorleggen, wanneer hij, gelet op de bijzonderheden van de zaak, van mening is dat een prejudiciële beslissing nodig is om vonnis te kunnen wijzen en dat de door hem aan het Hof gestelde prejudiciële vragen relevant zijn. De nationale rechter dient het Hof evenwel in kennis te stellen van de feitelijke en juridische gegevens op basis waarvan het Hof een nuttige uitlegging van dit verdrag kan geven, en aan te geven waarom hij van mening is dat een antwoord op zijn vragen nodig is voor de beslechting van het geschil;

2) artikel 21 van het Verdrag van 27 september 1968 moet aldus worden uitgelegd, dat de laatst aangezochte rechter wiens bevoegdheid krachtens een forumkeuzebeding geldend is gemaakt, niettemin de zaak moet aanhouden totdat de eerst aangezochte rechter zich onbevoegd heeft verklaard;

3) artikel 21 van het Verdrag van 27 september 1968 moet aldus worden uitgelegd, dat daarvan niet kan worden afgeweken wanneer de gerechtelijke procedures in de Verdragsluitende Staat waar het eerst aangezochte gerecht is gevestigd, in het algemeen buitengewoon lang duren.

Noot

Europese litispentie en forumbedingen: een harmonieus huwelijk?

Patrick Wautelet¹

1. Forumbedingen hebben als voornamelijk doel de onzekerheid over de bevoegde rechtbank weg te nemen². De praktijk leert echter dat forumbedingen betwistingen over de internationale bevoegdheid niet uitsluiten. Vaak zal een partij bv. beweren dat een bepaald forumbeding niet bindend is, omdat zij contractuele documenten niet ontvangen heeft, of omdat het beding slechts bepaalde geschillen viseert, met uitsluiting van de door de tegenpartij geformuleerde vordering. De partij die de geldigheid van het beding betwist, kan ervoor opteren om het geschil, met inbegrip van de betwisting over de geldigheid van het forumbeding, aan een andere rechtbank dan de gekozen rechtbank voor te leggen.

In dit geval rijst de vraag of de eerst geadiëerde rechtbank het voordeel van de Europese litispentie geniet. In het geannoteerde arrest had een onderneming gevestigd in Oostenrijk kinderkleren aan een Italiaanse partij verkocht. Nadat tussen partijen een niet nader verklaard geschil gerezen was, stelde de Italiaanse koper voor de Italiaanse rechtbanken een vordering in. Concreet vroeg hij de rechtbanken vast te stellen dat het contract tussen partijen een einde genomen had³. Meer dan negen maanden later vormde de verkoper op zijn beurt een vordering voor de Oostenrijkse rechtbanken. Hij wees daarbij op de niet-geprotesteerde facturen, die een keuze voor de Oostenrijkse rechtbanken bevatten. Het Oberlandsgericht te Innsbruck vroeg zich af of er in deze bijzon-

1. ULg en Advocaat.
 2. In de rechtsleer wordt i.v.m. forumbedingen soms van ‘forum fixing’ gesproken, om het contrast met het fenomeen van ‘forum shopping’ te illustreren: J. SAMTLEBEN, ‘Forum Fixing’, *RabelsZ.* 1982, 716-727.
 3. Niet toevallig was dit een declaratoire vordering. Dat de litispentie ook bij dergelijke vorderingen kan spelen, werd door het Hof meermaals bevestigd. *In casu* twijfelde de Oostenrijkse rechtbank er niet aan dat beide vorderingen hetzelfde ‘onderwerp’ en dezelfde ‘oorzaak’ hadden. Over de werking van de Europese litispentie bij declaratoire vorderingen, zie recent G. CUNIBERTI, ‘Action déclaratoire et droit judiciaire européen’, *J.D.I.* 2004, 77-87 alsook J. BOMHOFF, ‘Het negatief declaratoir in de EEX-Verordening’, *N.I.P.R.* 2004, 1-8.

dere omstandigheden toch voorrang diende te worden gegeven aan de eerder ingeleide procedure in Italië.

Tevens rees een probleem van goede rechtsbedeling: de Oostenrijkse onderneming beklaagde zich over de (vermoedelijk) lange duur van de procedure voor de Italiaanse rechtbanken. Kon op grond van artikel 6 EVRM geen uitzondering op de strakke werking van de litispendingie aanvaard worden?

I. EUROPESE LITISPENDINGIE EN FORUMBEDINGEN

3. Werkt de litispendingie ook in geval de tweede geadieerde rechtbank zijn bevoegdheid op een door partijen overeengekomen forumbeding kan steunen?

De vraag kan als een verrassing komen. Hoe kan er immers van litispendingie sprake zijn indien partijen voor de beslechting van hun geschillen een bepaalde rechtbank gekozen hebben? Indien partijen een bevoegdheidsovereenkomst voorzien hebben, is de gekozen rechtbank in principe bevoegd, met uitsluiting van alle andere rechtbanken. Vermits aanhangigheid concurrentie tussen twee bevoegde rechtbanken veronderstelt, sluit dit de situatie van *lis alibi pendens* niet uit⁵?

Bij deze voorstelling van zaken dienen echter een aantal kanttekeningen te worden geplaatst. Bij niet-exclusieve forumbedingen dringen zich al onmiddellijk enige nuances op. Dergelijke bedingen sluiten immers de bevoegdheid van andere dan de gekozen rechtbank niet uit⁶. Ook uitsluitende bevoegdheidsbedingen kunnen tot moeilijkheden leiden. *In casu* was het bv. niet duidelijk of de koper geacht kon worden zich stilzwijgend met het forumbeding akkoord verklaard te hebben omdat hij de talrijke facturen nooit geprotesteerd had⁷.

Onder het gewone regime van de Europese litispendingie, dient de later gevatte rechtbank de procedure eerst te schorsen, om de uitspraak van de eerder gevatte rechtbank over

2. Het antwoord van het Hof op deze vragen komt niet als een verrassing⁴. Het Hof bevestigt de ruime interpretatie die het systematisch aan de Europese litispendingie toegekend heeft (I). Het Hof maakt in dezelfde beslissing ook kort metten met het probleem van de overschrijding van de redelijke termijn (II).

zijn bevoegdheid af te wachten. Wanneer deze rechtbank zich bevoegd verklaart, volgt dan de afwijzing van de tweede procedure⁸. Zou de toepassing van deze regel niet tot een devaluatie van het forumbeding leiden? Immers, zelfs wanneer over het bestaan van een bevoegdheidsclausule geen twijfel mogelijk is, zou de door partijen gekozen rechtbank de zaak moeten schorsen indien een andere rechtbank als eerst gevat werd. Pas wanneer deze rechtbank zijn onbevoegdheid vastgesteld heeft, zou de later geadieerde rechtbank de behandeling van de zaak opnieuw mogen laten voortgaan.

In het licht hiervan is het begrijpelijk dat het Oberlandsgericht twijfels had over de onverkorte toepasselijkheid van de litispendingie in een dergelijk geval.

A. Geen prioriteit voor de door partijen gekozen rechtbank

4. Deze vraag had in de nationale rechtspraak tot uiteenlopende antwoorden geleid⁹. Duitse rechtbanken hadden zich in het verleden ten gunste van de litispendingie uitgesproken. Volgens deze rechtbanken moest de gekozen rechter voor de eerst geadieerde rechter wijken, ten minste totdat

⁴ Het Hof heeft zich over de litispendingie uitgesproken, zoals in het EEX-Verdrag geregeld. Er is geen twijfel dat de beslissing ook voor de EEX-Verordening relevant is.

⁵ In die zin de opmerking van Delaume, die m.b.t. art. 17 EEX-Verdrag schreef dat '*lis pendens in effect cannot arise since, to the extent that the contractually chosen forum has exclusive jurisdiction, the second court is clearly without it*'. G. R. DELAUME, *Transnational Contracts. Applicable Law and Settlement of Disputes. Law and Practice*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 1975, 170.

⁶ Vandaar dat hun gebruik in de praktijk ontraden dient te worden. Onder de EEX-Verordening wordt vermoed dat forumbedingen exclusief zijn, tenzij partijen uitdrukkelijk het tegendeel bedongen hebben. Zie verder A. BELL, *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford, OUP, 2003, 305-309.

⁷ Het Hof heeft zich hierover niet uitgesproken. Zie algemeen over de geldigheidsvoorwaarden van forumbedingen: H. BORN, 'Le régime général des clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles', *J.T.* 1995, 353-363; B. ANCEL, 'La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles', *R.D.I.P.P.* 1991, 263-294; L. KILLIAS, *Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen*, Zürich, Schulthess, 1993, 283 p.; I. SAENGER, 'Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen nach EuGVÜ und LugÜ', *Z.Z.P.* 1997, 477-498.

⁸ Zie algemeen de bespreking van 'Artikel 21 EEX', in *Gerechtelijk recht: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, J. LAENENS *et al.* (ed.), Antwerpen, Kluwer, 2000, 28 p.

⁹ Het onderwerp kwam ook aan bod tijdens de onderhandelingen van het Lugano-Verdrag. De vertegenwoordigers van Noorwegen hadden immers voorgesteld om in het Verdrag te preciseren dat de verplichting voor de later geadieerde rechter om de zaak te schorsen, ook gold in geval de eerste gevatte rechtbank door partijen gekozen werd: Werkdocument nr. 70, opgenomen in Institut suisse de Droit Comparé (ed.), *Convention de Lugano. Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, faite à Lugano le 16 septembre 1988*, II, *Travaux préparatoires*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, 194-195. Dit voorstel is zonder gevolg gebleven.

er duidelijkheid was over de geldigheid van het forumbeding¹⁰.

Engelse rechtbanken daarentegen waren de mening toegedaan dat het bestaan van een parallelle procedure geen afbreuk kon doen aan het beginsel van de wilsautonomie. Wellicht omdat zoveel internationale contractpartijen de Engelse rechtbanken aanwijzen, werd in Engeland de mening verdedigd dat de eerdere aanhangigheid van een procedure voor een buitenlandse rechtbank niet tot gevolg had dat de Engelse rechtbank de vordering diende te schorsen wanneer partijen zich ertoe verbonden hadden om geschillen aan de Engelse rechtbanken voor te leggen¹¹.

De Engelse rechtbanken zijn zelfs een stap verder gegaan: om de eerbiediging van het forumbeding te verzekeren, werd de partij die, ondanks het bestaan van een dergelijk beding, een procedure voor een buitenlandse rechter begon, d.m.v. een zgn. *antisuit injunction*¹² verbod opgelegd om deze procedure verder te zetten¹³.

5. In het geannoteerde arrest komt het Hof van Justitie tot het besluit dat ook forumbedingen voor de Europese litispendingie moeten wijken.

Het antwoord van het Hof laat geen ruimte voor twijfel: ook de (ogenschijnlijk) gekozen rechtbank dient de (bijzonder strakke) Europese voorrang voor de eerste rechter te eerbiedigen. Concreet zal elke rechtbank steeds moeten nagaan of het geschil niet eerst aan een andere rechtbank voorgelegd werd, ook wanneer een partij beweert – en het op eerste gezicht ook zo is – dat de bevoegdheid van de rechtbank op een akkoord van partijen steunt. Indien een gelijkaardige vordering reeds eerder aan een andere rechtbank voorgelegd werd, dient de tweede gevatte rechtbank de zaak te schorsen, totdat de eerder geadieerde rechtbank zich over zijn bevoegdheid, en dus ook over het forumbeding, uitspreekt.

6. Of de later geadieerde rechtbank zijn eigen bevoegdheid mag onderzoeken vooraleer de zaak aan te houden, is in een ‘gewone’ situatie van litispendingie niet erg relevant. Deze vraag werd trouwens door de commentatoren zelden uitdrukkelijk besproken¹⁴. Wellicht moet worden aangenomen dat de tweede gevatte rechtbank zijn bevoegdheid moet onderzoeken vooraleer de zaak eventueel te schorsen. Immers, indien hij tot de conclusie komt dat hij niet bevoegd is, is er geen sprake meer van litispendingie.

Wanneer een partij een bevoegdheidsbeding inroept, liggen de zaken anders. Immers, het onderzoek naar de bevoegdheid van de twee concurrerende rechtbanken draait rond dezelfde gegevens – het bestaan van een akkoord tussen partijen over het beding en het respecteren van de geldigheidsvoorwaarden voor een dergelijk akkoord. Dit verklaart waarom het Hof van Justitie in het geannoteerde arrest de tweede rechter lijkt te verbieden zijn eigen bevoegdheid te onderzoeken¹⁵. In tegenstelling tot andere situaties van litispendingie, beperkt de opdracht van de tweede rechter zich derhalve tot het vaststellen dat de twee vorderingen identiek zijn¹⁶. Eens dit vastgesteld, dient hij de zaak te schorsen om de uitspraak van de eerder geadieerde rechtbank (over het forumbeding) af te wachten.

B. Europese forumbedingen naar het verdomhoekje?

7. In *Gasser* geeft het Hof eens te meer de voorkeur aan een ruime interpretatie van de Europese litispendingie. De vraag kan worden gesteld of deze uitspraak de wilsautonomie niet te veel ondermijnt.

Hoewel de noodzaak om parallelle procedures te coördineren in de regel voor forumbedingen moet wijken, ligt het antwoord op deze vraag m.i. anders binnen de Europese gerechtelijke ruimte¹⁷.

¹⁰. Zie vooral OLG München 22 december 1993, *IPRax* 1994, 308 en LG Bonn 26 juni 2003, *IPRax* 2003, 543. Zie ook in dezelfde zin: Rb. Amsterdam 28 oktober 1992, *N.I.P.R.* 1993, 169 en Pretura di Parma 17 juni 1980, *R.D.I.P.P.* 1982, 86. Zie ook de beslissing van het Italiaans Hof van Cassatie in de zaak *Trasporti Castelletti SpA/Hugo Trumpy SpA*: H.v.J. 16 maart 1999, zaak C-159/97, *Jur. H.v.J.* 1999, I-1597 (en in het bijzonder de 7^{de} vraag gesteld door het Hof van Cassatie aan het Hof van Justitie). Algemeen: J. NEWTON, *The Uniform interpretation of the Brussels and Lugano Conventions*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 225-235.

¹¹. *Continental Bank NA/Aekos Compania Naviera SA*, [1994] 1 WLR 588; [1994] 1 Lloyd's Rep. 505; *OT Africa Line Ltd./Hijazy (The Kriby)* [2001] 1 Lloyd's Rep. 76; *Glencore Int'l AG/Metro Trading Int'l Inc. (Banque Trad-Crédit Lyonnais (France) SA)*, [1999] 2 All ER (Comm) 899. Zie ook onder de EEX-Verordening: *Evalis SA/SLAT*, [2003] EWHC 863. Het is niet onbelangrijk te noteren dat deze rechtspraak systematisch gevallen betrof waarin partijen een keuze voor de Engelse rechtbanken hadden gemaakt. De vraag is of deze rechtbanken forumbedingen voor buitenlandse rechtbanken met evenveel ijver zullen verdedigen.

¹². Waarvan het gebruik recent door het Hof van Justitie veroordeeld is geweest: H.v.J. 27 april 2004, zaak 150/92, *Turner/Grovit*, nog niet gepubliceerd in *Jur.* Algemeen: R. ASARIOTIS, 'Antisuit Injunctions for Breach of a Choice of Forum Agreement: A Critical Review of the English Approach', *Yearb. Eur. L.* 1999-2000, 447-467. Zie echter H. MUIR WATT, noot onder House of Lords 13 december 2001, *R.D.C.I.P.* 2003, 117-126.

¹³. Over deze 'injunction', zie A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. Etude de droit international privé comparé*, Brussel/Parijs, Bruylant/L.G.D.J., 2003, 472-502 en M. MAACK, *Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 229 p.

¹⁴. In tegenstelling tot de vraag of de tweede gevatte rechtbank de bevoegdheid van de eerder geadieerde rechtbank mag onderzoeken. Het antwoord hierop is, zoals geweten, negatief. Zie H.v.J., *Overseas*, *Jur. H.v.J.*, I-3350, § 25.

¹⁵. § 51 van het geannoteerde arrest.

¹⁶. Wellicht mag de tweede gevatte rechter zich ook over de ontvankelijkheid van de vordering uitspreken (vereiste van belang, nietigheid van de dagvaarding, enz.).

¹⁷. Zie voor meer details *Les conflits de procédures. Etude de droit international privé comparé*, proefschrift KULeuven, 2002, §§ 183 e.v. Vgl. M. PERTEGÁS SENDER, 'Aanhangigheid, samenhang en voorlopige maatregelen', in *Europese ipr-verdragen*, H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER (ed.), Leuven, Acco, 1997, (115), 119-120.

8. Kenmerkend voor de verhoudingen tussen de EEX-Statens is immers de grote soepelheid bij de wederzijdse erkenning van beslissingen. Het hoeft niet herhaald te worden dat er onder de EEX-Verordening geen plaats meer is voor een onderzoek naar de bevoegdheid van de buitenlandse rechtbank. Zelfs de eventuele schending van een forumbeding kan voor de *exequatur*rechter niet meer ingeroepen worden om de uitvoering van de beslissing te verhinderen.

Kortom, indien de Italiaanse rechtbank *in casu* het forumbeding ter zijde geschoven had, zou dit niets veranderd hebben aan de verplichting voor de Oostenrijkse rechtbank om de Italiaanse beslissing te erkennen. Precies daarom dringt de toepassing van de litispendingie zich op. Zonder coördinatie tussen de verschillende procedures, had de Oostenrijkse rechter zich immers ook over het forumbeding en eventueel ten gronde kunnen uitspreken. Met als mogelijk gevolg het ontstaan van tegenstrijdige beslissingen en alle uitvoeringsproblemen die hieruit voortvloeien.

Het systeem van de EEX-Verordening dwingt derhalve bijna automatisch om artikel 27 voorrang op artikel 23 te geven¹⁸. Dit verklaart meteen ook waarom het Hof toch een uitzondering op de werking van de litispendingie tolereert, met name ingeval de later geadieerde rechtbank zijn exclusieve bevoegdheid op artikel 22 EEX-Vo steunt¹⁹. In dit geval dient elke Europese rechter zich immers zelfs ambtshalve onbevoegd te verklaren²⁰. Bovendien opent de schending van een dergelijke, exclusieve bevoegdheid de weg voor de niet-erkenning van de beslissing (art. 35(1) EEX-Vo). Kortom, de exclusieve bevoegdheidsgronden nemen een bijzondere plaats in het Europees systeem²¹.

9. De zeer ruime werking van de litispendingie mag dan wel inherent aan het Europees systeem zijn. Toch dient de vraag te worden gesteld of de bevoorrechte positie waarvan de litispendingie geniet, forumbedingen niet te veel in een verdomhoekje plaatst. Moeten we immers niet vrezen dat

forumbedingen een deel van hun waarde zullen verliezen als de door partijen gekozen rechtbank zijn uitspraak dient op te schorten totdat een andere rechtbank zich eerst over de bevoegdheidsvraag uitspreekt?

Al bij al is de schade beperkt. Immers, de grote verdienste van de EEX-Verordening bestaat er precies in dat de geldigheids- en andere voorwaarden voor forumbedingen eenvoudiger gemaakt werden. Behoudens enkele randgevallen, is er tussen de EEX-Statens geen plaats meer voor het nationaal recht bij de beoordeling van een forumbeding²². Zodoende is de door partijen ogenschijnlijk gekozen rechtbank, zoals het Hof het terecht opmerkt, niet beter geplaatst dan een andere rechtbank om zich over het beding uit te spreken²³.

Wie zich over de geldigheid en uitwerking van het beding uitsprekt, heeft in dit systeem weinig belang: de eenvoudige, Europese regels garanderen dat alle rechtbanken tot hetzelfde oordeel komen. Dit mag een geruststelling zijn voor ondernemingen wiens contracten een forumbeding bevatten: in beginsel zal de niet-gekozen rechtbank een forumbeding op dezelfde manier en op grond van dezelfde regels beoordelen als de gekozen rechter.

10. Toch is de uitspraak van het Hof niet zonder (schadelijke) gevolgen voor forumbedingen en vooral voor partijen die zich hierop wensen te beroepen. Immers, deze partijen zullen hun gevecht over de geldigheid van het beding voor de door de andere partij geselecteerde rechtbank dienen te voeren – hoewel hun verwachting wellicht was dat ze dankzij het forumbeding erop konden rekenen dat alle geschillen, met inbegrip van de geschillen over de bevoegdheid, zich voor de door hen gekozen rechtbanken zouden afspelen.

Bovendien is het niet uitgesloten dat de beslechting van de bevoegdheidsvraag lang op zich laat wachten. Het is immers slechts nadat de eerst geadieerde rechter zich onbevoegd verklaard heeft, dat de andere partij het geschil ten gronde uiteindelijk voor de contractueel gekozen rechtbank zal

¹⁸. Dit wordt in de rechtsleer onderkend. Zie P. KAYE, *The Law of the European Judgments Convention*, Chichester, Barry Rose, 1999, 1299; A. BRIGGS, 'Anti-European Teeth for Choice of Court Clauses', *Lloyd's M.C.L.Q.* 1994, (158), 161-163; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zu EuGVO und Lugano-Übereinkommen*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2002, 344 ('Art. 23 verdrängt den Art. 27 nicht'); H. VAN HOUTTE, 'À propos des injonctions anti-suit et d'autres torpilles pour couler des actions étrangères', in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, G. DE LEVAL *et al.* (ed.), Brussel, Larcier, 2000, (147), 153, n° 6; Y. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, I, Bern; Staempfli, 1996, 567, n° 1506; J. HILL, *The Law Relating to International Commercial Disputes*, Londen, LLP, 1994, 145 ('the better view is that Article 17 (unlike Article 16) does not provide an exception to Article 21. If it were otherwise, it is possible that different courts would reach divergent conclusions about the effect of a jurisdiction clause. It is preferable in the interests of the administration of justice that only one court expresses a view on the point'). Vgl. A. BRIGGS en P. REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Londen, LLP, 1997, 152-153. *Contra*: T. C. HARTLEY, noot onder *Continental Bank*, *Eur. L. Rev.* 1994, (549), 551-552.

¹⁹. Het Hof had dit in de *Overseas*-zaak reeds gesuggereerd: H.v.J. 27 juni 1991, zaak C-351/89, *Overseas Union Insurance Ltd./New Hampshire Insurance Co.*, *Jur.* 1991, I-(3317), I-3350, § 20. Vgl. met de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven (*Jur.* 1991, I-3339, § 13). Van Gerven stelde toen voor om zowel art. 16 (nu 22) als art. 17 (nu 23) op art. 21 (nu 27) te laten voorgaan. Advocaat-generaal Léger heeft in de *Gasser*-zaak dezelfde interpretatie voorgesteld (ccl, 9 september 2003, §§ 57 e.v.) Het Hof heeft deze suggestie echter verworpen.

²⁰. § 52 arrest.

²¹. De vraag rijst of de litispendingie ook moet primeren op de bijzondere bevoegdheidsgronden m.b.t. consumenten- en verzekeringsovereenkomsten. Het antwoord lijkt negatief te luiden, vermits een beslissing gegeven in strijd met deze bevoegdheidsregels niet voor erkenning in aanmerking komt. De bevoegdheidsregels i.v.m. arbeidsovereenkomsten genieten niet van zo'n voorkeursbehandeling.

²². Zie hierover N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Parijs, L.G.D.J., 1999, 124 e.v.

²³. § 48.

mogen voeren²⁴. De lange duur van procedures in sommige jurisdicties kan als ‘troef’ uitgespeeld worden door de partij die aan een forumbeding wenst te onsnappen²⁵.

Dit verklaart waarom aan het forumbeding in andere contexten voorrang gegeven wordt boven de zorg voor parallelle procedures²⁶. De praktische problemen waartoe de *Gasser*-rechtspraak kan (en wellicht zal) leiden, dwingen ook om werk te maken van een hervorming van de Europese regels i.v.m. forumbedingen. Verschillende ingrepen zijn denkbaar. In eerste instantie kan gedacht worden aan een verfijning van het erkenningsregime, waarbij de miskennis van een forumbeding de aangezochte rechter de mogelijkheid zou geven om de buitenlandse beslissing niet te erkennen. Hieruit zou logischerwijze ook voortvloeien dat de litispentie niet meer speelt ingeval partijen een duidelijk contractuele keuze hebben gemaakt voor de tweede gevatte rechtbank.

Een dergelijke hervorming kan echter moeilijk verzoend worden met de steeds grotere versoepeling van het vrij verkeer van beslissingen binnen Europa²⁷. Andere denksproten verdienen derhalve de aandacht, in het bijzonder de toekenning aan de door partijen gekozen rechtbank van een zekere prioriteit om zich over het forumbeding uit te spreken²⁸. Dit is echter toekomstmuziek.

II. EUROPESE LITISPENTIE EN REDELIJKE TERMIJN

12. De Europese aanhangigheid werkt als een hakbijl: zodra een vordering voor een rechtbank ingeleid wordt, dient de andere rechter de procedure op te schorten. Hij zal zich pas mogen uitspreken wanneer de eerst geadieerde rechtbank zijn bevoegdheid ontkend heeft.

11. Ondertussen kan geen betere raad aan ondernemingen en hun raadslieden worden gegeven dan hun forumbeding extra scherp te formuleren. De *Gasser*-rechtspraak nodigt immers tot een grotere waakzaamheid uit²⁹. De omstandigheden van het geval tonen aan dat een partij eventuele twijfels over de bindende werking van een forumbeding kan gebruiken om een procedure voor een andere dan de gekozen rechtbank in te leiden. *In casu* lag de onzekerheid rond de bindende werking van forumbedingen in niet-geprotesteerde facturen aan de oorsprong van de problemen.

Indien bestelbonnen en andere eenzijdig opgestelde documenten gebruikt worden, is het derhalve aangewezen om, telkens mogelijk, de uitdrukkelijke toestemming van de tegenpartij te bekomen. Het forumbeding zelf aanpassen zal weinig soelaas bieden. Immers, zelfs indien het beding bepaalt ‘alle geschillen i.v.m. de interpretatie, uitwerking en bindende werking van huidige bepaling uitsluitend aan de in deze bepaling gekozen rechtbanken zullen voorgelegd worden’, kan dit de voorrang van de eerst geadieerde rechtbank niet ongedaan maken. Hoogstens zou een dergelijk beding psychologisch ontradend kunnen werken en het inleiden van een procedure voor een andere dan de door partijen gekozen rechtbank kunnen tegenhouden.

Intussen kan veel tijd verloren gaan. Ook indien de eerst geadieerde rechtbank zich bevoegd verklaart, kan een uitspraak ten gronde lang op zich lang wachten. In sommige rechtstelsels wordt daarom een uitzondering op de litispentie voorzien, voor gevallen waarin de buitenlandse procedure de grenzen van het fatsoen overschrijdt of dreigt te overschrijden³⁰. Zo heeft het Bundesgerichtshof aanvaard dat een

²⁴. Daarbij is het nog de vraag wanneer de bevoegdheid van de eerst geadieerde rechter geacht moet worden vast te staan. Indien deze rechter zich bevoegd verklaart, doch zijn uitspraak in beroep aangevochten wordt, dient de tweede rechter de behandeling uit te stellen totdat over het hoger beroep uitspraak gedaan wordt? Zie hierover: W. KENNET, ‘Lis Alibi Pendens – A View from the U.K.’, *L’espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, R. FENTIMAN *et al.* (ed.), Brussel, Bruylant, 1999, (103), 117-118 en H. LINKE, ‘Ausgewählte Probleme der Rechtshängigkeit und der Urteilsanerkennung’, in *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Cour de justice des Communautés européennes (ed.), Londen, Butterworths, 1993, 182-183.

²⁵. Dit probleem werd door advocaat-generaal Léger in zijn conclusie voor het arrest aangegegrepen om een striktere interpretatie van de Europese litispentie voor te stellen (§§ 62 e.v.). Léger wees erop dat, indien de door partijen gekozen rechtbank zijn uitspraak dient op te schorten totdat de eerder geadieerde rechtbank zich over de bevoegdheidsclausule uitspreekt, dit vertragsmanoeuvres in de hand zal werken en het ‘effet utile’ van een forumbeding grotendeels teniet kan doen.

²⁶. Zie vooral art. 21(1) *in fine* van het Ontwerp Haags Verdrag over internationale bevoegdheid (versie van juli 2001). Zie ook de Resolutie aangenomen door het Institut de Droit International tijdens de sessie van 2003 te Brugge (beschikbaar op www.idi-ii.org). Volgens § 4 van de Resolutie, ‘In principle, the court first seized should determine the issues (including the issue whether it has jurisdiction) except (a) when the parties have conferred exclusive jurisdiction on the courts of another country [...]’.

²⁷. Zie recent de Verordening (EG) 805/2004 van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, *PB. L.* 143/15, 30 april 2004.

²⁸. Zoals in sommige landen (o.a. in Frankrijk) al het geval is voor arbitrage, zie E. GAILLARD, ‘L’effet négatif de la compétence-compétence’, in *Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de J.-F. Poudret, J. HALDY et al.* (éd.), Lausanne, Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, 1999, 387 e.v. Vgl. met de zeer grondige studie van J.-F. POUDRET en S. BESSON, *Droit comparé de l’arbitrage international*, Brussel, Bruylant/LGDJ. Schulthess, 2002, 438-481.

²⁹. In die zin Y. BAATZ, ‘Who Decides on Jurisdiction Clauses?’, *Lloyd’s M.C.L.Q.* 2004, 27-28.

³⁰. Dit is het geval in Zwitserland. Volgens art. 9 van de Zwitserse IPR-Wet van 18 december 1987, dient de rechtbank de zaak op te schorten indien te voorzien valt dat de eerder geadieerde buitenlandse rechtbank ‘binnen een redelijke termijn’ (‘dans un délai convenable’/‘in angemessener Frist’) een uitspraak zal vellen.

Duitse rechtbank de behandeling van een vordering tot echtscheiding kon voortzetten, hoewel een gelijkaardige vordering reeds voor de Italiaanse rechtbanken aanhangig was, omdat er na vijf jaren nog geen uitspraak was³¹. Hiermee wordt vermeden dat de partij die naar een buitenlandse rechter verwezen wordt, door de verwijzing elke kans op een snelle afloop van de procedure verliest.

De lange duur van procedures in bepaalde landen kan zelfs misbruikt worden. In de literatuur wordt in dit verband over een 'Italiaanse (of Belgische) torpedo' gesproken³², al is het probleem van de gerechtelijke achterstand zeker niet tot de Italiaanse of Belgische rechtbanken beperkt. De strategie gaat als volgt: een partij begint een procedure voor een rechtbank van een land en speculeert op de lange duur van de procedure om elke uitspraak ten gronde door een andere rechtbank onmogelijk te maken³³. Ondertussen kan deze positie in eventuele onderhandelingen gebruikt worden.

13. *In casu* rees de vraag of de (vermoede, doch nog niet bewezen) lange duur van de procedure voor de Italiaanse rechtbank van die aard was om de werking van de litispending af te zwakken.

Hoewel de vraag toch ontvankelijk verklaard werd, wijst het Hof de uitnodiging van de Oostenrijkse rechtbank kordaat af. Een uitzondering op de Europese litispending toestaan omwille van het vermoeden dat bepaalde rechtbanken niet binnen een redelijke termijn tot een besluit zullen komen, is volgens het Hof 'kennelijk in strijd met zowel de letter als de strekking en het doel van het EEX-Verdrag'³⁴.

14. Hoewel in de Duitse rechtspraak over de oplossing twijfels geuit werden³⁵, dient deze beslissing goedgekeurd te

worden³⁶. Naast het reeds aangehaalde risico van tegenstrijdige uitspraken, dient ook rekening te worden gehouden met de gelijkwaardigheid tussen de rechtbanken van de EEX-Staten. Het vertrouwen tussen deze rechtbanken zou op de helling komen te staan indien de rechtbanken van land Y zich het recht toe-eigenen om de procedure van land X op voorhand te veroordelen.

Bovendien lijkt de concrete toepassing van een uitzondering gebaseerd op de vereisten van een goede rechtsbedeling, meer vragen dan antwoorden te bieden. Hoe kan men immers op voorhand voorzien dat een bepaalde procedure de grenzen van de redelijke termijn zal overschrijden – behalve indien men bepaalde categorieën van procedures, of zelfs alle rechtbanken van een bepaald land op voorhand veroordeelt...

De voorkeur dient derhalve te worden gegeven aan andere maatregelen, zoals bv. een strengere controle op nalatige procespartijen en effectieve hervormingen van het nationaal procesrecht.

15. De *Gasser*-rechtspraak versterkt nogmaals de Europese litispending. Voortaan volstaat het inroepen van een forumbeding niet meer om aan de werking van artikel 27 EEX-Vo te ontsnappen.

Vroeg of laat zal het Hof de tweede geadieerde rechtbank een beetje ademruimte moeten geven. Zoals door recente rechtsleer gesuggereerd, kan de leer der rechtsmisbruik een goede basis bieden om ontsporingen van de Europese litispending te vermijden³⁷. De rechtspraak moet nu uitwijzen of en in welke omstandigheden een dergelijke versoepeling van de Europese litispending noodzakelijk is.

³¹ BGH 26 januari 1983, *NjW* 1983, 1269; *Fam.R.Z.* 1983, 366; *IPRax* 1984, 152; *IPRspr.* 1983, n° 165. R. GEIMER, 'Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit und Justizgewährungsanspruch', *NjW* 1984, 527 e.v. en E. LUTHER, 'Die Grenzen der Sperrwirkung einer ausländischen Rechtshängigkeit', *IPRax* 1984, 141 e.v.

³² C. DE MEYER, 'Bedenkingen bij het fenomeen van de 'Belgische Torpedo'', *I.R. D.I.* 1999, 76-84; M. FRANZOZI, 'Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo', *E.I.P.R.* 1997, 382-385.

³³ Zie hierover de Engelse rechter Laddie in *Sepracor, Inc./Hoechst Marrion Roussel Ltd.* [1999] Fleet Street Reports 746, 750 (Patent Court), waarin een vordering in België ingeleid werd om een latere procedure in Duitsland onmogelijk te maken. Volgens rechter Laddie is de torpedo 'a means for preventing a patentee from obtaining effective relief by starting litigation in a Brussels Convention country, which is believed or hoped to have slow court procedures'.

³⁴ § 70.

³⁵ Zie bv. OLG Frankfurt 15 juni 1989, *IPRspr.* 1989, nr. 210b, p. 476. Hoewel het Hof eerst beslist dat 'Denn wegen einer Verschleppung des Rechtsstreits kann sich ein Kläger grundsätzlich nicht auf eine Unbeachtlichkeit der durch Art. 21 I GVÜ begründeten Zuständigkeit des Erstgerichts berufen' (*IPRspr.* 1989, n° 210b, 476), preciseert het daarna dat 'Ein Abweichen von art.21 I GVÜ könnte unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben allenfalls bei Rechtsstreiten mit überragender wirtschaftlicher Bedeutung und völlig unzumutbarer Dauer in Erwägung gezogen werden' (*IPRspr.* 1989, n° 210b, 477).

³⁶ Zie reeds *Les conflits de procédures, o.c.*, § 809 e.v. Vgl. L. PALSSON, 'Lis Pendens under the Brussels and Lugano Conventions', in *Festkrift till Stig Strömholm*, II, A. FRANDBERG *et al.* (éd.), Uppsala, Iustus Forlag, 1997, (709), 725. Vgl. ook OLG München 2 juni 1998 [1999] I.L.Pr 291 (het Hof sluit niet uit dat de Europese litispending toch beperkt moet worden indien de *Justizgewährungsanspruch* in het gedrang komt) en Rb. Den Haag 29 september 1999, *B.I.E.* 1999, 437 (samenvatting) (de rechtbank sluit niet uit dat een partij gesanctioneerd wordt voor misbruik van de litispendingregel door het instellen van een vordering bij een gerecht in een jurisdictie waar een uitspraak onevenredig lang op zich laat wachten).

³⁷ Zie A. NUYTS, 'Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen', in *Liber Amicorum John Kirkpatrick*, Brussel, Bruylant, 2004, 745-790, in het bijzonder 786-789.