

Tijdschrift@ipr.be

Tijdschrift voor  
Internationaal Privaatrecht

Revue de Droit International Privé

Revue@dipr.be



4<sup>de</sup> jaargang – nr. 2 – juli 2005

4<sup>ième</sup> année – n° 2 – juillet 2005

**Redactie – Rédaction:**

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

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

Henri Storme (FWO – UGent)

**Uw bijdragen**

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

**Citeerwijze**

Tijdschrift@ipr.be 2005, nr. 2, p. ...

**Vos contributions**

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

**Mode de citation**

Revue@dipr.be 2005, n° 2, p. ...

**Inhoud/Contenu**

**RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE**

Court of Justice, case C-281/02, Owusu, judgement of 1 March 2005

Hof van Justitie, zaak C-39/02, Mærsk Olie & Gas, arrest van 14 oktober 2004

Arbitragehof, arrest nr. 93/2005 van 25 mei 2005

Hof van Cassatie, arrest van 14 januari 2005

Cour de cassation, arrêt du 7 octobre 2004

Cour du travail Liège, arrêt du 19 janvier 2005

Hof van Beroep Gent, arrest van 26 mei 2004

Tribunal du travail Charleroi, jugement du 21 mars 2005

Arbeidsrechtbank Tongeren, vonnis van 1 februari 2005

The Supreme Court of Ireland, judgement of 27 July 2004 (2)

**RECHTSLEER/DOCTRINE**

Arnaud Nuyts and Joe Sepulchre – Cross-Border Taking of Evidence in the European Judicial Area

James Fawcett – Common law practices and the Brussels Convention

Reinhard Steennot – Internationaal privaatrechtelijke problemen bij documentair krediet

Paul Torremans – Casenote international insolvency

**ACTUALITEIT/ACTUALITÉ**

Voorstel Verordening (EG) Europese procedure geringe vorderingen – Proposition de Règlement (CE) procédure européenne demande de faible importance

Federale instemming Haags Adoptieverdrag – Assentiment fédéral à la Convention de La Haye en matière d'adoption

Nieuwe globale instructie inzake legalisaties – Nouvelle instruction globale en matière de légalisations

Nieuwe boeken – Nouvelles publications



# INHOUDSOPGAVE/TABLE DE MATIÈRES

## RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE..... 7

Court of Justice, case C-281/02, Owusu, judgement of 1 March 2005 ..... 7

Brussels Convention – jurisdiction – connecting factors with third state(s) and only one Contracting State – 1. article 2 – applicability – 2. compatibility of the forum non conveniens doctrine with the Brussels Convention..... 7

Hof van Justitie, zaak C-39/02, Mærsk Olie & Gas, arrest van 14 oktober 2004..... 15

EEX-verdrag – vordering tot beperking van aansprakelijkheid en vordering tot schadevergoeding in twee verschillende lidstaten – 1. artikel 21 – aanhangigheid – hetzelfde onderwerp en dezelfde oorzaak – begrippen – 2. artikel 25 – beslissing – begrip – 3. artikel 27, 2 – verweerder tegen wie verstek werd verleend – begrip – stuk gelijkwaardig met het stuk dat het geding inleidt – beschikking na een eenzijdige procedure – kennisgeving – regelmatig en zo tijdig als nodig – beoordeling door de aangezochte rechter ..... 15

Convention de Bruxelles – demande en limitation de responsabilité et action en dommage dans deux états contractants différents – 1. article 21 – litispendance – le même objet et la même cause – notions – 2. article 25 – décision – notion – 3. article 27, 2 – défendeur défaillant – notion – acte equivalent à l’acte introductif d’instance – notification – régulièrement et en temps utile – appréciation par le juge requis ..... 15

Arbitragehof, arrest nr. 93/2005 van 25 mei 2005 ..... 24

Wetboek van de Belgische nationaliteit – artikel 12bis, §1 – verkrijging van de Belgische nationaliteit door het afleggen van een verklaring – drie toepassingsgevallen – vereiste van hoofdverblijf slechts in twee gevallen – ongrondwettelijke discriminatie ..... 24

Code de la nationalité belge – article 12bis, §1 – acquisition de la nationalité belge par une déclaration – trois types de cas – exigence de résidence principale dans deux cas seulement – discrimination inconstitutionnelle ..... 24

Hof van Cassatie, arrest van 14 januari 2005 ..... 27

Betekening aan een rederij – 1. wijze van betekenen in een Belgische procedure – toepasselijk recht – Belgisch recht – 2. de kapitein van het betrokken schip heeft vertegenwoordigingsbevoegdheid..... 27

Signification à une entreprise d’armement – 1. mode de signification dans une procédure belge – droit applicable – droit belge – 2. le capitaine du navire concerné est réputé être le représentant légal ..... 27

Cour de cassation, arrêt du 7 octobre 2004 ..... 32

Application de droit étranger – tâche du juge belge – désignation des dispositions applicables – indication de la portée et du sens de ces dispositions – en respectant les droits de la défense ..... 32

Toepassing van vreemd recht – taak van de Belgische rechter – bepalen van de toepasselijke bepalingen – aangeven van de draagwijdte en betekenis van die bepalingen – met respect voor de rechten van verdediging ..... 32



Cour du travail Liège, arrêt du 19 janvier 2005 .....	39
Représentant de commerce – 1. compétence internationale – Convention de Lugano – articles 2 et 5 – lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail – 2. droit applicable – contrat conclu avant le 1 <sup>er</sup> janvier 1988 – Convention de Rome – inapplicabilité – méthode indiciaire .....	39
Handelsvertegenwoordiger – 1. internationale bevoegdheid – EVEX-verdrag – artikelen 2 en 5 – plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht – 2. toepasselijk recht – contract gesloten vóór 1 januari 1988 – EVO-verdrag – niet toepasselijk – indiciënmethode .....	39
Hof van Beroep Gent, arrest van 26 mei 2004.....	42
Documentair krediet – verbintenis van de kredietopenende bank ten opzichte van de begunstigde – 1. internationale bevoegdheid – a) EEX-verdrag – artikel 5, 1 – plaats uitvoering verbintenis – plaats waar krediet ter beschikking is – b) exceptie van internationale onbevoegdheid impliceert niet een exceptie van territoriale onbevoegdheid – 2. toepasselijk recht – EVO-verdrag – artikel 4, 2 EVO – partij die de meest kenmerkende prestatie levert – de kredietopenende bank.....	42
Crédit documentaire – obligation de la banque qui a ouvert le crédit à l’égard du bénéficiaire – 1. compétence internationale – a) Convention de Bruxelles – article 5,1 – lieu où l’obligation doit être exécutée – lieu où le crédit est disponible – b) exception d’incompétence internationale ne vaut pas automatiquement une exception d’incompétence territoriale – 2. droit applicable – Convention de Rome – article 4, 2 – partie qui doit fournir la prestation caractéristique – la banque qui a ouvert le crédit.....	42
Tribunal du travail Charleroi, jugement du 21 mars 2005 .....	47
Demande fondée sur un contrat individuel de travail – hôtesse de l’air – 1. compétence internationale – Règlement Bruxelles I – article 19 – lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail – notion – 2. droit applicable – Convention de Rome – articles 3, 6 et 7 – liens plus étroit – notion – dispositions plus favorable .....	47
Vordering uit individuele arbeidsovereenkomst – airhostess – 1. internationale bevoegdheid – Brussel I Vo – artikel 19 – plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt – begrip – 2. toepasselijk recht – EVO-verdrag – artikelen 3, 6 en 7 – nauwere band – begrip –voordeliger bepalingen .....	47
Arbeidsrechtbank Tongeren, vonnis van 1 februari 2005.....	58
EEX-verdrag – internationale bevoegdheid – vordering uit individuele arbeidsovereenkomst.....	58
Convention de Bruxelles – compétence internationale – demande fondée sur un contrat individuel de travail.....	58
The Supreme Court of Ireland, judgement of 27 July 2004 (2).....	61
Insolvency – Regulation nr. 1346/2000 – concurrent insolvency proceedings in Ireland and Italy – request for preliminary rulings from the Court of Justice – 1. article 2 – time of opening of the proceedings –2. article 3 – centre of main interests – 3. article 16 – recognition.....	61



**RECHTSLEER/DOCTRINE ..... 79**

Arnaud Nuyts and Joe Sepulchre – Cross-Border Taking of Evidence in the European Judicial Area ..... 79

- I. Introduction..... 79
- II. Scope of the regulation ..... 82
  - A. Territorial and Temporal scope ..... 82
  - B. Subject-matter Scope: Civil or Commercial Matters ..... 82
  - C. Subject-matter Scope: An Act to Take Evidence ..... 83
  - D. Subject-Matter Scope: Taking of Evidence through Judicial Cooperation..... 85
- III. Relations with other instruments, in particular the 1970 Hague Convention ..... 89
- IV. General rules governing the request to take evidence..... 91
  - A. Contents of the requests and transmission in another Member State..... 91
  - B. Language ..... 92
  - C. Costs ..... 93
  - D. Central Body..... 93
- V. Taking of Evidence in Cooperation with the Court of another Member State..... 94
- VI. Direct Taking of Evidence in another Member State ..... 99
- VII. Conclusion ..... 101

James Fawcett – Common law practices and the Brussels Convention ..... 103

- Re Harrods (Buenos Aires) Ltd..... 103
- The decision of the Court of Justice in *Owusu v Jackson*..... 104
- Altering the facts ..... 106
- Is there under English law a residual discretion?..... 109
- Does the Convention have “reflexive” effects? ..... 109
- Conclusion..... 110

Reinhard Steennot – Internationaal privaatrechtelijke problemen bij documentair krediet..... 111

- Korte schets van het documentair krediet ..... 111
- Rechtsmacht ..... 112
- Bepaling van de toepasselijke wet ..... 114

Paul Torremans – Casenote international insolvency ..... 116

- Introduction ..... 116
- Article 3(1): an analysis ..... 116
- The case law ..... 119
- Conclusion..... 121

**ACTUALITEIT/ACTUALITÉ..... 123**

Voorstel Verordening (EG) Europese procedure geringe vorderingen – Proposition de Règlement (CE) procédure européenne demande de faible importance ..... 123

Federale instemming Haags Adoptieverdrag – Assentiment fédéral à la Convention de La Haye en matière d’adoption ..... 124

Nieuwe globale instructie inzake legalisaties – Nouvelle instruction globale en matière de légalisations ..... 125





# RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

## Court of Justice, case C-281/02, Owusu, judgement of 1 March 2005<sup>1</sup>

*Brussels Convention – jurisdiction – connecting factors with third state(s) and only one Contracting State – 1. article 2 – applicability – 2. compatibility of the forum non conveniens doctrine with the Brussels Convention*

In Case C-281/02,

Reference for a preliminary ruling under the Protocol of 3 June 1971 on the interpretation by the Court of Justice of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters by the Court of Appeal (England and Wales) Civil Division (United Kingdom), by decision of 5 July 2002, received at the Court on 31 July 2002, in the proceedings **Andrew Owusu v N.B. Jackson, trading as ‘Villa Holidays Bal-Inn Villas’, Mammee Bay Resorts Ltd, Mammee Bay Club Ltd, The Enchanted Garden Resorts & Spa Ltd, Consulting Services Ltd, Town & Country Resorts Ltd,**

THE COURT (Grand Chamber),

composed of P. Jann, President of the First Chamber, acting for the President, C.W.A. Timmermans and A. Rosas, Presidents of Chambers, C. Gulmann, J.-P. Puissechet, R. Schintgen (Rapporteur), N. Colneric, S. von Bahr and J.N. Cunha Rodrigues, Judges,

Advocate General: P. Léger,

Registrar: L. Hewlett, Principal Administrator,

(...)

gives the following

### Judgment

1. This reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 2 of the Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (OJ 1978 L 304, p. 36), as amended by the Convention of 9 October 1978 on the Accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (OJ 1978 L 304, p. 1, and – amended version – p. 77), by the Convention of 25 October 1982 on the Accession of the Hellenic Republic (OJ 1982 L 388, p. 1) and by the Convention of 26 May 1989 on the Accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic (OJ 1989 L 285, p. 1; ‘the Brussels Convention’).

2. The reference was made in the course of proceedings brought by Mr Owusu against Mr Jackson, trading as ‘Villa Holidays Bal-Inn Villas’, and several companies governed by Jamaican law, following an accident suffered by Mr Owusu in Jamaica.

---

<sup>1</sup> See the note of Prof. J. FAWCETT, below, p. 102-109.



## Legal background

### *The Brussels Convention*

3. According to its preamble the Brussels Convention is intended to facilitate the reciprocal recognition and enforcement of judgments of courts or tribunals, in accordance with Article 293 EC, and to strengthen in the Community the legal protection of persons therein established. The preamble also states that it is necessary for that purpose to determine the international jurisdiction of the courts of the contracting States.

4. The provisions relating to jurisdiction appear in Title II of the Brussels Convention. According to Article 2 of the Convention:

*‘Subject to the provisions of this Convention, persons domiciled in a Contracting State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that State. Persons who are not nationals of the State in which they are domiciled shall be governed by the rules of jurisdiction applicable to nationals of that State’.*

5. However, Article 5(1) and (3) of that convention provides that a defendant may be sued in another Contracting State, in matters relating to a contract, in the courts for the place of performance of the obligation in question, and, in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred.

6. The Brussels Convention is also intended to prevent conflicting decisions. Thus, according to Article 21, which concerns *lis pendens*:

*‘Where proceedings involving the same cause of action and between the same parties are brought in the courts of different Contracting States, any court other than the court first seised shall of its own motion stay its proceedings until such time as the jurisdiction of the court first seised is established.*

*Where the jurisdiction of the court first seised is established, any court other than the court first seised shall decline jurisdiction in favour of that court’.*

7. Article 22 of the Convention provides:

*‘Where related actions are brought in the courts of different Contracting States, any court other than the court first seised may, while the actions are pending at first instance, stay its proceedings.*

*A court other than the court first seised may also, on the application of one of the parties, decline jurisdiction if the law of that court permits the consolidation of related actions and the court first seised has jurisdiction over both actions.*

*For the purposes of this article, actions are deemed to be related where they are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings.’*

### *National law*

8. According to the doctrine of *forum non conveniens*, as understood in English law, a national court may decline to exercise jurisdiction on the ground that a court in another State, which also has jurisdiction, would objectively be a more appropriate forum for the trial of the action, that is to say, a forum in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and the ends of justice (1986 judgment of the House of Lords, in *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd* [1987], AC 460, particularly at p. 476).

9. An English court which decides to decline jurisdiction under the doctrine of *forum non conveniens* stays proceedings so that the proceedings which are thus provisionally suspended can be resumed





should it prove, in particular, that the foreign forum has no jurisdiction to hear the case or that the claimant has no access to effective justice in that forum.

### **The main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling**

10. On 10 October 1997, Mr Owusu ('the claimant'), a British national domiciled in the United Kingdom, suffered a very serious accident during a holiday in Jamaica. He walked into the sea, and when the water was up to his waist he dived in, struck his head against a submerged sand bank and sustained a fracture of his fifth cervical vertebra which rendered him tetraplegic.

11. Following that accident, Mr Owusu brought an action in the United Kingdom for breach of contract against Mr Jackson, who is also domiciled in that State. Mr Jackson had let to Mr Owusu a holiday villa in Mammee Bay (Jamaica). Mr Owusu claims that the contract, which provided that he would have access to a private beach, contained an implied term that the beach would be reasonably safe or free from hidden dangers.

12. Mr Owusu also brought an action in tort in the United Kingdom against several Jamaican companies, namely Mammee Bay Club Ltd ('the third defendant'), the owner and occupier of the beach at Mammee Bay which provided the claimant with free access to the beach, The Enchanted Garden Resorts & Spa Ltd ('the fourth defendant'), which operates a holiday complex close to Mammee Bay, and whose guests were also licensed to use the beach, and Town & Country Resorts Ltd ('the sixth defendant'), which operates a large hotel adjoining the beach, and which has a licence to use the beach, subject to the condition that it is responsible for its management, upkeep and control.

13. According to the file, another English holidaymaker had suffered a similar accident two years earlier in which she, too, was rendered tetraplegic. The action in tort against the Jamaican defendants therefore embraces not only a contention that they failed to warn swimmers of the hazard constituted by the submerged sand bank, but also a contention that they failed to heed the earlier accident.

14. The proceedings were commenced by a claim form issued out of Sheffield District Registry of the High Court (England and Wales) Civil Division on 6 October 2000. They were served on Mr Jackson in the United Kingdom and, on 12 December 2000, leave was granted to the claimant to serve the proceedings on the other defendants in Jamaica. Service was effected on the third, fourth and sixth defendants, but not on Mammee Bay Resorts Ltd or Consulting Services Ltd.

15. Mr Jackson and the third, fourth and sixth defendants applied to that court for a declaration that it should not exercise its jurisdiction in relation to the claim against them both. In support of their applications, they argued that the case had closer links with Jamaica and that the Jamaican courts were a forum with jurisdiction in which the case might be tried more suitably for the interests of all the parties and the ends of justice.

16. By order of 16 October 2001, the Judge sitting as Deputy High Court Judge in Sheffield (United Kingdom) held that it was clear from Case C-412/98 *UGIC v Group Josi* [2000] ECR I-5925, paragraphs 59 to 61, that the application of the jurisdictional rules in the Brussels Convention to a dispute depended, in principle, on whether the defendant had its seat or domicile in a Contracting State, and that the Convention applied to a dispute between a defendant domiciled in a Contracting State and a claimant domiciled in a non-Contracting State. In those circumstances the decision of the Court of Appeal in *In re Harrods (Buenos Aires) Ltd* [1992] Ch 72, which accepted that it was possible for the English courts, applying the doctrine of *forum non conveniens*, to decline to exercise the jurisdiction conferred on them by Article 2 of the Brussels Convention, was bad law.

17. Taking the view that he had no power himself under Article 2 of the Protocol of 3 June 1971 to refer a question to the Court of Justice for a preliminary ruling to clarify this point, the Judge sitting as



Deputy High Court Judge held that, in the light of the principles laid down in Group Josi, it was not open to him to stay the action against Mr Jackson since he was domiciled in a Contracting State.

18. Notwithstanding the connecting factors that the action brought against the other defendants might have with Jamaica, the judge held that he was also unable to stay the action against them, in so far as the Brussels Convention precluded him from staying proceedings in the action against Mr Jackson. Otherwise, there would be a risk that the courts in two jurisdictions would end up trying the same factual issues upon the same or similar evidence and reach different conclusions. He therefore held that the United Kingdom, and not Jamaica was the State with the appropriate forum to try the action and dismissed the applications for a declaration that the court should not exercise jurisdiction.

19. Mr Jackson and the third, fourth and sixth defendants appealed against that order. The Court of Appeal (England and Wales) Civil Division states that, in this case, the competing jurisdictions are a Contracting State and a non-Contracting State. If Article 2 of the Brussels Convention is mandatory, even in this context, Mr Jackson would have to be sued in the United Kingdom before the courts of his domicile and it would not be open to the claimant to sue him under Article 5(3) of the Brussels Convention in Jamaica, where the harmful event occurred, because that State is not another Contracting State. In the absence of an express derogation to that effect in the Convention, it is therefore not permissible to create an exception to the rule in Article 2. According to the referring court, the question of the application of forum non conveniens in favour of the courts of a non-Contracting State, when one of the defendants is domiciled in a Contracting State, is not a matter on which the Court of Justice has ever given a ruling.

20. According to the claimant, Article 2 of the Brussels Convention is of mandatory application, so that the English courts cannot stay proceedings in the United Kingdom against a defendant domiciled there, even though the English court takes the view that another forum in a non-Contracting State is more appropriate.

21. The referring court points out that if that position were correct it might have serious consequences in a number of other situations concerning exclusive jurisdiction or *lis pendens*. It adds that a judgment delivered in England, deciding the case, which was to be enforced in Jamaica, particularly as regards the Jamaican defendants, would encounter difficulty over certain rules in force in that country on the recognition and enforcement of foreign judgments.

22. Against that background, the Court of Appeal decided to stay its proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

*‘1. Is it inconsistent with the Brussels Convention ..., where a claimant contends that jurisdiction is founded on Article 2, for a court of a Contracting State to exercise a discretionary power, available under its national law, to decline to hear proceedings brought against a person domiciled in that State in favour of the courts of a non-Contracting State:*

- (a) if the jurisdiction of no other Contracting State under the 1968 Convention is in issue;*
- (b) if the proceedings have no connecting factors to any other Contracting State?*

*2. If the answer to question 1(a) or (b) is yes, is it inconsistent in all circumstances or only in some and if so which?’*

## **On the questions referred**

### **The first question**

23. In order to reply to the first question it must first be determined whether Article 2 of the Brussels Convention is applicable in circumstances such as those in the main proceedings, that is to say, where the claimant and one of the defendants are domiciled in the same Contracting State and the case between them before the courts of that State has certain connecting factors with a non-Contracting



State, but not with another Contracting State. Only if it is will the question arise whether, in the circumstances of the case in the main proceedings, the Brussels Convention precludes the application by a court of a Contracting State of the forum non conveniens doctrine where Article 2 of that convention would permit that court to claim jurisdiction because the defendant is domiciled in that State.

*The applicability of Article 2 of the Brussels Convention*

24. Nothing in the wording of Article 2 of the Brussels Convention suggests that the application of the general rule of jurisdiction laid down by that article solely on the basis of the defendant's domicile in a Contracting State is subject to the condition that there should be a legal relationship involving a number of Contracting States.

25. Of course, as is clear from the Jenard report on the Convention (OJ 1979 C 59, pp. 1, 8), for the jurisdiction rules of the Brussels Convention to apply at all the existence of an international element is required.

26. However, the international nature of the legal relationship at issue need not necessarily derive, for the purposes of the application of Article 2 of the Brussels Convention, from the involvement, either because of the subject-matter of the proceedings or the respective domiciles of the parties, of a number of Contracting States. The involvement of a Contracting State and a non-Contracting State, for example because the claimant and one defendant are domiciled in the first State and the events at issue occurred in the second, would also make the legal relationship at issue international in nature. That situation is such as to raise questions in the Contracting State, as it does in the main proceedings, relating to the determination of international jurisdiction, which is precisely one of the objectives of the Brussels Convention, according to the third recital in its preamble.

27. Thus the Court has already interpreted the rules of jurisdiction laid down by the Brussels Convention in cases where the claimant was domiciled or had its seat in a non-Contracting State while the defendant was domiciled in a Contracting State (see Case C-190/89 Rich [1991] ECR I-3855, Case C-406/92 Taty [1994] ECR I-5439 and Group Josi, paragraph 60).

28. Moreover, the rules of the Brussels Convention on exclusive jurisdiction or express prorogation of jurisdiction are also likely to be applicable to legal relationships involving only one Contracting State and one or more non-Contracting States. That is so, under Article 16 of the Brussels Convention, in the case of proceedings which have as their object rights in rem in immovable property or tenancies of immovable property between persons domiciled in a non-Contracting State and relating to an asset in a Contracting State, or, under Article 17 of the Brussels Convention, where an agreement conferring jurisdiction binding at least one party domiciled in a non-Contracting State opts for a court in a Contracting State.

29. Similarly, as the Advocate General pointed out in points 142 to 152 of his Opinion, whilst it is clear from their wording that the Brussels Convention rules on lis pendens and related actions or recognition and enforcement of judgments apply to relationships between different Contracting States, provided that they concern proceedings pending before courts of different Contracting States or judgments delivered by courts of a Contracting State with a view to recognition and enforcement thereof in another Contracting State, the fact nevertheless remains that the disputes with which the proceedings or decisions in question are concerned may be international, involving a Contracting State and a non-Contracting State, and allow recourse, on that ground, to the general rule of jurisdiction laid down by Article 2 of the Brussels Convention.

30. To counter the argument that Article 2 applies to a legal situation involving a single Contracting State and one or more non-Contracting States, the defendants in the main proceedings and the United



Kingdom Government cited the principle of the relative effect of treaties, which means that the Brussels Convention cannot impose any obligation on States which have not agreed to be bound by it.

31. In that regard, suffice it to note that the designation of the court of a Contracting State as the court having jurisdiction on the ground of the defendant's domicile in that State, even in proceedings which are, at least in part, connected, because of their subject-matter or the claimant's domicile, with a non-Contracting State, is not such as to impose an obligation on that State.

32. Mr Jackson and the United Kingdom Government also emphasised, in support of the argument that Article 2 of the Brussels Convention applied only to disputes with connections to a number of Contracting States, the fundamental objective pursued by the Convention which was to ensure the free movement of judgments between Contracting States.

33. The purpose of the fourth indent of Article 220 of the EC Treaty (now the fourth indent of Article 293 EC), on the basis of which the Member States concluded the Brussels Convention, is to facilitate the working of the common market through the adoption of rules of jurisdiction for disputes relating thereto and through the elimination, as far as is possible, of difficulties concerning the recognition and enforcement of judgments in the territory of the Contracting States (Case C-398/92 *Mund & Fester* [1994] ECR I-467, paragraph 11). In fact it is not disputed that the Brussels Convention helps to ensure the smooth working of the internal market.

34. However, the uniform rules of jurisdiction contained in the Brussels Convention are not intended to apply only to situations in which there is a real and sufficient link with the working of the internal market, by definition involving a number of Member States. Suffice it to observe in that regard that the consolidation as such of the rules on conflict of jurisdiction and on the recognition and enforcement of judgments, effected by the Brussels Convention in respect of cases with an international element, is without doubt intended to eliminate obstacles to the functioning of the internal market which may derive from disparities between national legislations on the subject (see, by analogy, as regards harmonisation directives based on Article 95 EC intended to improve the conditions for the establishment and working of the internal market, Joined Cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01 *Österreichischer Rundfunk and Others* [2003] ECR I-4989, paragraphs 41 and 42).

35. It follows from the foregoing that Article 2 of the Brussels Convention applies to circumstances such as those in the main proceedings, involving relationships between the courts of a single Contracting State and those of a non-Contracting State rather than relationships between the courts of a number of Contracting States.

36. It must therefore be considered whether, in such circumstances, the Brussels Convention precludes a court of a Contracting State from applying the *forum non conveniens* doctrine and declining to exercise the jurisdiction conferred on it by Article 2 of that Convention.

*The compatibility of the forum non conveniens doctrine with the Brussels Convention.*

37. It must be observed, first, that Article 2 of the Brussels Convention is mandatory in nature and that, according to its terms, there can be no derogation from the principle it lays down except in the cases expressly provided for by the Convention (see, as regards the compulsory system of jurisdiction set up by the Brussels Convention, Case C-116/02 *Gasser* [2003] ECR I-0000, paragraph 72, and Case C-159/02 *Turner* [2004] ECR I-0000, paragraph 24). It is common ground that no exception on the basis of the *forum non conveniens* doctrine was provided for by the authors of the Convention, although the question was discussed when the Convention of 9 October 1978 on the Accession of Denmark, Ireland and the United Kingdom was drawn up, as is apparent from the report on that Convention by Professor Schlosser (OJ 1979 C 59, p. 71, paragraphs 77 and 78).



38. Respect for the principle of legal certainty, which is one of the objectives of the Brussels Convention (see, *inter alia*, Case C-440/97 *GIE Groupe Concorde and Others* [1999] ECR I-6307, paragraph 23, and Case C-256/00 *Besix* [2002] ECR I-1699, paragraph 24), would not be fully guaranteed if the court having jurisdiction under the Convention had to be allowed to apply the *forum non conveniens* doctrine.

39. According to its preamble, the Brussels Convention is intended to strengthen in the Community the legal protection of persons established therein, by laying down common rules on jurisdiction to guarantee certainty as to the allocation of jurisdiction among the various national courts before which proceedings in a particular case may be brought (*Besix*, paragraph 25).

40. The Court has thus held that the principle of legal certainty requires, in particular, that the jurisdictional rules which derogate from the general rule laid down in Article 2 of the Brussels Convention should be interpreted in such a way as to enable a normally well-informed defendant reasonably to foresee before which courts, other than those of the State in which he is domiciled, he may be sued (*GIE Groupe Concorde and Others*, paragraph 24, and *Besix*, paragraph 26).

41. Application of the *forum non conveniens* doctrine, which allows the court seised a wide discretion as regards the question whether a foreign court would be a more appropriate forum for the trial of an action, is liable to undermine the predictability of the rules of jurisdiction laid down by the Brussels Convention, in particular that of Article 2, and consequently to undermine the principle of legal certainty, which is the basis of the Convention.

42. The legal protection of persons established in the Community would also be undermined. First, a defendant, who is generally better placed to conduct his defence before the courts of his domicile, would not be able, in circumstances such as those of the main proceedings, reasonably to foresee before which other court he may be sued. Second, where a plea is raised on the basis that a foreign court is a more appropriate forum to try the action, it is for the claimant to establish that he will not be able to obtain justice before that foreign court or, if the court seised decides to allow the plea, that the foreign court has in fact no jurisdiction to try the action or that the claimant does not, in practice, have access to effective justice before that court, irrespective of the cost entailed by the bringing of a fresh action before a court of another State and the prolongation of the procedural time-limits.

43. Moreover, allowing *forum non conveniens* in the context of the Brussels Convention would be likely to affect the uniform application of the rules of jurisdiction contained therein in so far as that doctrine is recognised only in a limited number of Contracting States, whereas the objective of the Brussels Convention is precisely to lay down common rules to the exclusion of derogating national rules.

44. The defendants in the main proceedings emphasise the negative consequences which would result in practice from the obligation the English courts would then be under to try this case, *inter alia* as regards the expense of the proceedings, the possibility of recovering their costs in England if the claimant's action is dismissed, the logistical difficulties resulting from the geographical distance, the need to assess the merits of the case according to Jamaican standards, the enforceability in Jamaica of a default judgment and the impossibility of enforcing cross-claims against the other defendants.

45. In that regard, genuine as those difficulties may be, suffice it to observe that such considerations, which are precisely those which may be taken into account when *forum non conveniens* is considered, are not such as to call into question the mandatory nature of the fundamental rule of jurisdiction contained in Article 2 of the Brussels Convention, for the reasons set out above.

46. In the light of all the foregoing considerations, the answer to the first question must be that the Brussels Convention precludes a court of a Contracting State from declining the jurisdiction conferred on it by Article 2 of that convention on the ground that a court of a non-Contracting State would be a



more appropriate forum for the trial of the action even if the jurisdiction of no other Contracting State is in issue or the proceedings have no connecting factors to any other Contracting State.

### **The second question**

47. By its second question, the referring court seeks essentially to know whether, if the Court takes the view that the Brussels Convention precludes the application of forum non conveniens, its application is ruled out in all circumstances or only in certain circumstances.

48. According to the order for reference and the observations of the defendants in the main proceedings and of the United Kingdom Government, that second question was asked in connection with cases where there were identical or related proceedings pending before a court of a non-Contracting State, a convention granting jurisdiction to such a court or a connection with that State of the same type as those referred to in Article 16 of the Brussels Convention.

49. The procedure provided for in Article 234 EC is an instrument of cooperation between the Court of Justice and national courts by means of which the former provides the latter with interpretation of such Community law as is necessary for them to give judgment in cases upon which they are called to adjudicate (see, inter alia, Case C-231/89 Gmurzynska-Bscher [1990] ECR I-4003, paragraph 18, Case C-314/96 Djabali [1998] ECR I-1149, paragraph 17, and Case C-318/00 Bacardi-Martini and Cellier des Dauphins [2003] ECR I-905, paragraph 41).

50. Thus, the justification for a reference for a preliminary ruling is not that it enables advisory opinions on general or hypothetical questions to be delivered but rather that it is necessary for the effective resolution of a dispute (see, to that effect, Djabali, paragraph 19, Bacardi-Martini and Cellier des Dauphins, paragraph 42, and Joined Cases C-480/00 to C-482/00, C-484/00, C-489/00 to C-491/00 and C-497/00 to C-499/00 Azienda Agricola Ettore Ribaldi and Others [2004] ECR I-0000, paragraph 72).

51. In the present case, it is common ground that the factual circumstances described in paragraph 48 of this judgment are not the same as those of the main proceedings.

52. Accordingly there is no need to reply to the second question.

(...)

On those grounds, THE COURT (Grand Chamber) rules as follows:

**The Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, as amended by the Convention of 9 October 1978 on the Accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, by the Convention of 25 October 1982 on the Accession of the Hellenic Republic and by the Convention of 26 May 1989 on the Accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic, precludes a court of a Contracting State from declining the jurisdiction conferred on it by Article 2 of that convention on the ground that a court of a non-Contracting State would be a more appropriate forum for the trial of the action even if the jurisdiction of no other Contracting State is in issue or the proceedings have no connecting factors to any other Contracting State.**



## Hof van Justitie, zaak C-39/02, Mærsk Olie & Gas, arrest van 14 oktober 2004

*EEX-verdrag – vordering tot beperking van aansprakelijkheid en vordering tot schadevergoeding in twee verschillende lidstaten – 1. artikel 21 – aanhangigheid – hetzelfde onderwerp en dezelfde oorzaak – begrippen – 2. artikel 25 – beslissing – begrip – 3. artikel 27, 2 – verweerder tegen wie verstek werd verleend – begrip – stuk gelijkwaardig met het stuk dat het geding inleidt – beschikking na een eenzijdige procedure – kennisgeving – regelmatig en zo tijdig als nodig – beoordeling door de aangezochte rechter*

*Convention de Bruxelles – demande en limitation de responsabilité et action en dommage dans deux états contractants différents – 1. article 21 – litispendance – le même objet et la même cause – notions – 2. article 25 – décision – notion – 3. article 27, 2 – défendeur défaillant – notion – acte équivalent à l’acte introductif d’instance – notification – régulièrement et en temps utile – appréciation par le juge requis*

In zaak C-39/02,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens het Protocol van 3 juni 1971 betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ingediend door het Højesteret (Denemarken), bij beslissing van 8 februari 2002, ingekomen bij het Hof op 13 februari 2002, in de procedure **Mærsk Olie & Gas A/S tegen Firma M. de Haan en W. de Boer**, *wijst*

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

*samengesteld als volgt*: A. Rosas, waarnemend voor de president van de Derde kamer, R. Schintgen (rapporteur) en N. Colneric, rechters,

advocaat-generaal: P. Léger,

griffier: H. von Holstein, adjunct-griffier,

(...)

het navolgende

### Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 21, 25 en 27 van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972, L 299, blz. 32), zoals gewijzigd bij het Verdrag van 9 oktober 1978 inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (PB L 304, blz. 1, en – gewijzigde tekst – blz. 77; hierna: „Executieverdrag”).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de vennootschap Mærsk Olie & Gas A/S (hierna: „Mærsk”) en de vennootschap onder firma M. de Haan en W. de Boer (hierna: „reders”) over een vordering tot reparatie van de schade die aan onderzeese pijpleidingen in de Noordzee zou zijn berokkend door een trawler die eigendom is van de reders.



## Rechtskader

*Het Internationaal Verdrag van 1957 over de beperking van de aansprakelijkheid van eigenaars van zeeschepen.*

3. Artikel 1, lid 1, van het Internationaal Verdrag van 10 oktober 1957 over de beperking van de aansprakelijkheid van eigenaars van zeeschepen (International Transport Treaties, suppl. 1-10, januari 1986, blz. 81; hierna: „Verdrag van 1957”) voorziet in de mogelijkheid voor de eigenaar van een zeeschip om zijn aansprakelijkheid met betrekking tot vorderingen welke uit een van de daarin genoemde oorzaken voortkomen, tot een bepaald bedrag te beperken, tenzij het voorval waardoor de vordering is ontstaan, is veroorzaakt door de persoonlijke schuld van de eigenaar. Een van de genoemde oorzaken is, sub b, de beschadiging van goederen veroorzaakt door een handeling, nalatigheid of schuld van personen die zich aan boord van het schip bevinden, mits de handeling, nalatigheid of schuld in verband staat met de navigatie van het schip.

4. Volgens artikel 3, lid 1, van dit verdrag wordt het bedrag tot hetwelk de aansprakelijkheid kan worden beperkt, berekend naar gelang van de tonnenmaat en varieert het naar gelang van de aard van de veroorzaakte schade. Wanneer het voorval slechts goederenschade heeft veroorzaakt, komt het bedrag tot hetwelk de scheepseigenaar zijn aansprakelijkheid kan beperken, overeen met 1 000 Poincaré-franken per eenheid tonnenmaat van het schip.

5. Wanneer de gezamenlijke vorderingen die uit eenzelfde voorval voortkomen, de aldus vastgestelde grens van de aansprakelijkheid overschrijden, kan ingevolge artikel 2, leden 2 en 3, van het verdrag een fonds worden gevormd, bestaande uit het bedrag dat door deze grens wordt aangegeven, dat uitsluitend is bestemd ter voldoening van de vorderingen met betrekking tot dewelke de beperking van de aansprakelijkheid kan worden ingeroepen. Volgens artikel 3, lid 2, wordt dit fonds verdeeld „tussen de schuldeisers naar verhouding van het bedrag van hun erkende vorderingen”.

6. Artikel 1, lid 7, van het Verdrag van 1957 bepaalt:

*„Het inroepen van de beperking der aansprakelijkheid vormt niet een erkenning van die aansprakelijkheid.”*

7. Artikel 4 van dit verdrag bepaalt:

*„[...] de regels betreffende de vorming en de verdeling van het eventuele beperkingsfonds en alle procedureregels [worden] beheerst door de nationale wet van de Staat waar het fonds wordt gevormd”.*

8. Uit het dossier blijkt dat het Koninkrijk der Nederlanden ten tijde van de feiten van het hoofdgeding door het Verdrag van 1957 was gebonden.

### *Het Executieverdrag*

9. Blijkens zijn preambule heeft het Executieverdrag tot doel om overeenkomstig artikel 293 EG de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen te vereenvoudigen, alsook om de rechtsbescherming binnen de Gemeenschap van degenen die er gevestigd zijn te vergroten. Luidens de preambule is het daartoe noodzakelijk de bevoegdheid van de gerechten van de verdragsluitende staten in internationaal verband vast te stellen.

10. In artikel 2 van het Executieverdrag is de algemene regel neergelegd dat de gerechten van de staat waar de verweerder zijn woonplaats heeft, bevoegd zijn. Artikel 5 van dit verdrag bepaalt evenwel dat de verweerder „ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad” kan worden opgeroepen „voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan”.

11. Artikel 6 bis van dit verdrag bepaalt:





*„Wanneer een gerecht van een verdragsluitende staat uit hoofde van dit verdrag bevoegd is kennis te nemen van vorderingen ter zake van aansprakelijkheid voortvloeiend uit het gebruik of de exploitatie van een schip, neemt dit gerecht, of elk ander gerecht dat volgens het interne recht van deze staat in zijn plaats treedt, tevens kennis van de vorderingen tot beperking van deze aansprakelijkheid.”*

12. Het Executieverdrag heeft bovendien tot doel onverenigbare beslissingen te voorkomen. Zo bepaalt artikel 21, betreffende aanhangigheid:

*„Wanneer voor gerechten van verschillende verdragsluitende staten tussen dezelfde partijen vorderingen aanhangig zijn, welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten, moet het gerecht, waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zelfs ambtshalve, de partijen verwijzen naar het gerecht bij hetwelk de zaak het eerst aanhangig is gemaakt. Het gerecht dat tot verwijzing zou moeten overgaan, kan zijn uitspraak aanhouden indien de bevoegdheid van het andere gerecht wordt betwist.”*

13. Voorts bepaalt artikel 22 van dit verdrag:

*„Wanneer samenhangende vorderingen bij gerechten van verschillende verdragsluitende staten zijn aangebracht en in eerste aanleg aanhangig zijn, kan het gerecht bij hetwelk de zaak het laatst is aangebracht, zijn uitspraak aanhouden. Dit gerecht kan, op verzoek van een der partijen, ook tot verwijzing overgaan mits zijn wetgeving de voeging van samenhangende zaken toestaat en het gerecht bij hetwelk de zaak het eerst is aangebracht bevoegd is van de beide vorderingen kennis te nemen. Samenhangend in de zin van dit artikel zijn vorderingen waartussen een zodanig nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om haar gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare uitspraken worden gegeven.”*

14. Inzake erkenning bepaalt artikel 25 van dit verdrag:

*„Onder beslissing in de zin van dit verdrag wordt verstaan, elke door een gerecht van een verdragsluitende staat gegeven beslissing, ongeacht de daaraan gegeven benaming, zoals arrest, vonnis, beschikking of rechterlijk dwangbevel, alsmede de vaststelling door de griffier van het bedrag der proceskosten.”*

15. Artikel 26, eerste alinea, van het Executieverdrag bepaalt:

*„De in een verdragsluitende staat gegeven beslissingen worden in de overige verdragsluitende staten erkend zonder vorm van proces.”*

16. Artikel 27 bepaalt echter:

*“Beslissingen worden niet erkend:*

*[...]*

*2. indien het stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk, niet regelmatig en zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was aan de verweerder, tegen wie verstek werd verleend, is betekend of is medegedeeld;*

*[...]*”

17 Artikel IV van het protocol bij het Executieverdrag bepaalt:

*„De gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken, [...], die medegedeeld of betekend moeten worden aan personen die zich op het grondgebied van een andere verdragsluitende staat bevinden, worden toegezonden op de wijze als is bepaald in tussen de verdragsluitende staten gesloten verdragen of overeenkomsten. [...]*”



## Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

18. In mei 1985 installeerde Mærsk olie- en gaspijpleidingen in de Noordzee. In juni 1985 viste een trawler van de reders in de zone waar deze leidingen zijn aangelegd. Mærsk stelde vast dat deze leidingen beschadigd waren.

19. Bij brief van 3 juli 1985 stelde Mærsk de reders aansprakelijk voor deze schade, waarvan de reparatie op 1 700 019,00 USD en op 51 961,58 GBP werd geraamd.

20. Op 23 april 1987 dienden de reders bij de Arrondissementsrechtbank te Groningen (Nederland), de plaats waar hun schip was ingeschreven, een verzoek tot beperking van hun aansprakelijkheid in. Bij beschikking van 27 mei 1987 beperkte deze rechtbank de aansprakelijkheid voorlopig tot 52 417,40 NLG en gelastte zij de reders dit bedrag, vermeerderd met 10 000 NLG ter dekking van de gerechtskosten te deponeren. In een telex van 5 juni 1987 brachten de advocaten van de reders Mærsk op de hoogte van deze beschikking.

21. Op 20 juni 1987 stelde Mærsk bij het Vestre Landsret (Denemarken) een vordering tot schadevergoeding in tegen de reders.

22. Op 24 juni daaraanvolgend stelde Mærsk hoger beroep in bij het Gerechtshof te Leeuwarden (Nederland) tegen de beschikking van de Arrondissementsrechtbank te Groningen op grond van de onbevoegdheid van deze laatste. Op 6 januari 1988 bevestigde de rechter in hoger beroep de beschikking in eerste aanleg onder verwijzing naar, onder meer, de artikelen 2 en 6 bis van het Executieverdrag. Mærsk heeft geen cassatieberoep ingesteld.

23. Bij aangetekende brief van 1 februari 1988 stelde de vereffenaar de advocaat van Mærsk officieel in kennis van de beschikking van de rechtbank tot het vormen van een fonds ter beperking van de aansprakelijkheid en bij brief van 25 april daaraanvolgend nodigde de vereffenaar Mærsk uit, haar vordering in te dienen.

24. Mærsk ging niet op deze uitnodiging in, maar besloot de zaak voor de Deense rechter voort te zetten. Aangezien er geen vorderingen van gelaedeerden werden ingediend, werd het bij de Nederlandse rechter gedeponeerde bedrag in december 1988 aan de reders terugbetaald.

25. Bij vonnis van 27 april 1988 oordeelde het Vestre Landsret dat de beschikkingen van de Nederlandse rechterlijke instanties van 27 mei 1987 en 6 januari 1988 als beslissingen van gerechten in de zin van artikel 25 van het Executieverdrag moesten worden aangemerkt, omdat Mærsk de mogelijkheid had gehad om in die gedingen verweer te voeren.

26. Aangezien de partijen in de procedures in Nederland en Denemarken dezelfde waren en de procedures hetzelfde onderwerp betroffen en op dezelfde oorzaak berustten – vaststelling die niet wordt ontkracht door het feit dat Mærsk heeft nagelaten haar belangen te verdedigen in het kader van de procedure over de beperking van de aansprakelijkheid –, oordeelde het Vestre Landsret dat de in artikel 21 van het Executieverdrag bepaalde voorwaarden voor de vaststelling van aanhangigheid waren vervuld.

27. Aangezien de zaak het eerst bij de Nederlandse rechter is aangebracht (op 23 april 1987) en de Arrondissementsrechtbank te Groningen heeft vastgesteld, vaststelling die door de rechter in hoger beroep werd bevestigd, dat hij bevoegd was om uitspraak te doen, heeft het Vestre Landsret zich krachtens artikel 21, tweede alinea, van het Executieverdrag onbevoegd verklaard ten voordele van de Nederlandse rechter.

28. Daarop stelde Mærsk hoger beroep in bij het Højesteret.



29. Van oordeel dat de zaak vragen doet rijzen over de uitlegging van de artikelen 21, 25 en 27 van het Executieverdrag, heeft de verwijzende rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

*„1. Is een procedure tot het vormen van een fonds voor de beperking van aansprakelijkheid op verzoek van een reder [volgens het Verdrag van 1957] een zaak in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag, wanneer in het verzoek degene die als mogelijk benadeelde belanghebbende kan zijn, met name wordt genoemd?*

*2. Is een beschikking tot het vormen van een fonds voor de beperking van aansprakelijkheid volgens het in 1986 geldende Nederlandse procesrecht, een beslissing in de zin van artikel 25 van het Executieverdrag?*

*3. Kan aan een fonds voor de beperking van aansprakelijkheid dat op 27 mei 1987 door een Nederlandse rechter volgens het destijds geldende Nederlandse procesrecht is gevormd zonder voorafgaande betekening aan een belanghebbende schuldeiser, thans jegens deze schuldeiser erkenning in een andere lidstaat onthouden worden ingevolge artikel 27, [punt] 2, van het Executieverdrag?*

*4. Indien vraag 3 bevestigend wordt beantwoord, wordt dan de betrokken schuldeiser de mogelijkheid om zich op artikel 27, [punt] 2, te beroepen ontnomen doordat hij in de lidstaat waar het fonds voor de beperking van aansprakelijkheid is gevormd, nadien voor een hogere rechter onbevoegdheid heeft gesteld zonder zich te hebben beroepen op het ontbreken van betekening?”*

#### **De eerste vraag**

30. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een door een scheepseigenaar bij een gerecht van een verdragsluitende staat ingediend verzoek om een fonds voor de beperking van aansprakelijkheid te vormen waarin de mogelijk benadeelde belanghebbende wordt aangeduid, enerzijds, en een door deze benadeelde bij de rechter van een andere verdragsluitende staat tegen de eigenaar van het schip ingestelde vordering tot schadevergoeding, anderzijds, vorderingen tussen dezelfde partijen zijn welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag.

31. Vooraf zij eraan herinnerd dat artikel 21 van het Executieverdrag, tezamen met artikel 22, inzake samenhang, in afdeling 8 van titel II van dit verdrag staat, die in het belang van een goede rechtsbedeling in de Gemeenschap parallelle procedures voor de gerechten van verschillende verdragsluitende staten en de met elkaar strijdige beslissingen die daarvan het gevolg kunnen zijn, wil voorkomen. Deze regeling wil dus in de mate van het mogelijke en van meet af aan uitsluiten dat er een situatie ontstaat als bedoeld in artikel 27, punt 3, van het Executieverdrag, namelijk dat een beslissing niet wordt erkend wegens onverenigbaarheid met een beslissing die in de aangezochte staat tussen dezelfde partijen is gegeven (zie arresten van 8 december 1987, Gubisch Maschinenfabrik, 144/86, Jurispr. blz. 4861, punt 8, en 9 december 2003, Gasser, C-116/02, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 41).

32. Bijgevolg moet ter bereiking van die doelstellingen aan artikel 21 een ruime uitlegging worden gegeven die in beginsel alle situaties omvat waarin voor gerechten van verdragsluitende staten dezelfde vorderingen aanhangig zijn, ongeacht de woonplaats van de partijen (arrest van 27 juni 1991, Overseas Union Insurance e.a., C-351/89, Jurispr. blz. I-3317, punt 16, en arrest Gasser, reeds aangehaald, punt 41).

33. In casu staat vast dat de procedure om een fonds tot beperking van aansprakelijkheid te vormen, zoals die welke voor de Nederlandse rechter aanhangig was, tot doel heeft de eigenaar van een schip, die aansprakelijk zou kunnen zijn door één van de in artikel 1, lid 1, van het Verdrag van 1957 genoemde oorzaken, in staat te stellen zijn aansprakelijkheid te beperken tot een overeenkomstig



artikel 3 van dit verdrag berekend bedrag, zodat de schuldeisers voor hetzelfde schadegeval geen andere bedragen van de scheepseigenaar kunnen vorderen dan die welke hun in het kader van deze procedure kunnen worden toegekend.

34. Een dergelijke vordering om een fonds tot beperking van aansprakelijkheid te vormen, vormt ongetwijfeld een vordering in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag. Verder moet echter worden nagegaan of deze vordering hetzelfde onderwerp betreft en op dezelfde oorzaak berust als een door de benadeelde bij de rechter van een andere verdragsluitende staat tegen de scheepseigenaar ingestelde vordering tot schadevergoeding en of deze vorderingen tussen dezelfde partijen aanhangig zijn. Deze drie cumulatieve voorwaarden moeten zijn vervuld opdat er sprake kan zijn van een situatie van aanhangigheid in de zin van genoemd artikel 21.

35. De betrokken vorderingen hebben echter kennelijk niet hetzelfde onderwerp. Terwijl de vordering tot schadevergoeding erop is gericht de aansprakelijkheid van verweerder vast te stellen, heeft de vordering tot beperking van aansprakelijkheid tot doel te verkrijgen dat, ingeval de aansprakelijkheid wordt vastgesteld, deze wordt beperkt tot een op grond van het Verdrag van 1957 berekend bedrag, waarbij eraan dient te worden herinnerd dat artikel 1, lid 7, van dit verdrag bepaalt: „Het inroepen van de beperking der aansprakelijkheid vormt niet een erkenning van die aansprakelijkheid.”

36. De omstandigheid dat in het kader van de procedure om een fonds tot beperking van aansprakelijkheid te vormen, de vorderingen door de vereffenaar worden gecontroleerd of door de schuldenaar kunnen worden betwist, kan hieraan niet afdoen. Zoals het Hof immers reeds heeft geoordeeld, moet, om na te gaan of twee vorderingen hetzelfde onderwerp betreffen in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag, blijkens de bewoordingen van dit artikel, uitsluitend rekening worden gehouden met de aanspraken van de verzoekers in elk van de gedingen, en niet met de verweermiddelen die een verweerder eventueel aanvoert (arrest van 8 mei 2003, Gantner Electronic, C-111/01, Jurispr. blz. I-4207, punt 26).

37. Verder berusten de betrokken vorderingen ook niet op dezelfde oorzaak in de zin van artikel 21 van het verdrag.

38. Het begrip „oorzaak” omvat de feiten en de rechtsregel die tot staving van de vordering worden aangevoerd (arrest van 6 december 1994, Taty, C-406/92, Jurispr. blz. I-5439, punt 39). Vastgesteld moet evenwel worden dat, ook al liggen aan de twee procedures identieke feiten ten grondslag, de twee vorderingen op een verschillende rechtsregel zijn gebaseerd, zoals Mærsk, de Commissie en de advocaat-generaal in punt 41 van zijn conclusie hebben gesteld. De vordering tot schadevergoeding is immers op het recht inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid gebaseerd, terwijl de vordering om een fonds tot beperking van aansprakelijkheid te vormen, op het Verdrag van 1957 en op de Nederlandse wettelijke regeling ter uitvoering daarvan is gebaseerd.

39. Bijgevolg kan, zonder dat de derde voorwaarde, betreffende de identiteit van partijen, moet worden onderzocht, worden geconcludeerd dat er, bij gebreke van eenzelfde onderwerp en eenzelfde oorzaak, geen situatie van aanhangigheid in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag bestaat tussen een procedure om een fonds tot beperking van de aansprakelijkheid van de eigenaar van een schip te vormen, zoals die welke in het hoofdgeding aanhangig was bij een Nederlandse rechter, en een bij de verwijzende rechter ingediende vordering tot schadevergoeding.

40. Deze conclusie staat in beginsel niet in de weg aan de toepassing van artikel 22 van het Executieverdrag, zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk en de advocaat-generaal in punt 45 van zijn conclusie hebben opgemerkt. Vorderingen zoals die in het hoofdgeding hebben immers een voldoende nauwe band met elkaar om ze als samenhangend in de zin van de derde alinea van dit artikel te kunnen aanmerken, zodat het gerecht bij hetwelk de zaak het laatst is aangebracht, zijn uitspraak kan aanhouden.



41. In casu is er echter geen reden om stil te staan bij de toepassingsvoorwaarden van artikel 22 van het Executieverdrag en evenmin om in het bijzonder te bepalen welke in deze hypothese het gerecht is bij hetwelk de zaak het eerst is aangebracht, aangezien uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de procedure voor de Arrondissementsrechtbank definitief is afgesloten, en dat bij gebreke van indiening van vorderingen door benadeelden het bij deze rechtbank gedeponeerde bedrag in december 1988 aan de reders werd terugbetaald. In die omstandigheden bestaan er geen „samenhangende vorderingen” meer in de zin van artikel 22 van het verdrag.

42. Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat een door een scheepseigenaar bij een gerecht van een verdragsluitende staat ingediend verzoek om een fonds voor de beperking van aansprakelijkheid te vormen waarin de mogelijk benadeelde belanghebbende wordt aangeduid, enerzijds, en een door deze benadeelde bij de rechter van een andere verdragsluitende staat tegen de eigenaar van het schip ingestelde vordering tot schadevergoeding, anderzijds, geen situatie van aanhangigheid in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag vormen.

### **De tweede vraag**

43. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een beschikking tot het vormen van een fonds voor de beperking van aansprakelijkheid, zoals die in het hoofdgeding, een beslissing in de zin van artikel 25 van het Executieverdrag is.

44. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens artikel 25 onder „beslissing” in de zin van dit verdrag wordt verstaan, „elke door een gerecht van een verdragsluitende staat gegeven beslissing, ongeacht de daaraan gegeven benaming”.

45. Het Hof heeft reeds geoordeeld (arrest van 2 juni 1994, Solo Kleinmotoren, C-414/92, Jurispr. blz. I-2237, punt 17) dat een handeling slechts als een „beslissing” in de zin van het Executieverdrag kan worden aangemerkt wanneer zij uitgaat van een rechterlijke instantie van een verdragsluitende staat die op eigen gezag de geschilpunten tussen partijen beslecht.

46. Zoals in het rapport over het Executieverdrag in herinnering is gebracht (PB 1979, C 59, blz. 71, punt 184), is artikel 25 van dit verdrag niet beperkt tot beslissingen die een einde maken aan instanties, maar worden daarin ook voorlopige bevelen of voorlopige of conservatoire maatregelen bedoeld.

47. Bijgevolg valt een beschikking zoals die van de Arrondissementsrechtbank te Groningen van 27 mei 1987 houdende voorlopige vaststelling van het bedrag waartoe de aansprakelijkheid van een scheepseigenaar wordt beperkt, onder artikel 25 van het Executieverdrag.

48. Mærsk betoogt echter dat deze beschikking geen beschikking in de zin van dit artikel kan zijn, omdat zij is gegeven na een niet op tegenspraak gevoerde procedure.

49. Die tegenwerping kan niet worden aanvaard.

50. Hoewel volgens vaste rechtspraak het verdrag hoofdzakelijk ziet op rechterlijke beslissingen die, voordat in een andere staat dan in de staat van herkomst om erkenning en tenuitvoerlegging ervan wordt verzocht, in die staat van herkomst op diverse wijzen het onderwerp zijn geweest of konden zijn van een procedure op tegenspraak (arrest van 21 mei 1980, Denilauler, 125/79, Jurispr. blz. 1553, punt 13), moet immers juist worden vastgesteld dat de beschikking van de Nederlandse rechter, ook al is zij gegeven na een eerste niet op tegenspraak gevoerde fase van de procedure, het onderwerp had kunnen zijn van een procedure op tegenspraak, voordat de vraag van de erkenning en tenuitvoerlegging ervan werd gesteld (zie in die zin ook arrest van 13 juli 1995, Hengst Import, C-474/93, Jurispr. blz. I-2113, punt 14).

51. Zo blijkt uit de stukken dat een dergelijke beschikking geen rechtsgevolgen heeft zolang zij niet ter kennis is gebracht van de schuldeisers, die vervolgens hun rechten kunnen doen gelden voor de



rechtbank die deze beschikking heeft gegeven, door zowel het recht van de schuldenaar op een beperkte aansprakelijkheid te betwisten als het bedrag waartoe deze is beperkt. Bovendien kunnen de schuldeisers hoger beroep instellen tegen deze beschikking en daarbij de bevoegdheid betwisten van de rechtbank die de beschikking heeft gegeven, wat overigens het geval was in het hoofdgeding.

52. Gelet op een en ander moet op de tweede prejudiciële vraag worden geantwoord dat een beschikking tot het vormen van een fonds voor de beperking van aansprakelijkheid, zoals die in het hoofdgeding, een beslissing in de zin van artikel 25 van het Executieverdrag is.

### **De derde en de vierde vraag**

53. Met zijn derde en zijn vierde vraag, die samen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter te vernemen of aan een zonder voorafgaande betekening aan de betrokken schuldeiser gegeven beschikking tot het vormen van een fonds voor de beperking van aansprakelijkheid erkenning in een andere verdragsluitende lidstaat kan worden geweigerd op grond van artikel 27, punt 2, van het Executieverdrag, ook wanneer de schuldeiser tegen deze beschikking hoger beroep heeft ingesteld ter betwisting van de bevoegdheid van de rechter die de beschikking heeft gegeven, doch zich niet heeft beroepen op het ontbreken van betekening van het stuk dat het geding inleidt.

54. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat in artikel 27 van het verdrag de voorwaarden voor de erkenning in een verdragsluitende staat van in een andere verdragsluitende staat gegeven beslissingen worden genoemd. Volgens punt 2 van dat artikel worden beslissingen niet erkend „indien het stuk dat het geding inleidt, niet regelmatig en zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was aan de verweerder, tegen wie verstek werd verleend, is betekend of is medegedeeld”.

55. Volgens vaste rechtspraak dient deze bepaling te verzekeren dat een beslissing niet overeenkomstig het Executieverdrag wordt erkend of ten uitvoer gelegd, indien de verweerder niet in de gelegenheid is geweest zich voor de rechter van herkomst te verdedigen (arresten van 16 juni 1981, Klomps, 166/80, Jurispr. blz. 1593, punt 9, en 21 april 1993, Sonntag, C-172/91, Jurispr. blz. I-1963, punt 38, en arrest Hengst Import, reeds aangehaald, punt 17).

56. Aan een beslissing wordt derhalve alleen dan op de in artikel 27, punt 2, van het Executieverdrag genoemde gronden erkenning onthouden, indien tijdens de procedure waarin deze beslissing werd gegeven, tegen de verweerder verstek is verleend. De verweerder kan zich dus niet op deze bepaling beroepen wanneer hij is verschenen, althans voorzover hij van de bestanddelen van het geding in kennis is gesteld en de gelegenheid heeft gehad zich te verdedigen (arrest Sonntag, reeds aangehaald, punt 39).

57. In het onderhavige geval moet worden vastgesteld dat Mærsk nooit is verschenen in de procedure om een fonds tot beperking van aansprakelijkheid te vormen. Zij heeft wel hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van 27 mei 1987. Zoals de advocaat-generaal in punt 60 van zijn conclusie heeft opgemerkt, mag een dergelijk rechtsmiddel, dat alleen betrekking had op de bevoegdheid van de rechtbank die de beschikking had gegeven, echter niet worden gelijkgesteld met het verschijnen van de verweerder in de procedure om de aansprakelijkheid van reders tot een bepaald maximum te beperken. Derhalve moet de verweerder worden aangemerkt als een verweerder tegen wie verstek werd verleend in de zin van artikel 27, punt 2, van het verdrag.

58. In die omstandigheden is overeenkomstig deze laatste bepaling voor erkenning van de beschikking waarbij een fonds ter beperking van aansprakelijkheid wordt gevormd, volgens het Executieverdrag vereist dat het stuk dat het geding inleidt, regelmatig en tijdig aan Mærsk is medegedeeld.

59. Dienaangaande moet rekening worden gehouden met de bijzonderheden van de procedure om een fonds tot beperking van aansprakelijkheid te vormen naar Nederlands recht; in het kader van deze procedure geeft de rechtbank eerst na een eenzijdige procedure een beschikking waarbij het maximum



van de aansprakelijkheid voorlopig wordt vastgesteld; deze beschikking is vervolgens het voorwerp van een contradictoire procedure, zoals in punt 50 van het onderhavige arrest in herinnering werd gebracht. Een dergelijke beschikking moet worden aangemerkt als een stuk dat gelijkwaardig is met het stuk dat het geding inleidt, in de zin van artikel 27, punt 2, van dit verdrag.

60. Uit de stukken blijkt enerzijds dat de door de Arrondissementsrechtbank te Groningen aangestelde vereffenaar Mærsk bij aangetekende brief van 1 februari 1988 in kennis heeft gesteld van de inhoud van de beschikking van 27 mei 1987, en anderzijds dat volgens de door de Nederlandse regering verstrekte informatie een dergelijke kennisgeving regelmatig is volgens het Nederlandse recht en volgens het op 15 november 1965 te 's-Gravenhage gesloten Verdrag inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en handelszaken, dat ten tijde van de feiten in het hoofdgeding gold tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk Denemarken.

61. Het staat aan de aangezochte rechter van de betrokken staat te oordelen of deze kennisgeving regelmatig is en zo tijdig is geschied als nodig is om de verweerder in staat te stellen zich daadwerkelijk te verdedigen, rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak (arrest Klomps, reeds aangehaald, punt 20, alsmede arrest van 11 juni 1985, Debaecker en Plouvier, 49/84, Jurispr. blz. 1779, punt 31).

62. Gelet op een en ander moet op de derde en de vierde vraag worden geantwoord dat aan een zonder voorafgaande betekening aan de betrokken schuldeiser gegeven beschikking tot het vormen van een fonds voor de beperking van aansprakelijkheid, zelfs wanneer deze schuldeiser tegen die beschikking beroep heeft ingesteld ter betwisting van de bevoegdheid van de rechter die haar heeft gegeven, erkenning in een andere verdragsluitende staat niet kan worden geweigerd op basis van artikel 27, punt 2, van het Executieverdrag, mits deze beschikking regelmatig en tijdig aan de verweerder werd betekend of medegedeeld.

(...)

Het HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer) verklaart voor recht:

**1. Een door een scheepseigenaar bij een gerecht van een verdragsluitende staat ingediend verzoek om een fonds voor de beperking van aansprakelijkheid te vormen waarin de mogelijk benadeelde belanghebbende wordt aangeduid, enerzijds, en een door deze benadeelde bij de rechter van een andere verdragsluitende staat tegen de eigenaar van het schip ingestelde vordering tot schadevergoeding, anderzijds, vormen geen situatie van aanhangigheid in de zin van artikel 21 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.**

**2. Een beschikking tot het vormen van een fonds voor de beperking van aansprakelijkheid, zoals die in het hoofdgeding, is een beslissing in de zin van artikel 25 van het Executieverdrag.**

**3. Aan een zonder voorafgaande betekening aan de betrokken schuldeiser gegeven beschikking tot het vormen van een fonds voor de beperking van aansprakelijkheid kan, zelfs wanneer deze schuldeiser tegen die beschikking beroep heeft ingesteld ter betwisting van de bevoegdheid van de rechter die haar heeft gegeven, erkenning in een andere verdragsluitende staat niet worden geweigerd op basis van artikel 27, punt 2, van het Executieverdrag, mits deze beschikking regelmatig en tijdig aan de verweerder werd betekend of medegedeeld.**



## Arbitragehof, arrest nr. 93/2005 van 25 mei 2005

*Wetboek van de Belgische nationaliteit – artikel 12bis, §1 – verkrijging van de Belgische nationaliteit door het afleggen van een verklaring – drie toepassingsgevallen – vereiste van hoofdverblijf slechts in twee gevallen – ongrondwettelijke discriminatie*

*Code de la nationalité belge – article 12bis, §1 – acquisition de la nationalité belge par une déclaration – trois types de cas – exigence de résidence principale dans deux cas seulement – discrimination inconstitutionnelle*

*In zake (rolnr. 3030):* de prejudiciële vraag over artikel 12bis, § 1, 2°, van de wet van 28 juni 1984 betreffende sommige aspecten van de toestand van de vreemdelingen en houdende invoering van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, gesteld door de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen.

Het Arbitragehof,

*samengesteld uit* voorzitter A. Arts en rechter P. Martens, waarnemend voorzitter, en de rechters R. Henneuse, M. Bossuyt, E. De Groot, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke en J. Spreutels, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter A. Arts, *wijst na beraad het volgende*

### Arrest

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

Bij vonnis van 21 juni 2004 in zake Eduardo Andres Osorio Campos, waarvan de expeditie ter griffie van het Arbitragehof is ingekomen op 28 juni 2004, heeft de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen de volgende prejudiciële vraag gesteld:

*“Schendt artikel 12bis, § 1, 2°, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, wegens het feit dat artikel 12bis, § 1, 2°, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit aan een vreemdeling ouder dan 18 jaar, die in het buitenland geboren is en van wie één ouder de Belgische nationaliteit verworven heeft, de mogelijkheid biedt om de Belgische nationaliteit te verkrijgen middels een nationaliteitsverklaring, zonder aan enige verblijfsvoorwaarde te moeten voldoen, daar waar een vreemdeling, ouder dan 18 jaar, in het buitenland geboren en door een Belg geadopteerd, slechts de Belgische nationaliteit kan verkrijgen middels een nationaliteitskeuze, onder de uitdrukkelijke voorwaarden gesteld in de artikelen 13, 2°, en 14 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, met name: ingediend vóór de leeftijd van 22 jaar, na een hoofdverblijf in België gedurende de twaalf voorafgaande maanden, en daar waar een vreemdeling, ouder dan 18 jaar, in België geboren en van wie één ouder de Belgische nationaliteit verwerft nadat betrokkene 18 jaar werd, slechts de Belgische nationaliteit kan verkrijgen middels een nationaliteitsverklaring, onder de uitdrukkelijke voorwaarden, hetzij van artikel 12bis, § 1, 1°, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, met name een hoofdverblijf in België sedert de geboorte, hetzij van de artikelen 13, 1°, en 14 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, met name een nationaliteitskeuze ingediend vóór de leeftijd van 22 jaar, een hoofdverblijf in België gedurende de twaalf voorafgaande maanden en een hoofdverblijf in België vanaf de leeftijd van 14 jaar tot 18 jaar of gedurende ten minste 9 jaar?”.*





(...)

## II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil

De verzoeker voor het verwijzende rechtscollege, die de Chileense nationaliteit heeft en in België verblijft bij zijn moeder, die de Belgische nationaliteit heeft, heeft bij de ambtenaar van de burgerlijke stand op 21 november 2003 met toepassing van artikel 12*bis*, § 1, 2°, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, de verklaring van nationaliteitskeuze gedaan.

Het openbaar ministerie heeft een negatief advies verstrekt, waarna de verzoeker zijn zaak aanhangig heeft gemaakt bij de Rechtbank van eerste aanleg.

Het negatief advies was gebaseerd op het feit dat de verzoeker niet beschikt over een hoofdverblijfplaats in België, of alvast dat niet kan aantonen. De verzoeker wijst erop dat de in het geding zijnde bepaling, anders dan andere bepalingen, het verblijf in België als grondvoorwaarde niet oplegt in het kader van de door hem gevolgde procedure van verkrijging van de Belgische nationaliteit door nationaliteitsverklaring. Door te vereisen dat hij bewijst dat hij zijn hoofdverblijfplaats heeft, zou een bijkomende voorwaarde worden toegevoegd waarin het Wetboek van de Belgische nationaliteit niet voorziet.

Na te hebben vastgesteld dat de beperkte voorwaarden voor de verkrijging van de Belgische nationaliteit door nationaliteitsverklaring, waarin de in het geding zijnde bepaling voorziet, in de rechtsleer werd bekritiseerd en dat het voor die bepaalde categorie van vreemdelingen blijkbaar gemakkelijker is om de Belgische nationaliteit dan een verblijfs- of vestigingsvergunning te verkrijgen, heeft het verwijzende rechtscollege, op verzoek van het openbaar ministerie, de voormelde prejudiciële vraag gesteld.

## III. In rechte

- A -

A.1. In hoofdorde voert de Ministerraad aan dat de prejudiciële vraag geen antwoord behoeft, om twee redenen:

Allereerst merkt de Ministerraad op dat de verzoeker voor het verwijzende rechtscollege aan alle voorwaarden van de in het geding zijnde bepaling voldoet en niet in de voorwaarden of omstandigheden verkeert van de categorieën van personen waarmee hij moet worden vergeleken. Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Hof in de arresten nr. 30/2002 en nr. 12/2003, zou in een dergelijk geval ertoe moeten worden besloten dat hetbeantwoorden van de gestelde prejudiciële vraag niet dienstig is voor het beslechten van het bodemgeschil. Bovendien vloeit het verschil in behandeling niet voort uit artikel 12*bis*, § 1, 2°, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, maar uit de artikelen 12*bis*, § 1, 1°, 13, 1° en 2°, en 14 van hetzelfde Wetboek. Verwijzend naar de arresten nr. 16/2004 en nr. 90/2004 besluit de Ministerraad dat op dezelfde gronden ook die prejudiciële vraag geen antwoord behoeft.

A.2. In ondergeschikte orde betwist de Ministerraad de vergelijkbaarheid van de vreemdeling van wie een biologische ouder Belg is, met de vreemdeling die slechts door middel van de adoptie verbonden is met de nationaliteit van zijn adoptant.

A.3. In meer ondergeschikte orde voert de Ministerraad aan dat, indien de in de prejudiciële vraag begrepen categorieën van personen vergelijkbaar zouden zijn, het verschil in behandeling berust op een voldoende objectief en redelijk criterium.

De rechtstreekse afstamming van de biologische ouder en de geboorteplaats van de vreemdeling zijn criteria die geen enkele willekeurige beoordeling bij de toepassing van de bepalingen toestaan.

De criteria zijn ook redelijk met het oog op de door de wetgever nagestreefde doelstelling. Het onderscheid tussen de vreemdeling die in het buitenland is geboren en van wie één ouder Belg is op het ogenblik van de nationaliteitsverklaring, en die de nationaliteitsverklaring kan afleggen, en de vreemdeling van wie één van de adoptanten Belg is, die een beroep dient te doen op de procedure van nationaliteitskeuze, die een leeftijds- en verblijfsduurvoorwaarde impliceert, is door de wetgever verantwoord vanuit de zorg om, enerzijds, de toegang tot de Belgische nationaliteit te verruimen, maar, anderzijds, misbruiken hierbij te voorkomen. Er kon immers



worden gevreesd dat de gewone adoptie van een meerderjarige vreemdeling door een Belg, de geadopteerde de mogelijkheid zou bieden om Belg te worden door nationaliteitsverklaring.

Het verschil in behandeling heeft ook geen onevenredige gevolgen, aangezien de opgelegde verblijfsvoorwaarde geenszins leidt tot de onmogelijkheid om de Belgische nationaliteit te verkrijgen, doch enkel kan leiden tot een zeer kort uitstel daarvan.

A.4. De Ministerraad meent dan ook dat de prejudiciële vraag ontkennend dient te worden beantwoord.

**- B -**

B.1. Artikel 12bis, § 1, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit bepaalt:

*“De Belgische nationaliteit kunnen verkrijgen door een verklaring af te leggen overeenkomstig § 2 van dit artikel, indien zij de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt:*

- 1. de in België geboren vreemdeling, die er sedert zijn geboorte zijn hoofdverblijf heeft;*
- 2. de in het buitenland geboren vreemdeling van wie een ouder op het tijdstip van de verklaring de Belgische nationaliteit bezit;*
- 3. de vreemdeling die sedert ten minste zeven jaar zijn hoofdverblijf in België heeft gevestigd en die, op het tijdstip van de verklaring gemachtigd is of toegelaten werd tot een verblijf van onbeperkte duur in het Rijk of toegelaten werd om er zich te vestigen”.*

B.2.1. Uit de elementen van het dossier blijkt dat de verzoeker voor de verwijzende rechter voldeed aan de vereisten van het voormelde artikel 12bis, § 1, 2°: hij is in Chili geboren op 30 juni 1972 en zijn moeder bezat de Belgische nationaliteit op het tijdstip van zijn verklaring.

B.2.2. De procureur des Konings van Antwerpen heeft niettemin een negatief advies uitgebracht omdat de betrokkene op het tijdstip van de verklaring zijn hoofdverblijf niet in België zou hebben gehad, terwijl zulk een vereiste niet is neergeschreven in het voormelde artikel 12bis, § 1, 2°, en, zoals de verwijzende rechter opmerkt, de term “hoofdverblijf” die wordt gebruikt in artikel 12bis, § 2, eerste lid, betrekking heeft op de territoriale bevoegdheid van de ambtenaar van de burgerlijke stand, en geen voorwaarde toevoegt aan de voorwaarden die zijn vastgelegd in artikel 12bis, § 1.

B.2.3. Aangezien de verzoekende partij voor de verwijzende rechter voldoet aan de wettelijke vereisten, is de prejudiciële vraag niet ontvankelijk.

B.3. Weliswaar is de keuze die wordt geboden aan de meerderjarige vreemdeling die in het buitenland is geboren en van wie een ouder op het tijdstip van de verklaring de Belgische nationaliteit bezit, om de Belgische nationaliteit te verkrijgen onder de enige voorwaarden van artikel 12bis, § 1, 2°, niet verantwoord wanneer zijn situatie wordt vergeleken met die van andere categorieën van vreemdelingen, die in de prejudiciële vraag zijn vermeld en waarvoor wel een hoofdverblijf in België is vereist. Het komt echter de wetgever toe een einde te maken aan die discordantie.

Om die redenen,

het Hof  
zegt voor recht:

De prejudiciële vraag is onontvankelijk.

(...)



## Hof van Cassatie, arrest van 14 januari 2005

*Betekening aan een rederij – 1. wijze van betekenen in een Belgische procedure – toepasselijk recht – Belgisch recht – 2. de kapitein van het betrokken schip heeft vertegenwoordigingsbevoegdheid*

*Signification à une entreprise d'armement – 1. mode de signification dans une procédure belge – droit applicable – droit belge – 2. le capitaine du navire concerné est réputé être le représentant légal*

Nr. C.03.0607.N

**P.**, vennootschap naar vreemd recht, met keuze van woonplaats bij haar manager (Korrespondentreeder) F. GmbH & Co KG, met zetel te (...) (Duitsland),  
eiseres, vertegenwoordigd door Mr. Johan Verbist, (...),

*tegen*

**A.**, vennootschap naar het recht van Peru, met maatschappelijke zetel (...) (Peru),  
verweerster, vertegenwoordigd door Mr. John Kirkpatrick, (...).

### I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen een arrest, op 30 juni 2003 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen. (...)

### III. Middel

Eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

#### *Geschonden wettelijke bepalingen*

- het algemeen rechtsbeginsel inzake de eerbiediging van het recht van verdediging;
- het algemeen rechtsbeginsel inzake de autonomie van de partijen bij het burgerlijk geding, ook het beschikkingsbeginsel genoemd;
- de artikelen 34, 774 en 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek;
- artikel 3, eerste en derde lid, van het Burgerlijk Wetboek;
- de artikelen 196 en 197 van de oude Vennootschappenwet (titel IX van het Wetboek van Koophandel, ingevoegd bij wet van 18 mei 1872, houdende de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, zoals vastgesteld bij K.B. van 30 november 1935, B.S., 5 december 1935, intussen opgeheven door het Wetboek Vennootschappen);
- artikel 527 van het Duitse Handelsgesetzbuch;
- het internationaal gewoonterecht;
- artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof gevoegd bij het Handvest der Verenigde Naties, ondertekend te San Francisco op 26 juni 1945 (B.S., 1 januari 1946; taalkundig en juridisch gezuiverde nederlandsstalige versie verschenen in B.S., 10 september 1987).

#### *Aangevochten beslissingen*

De appèlrechtters zijn van oordeel dat de betekening van het bestreden vonnis bij exploit van 31 december 1997 geldig gebeurde aan de kapitein van het zeeschip M/V Hapag-Lloyd Amazonas. Op grond daarvan beslissen zij dat het hoger beroep, ingesteld op 18 februari 1998, niet toelaatbaar is. Zij komen tot deze beslissing op grond van de volgende overwegingen:



*“(…) dat in casu de dagvaarding werd betekend aan de kapitein van het zeeschip m/v ‘Hapag Lloyd Amazonas’, die als vertegenwoordiger van de scheepseigenaar moet worden beschouwd naar internationaal aanvaard gewoonterecht;*

*dat het inderdaad in het maritiem recht de regel is dat de kapitein van een schip de rederij in rechte kan vertegenwoordigen voor alles wat betrekking heeft op het schip;*

*(…) dat [eiseres] betwist dat naar Duits recht de kapitein de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de rederij heeft, doch dat dit niet het bestaan van een internationaal aanvaard gewoonterecht belet;*

*dat het Belgisch gerechtelijk recht geen mandaten en opdrachten regelt om betekeningen te ontvangen; dat mandaten en opdrachten uit het gemeen recht volgen (in casu het Duits recht en het internationaal gewoonterecht);*

*(…) dat, in tegenstelling tot de bewering van [eiseres], de mogelijkheid tot betekening van een exploit aan de kapitein van een zeeschip in België, ongeacht de nationaliteit van het zeeschip en de nationaliteit van de eigenaar, niet wordt uitgesloten door artikel 34 van het Gerechtelijk Wetboek, overeenkomstig hetwelk de betekening aan een rechtspersoon geacht wordt ‘aan de persoon te zijn gedaan, wanneer het afschrift van de akte is ter hand gesteld aan het orgaan dat of de aangestelde die krachtens de wet, de statuten of een regelmatige opdracht bevoegd is om de rechtspersoon zelfs samen met anderen, in rechte te vertegenwoordigen’;*

*dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de kapitein een ‘wettige vertegenwoordiging’ is, volgens internationaal aanvaard gewoonterecht, zodat de kapitein moet beschouwd worden als een aangestelde met een regelmatige opdracht bevoegd om de scheepseigenaar te vertegenwoordigen in rechte; dat dit maakt dat aan de kapitein betekeningen kunnen gedaan worden volgens artikel 34 van het Gerechtelijk Wetboek;*

*(…) dat wat betreft de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de kapitein dient te worden gesteld dat het schip waarvoor of waartegen de procedure wordt gevoerd, wordt vertegenwoordigd door de kapitein die er het gezag over voert, of minstens op enig ogenblik er het gezag over voerde;*

*(…) dat [verweerster] het vonnis a quo op 31/12/1997 heeft betekend aan [eiseres], in handen van haar kapitein aan boord van het zeeschip ms ‘Hapag Lloyd Amazonas’, gelegen in de haven van Antwerpen;*

*(…) dat de termijnen van artikel 55 van het Gerechtelijk Wetboek hier niet gelden; dat het verzoekschrift tot hoger beroep door [eiseres] werd neergelegd ter griffie van dit hof op 18/02/1998, hetzij buiten de termijn van een maand te rekenen vanaf de betekening van het vonnis a quo om principaal hoger beroep in te stellen;*

*(…) dat dienvolgens het door [eiseres] ingesteld hoger beroep wegens niet naleving van de beroepstermijn of met andere woorden wegens laattijdigheid onontvankelijk dient te worden verklaard” (bestreden arrest, blz. 3-4).*

## **Grieven**

### **1. Eerste onderdeel**

De rechter moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten onderzoeken en kan, ongeacht de omschrijving die zij daaraan hebben gegeven, de voor hem aangevoerde redenen ambtholve aanvullen, op voorwaarde echter dat hij geen betwisting opwerpt waarvan partijen het bestaan hebben uitgesloten, dat hij enkel steunt op feiten die hem regelmatig ter beoordeling zijn overgelegd en dat hij noch het voorwerp, noch de oorzaak van de vordering wijzigt. Bovendien moet hij daarbij het recht van verdediging eerbiedigen.

In voorliggend geval had geen der partijen aangevoerd dat de kapitein als de vertegenwoordiger van de scheepseigenaar moet worden beschouwd op grond van internationaal aanvaard gewoonterecht.

Verweerster betoogde alleen dat de geldigheid van de betekening van een vonnis in België naar Belgisch recht moet worden beoordeeld en dat de gezagvoerder van een zeeschip naar Belgisch recht door de eeuwen heen de wettelijke vertegenwoordiger van de scheepseigenaar is geweest (zie de tweede aanvullende conclusie, tevens syntheseconclusie, van verweerster, ingediend ter griffie van het hof van beroep op 28 mei 1999).

Eiseres had uiteraard evenmin aangevoerd dat er een regel van internationaal gewoonterecht zou bestaan volgens dewelke de kapitein als vertegenwoordiger van de scheepseigenaar moet worden beschouwd.

Door niettemin te beslissen dat de kapitein “volgens internationaal aanvaard gewoonterecht” de wettige vertegenwoordiger is van de scheepseigenaar, zodat aan hem betekeningen kunnen worden gedaan overeenkomstig artikel 34 van het Gerechtelijk Wetboek, schenden de appèlrechters derhalve het algemeen rechtsbeginsel inzake de autonomie van partijen bij het burgerlijk geding, ook het beschikkingsbeginsel genoemd, en artikel 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek.



Door na te laten de debatten hieromtrent te heropenen, schenden de appelrechters tevens het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging en artikel 774 van het Gerechtelijk Wetboek.

## 2. Tweede onderdeel

Artikel 34 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de betekening aan een rechtspersoon wordt geacht aan de persoon te zijn gedaan, wanneer het afschrift van de akte is ter hand gesteld aan het orgaan dat of de aangestelde die krachtens de wet, de statuten of een regelmatige opdracht bevoegd is om de rechtspersoon, zelfs samen met anderen, in rechte te vertegenwoordigen.

De vraag welk orgaan of welke aangestelde bevoegd is om de rechtspersoon, zelfs samen met anderen, in rechte te vertegenwoordigen, wordt beheerst door de vennootschapswet, dit is het recht van de plaats van de werkelijke zetel van de vennootschap. Dit vloeit voort uit de artikelen 196 en 197 van de Vennootschapswet, zoals die van toepassing was op het ogenblik van de feiten, met name op 31 december 1997, en artikel 3, eerste en derde lid, van het Burgerlijk Wetboek waarin de regel van internationaal privaatrecht is neergelegd.

In voorliggend geval stellen de appèlrechters vast en werd overigens niet betwist dat eiseres haar hoofdvestiging had in Duitsland. Bijgevolg diende de vraag of de kapitein, aan wie het exploit werd betekend, bevoegd was om eiseres te vertegenwoordigen, te worden beantwoord naar Duits recht. Artikel 527 van het Duitse Handelsgesetzbuch bepaalt met betrekking tot de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de kapitein buiten de thuishaven:

*“1. Indien het schip zich buiten de thuishaven bevindt, is de kapitein tegenover derden bevoegd krachtens zijn aanstelling om voor de reder alle zaken te doen en rechtshandelingen te stellen nodig voor de uitrusting, de bemanning, de bevoorrading en het onderhoud van het schip, evenals überhaupt voor de uitvoering van de reis.*

*2. Deze bevoegdheid strekt zich ook uit tot het sluiten van bevrachtingsovereenkomsten; verder strekt ze zich uit tot het uitbrengen van rechtsvorderingen die op de werkring van de kapitein betrekking hebben”.*

Deze bevoegdheid is echter beperkt tot de vorderingen die volgen uit overeenkomsten en rechtshandelingen met betrekking tot de “betreffende reis”. De Duitse wet gaat ervan uit dat de reder de kapitein telkens vanuit de thuishaven op reis stuurt en dat deze reis opnieuw eindigt in de thuishaven. Voor zover als nodig zal de kapitein in deze tijdspanne van zijn wettelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid kunnen gebruik maken.

In voorliggend geval wordt niet betwist dat de betekening in de Antwerpse haven op 31 december 1997 geen betrekking had op de “betreffende reis”, met andere woorden de reis die het m/s Hapag-Lloyd Amazonas op dat ogenblik maakte, doch wel op de niet aflevering van een lading, vervoerd aan boord van het schip in het begin van 1994, en dat de betekening gebeurde aan kapitein J., terwijl ten tijde van de betreffende reis kapitein F. gezagvoerder was van het m/s Hapag-Lloyd Amazonas.

De appèlrechters onderzoeken niet of kapitein J. naar Duits recht bevoegd was om het exploit van betekening in ontvangst te nemen, laat staan dat zij dergelijke bevoegdheid vaststellen.

Door niettemin te beslissen dat deze kapitein (J.) bevoegd was om de scheepseigenaar te vertegenwoordigen in rechte, schenden zij de artikelen 34 van het Gerechtelijk Wetboek, 196 en 197 van de Vennootschappenwet en 527 van het Duitse Handelsgesetzbuch en van zoveel als nodig, 3, eerste en derde lid, van het Burgerlijk Wetboek.

## 3. Derde onderdeel

Uit artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof gevoegd bij het handvest der Verenigde Naties blijkt dat de bronnen van het internationaal recht bestaan in (a) de internationale verdragen, (b) de internationale gewoonte, als blijk van een als recht aanvaarde algemene praktijk, (c) de door beschaafde naties erkende algemene rechtsbeginselen, en (d) onder voorbehoud van de bepalingen van artikel 59 van hetzelfde Statuut, rechterlijke beslissingen alsmede de opvattingen van de meest bevoegde schrijvers der verschillende naties, als hulpmiddelen voor het bepalen van rechtsregels.

De internationale gewoonte vereist dus een “als recht aanvaarde algemene praktijk”, met andere woorden enerzijds een gevestigde praktijk (objectief element) en anderzijds de overtuiging dat deze praktijk overeenstemt met een juridische verplichting, de zogenaamde opinio juris sive necessitatis (subjectief element).

Er bestaat geen algemeen aanvaarde praktijk volgens dewelke de kapitein de scheepseigenaar of de rederij in rechte kan vertegenwoordigen, en, zelfs indien dergelijke praktijk wel algemeen zou zijn aanvaard, bestaat er geen overtuiging dat deze praktijk overeenstemt met een juridische verplichting.

Er bestaat bijgevolg geen internationale gewoonte volgens dewelke de kapitein de rederij of de scheepseigenaar in rechte kan vertegenwoordigen voor alles wat betrekking heeft op het schip.



Door niettemin te beslissen dat er een regel van internationaal aanvaard gewoonterecht zou bestaan volgens dewelke de kapitein van een schip de rederij in rechte kan vertegenwoordigen voor alles wat betrekking heeft op het schip, schenden de appelrechters het internationaal recht, en meer bepaald het rechtsbegrip internationale gewoonte, zoals dat wordt gedefinieerd in artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof.

#### **IV. Beslissing van het Hof**

##### **1. Eerste onderdeel**

Overwegende dat verweerster in haar appèlconclusie aanvoerde dat “*de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de kapitein naar Belgisch recht een wettelijke (gewoonterechtelijke) basis [heeft] ...*” en dat “*het volstaat vast te stellen dat ook andere landen dan België die in de internationale scheepvaart een voornamelijk rol spelen, een dergelijke politiewet kennen. Dergelijke politiewet kan dus niet als een onredelijk unicum worden beschouwd*”;

Overwegende dat de appèlrechters door te oordelen dat de “*kapitein van het schip de rederij kan vertegenwoordigen voor alles wat betrekking heeft op het schip*” en dat “*de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de kapitein een wettige vertegenwoordiging is, volgens internationaal aanvaard gewoonterecht zodat de kapitein moet beschouwd worden als een aangestelde met een regelmatige opdracht bevoegd om de scheepseigenaar te vertegenwoordigen in rechte*”, geen betwisting opwerpen die door de partijen in conclusie was uitgesloten en waarover zij geen tegenspraak hebben kunnen voeren;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

##### **2. Tweede onderdeel**

Overwegende dat, krachtens artikel 34 van het Gerechtelijk Wetboek, de betekening aan een rechtspersoon wordt geacht aan de persoon te zijn gedaan wanneer het afschrift van de akte ter hand is gesteld aan het orgaan dat of de aangestelde die krachtens de wet, of de statuten of een regelmatige opdracht bevoegd is om de rechtspersoon, zelfs samen met anderen, in rechte te vertegenwoordigen;

Dat hoewel de bevoegdheid van vreemde handelsvennootschappen of –verenigingen in de regel wordt bepaald door het buitenlandse recht, het Belgisch recht de rechtspleging regelt voor de Belgische rechtbanken en, met betrekking tot betekeningen aan een rederij bepaalt onder welke voorwaarden een betekening aan een kapitein van een schip geacht wordt te zijn gedaan aan de rederij;

Dat de kapitein van een zeeschip geacht wordt de wettelijke vertegenwoordiger te zijn van de rederij ter zake van rechtshandelingen gesteld betreffende dat schip; dat hij op grond hiervan, ongeacht de nationaliteit van de rederij of van het schip, bevoegd is om de rederij voor de Belgische rechtbanken te vertegenwoordigen in alle gedingen die het schip aanbelangen en in die hoedanigheid rechtsvorderingen kan instellen en betekeningen kan in ontvangst nemen;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat:

1. eiseres als reder-eigenaar van het schip “Hapag Lloyd Amazonas” door de verweerster werd gedagvaard voor de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen;
2. verweerster als cognossementhouder aanspraak maakt op vergoeding voor verlies bij een vorige reis van lading vervoerd aan boord van het schip “Hapag Lloyd Amazonas” onder een door eiseres uitgegeven cognossement;
3. eiseres in Duitsland gevestigd is en de “Hapag Lloyd Amazonas” onder Panamese vlag vaart;
4. de rechtbank van koophandel de vordering van verweerster bij vonnis van 16 december 1997 ontvankelijk en gegrond verklaarde;

Overwegende dat de appèlrechters in het bestreden arrest en in het tussenarrest van 20 december 1999 vaststellen dat:

1. het vonnis van 16 december 1997 op verzoek van verweerster op 31 december 1997 werd betekend aan eiseres;



2. deze betekening plaatsvond aan de kapitein van het zeeschip “Hapag Lloyd Amazonas” gemeerd in de haven van Antwerpen;
3. niet wordt betwist dat het schip “Hapag Lloyd Amazonas” nog steeds aan eiseres toebehoort;

Overwegende dat de appèlrechters oordelen dat de *“kapitein van het schip de rederij kan vertegenwoordigen voor alles wat betrekking heeft op het schip”* krachtens een gewoonterechtelijke regel en dat *“de kapitein op grond hiervan ook de bevoegdheid heeft om de scheepseigenaar in rechte te vertegenwoordigen”*;

Dat zij op grond van deze vaststellingen en redengeving, hun beslissing dat de betekening van het vonnis van 16 december 1997 rechtsgeldig gebeurde en het hoger beroep van eiseres tardief is, naar recht verantwoordend;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

### **3. Derde onderdeel**

Overwegende dat eiseres er ten onrechte van uitgaat dat de door de appèlrechters gehanteerde formule “internationaal aanvaard gewoonterecht” verwijst naar een internationale gewoonte als bron van het internationaal recht in de zin van artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof;

Dat het onderdeel dat berust op een onjuiste lezing van het arrest, feitelijke grondslag mist;

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

Verwerpt het cassatieberoep;

Aldus geoordeeld door het Hof van Cassatie, eerste kamer, te Brussel, door voorzitter Ivan Verougstraete, de raadsheren Etienne Goethals, Ghislain Londers, Eric Dirix en Eric Stassijns, en in openbare terechtzitting van veertien januari tweeduizend en vijf uitgesproken door voorzitter Ivan Verougstraete, in aanwezigheid van advocaat-generaal Marc Timperman, met bijstand van griffier Philippe Van Geem.



## Cour de cassation, arrêt du 7 octobre 2004

*Application de droit étranger – tâche du juge belge – désignation des dispositions applicables – indication de la portée et du sens de ces dispositions – en respectant les droits de la défense*

*Toepassing van vreemd recht – taak van de Belgische rechter – bepalen van de toepasselijke bepalingen – aangeven van de draagwijdte en betekenis van die bepalingen – met respect voor de rechten van verdediging*

N° C.99.0289.F

1. **Etat Belge**, représenté par le ministre de la Défense nationale, (...),
2. **L. P.**,  
demandeurs en cassation, représentés par Maître Antoine De Bruyn, (...),  
*contre*
1. **F. E.** et
2. **F. H. J.**,
3. **Techniker Krankenkasse**, caisse de sécurité sociale de droit allemand dont le siège est établi à Hambourg (Allemagne), Schlosstrasse, 12,  
défendeurs en cassation, représentés par Maître Philippe Gérard, (...),
4. **Ville-Etat Hanseatique de Hambourg**, agissant par son sénateur de la Santé publique et son ministère, (...),  
défenderesse en cassation, représentée par Maître Ignace Claeys Bouuaert, (...).

### I. La décision attaquée

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 22 décembre 1998 par la cour d'appel de Bruxelles.

(...).

### III. Les faits

Tels qu'ils ressortent de l'arrêt attaqué et des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard, les faits de la cause et les antécédents de la procédure peuvent être ainsi résumés:

La première défenderesse, qui a séjourné avec sa famille au Rwanda de 1984 à 1986, a, quelques jours après une excursion au parc national de l'Akagera, ressenti le 19 juillet 1986 l'atteinte de la fièvre. Elle a consulté le 21 juillet le second demandeur, médecin attaché à l'hôpital militaire de Kanombe, dont répond le premier demandeur. Après avoir prescrit un premier traitement demeuré sans effet, le second demandeur a décidé le lendemain de transférer la première défenderesse, qu'il présumait atteinte de la maladie du sommeil, à l'hôpital civil de Kigali, où il l'a rejointe, et a organisé son rapatriement urgent en Europe. Avant le départ de l'avion, le second demandeur a administré à la première défenderesse une injection médicamenteuse et a établi à l'intention des médecins qui la soigneraient à son arrivée un document relatant cet acte médical. Dès son arrivée à Bruxelles, le 23 juillet 1986, la première défenderesse a été transférée à l'Institut de médecine tropicale de Hambourg, où son état n'a cessé de se détériorer. Elle reste paraplégique.

La première défenderesse et le défendeur, son mari, ainsi que la deuxième défenderesse, caisse d'assurance sociale de droit allemand qui a procédé en faveur de la première défenderesse à des décaissements, ont réclamé la réparation de leur dommage aux demandeurs et à la troisième défenderesse, responsable de l'établissement médical où la première défenderesse a été admise à son arrivée à Hambourg.

L'arrêt ne retient d'autre responsabilité que celle des demandeurs.





## IV. Les moyens de cassation

Les demandeurs présentent trois moyens libellés dans les termes suivants:

### 1. Premier moyen

#### *Dispositions légales violées*

- article 149 de la Constitution;
- article 258 du livre III du Code civil rwandais;
- article 3, alinéa 1er, du Code civil;
- article 5 et 774, alinéas 1er et 2, du Code judiciaire;
- principe général du droit imposant le respect des droits de la défense;
- principe général du droit du contradictoire;
- principe général du droit relatif à l'office du juge.

#### *Décisions et motifs critiqués*

Après avoir décidé que "la responsabilité éventuelle (du second demandeur) et du docteur Q. doit s'apprécier par rapport à la loi rwandaise, le fait dommageable s'étant (...) produit au Rwanda", et avoir précisé que "l'article 258 du livre (traitant dans le Code civil rwandais des 'contrats ou des obligations conventionnelles'), devenu livre troisième, dispose que 'tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer'", l'arrêt déclare fondées les actions des premier, deuxième et troisième défendeurs contre les demandeurs et condamne ces derniers à payer à la première défenderesse la somme de 41.112.124 francs en principal, au défendeur la somme de 750.000 francs en principal et à la deuxième défenderesse l'équivalent en francs belges de la somme provisionnelle de 317.537 marks allemands, ces sommes augmentées des intérêts compensatoires, des intérêts judiciaires et des dépens, aux motifs:

*"Que le (second demandeur) a commis une faute en prenant une décision thérapeutique extrême en méconnaissance de cause, en se fiant au seul avis d'un confrère non spécialisé;*

*(...) Que, surabondamment, et sans que cet élément ne modifie le caractère déterminant des fautes déjà relevées, il y a lieu de constater que le (second demandeur) n'a pas informé sa patiente du risque important qu'il lui faisait courir par l'injection d'une dose importante d'un produit arsenical à haute toxicité, à laquelle, même dans des conditions d'urgence, cette patiente n'a pas pu donner son consentement éclairé;*

*(...) Que le rapport d'expertise judiciaire et les pièces du dossier confirment que (la première défenderesse) souffre d'une paraplégie (paralysie de la moitié inférieure du corps) avec insensibilité totale en dessous du rebord costal et incontinence;*

*Que le lien de causalité entre l'utilisation fautive du produit arsenical et l'encéphalite réactionnelle ayant donné lieu à la myélite transverse dont souffre (la première défenderesse) est donc établi".*

### **Griefs**

#### **1.1. Première branche**

Dans leurs conclusions d'appel, les demandeurs avaient fait valoir:

*"Que, s'il est vraisemblable que le principe équivalent à l'article 1382 du Code civil belge existe en droit rwandais - son (in)existence serait au demeurant sanctionnée par l'ordre public international belge -, il est tout aussi probable que sa mise en oeuvre et ses conditions d'application divergent considérablement, surtout dans un domaine aussi délicat que celui de la responsabilité médicale liée à un contexte socio-économique et culturel et à des conditions d'exercice très différents de ce qu'ils sont en Belgique;*

*Qu'il ne s'agit pas pour les (demandeurs) d'éviter par principe le débat sur la responsabilité mais bien de faire valoir combien il est absurde en droit comme en équité de vouloir déterminer la faute professionnelle d'un médecin isolé, exerçant son art dans des conditions précaires au Rwanda, d'après des critères ou des normes généralement retenus pour juger le même comportement d'un médecin exerçant en Belgique dans un environnement technologique de pointe, avec des hôpitaux universitaires à proximité et des moyens de communication incomparables;*

*Que c'est là précisément que réside la ratio legis de l'article 3 du Code civil en ce qu'il prévoit l'application de la loi du lieu où a été commis le délit ou le quasi-délit;*



*Que ce qui serait retenu dans cette hypothèse comme une faute lourde ou légère en droit belge pourrait n'être même pas constitutif de faute en droit rwandais;*  
*(...) Que les (trois premiers défendeurs), restant donc principalement en défaut de démontrer faute ou négligence du (second demandeur) et leurs dommages, suivant les règles applicables en droit rwandais, doivent être déclarés irrecevables ".*

En d'autres mots, les demandeurs ont soutenu que, même s'il existait en droit rwandais une disposition similaire à l'article 1382 du Code civil belge - ce qu'ils ignoraient -, cette disposition ne pouvait certainement pas être interprétée et appliquée comme l'est l'article 1382 du Code civil belge et que, notamment, il y avait lieu de rechercher si les notions de faute et d'imprudence étaient les mêmes en droit belge et en droit rwandais.

L'arrêt ne dit mot de cette problématique; il se borne à énoncer qu'il existe en droit rwandais un article 258 disposant que "*tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*".

Il s'ensuit que l'arrêt, qui retient la faute du (second demandeur) et condamne les demandeurs à réparer les dommages des (trois premiers) défendeurs, n'est pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution).

## **1.2. Deuxième branche**

En vertu de l'article 3, alinéa 1er, du Code civil, les lois de police d'un Etat sont applicables aux faits commis sur le territoire de cet Etat; les lois qui déterminent les éléments du fait générateur de la responsabilité civile, délictuelle ou quasi délictuelle, ainsi que le mode et l'étendue de la réparation sont des lois de police; à juste titre, par conséquent, l'arrêt considère qu'il y a lieu d'appliquer en l'espèce le droit rwandais - l'article 258 du livre III du Code civil rwandais en l'occurrence -, le fait dommageable imputé au second demandeur s'étant produit au Rwanda.

Il appartient au juge saisi d'une demande fondée sur une disposition de droit étranger de déterminer le sens et la portée de ce droit, et ce d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, il y est invité par les conclusions des parties.

Il ne peut toutefois procéder à cet examen et déterminer le sens et la portée du droit étranger qu'en respectant les droits de la défense.

Il s'ensuit qu'en affirmant, comme en l'espèce, que l'article 258 du Code civil rwandais est applicable sans déterminer le sens et la portée de cette disposition et sans en tout cas permettre aux parties de débattre à propos du sens et de la portée de cette disposition, l'arrêt viole le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, cité en tête du moyen, et le principe général du contradictoire, dont fait notamment application l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire.

## **1.3. Troisième branche**

Il appartient au juge d'appliquer aux faits dont il est régulièrement saisi la règle de droit en vertu de laquelle il fera droit à la demande.

Dans la mesure où il n'a pas cherché à déterminer le sens éventuellement propre et la portée particulière de l'article 258 du Code (civil) rwandais, notamment celui et celle des notions de faute et de causalité en droit rwandais, l'arrêt met la Cour dans l'impossibilité de contrôler la légalité de la décision rendue et méconnaît l'office du juge (violation, d'une part, de l'article 149 de la Constitution et, d'autre part, du principe général du droit relatif à l'office du juge, qui trouve application dans les articles 5 et 774 du Code judiciaire). A tout le moins, sa décision n'est pas légalement justifiée (violation des articles 3, alinéa 1er, du Code civil belge et 258 du Code civil rwandais).

## **2. Deuxième moyen**

### ***Dispositions légales violées***

- article 149 de la Constitution;
- article 823 du Code civil allemand;
- article 3, alinéa 1er, du Code civil;
- articles 5 et 774, alinéas 1er et 2, du Code judiciaire;
- principe général du droit imposant le respect des droits de la défense;
- principe général du droit du contradictoire;
- principe général du droit relatif à l'office du juge.



## **Décisions et motifs critiqués**

Après avoir précisé que "la responsabilité éventuelle de la (troisième défenderesse) doit s'apprécier par rapport à la loi allemande, le fait dommageable éventuel s'étant, en ce cas, produit en Allemagne", et que "l'article 823 du Code civil allemand dispose que 'quiconque, agissant intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illégalement à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui, est tenu à l'égard de celui-ci à la réparation du préjudice qui en résulte', l'arrêt déclare fondées les actions des premier, deuxième et troisième défendeurs contre les demandeurs et condamne ces derniers à payer à la première défenderesse la somme de 41.112.124 francs en principal, au défendeur la somme de 750.000 francs en principal et à la deuxième défenderesse l'équivalent en francs belges de la somme provisionnelle de 317.537 marks allemands, ces sommes augmentées des intérêts compensatoires, des intérêts judiciaires et des dépens, aux motifs:

*"Que les (demandeurs) mettent en cause la responsabilité de la (troisième défenderesse) pour ne pas avoir mis sur pied un traitement antidote préventif à une réaction neurologique devenue prévisible;*

*(...) Que les experts judiciaires estiment correct le jugement des médecins de la clinique allemande au moment de l'hospitalisation de (la première défenderesse), parfaitement défendable leur décision d'instaurer un traitement par les corticoïdes lors de la complication neurologique du 26 juillet et également justifiée la décision d'y ajouter du Bal;*

*Qu'ils concluent par conséquent que les examens qui s'imposaient ont été effectués et que le traitement qui a découlé de la situation et des résultats des examens techniques a été correct;*

*(...) Que, par ailleurs, les experts judiciaires confirment que le premier traitement d'urgence instauré à Hambourg a comporté l'administration d'un médicament devant accélérer l'élimination d'arsenic de l'organisme, un traitement par corticostéroïdes ayant également été instauré dans le but de contrôler une éventuelle réaction inflammatoire causée par ces produits de destruction de trypanosomes;*

*Que les (demandeurs) et les (deux premiers défendeurs) n'établissent aucune faute à charge de la (troisième défenderesse)".*

## **Griefs**

Le juge qui décide qu'une disposition d'une loi étrangère est applicable doit, d'une part, rechercher et déterminer le sens et la portée de cette disposition et, d'autre part, permettre aux parties de conclure à propos de son application et de sa portée, surtout lorsque, comme en l'espèce, les parties n'ont pas fait allusion à l'application de cette disposition dans leurs conclusions.

Il s'ensuit que l'arrêt, qui estime que la responsabilité de la troisième défenderesse doit s'apprécier par rapport à l'article 823 du Code civil (allemand) et qui décide ensuite qu'aucune faute au regard de cette disposition n'est établie, sans se prononcer sur le sens, éventuellement spécifique, de celle-ci, notamment de la notion de faute en droit allemand, et sans en tout cas permettre aux parties de conclure à propos de l'application de l'article 823 du Code civil allemand et du sens à donner à celui-ci, viole les droits de la défense des demandeurs et manque à son obligation de déterminer le sens et la portée du droit étranger qu'il applique et de s'expliquer sur ce point (violation, d'une part, du principe général du droit imposant le respect des droits de la défense et, d'autre part, des principes généraux du droit du contradictoire et de l'office du juge, consacrés, le premier, par, notamment, l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire et, le second, par les articles 5 et 774, alinéa 1er, du même code).

De plus, en l'absence de considération sur le sens et la portée de l'article 823 du Code civil allemand, l'arrêt n'est ni régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution) ni légalement justifié (violation des articles 3, alinéa 1er, du Code civil belge et 823 du Code civil allemand).

## **3. Troisième moyen**

### **Dispositions légales violées**

- article 149 de la Constitution;
- article 3, alinéa 1er, du Code civil;
- article 258 du Livre III du Code civil rwandais;
- principe général du droit imposant le respect des droits de la défense;
- principe général du droit relatif à l'office du juge;
- principe général du droit du contradictoire;
- articles 5 et 774, alinéas 1er et 2, du Code judiciaire.



## **Décisions et motifs critiqués**

L'arrêt décide que le droit applicable au calcul des dommages des défendeurs était le droit rwandais et c'est par conséquent en fonction de ce droit qu'il fixe à 41.112.124 francs en principal le montant des dommages et intérêts revenant à la première défenderesse, à 750.000 francs le montant des dommages et intérêts alloués au défendeur et à la contre-valeur en francs belges de la somme de 317.537,96 marks allemands le montant attribué à la deuxième défenderesse.

Il en décide ainsi aux motifs:

*" Que les lois qui déterminent les éléments du fait générateur de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle ainsi que le mode et l'étendue de l'indemnisation sont des lois de police au sens de l'article 3, alinéa 1er, du Code civil (Cass., 17 mai 1957, Pas., 1957, I, 711);*

*Que c'est donc la loi du lieu du fait dommageable (in casu le Rwanda) qui doit être appliquée pour évaluer le dommage;*

*Que la cour (d'appel) constate qu'au livre troisième du Code civil rwandais traitant 'Des contrats ou obligations conventionnelles' sont jointes des 'dispositions complémentaires' précisant les modalités 'd'application du principe de la réparation in integrum relevant de l'article 258 du Code civil, livre III' (Instruction ministérielle n° 1/87 relative à la détermination des dommages-intérêts matériels pour perte de revenus et des dommages-intérêts moraux) ".*

## **Griefs**

### **3.1. Première branche**

Dans leurs conclusions d'appel, les demandeurs avaient fait valoir

*"Que (la première défenderesse) reste en défaut de prouver le mode et l'étendue de la réparation du dommage en droit rwandais;*

*Que cette observation est particulièrement pertinente en matière de dommages moral, esthétique, sexuel, d'agrément ou ménager, qui ne sont pas reconnus par tous les ordres juridiques;*

*Qu'à défaut d'établir la reconnaissance de ces types de dommages ou de 'douleurs physiques' par le droit rwandais, la demande doit être déclarée non recevable sur ces points".*

L'arrêt, qui se limite à faire référence à l'article 258 du Code civil rwandais et à "l'instruction ministérielle n° 1/87 relative à la détermination des dommages-intérêts pour perte de revenus et des dommages-intérêts moraux", ne répond pas aux conclusions soutenant qu'il n'est pas établi si et comment les dommages détaillés par les défendeurs sont reconnus et réparés en droit rwandais.

Il s'ensuit que l'arrêt, qui condamne les demandeurs à verser aux (trois premiers) défendeurs les sommes susdites, n'est pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution).

### **3.2. Seconde branche**

Les droits de défense des parties sont méconnus par le juge qui fonde sa décision sur des dispositions de droit étranger qui n'ont pas été invoquées par les parties, sans laisser à celles-ci l'occasion de conclure et de plaider sur l'application en la cause desdites dispositions et sur le sens et la portée que le juge entend leur donner.

En l'espèce, l'arrêt fait unilatéralement référence à l'article 258 du Code civil rwandais et davantage encore à une "instruction ministérielle" relative à la détermination des dommages-intérêts matériels pour perte de revenus et des dommages-intérêts moraux, sans préciser si, comment et dans quelle mesure la réparation des dommages avancés par les (trois premiers) défendeurs était reconnue par ces dispositions ni inviter les parties à conclure à propos de l'applicabilité, du contenu et du sens de cet article et de cette circulaire (cfr l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire).

Ce faisant, l'arrêt porte atteinte aux droits de défense des demandeurs (violation du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, cité en tête du moyen, et de l'article 774, alinéa 2, du Code judiciaire) et méconnaît aussi le principe relatif à l'office du juge, consacré notamment par les articles 5 et 774, alinéa 1er, du Code judiciaire, qui imposait à la cour d'appel de rechercher la portée et le sens, éventuellement propres, de la législation rwandaise concernant le principe et l'étendue de la réparation des dommages consécutifs à un fait dommageable commis au Rwanda.

En tout cas, en l'absence de précision sur la portée de l'article 258 du Code civil rwandais et sur le contenu de l'instruction ministérielle citée, l'arrêt rend impossible la vérification de la légalité de sa décision; à ce



titre, il n'est ni régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution) ni légalement justifié (violation des articles 3, alinéa 1er, du Code civil et 258 du Code civil rwandais).

## V. La décision de la Cour

Attendu que l'arrêt énonce, sans être critiqué, "*que les lois qui déterminent les éléments du fait générateur de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle ainsi que le mode et l'étendue de l'indemnisation sont des lois de police au sens de l'article 3, alinéa 1er, du Code civil*" et "*que ce statut implique une application territoriale des lois relatives à la responsabilité non contractuelle (lex loci delicti commissi)*";

### *Sur les premier et troisième moyens:*

#### **Quant à la première branche de chacun des moyens:**

Attendu que l'arrêt considère que le droit rwandais, dont il observe "*que les parties s'accordent à demander l'application (...) au cas d'espèce*", s'applique tant à l'appréciation de la responsabilité du second demandeur qu'à l'évaluation du dommage dont les trois premiers défendeurs poursuivent la réparation;

Qu'il relève "*que l'administrateur général du département belge des Affaires étrangères a adopté le 30 juillet 1888 un décret introduisant dans le Code civil rwandais un livre (...), devenu le (...) troisième*", dont "*l'article 258 (...) dispose que tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*";

Que, s'agissant de l'évaluation du dommage, l'arrêt ajoute qu'à ce livre "*sont jointes des dispositions complémentaires' précisant les modalités d'application du principe de la réparation in integrum relevant (dudit) article 258 (...) (Instruction ministérielle n° 1/87 relative à la détermination des dommages-intérêts pour perte de revenus et des dommages moraux)*";

Qu'ayant ainsi précisé les normes du droit rwandais dont il décide de faire application, l'arrêt examine, sur leur fondement, les éléments de fait invoqués par les parties pour apprécier, et la faute du second demandeur, et le dommage à la réparation duquel peuvent prétendre les trois premiers défendeurs;

Que, par l'ensemble de ces énonciations, l'arrêt répond aux conclusions des demandeurs qui faisaient valoir que les trois premiers défendeurs restaient en défaut d'établir la faute et le dommage dont ils se prévalaient suivant les règles applicables en droit rwandais;

Qu'en cette branche, les moyens manquent en fait;

#### **Quant aux deuxième et troisième branches du premier moyen et à la seconde branche du troisième moyen:**

Attendu qu'il ressort de la réponse à la première branche de chacun des moyens que les parties ont admis devant la cour d'appel que la loi rwandaise était applicable;

Qu'en précisant les dispositions applicables de cette loi, la cour d'appel n'a fait, sans porter atteinte au droit de défense des demandeurs, que se conformer à son obligation d'appliquer aux faits dont elle était régulièrement saisie les normes juridiques sur la base desquelles elle statuerait sur la demande;

Attendu que, dans la mesure où, sur le fondement de ces dispositions, elle a, par des motifs qui ne sont pas critiqués, fait droit à la demande sur la base des faits soumis à son appréciation, elle a indiqué le sens et la portée qu'elle leur prêtait, mettant ainsi la Cour en mesure d'exercer son contrôle;

Qu'en l'absence de conclusions sur ce point, elle n'était au surplus pas tenue de constater que toutes les conditions d'application de ces dispositions étaient réunies;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a violé aucune des dispositions légales et méconnu aucun des principes généraux du droit visés aux moyens, en ces branches;

Qu'en ces branches, les moyens ne peuvent être accueillis;



## Sur le deuxième moyen:

Attendu que l'arrêt considère "*que la responsabilité (...) de la (troisième défenderesse) doit s'apprécier par rapport à la loi allemande, le fait dommageable éventuel s'étant, en ce cas, produit en Allemagne*", et "*que l'article 823 du Code civil allemand dispose que quiconque, agissant intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illégalement à la vie, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui est tenu à l'égard de celui-ci à la réparation du préjudice qui en résulte*";

Qu'ayant ainsi, conformément à l'obligation s'imposant à la cour d'appel, désigné la disposition légale étrangère dont celle-ci ferait application aux faits dont elle était régulièrement saisie pour statuer sur la demande, l'arrêt écarte, par une appréciation qui gît en fait, la faute imputée à la troisième défenderesse;

Attendu que, dès lors que les parties admettaient en leurs conclusions que la règle de conflit prévue à l'article 3, alinéa 1er, du Code civil impose d'appliquer à l'appréciation de la faute aquilienne la loi du lieu où le fait a été commis, l'arrêt ne viole pas le droit de défense des demandeurs en précisant la disposition applicable de cette loi;

Qu'en appréciant la faute imputée à la troisième défenderesse sur le fondement de cette disposition, il précise le sens et la portée qu'il lui prête;

Que le moyen ne peut être accueilli;

PAR CES MOTIFS,  
LA COUR

Rejette le pourvoi;

(...)

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Claude Parmentier, les conseillers Christian Storck, Didier Batselé, Christine Matray et Philippe Gosseries, et prononcé en audience publique du sept octobre deux mille quatre par le président de section Claude Parmentier, en présence de l'avocat général André Henkes, avec l'assistance du greffier Marie-Jeanne Massart.



## Cour du travail Liège, arrêt du 19 janvier 2005

*Représentant de commerce – 1. compétence internationale – Convention de Lugano – articles 2 et 5 – lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail – 2. droit applicable – contrat conclu avant le 1<sup>er</sup> janvier 1988 – Convention de Rome – inapplicabilité – méthode indiciaire*

*Handelsvertegenwoordiger – 1. internationale bevoegdheid – EVEX-verdrag – artikelen 2 en 5 – plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht – 2. toepasselijk recht – contract gesloten vóór 1 januari 1988 – EVO-verdrag – niet toepasselijk – indicatiënmethode*

EN CAUSE DE:

**S.A. P.**, appelante au principal et intimée sur incident, (...),  
*contre*  
**M. J.**, intimé au principal et appelant sur incident, (...).  
(...)

### Objet des appels

L'appelante critique le jugement déféré, en ce que les premiers juges l'ont condamnée à payer à l'actuel intimé la somme de 28.291,04 €, sous déduction d'un montant net de 15.493,42 € à titre d'indemnité de rupture de contrat de travail, et en ce qu'ils ont ordonné la réouverture des débats quant à la qualification du contrat,

aux motifs que le tribunal saisi est compétent, que la loi belge est applicable et que le délai de préavis convenable est de 12 mois au moins,

alors que le tribunal de Luxembourg est compétent ou à tout le moins la Cour du travail d'Anvers, que la loi luxembourgeoise est applicable et qu'à titre subsidiaire, il y a lieu de l'autoriser à apporter la preuve de plusieurs faits qu'elle énumère.

L'intimé demande à la Cour de dire l'appel principal recevable mais non fondé et forme, quant à lui, appel incident en postulant la condamnation de l'appelante, à cet égard intimée sur incident, à lui payer la somme de 11.756,60 € à titre de solde d'arriérés de salaire, la somme de 46.591,24 € à titre d'indemnité de rupture et la somme de 17.094,09 € à titre d'indemnité d'éviction; à titre subsidiaire, il demande à être autorisé à apporter la preuve de plusieurs faits qu'il énumère.

(...)

### Fondement des appels

#### I. Compétence internationale

1. L'article 2 de la convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, le protocole n° 1 relatif à certains problèmes de compétence, de procédure et d'exécution, le Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la Convention, le Protocole n° 3 concernant l'application de l'article 57, les trois Déclarations, et l'Acte final, faits à Lugano approuvée par la loi du 27 novembre 1996, dispose en son article 2 que sous réserve des dispositions de la présente Convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat.



2. En l'espèce, l'appelante au principal, défenderesse originaire, a son siège social en Belgique et c'est dès lors à bon droit qu'elle a été atraite devant une juridiction de cet Etat.

3. La contestation élevée par l'appelante au principal quant à la compétence internationale est d'autant plus curieuse que l'article 10 du contrat d'emploi précise qu'en cas de litige, les parties acceptent que seuls les tribunaux d'Anvers seront compétents.

4. Surabondamment, l'article 5 de la même Convention dispose que le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait, dans un autre Etat 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; qu'en en matière de contrat individuel de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail, et, si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, ce lieu est celui où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur.

5. Il résulte des pièces produites par l'intimé au principal que le contrat a été exécuté habituellement en Belgique, l'appelante au principal s'abstenant de produire une liste de clients que l'intimé au principal aurait visités au Grand Duché de Luxembourg.

6. L'appel principal n'est pas fondé sur ce point.

## **II. Compétence interne territoriale**

1. L'article 17 de la Convention susdite dispose en son numéro 1 que si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat sont seuls compétents, et en son numéro 5 qu'en matière de contrats individuels de travail, les Conventions attributives de juridiction ne produisent leurs effets que si elles sont postérieures à la naissance du différend.

2. En l'espèce, l'article 10 du contrat d'emploi selon lequel en cas de litige, les parties acceptent que seuls les tribunaux d'Anvers seront compétents est d'évidence antérieure à la naissance du litige et ne saurait dès lors être appliquée.

3. L'article 627, 9°, du code judiciaire dispose que le juge de la situation du lieu affecté à l'exploitation de l'entreprise est compétent pour toutes les contestations relatives à l'activité professionnelle des travailleurs salariés.

4. Lorsque le travailleur exerce ses activités dans différents arrondissements judiciaires, chaque partie peut porter la contestation devant le tribunal du travail de l'un des arrondissements judiciaires dans lequel le travailleur a exercé ses activités (cfr. Cass., 28 octobre 1985, Bull., 1986, p. 230 ss.; T.T. Nivelles, 13 février 1981, J.T.T.T., 1982, p. 271 s.).

5. Il ressort des pièces produites par l'intimé au principal que celui-ci a exercé son activité dans l'arrondissement judiciaire de Marche-en-Famenne et il s'ensuit que le tribunal du travail de cet arrondissement était bien compétent.

6. L'appel principal n'est pas davantage fondé à cet égard.

## **III. Législation applicable**

1. Les parties s'accordent à dire que la Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome et approuvée par la loi du 14 juillet 1987, entrée en vigueur





à l'égard de la Belgique le 1er avril 1991, n'est pas applicable en l'espèce puisque le contrat de travail litigieux a été conclu avant le 1er janvier 1988.

2. En l'absence de choix des parties, il convient de recourir à la méthode indiciaire afin de déterminer la législation à laquelle se rattache le contrat de travail.

3. En l'occurrence, le contrat signé par les parties le 25 février 1981 prévoit en son article 5 l'essentiel des dispositions de la loi belge du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail concernant la résiliation avec préavis des contrats de travail d'employé tandis que l'article 13 formule une clause de non concurrence conforme à la loi belge.

4. Comme en outre la société appelante au principal est une société belge ayant son siège social en Belgique, il y a lieu de considérer que c'est la législation belge qui doit être appliquée au cas d'espèce.

5. Les éléments invoqués par l'appelante au principal en faveur de l'application de la loi luxembourgeoise ne sont pas susceptibles de faire accréditer la thèse de l'application de la loi luxembourgeoise.

6. L'appel principal n'est pas non plus fondé sur ce point.

(...)

## **PAR CES MOTIFS LA COUR**

Dit les appels principal et incident recevables et en partie fondés;

(...)

prononcé en langue française, à l'audience publique de la onzième chambre de la Cour du travail de Liège, section de Neufchâteau, au Palais de Justice, place Charles Bergh, à 6840 Neufchâteau, le dix-neuf janvier deux mille cinq, (...).



## Hof van Beroep Gent, arrest van 26 mei 2004<sup>1</sup>

*Documentair krediet – verbintenis van de kredietopenende bank ten opzichte van de begunstigde – 1. internationale bevoegdheid – a) EEX-verdrag – artikel 5, 1 – plaats uitvoering verbintenis – plaats waar krediet ter beschikking is – b) exceptie van internationale onbevoegdheid impliceert niet een exceptie van territoriale onbevoegdheid – 2. toepasselijk recht – EVO-verdrag – artikel 4, 2 EVO – partij die de meest kenmerkende prestatie levert – de kredietopenende bank*

*Crédit documentaire – obligation de la banque qui a ouvert le crédit à l'égard du bénéficiaire – 1. compétence internationale – a) Convention de Bruxelles – article 5,1 – lieu où l'obligation doit être exécutée – lieu où le crédit est disponible – b) exception d'incompétence internationale ne vaut pas automatiquement une exception d'incompétence territoriale – 2. droit applicable – Convention de Rome – article 4, 2 – partie qui doit fournir la prestation caractéristique – la banque qui a ouvert le crédit*

In de zaak met het rolnr. 2002/AR/2763 van:

**C. NV**, (...), appellante tegen het vonnis van de rechtbank van koophandel te Oudenaarde (...) dd 29-10-2002, tegen

1. **I. P.**, Italiaanse handelaar, wonende te Italië, (...), eerste geïntimeerde, (...)

2. **S.P.A. B.**, (...), met zetel te Italië, (...), tweede geïntimeerde,

velt het Hof het volgend arrest.

(...)

### Procedure in eerste aanleg

2. C. vorderde voor de eerste rechter in de zaak met nr. 2001/856 der algemene rol dat de heer P. I. (hierna "I." genoemd) en de S.p.A. B., (hierna "B." genoemd) in solidum veroordeeld werden tot betaling van 5.502.552 BEF, meer de vergoedende rente aan 9% per jaar vanaf de factuurdata, een schadevergoeding gelijk aan 12% van de hoofdsom of 660.306 BEF en de gerechtelijke rente op de hoofdsom en de verhoging vanaf de dagvaarding tot de betaling, dit alles onder aftrek van 4337.656 BEF, betaald op 11 september 2001. Tevens vorderde C. dat I. en B. in solidum veroordeeld werden tot de kosten van het geding. De vordering had betrekking op twee facturen voor de verkoop door C. aan I. van schoenen Voor het bedrag van deze facturen was door B. een documentair krediet verleend.

In de zaak met nr. 2001/857 der algemene rol vorderde C. de ontbinding van niet uitgevoerde overeenkomsten van september 1999 en september 2000 in verband met de verkoop door haar aan I. van schoenen en een schadevergoeding gelijk aan 30% van de waarde van de niet afgenomen goederen, zijnde 2817.352 BEF, vermeerderd met de gerechtelijke rente, onder aftrek van 1.164.896 BEF, vermeerderd met de gerechtelijke rente daarop. Ten slotte vorderde zij de veroordeling van I. tot de kosten van het geding.

3. Zowel C. als I. vroegen de samenvoeging van dé beide zaken. In verband met het gevorderde in de zaak met nr. 856/2001 der algemene rol verklaarde I. niets meer verschuldigd te zijn aan C. na de betaling van 4.337.656 BEF, die hij op 11 september 2001 had uitgevoerd. De overeenkomsten, waarvan C. de ontbinding vorderde in

<sup>1</sup> Zie de noot van Prof. R. STEENNOT, verder in dit nummer, blz. 110-114.



de zaak met nr. 857/2001 der algemene rol, waren volgens hem niet tot stand gekomen, zodat zij niet konden ontbonden worden en er geen reden was tot betaling van schadevergoeding.

B. wierp op dat de rechtbank "onbevoegd" was om kennis te nemen van de vordering van C., voor zover zij tegen haar was ingesteld en vroeg dat deze vordering dienvolgens als niet-ontvankelijk werd afgewezen. In ondergeschikte orde stelde B. dat er geen aanleiding bestond tot samenvoeging van beide zaken en dat de vordering van C. tegen haar diende afgewezen te worden, omdat de overgemaakte documenten niet conform waren aan hetgeen in het krediet was bepaald, omdat zij tijdig geprotesteerd had en omdat de vordering door de betaling door I. van 4.337.656 BEF zonder voorwerp was geworden. Nog meer ondergeschikt riep B. in dat zij enkel kon gehouden zijn tot het gevorderde bedrag in hoofdsom, onder aftrek van het reeds betaalde en dat geen vergoedende rente of boetebeding verschuldigd was.

4. De eerste rechter heeft vastgesteld dat hij "bevoegd" was "ten overstaan van" I. en dat er samenhang bestond "tussen de verweerders", zodat hij ook "bevoegd" was om uitspraak te doen ten aanzien van B. De beide zaken werden samengevoegd Er werd beslist dat, door de betaling van 4.337.656 BEF of 107.527,68 EUR die door I. was uitgevoerd op 11 september 2001, de vordering in de zaak met nr. 856/2001 der algemene rol zonder voorwerp was geworden. Bovendien werd geoordeeld dat C. het bestaan van de overeenkomsten waarvan zij de ontbinding vorderde in de zaak met nr. 857/2001 der algemene rol en waarop de gevorderde schadevergoeding betrekking had, niet bewees. De vorderingen van C. werden toelaatbaar doch ongegrond verklaard en zij werd veroordeeld tot de kosten van het geding.

### **Het hoger beroep - Incidenteel hoger beroep**

5. Het hoger beroep van C. strekt ertoe het bestreden vonnis te niet te horen doen en, opnieuw wijzende, haar oorspronkelijke vorderingen gegrond te horen verklaren.

B. vecht blijkens haar conclusies de "bevoegdheid" van het Hof aan in zover de vordering van C. tegen haar gericht is. Zij roept in dat de rechtbank van koophandel te Oudenaarde zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard en betoogt dat het Hof geen kennis kan nemen van het geschil aangezien zowel haar hoofdzetel als de plaats waar de verbintenis die aan de vordering ten grondslag ligt, dient te worden uitgevoerd, in Italië liggen. Bovendien betwist zij dat er samenhang bestaat tussen de beide zaken Zij legt aldus haar oorspronkelijke excepties inzake "onbevoegdheid" en in verband met de samenhang aan de beoordeling van het Hof voor en beoogt derhalve op dit vlak de hervorming van het bestreden vonnis.

I. vraagt de bevestiging van het vonnis a quo en de veroordeling van C. tot de appelkosten.

### **Bespreking**

#### *Relevante feitelijke gegevens*

6. Uit de uiteenzetting van de partijen en de voorliggende stukken blijkt dat I. regelmatig grote hoeveelheden schoenen aankocht bij C., die ze zelf invoerde vanuit het buitenland.

Met een schrijven van 21 september 2000 maakte C. een pro forma factuur dd 25 september 2000 voor het "zomerorder 2001" aan I. over. Zij verzocht hem een voorafbetaling te doen van 15% of 2.266.000 BEF. Op 3 oktober 2000 werd dit bedrag overgeschreven op de rekening van C. I. liet de gewenste leveringsdata kennen en plaatste een bijkomende bestelling. Op 4 oktober 2000 bevestigde C. dat I. drie bestellingen had geplaatst, namelijk één met het logo "Asia sport", één betreffende "slippers in canvas" en een "herbestelling" in "perry ellis". Zij vroeg I. opnieuw een voorafbetaling te doen van 15% of 1.077.300 BEF. Bovendien liet zij weten dat hij nog drie maanden had om de goederen die in haar magazijn stonden, af te nemen. In een e-mailbericht van 13 oktober 2000 aan mevrouw O. van C. verklaarde I. onder meer dat hij "alles van zijn orders" bevestigde. In een schrijven d.d. 16 oktober 2000 van C. is dan sprake van een order "puma", waarvoor eveneens een voorafbetaling van 15% of 1.591.200 BEF werd gevraagd. Dezelfde dag werd in opdracht van I. 237.600 BEF overgeschreven op de rekening van C., met de vermelding "15% pro forma factuur 17529-10 dd 3 oktober 2000".

C. maakte op 31 oktober 2000 een overzicht over aan I. van de goederen die hij besteld had voor de "zomer 2000" en die hij nog niet had afgenomen. Op 22 november 2000 stelde zij vast dat daarin nog geen verandering was gekomen. Wat de zomerorders 2001 betrof, liet C. weten dat ze pas eind februari of begin maart 2001 konden geleverd worden en gaf zij een overzicht van de bestellingen die nog "pro forma" stonden, omdat zij de voorafbetaling van I. nog niet ontvangen had. In dit schrijven vroeg zij een voorafbetaling van 15% of 870.780 BEF. Op 29 november 2000 liet zij dan weten dat een deel van de bestelde goederen toch iets vroeger zou kunnen geleverd worden.



Volgens een overzicht dat C. opstelde op 12 februari 2001 was er op dat ogenblik een nog niet afgehaalde voorraad goederen van de zomercollectie 2000 voor een totaal bedrag van 97.376,94 EUR. Dezelfde dag werd ook een overzicht opgesteld van de bestellingen voor de zomer 2001.

7. C. factureerde op 12 en 14 maart 2001 respectievelijk 3.261.000 BEF en 3.279000 BEF aan de heer I. voor levering van schoenen.

Op 6 maart 2001 had B. in opdracht van I. een onherroepelijk documentair krediet voor een bedrag van aanvankelijk 5036.352 BEF -later verhoogd tot 5.502.552 BEF -geopend met als begunstigde C. en onderworpen aan de Uniforme Regels en Usances van de Internationale Kamer van Koophandel (herziening 1993, publicatie nr.500). K., die optrad als adviserende bank, maakte op 20 maart 2001 de documenten "on approval" of "ter goedkeuring" over aan B. Deze liet op 2 april 2001 aan K. weten dat zij, gelet op de afwijkingen tussen de documenten en de vermeldingen op het krediet, de documenten weigerde. De afwijkingen betroffen een overschrijding van het bedrag, evenals de niet conformiteit van de hoeveelheid van een bepaald artikel, van het aantal m<sup>3</sup> en van de transportwijze op de CMR. B. voegde er aan toe dat zij de afwijkingen had overgemaakt aan de opdrachtgevers en hun antwoord in verband met de al of niet aanvaarding afwachtte.

K. wees C. op de vastgestelde discrepanties en verzocht haar contact op te nemen met I.. Op 23 april 2001 vroeg K. aan B. haar te willen informeren over het lot van de betreffende betalingsopdracht en met een faxbericht van 27 april 2001 aan C. liet zij weten dat I. de documenten geweigerd had. C. drong er vervolgens bij hem op aan dat hij vooralsnog een verklaring zou ondertekenen waarbij hij de betreffende documenten aanvaardde. Op 30 mei 2001 vroeg K. dan aan B. om haar standpunt te herzien en de documenten te aanvaarden. Zij wees er op dat de CMR-vrachtbrief ondertekend was voor ontvangst van de goederen zonder enige opmerking, dat de documenten waren aangeboden voor het goedgekeurde, en niet voor het verhoogde bedrag en dat de weigering niet binnen de voorgeschreven termijn was geformuleerd. Op 20 juni 2001 liet K. aan B. weten dat zij vernomen had dat een akkoord tot stand gekomen was tussen koper en verkoper.

8. Op 10 april 2001 stelde C. een overzicht op van goederen, ten bedrage van 5.463.000 BEF, die door I. waren besteld voor de zomer 2001 en die nog niet waren afgenomen. In een e-mailbericht van 12 april 2001 aan I. vroeg mevrouw O. haar te willen verwittigen indien hij ze niet allemaal kon opnemen, zodat zij aan andere klanten konden verkocht worden. Op 18 mei 2001 werd hem dan gevraagd of de voorraad goederen met referenties 65826/827, 65836/837 en 65846/847 mocht verkocht worden. In een e-mailbericht dd 21 mei 2001 verklaarde C. dat zij bereid was om te proberen de 31.000 paar schoenen die door I. nog moesten afgenomen worden, te verkopen aan andere klanten, maar stelde zij dat de heer I. verantwoordelijk bleef voor de goederen die zij niet kon verkopen.

In antwoord op een verzoek daartoe van I., verklaarde mevrouw O. op 30 mei 2001 dat zijn openstaande schuld tegenover C. 5.579.608 BEF bedroeg.

Met een niet gedateerd bericht liet I. aan C. weten dat "de goederen" mochten verkocht worden aan andere klanten. Voorts verklaarde hij dat hij het volledige verschuldigde bedrag, min de reeds voorafbetaalde bedragen, zou overschrijven 90 dagen na levering.

Mevrouw O. richtte op 15 juni 2001 een e-mailbericht aan I., waarin zij de stand van zijn rekening meedeelde. Daarin werd vooreerst melding gemaakt van een L/C van 1.241.952 BEF. Er werd aan toegevoegd dat I. overeengekomen was met zijn bank om tot betaling daarvan over te gaan.

Daarnaast was sprake van de L/C van 5.502.552 BEF, waarvan de betaling van een voorschot van 1.164.896 BEF in mindering mocht gebracht worden. I. werd verzocht het saldo van 4.337.656 BEF te betalen op de rekening van C. In een e-mailbericht van 19 juni 2001 drong C. aan op de betaling van deze som, vooraleer tekeningen en stalen zouden gemaakt worden.

C. richtte op 22 juni 2001 aan I. een overzicht van verschuldigde sommen en uitgevoerde betalingen, waarvan de oudste dateerde van 29 oktober 1999 en de recentste van 23 mei 2001. Volgens deze afrekening was 5.579.608 BEF en 39,66 EUR verschuldigd. I. erkende op 25 juni 2001 dat hij nog sommen diende te betalen aan C. en kondigde aan een voorstel van betaling te zullen overmaken. C. reageerde daarop met de mededeling dat, indien I. het openstaand bedrag van 4.337.656 BEF niet zou betalen binnen een week, er geen stalen meer zouden overgemaakt worden en de samenwerking zou stopgezet worden. Bovendien dreigde zij ermee het dossier over te maken aan haar incassobedrijf en aan haar advocaat en alle kredietverzekeringsbedrijven in Europa te zullen verwittigen. In daaropvolgende briefwisseling betreurde I. dat C. blijkbaar de samenwerking wenste te beëindigen.

9. Nadat C. op 7 augustus 2001 de twee dagvaardingen had laten betekenen, waarmee de zaken met nrs. 2001/856 en 2001/857 der algemene rol werden ingeleid voor de rechtbank van koophandel te Oudenaarde, richtte C. op 6 september 2001 een schrijven aan I., getiteld "third and last reminder" of, vrij vertaald: "derde en laatste herinnering". Daarin werd gesteld: "You are overdue with your payments, of, vrij vertaald: "U bent te laat



met uw betalingen". In dit schrijven werd opnieuw een opsomming gegeven van verschuldigde bedragen en uitgevoerde betalingen, waarvan de oudste dateerde van 29 oktober 1999 en de recentste van 27 juni 2001. Het op basis daarvan verschuldigd saldo bedroeg 4.337.656 BEF en 19,83 EUR.

I. zond op 10 september 2001 een e-mailbericht aan C., waarin hij verklaarde dat een akkoord bereikt was, overeenkomstig een telefonisch onderhoud, dat hij, ter definitieve en volledige regeling tussen partijen, een betaling zou verrichten van 4.337.656 BEF, zijnde het totale saldo van de schuld ten opzichte van C. Op 11 september 2001 betaalde hij dit bedrag De raadsman van C. wees er in een schrijven van 18 september 2001 aan B. op dat met deze betaling de facturen van 12 en 14 maart 2001 niet volledig vereffend waren, aangezien het in mindering gebrachte bedrag van 1 164896 BEF betrekking had op de zaak waarvoor de andere dagvaarding was betekend.

### *Rechtsmacht – bevoegdheid*

10. B. werpt in hoofdorde op dat de rechtbank van koophandel ten onrechte haar exceptie van "onbevoegdheid" heeft verworpen en stelt dat dit Hof zich thans "onbevoegd" dient te verklaren. Wat B. omschrijft als een exceptie van onbevoegdheid betreft in werkelijkheid de internationale rechtsmacht van de Belgische rechtbanken om zich uit te spreken over de vordering van C., in zover ze tegen haar gericht is. Zij houdt immers niet voor dat een ander Belgisch gerecht bevoegd is, maar wel dat deze vordering niet behoort tot het imperium van de Belgische rechterlijke orde.

De vraag welke rechter kan oordelen over het voorliggend geschil dient beslecht te worden volgens de regels van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (het EEX-Verdrag), zoals gewijzigd door het Verdrag van San Sebastian van 26 mei 1989 (cfr artikel 1 van dit verdrag). Dit Verdrag is vanaf 1 maart 2002 weliswaar vervangen door de Verordening (EG) 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, doch deze Verordening is, wat de regels inzake de rechterlijke bevoegdheid betreft, slechts van toepassing op rechtsvorderingen die zijn ingesteld na haar inwerkingtreding (artikel 661 van de Verordening) Aangezien C. haar vorderingen voor de rechtbank van koophandel te Oudenaarde heeft ingesteld vóór 1 maart 2002, dient het EEX-Verdrag te worden toegepast.

11. Buiten de gevallen waarin zijn bevoegdheid voortvloeit uit andere bepalingen van het EEX-Verdrag, is de rechter van een Verdragsluitende Staat, voor wie de verweerder verschijnt, bevoegd, behalve indien de verschijning uitsluitend tot doel heeft de bevoegdheid te betwisten of indien een ander gerecht op grond van artikel 16 van hetzelfde Verdrag exclusief bevoegd is (artikel 18 EEX-Verdrag).

I. is verschenen en heeft de rechtsmacht niet betwist. Op grond van artikel 18 EEX-Verdrag kon de rechtbank van koophandel te Oudenaarde zich in eerste aanleg uitspreken over de vorderingen van C. in de zaken met nrs. 856/2001 en 857/2001 der algemene rol, in zover zij tegen I. waren ingesteld en beschikt dit Hof over rechtsmacht in hoger beroep om uitspraak te doen over dezelfde vorderingen.

B. is eveneens verschenen, doch heeft van meet af aan de "bevoegdheid" betwist, zodat dient onderzocht te worden of de Belgische rechtbanken over rechtsmacht beschikken op grond van een andere bepaling dan artikel 18 EEX-Verdrag om kennis te nemen van de tegen haar ingestelde vordering.

Volgens de algemene bepaling van artikel 2 van het EEX-Verdrag worden de verweerdere, die hun woonplaats hebben in een Verdragsluitende Staat, opgeroepen voor de rechtbanken van deze Staat. In het voorliggend geval beroept C. zich evenwel op de artikelen 5.10, 6.10 en 22 EEX-Verdrag om ertoe te besluiten dat aan de Belgische rechtbanken rechtsmacht toekomt

12. In afwijking van artikel 2 van het EEX-Verdrag kan een verweerder, die woonplaats heeft op het grondgebied van een Verdragsluitende Staat, ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst, opgeroepen worden voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd (art 5,1 EEX). De Belgische rechter moet krachtens zijn eigen Internationaal Privaatrecht bepalen welke wet de in het geding zijnde rechtsverhouding beheerst,



om in toepassing van deze wet de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt te definiëren (vgl.: H.V.J., 6 oktober 1976, Tessili Italiana Como/Dunlop AG, zaak 12/76, Jur HvJ 1976,1473)

De verbintenis van de kredietopenende bank tegenover de begunstigde kan niet los gezien worden van de contractuele relaties tussen de verschillende partijen die aan het ontstaan van het documentair krediet ten grondslag liggen en dient derhalve te worden beschouwd als een verbintenis uit overeenkomst in de zin van artikel 5,1 EEX-Verdrag en van artikel 1 van het Verdrag van Rome d.d. 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (het zogenaamde EVO) (Steennot R., Internationaal privaatrechtelijke problemen bij documentair krediet, Bank Fin, 1999, nr. 35, p 213; De Vuyst, B. en Meyer, G., Documentaire kredieten, APR, 2003, nr. 59, p 25). Dit laatste Verdrag bevat de verwijzingsregels op grond waarvan dient vastgesteld te worden welk recht de overeenkomst beheerst.

Wanneer de plaats van uitvoering van de verbintenis aangewezen is krachtens een clause, die volgens het nationaal recht dat de overeenkomst beheerst, geldig is, kan ingevolge artikel 5,1 EEX Verdrag het gerecht van deze plaats kennis nemen van het geschil (vgl. H.v.J., 17 januari 1980, zaak 56/79, Zelger/Salinitri, Jur HvJ, 1980, 89). Het documentair krediet werd in opdracht van I. geopend door B. met als begunstigde C.. K. trad op als adviserende bank. Er werd bedongen dat het krediet beschikbaar was bij de adviserende bank (*Available with by Advising Bank by Def. payment*, of, vrij vertaald: "Beschikbaar bij de adviserende bank bij uitgestelde betaling"). Aangezien de plaats van uitvoering van de verbintenis van B. de zetel van K. te Brussel is, beschikken de Belgische rechtbanken over internationale rechtsmacht om over het geschil te oordelen, voor zover het op het documentair krediet toepasselijke recht zich daartegen niet verzet.

13. Krachtens artikel 3.1 van het EVO wordt een overeenkomst beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen. Uit het documentair krediet dat voorligt blijkt geen rechtskeuze. Bij gebreke daarvan wordt de overeenkomst krachtens art. 4.1 van het EVO beheerst door het recht van het land, waarmee zij het nauwst verbonden is. In artikel 4.2 wordt bepaald dat de overeenkomst het nauwst verbonden is met het land waar de partij die de kenmerkende prestatie moet leveren, haar gewone verblijfplaats of hoofdbestuur heeft op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst. Inzake bankcontracten levert de bank de meest kenmerkende prestatie (cfr. Van Houtte, H. en Pertegàs Sender, M., Europese IPR-Verdragen, p 226). In het voorliggend geval was B. de kredietopenende bank die de documenten verifieerde en op grond daarvan al dan niet tot aanvaarding en betaling overging. K. was louter adviserende bank. De toepasselijke wet op de verhouding tussen B. en C. is dan ook deze van het land waar het hoofdbestuur van B. gevestigd is, namelijk Italië (cfr. Steennot, R., aw., nr. 42, p. 215). Het Italiaans recht verbiedt niet de plaats van uitvoering in de kredietbrief te bepalen, zodat de Belgische rechtbanken over rechtsmacht beschikken om kennis te nemen van de vordering van C. tegen B. op grond van artikel 5,1 EEX-Verdrag.

14. De door B. vóór elk ander verweer opgeworpen "exceptie van onbevoegdheid" was, zoals hoger gesteld, een "exceptie van internationale rechtsmacht". B. heeft niet voorgehouden dat een andere Belgische rechtbank dan de rechtbank van koophandel te Oudenaarde bevoegd was. Zij stelde dat C. zich naar de rechtbank van haar "woonplaats" diende "te begeven zo zij betaling wenst te bekomen van de gevorderde bedragen".

Aangezien geen exceptie van territoriale onbevoegdheid werd ingeroepen en de regels inzake territoriale bevoegdheid niet van openbare orde zijn, beschikte de rechtbank van koophandel te Oudenaarde niet enkel over internationale rechtsmacht maar was zij ook territoriaal bevoegd om over de vordering ten aanzien van B. te oordelen.

Het bestreden vonnis wordt, wat de rechtsmacht en bevoegdheid betreft, bevestigd, zij het op andere gronden, en het incidenteel hoger beroep van B. ter zake wordt afgewezen.

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

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel hoger beroep ontvankelijk; (...)

Aldus gewezen en uitgesproken ter openbare terechtzitting van het Hof van Beroep te Gent, de twaalfde kamer, recht doende in burgerlijke zaken, op heden 26 mei 2004. (...)



## Tribunal du travail Charleroi, jugement du 21 mars 2005

*Demande fondée sur un contrat individuel de travail – hôtesse de l'air – 1. compétence internationale – Règlement Bruxelles I – article 19 – lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail – notion – 2. droit applicable – Convention de Rome – articles 3, 6 et 7 – liens plus étroit – notion – dispositions plus favorable*

*Vordering uit individuele arbeidsovereenkomst – airhostess – 1. internationale bevoegdheid – Brussel I Vo – artikel 19 – plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt – begrip – 2. toepasselijk recht – EVO-verdrag – artikelen 3, 6 en 7 – nauwere band – begrip – voordeliger bepalingen*

En cause de:

Madame **L.**, (...) partie demanderesse,

Contre:

La Société de Droit Irlandais **R.**, dont le siège social est établi à DUBLIN (Irlande), (...) partie défenderesse,

Le Tribunal, après avoir délibéré rend ce jour le jugement suivant:

(...)

### **OBJET DE LA DEMANDE**

Attendu que la demande a pour objet d'entendre condamner la défenderesse à payer à la demanderesse les sommes ci-après: (...)

### **LES FAITS**

Attendu que la demanderesse a été engagée en qualité de *customer services agent-inflight* pour le compte de la défenderesse, dans le cadre d'un contrat de travail ayant pris cours le 21 avril 2001, assorti d'une clause d'essai de 12 mois; cf. pièce 1 du dossier de la défenderesse;

Que, par courrier du 9 avril 2002, la défenderesse a mis fin au contrat qui la liait à la demanderesse moyennant paiement d'une indemnité de rupture équivalant à 7 jours de rémunération; cf. pièce 2 du dossier de la défenderesse;

Attendu que la citation a été signifiée le 11 décembre 2002;

### **DISCUSSION**

#### **1. La compétence des tribunaux belges pour connaître de la présente cause.**

##### **a) Position des parties.**

Attendu que la demanderesse considère qu'elle avait le choix d'assigner son employeur devant les tribunaux du domicile de ce dernier ou devant les tribunaux du lieu où elle exerçait habituellement son travail (articles 18.2 et 20 du Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000);

Que c'est sur base de cette disposition légale qu'elle a assigné son ancien employeur devant les juridictions belges puisqu'elle a exercé habituellement son travail au départ de l'aéroport de Charleroi;



Qu'elle souligne également que, lorsqu'elle était de réserve en vue du remplacement éventuel d'un collègue, c'était à l'aéroport de Charleroi;

Attendu que la défenderesse estime quant à elle que la demande n'est pas recevable car les juridictions belges ne sont pas compétentes pour connaître de la cause;

Qu'elle rappelle en effet que la demanderesse n'avait pas de bureau dans un des Etats membres lequel pouvait constituer le centre effectif de ses activités ou à partir duquel elle accomplissait la partie essentielle de ses obligations vis-à-vis de son employeur;

Que, par contre, la partie essentielle de ses obligations a été accomplie à bord d'un avion irlandais lequel est enregistré en Irlande et est sous le contrôle juridique irlandais;

Que, de même, si l'on se base sur le critère du temps effectivement travaillé, il faut considérer que la partie essentielle et majoritaire du travail de la demanderesse a été accomplie à bord de ses avions lesquels sont de nationalité irlandaise;

Qu'enfin, il y a lieu de relever que la demanderesse a été engagée à Dublin, siège de son administration centrale et qu'elle a suivi une formation auprès des autorités irlandaises;

## **b) Le droit.**

1. Attendu que la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (Moniteur Belge du 31 mars 1971) a été remplacée par le Règlement (CE) 110 44 /2001 du Conseil 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale;

Que ce Règlement qui est entré en vigueur le 1er mars 2002 est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les Etats membres conformément au Traité instituant la Communauté européenne (cf.. article 76);

2. Attendu que la compétence en matière de contrats individuels de travail y est examinée aux articles 18 à 20 de la Section 5;

Qu'ainsi, l'article 18 du Règlement n° 44/2001 stipule que:

*« 1. en matière de contrats individuels de travail, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice de l'article 4 et de l'article 5, point 5.*

*2. lorsqu'un travailleur conclut un contrat individuel de travail avec un employeur qui n'est pas domicilié dans un Etat membre mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un Etat membre, l'employeur est considéré, pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile dans cet Etat membre »,*

Que l'article 19 stipule quant à lui que:

*« Un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un Etat membre peut être attrait:*

*1. devant les tribunaux de l'Etat membre ou il a son domicile, ou*

*2. dans un autre Etat membre:*

*- devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail;*

*- lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas habituellement accompli son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur; »*

Que l'article 20 ajoute que:

*« 1. L'action de l'employeur ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur a son domicile.*

*2. Les dispositions de la présente section ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi de la demande originaire conformément à la présente section. »*





3. Attendu que l'article 60 de la Convention définit en outre la notion de domicile de l'employeur en ces termes:

« 1. Pour l'application du présent règlement, les sociétés et les personnes morales sont domiciliées là où est situé:

- a) leur siège statutaire;
- b) leur administration centrale, ou
- c) leur principal établissement.

2. Pour le Royaume-Uni et l'Irlande, on entend par siège statutaire, le registered office ou, s'il n'existe nulle part de registered office, le place of incorporation (le lieu d'acquisition de la personnalité morale) ou, s'il n'existe nulle part de lieu d'acquisition de la personnalité morale, le lieu selon la loi duquel la formation (la constitution) a été effectuée »

4. Attendu que, par ailleurs en ce qui concerne le droit national et le droit international applicables, l'ordre juridique belge ne semble contenir, à la connaissance du Tribunal, aucune disposition particulière réglant les rapports contractuels se situant en dehors du territoire belge – et, plus particulièrement comme en l'espèce, dans l'espace aérien – disposition qui assimilerait fictivement ce territoire au territoire belge « pour la mise en oeuvre de toute règle faisant appel à un facteur de localisation », ce qui est par exemple le cas pour la relation de travail exécutée sur une plate-forme située sur le plateau continental (cf. Loi du 13 juin 1969 sur le plateau continental de la Belgique; voir à ce sujet, l'arrêt Weber cité supra; cf. F. RIGAUX et M. FALLON, Droit international privé, Tome II, Larcier 1993, p.599, n° 1391);

Qu'il n'existe pas non plus de règle de rattachement spécial comme c'était le cas pour les contrats des travailleurs civils occupés auprès des forces belges en Allemagne, ces travailleurs étant soumis à la législation allemande du travail applicable aux employés civils des forces armées allemandes (cf. article 56 de l'Accord, signé à Bonn le 3 août 1959, complétant la Convention du 19 juin 1951 entre les Etats parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, pour ce qui concerne les forces stationnées en République fédérale d'Allemagne);

5. Attendu que, par ailleurs, si l'article 17 de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale, précise que les avions ont la nationalité de l'Etat dans lequel ils sont immatriculés, ce rattachement ne vaut notamment – selon F. Rigaux et M. Fallon (*op. cit.*, p. 498, n° 1263) – qu'au titre de loi pour la détermination des droits réels et des sûretés consenties sur ceux-ci; cf. article 6 de la loi du 27 juin 1937 portant révision de la loi du 16 novembre 1919 relative à la réglementation de la navigation aérienne et arrêté royal du 15 mars 1954 réglementant la navigation aérienne;

Que la législation nationale (loi du 27 juin 1937 précitée et arrêté royal du 15 mars 1954 précité) ainsi que les sources principales du droit international aérien (public et privé) régissent donc l'organisation de la navigation aérienne entre états pour ce qui concerne plus particulièrement et exclusivement l'exploitation des services aériens au dessus de ceux-ci; cf. J. NAVEAU et M. GODFROID, Précis de Droit aérien, Bruylant 1988, p.15 à 19;

### c) La jurisprudence

Attendu que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a toujours été guidée – pour l'interprétation de l'article 5, 1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (actuel article 19 du Règlement n° 44/2001) – « par le souci de fournir une protection adéquate à la partie contractante la plus faible du point de vue social, en l'occurrence le travailleur »; cf. A-M. ROUCHAUD-JOET, *op. cit.*, p. 313;

Qu'ainsi, dans son arrêt Mulox IBC prononcé le 13 juillet 1993 (point 19, J.T.T. 1994, p. 171), la Cour souligne « qu'une telle protection adéquate est mieux assurée si les litiges relatifs à un contrat de travail relèvent de la compétence des juridictions du lieu où le travailleur s'acquitte de ses obligations à l'égard de son employeur. En effet; c'est à cet endroit que le travailleur peut, à moindre frais, s'adresser aux tribunaux ou s'y défendre »;



Attendu que cette jurisprudence continue par ailleurs à lier les juridictions nationales – même après l'entrée en vigueur du Règlement n° 44/2001 – et ce, dans la mesure où les dispositions du Règlement sont rédigées en termes similaires ou identiques (ce qui est le cas pour l'actuel article 19), « *les autorités communautaires ayant en effet voulu assurer la continuité pour ce qui concerne l'interprétation des dispositions de la Convention de Bruxelles par la Cour de justice* »; cf. 19ième considérant précédant le texte du Règlement n° 44/2001; N. WATTE, A. NUYTS et H. BOULARBAH, Le règlement 'Bruxelles I' sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal des Tribunaux (Droit européen) 2002, p. 162, n° 2;

Attendu que l'interprétation de la Cour de Justice a été sollicitée à plusieurs reprises à propos de l'interprétation qu'il convient de donner à la notion de « *lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail* », notamment lorsque le travailleur exerce ses activités dans plus d'un Etat contractant;

Attendu que, dans son arrêt *Mulox IBC* (Point 26., op.cit), elle a considéré qu' « *il y a lieu d'interpréter l'article 5, point 1, de la Convention en ce sens que, dans l'hypothèse d'un contrat de travail en exécution duquel le salarié exerce ses activités dans plus d'un Etat contractant, le lieu ou l'obligation caractérisant le contrat a été ou doit être exécutée, est celui où ou à partir duquel le travailleur s'acquitte principalement de ses obligations à l'égard de son employeur* »;

Attendu que, dans son arrêt *Rutten* du 9 janvier 1997 (J.T.T 1997, pp. 75 et 76), elle a dégagé des critères complémentaires puisqu'elle a en effet souligné que « *l'article 5, point 1, de la Convention du 27 septembre 1968 .... doit être interprété en ce sens que, dans l'hypothèse d'un contrat de travail en exécution duquel le salarié exerce ses activités dans plus d'un Etat contractant, le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail, au sens de cette disposition, est celui où le travailleur a établi le centre effectif de ses activités professionnelles. Pour la détermination concrète de ce lieu, il convient de prendre en considération la circonstance que le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail (N.B. en l'espèce, le travailleur avait exercé près des deux tiers de ses activités dans un Etat contractant et le reste dans plusieurs pays différents) dans un des Etats contractants où il a un bureau à partir duquel il organise ses activités pour le compte de son employeur et ou il retourne après chaque voyage professionnel de l'étranger* »;

Que, comme le relèvent N. WATTE, A. NUYTS et H. BOULARBAH (Chronique - La Convention de Bruxelles, Journal des Tribunaux (Droit européen) 1998, p. 60 n° 9), l'arrêt *Rutten* devrait rendre exceptionnelle la compétence du tribunal d'établissement du lieu d'embauche, l'avocat général soulignant que le critère du lieu d'embauche risquait en effet de désigner un tribunal qui ne présenterait pas de véritable lien avec le litige;

Attendu que, tout récemment, dans son arrêt *Weber* du 27 février 2002 (aff. n° C -37/00, publié in Rec. 2002, p. 1-2013), la Cour a enfin considéré que:

« 1. *Un travail accompli par un salarié sur une des installations fixes ou flottantes situées sur ou au-dessus du plateau continental adjacent à un Etat contractant, dans le cadre de l'exploration et/ou de l'exploitation des ressources naturelles, doit être considéré comme un travail accompli sur le territoire dudit Etat pour les besoins de l'application de l'article 5, point 1, de la Convention du 27 septembre 1968...*

2. *L'article 5, point 1, de ladite convention doit être interprété en ce sens que, dans l'hypothèse où le salarié exécute les obligations résultant de son contrat de travail dans plusieurs Etats contractants, le lieu où il accomplit habituellement son travail, au sens de cette disposition, est l'endroit où, ou à partir duquel, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, il s'acquitte en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur.*

*S'agissant d'un contrat de travail en exécution duquel le salarié exerce les mêmes activités au profit de son employeur dans plus d'un Etat contractant, il faut en principe, tenir compte de toute la durée de la relation de travail pour déterminer le lieu où l'intéressé accomplissait habituellement son travail, au sens de ladite disposition.*



*A défaut d'autres critères, ce lieu est celui où le travailleur a accompli la plus grande partie de son temps de travail.*

*Il n'en serait autrement que si, au regard des éléments de fait du cas d'espèce, l'objet de la contestation en cause présentait des liens de rattachement plus étroits avec un autre lieu de travail, cas dans lequel ce lieu serait pertinent aux fins de l'application de l'article 5, point 1, de ladite convention.*

*3. Le droit national applicable au litige au principal n'a aucune incidence sur l'interprétation de la notion de lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail, au sens de l'article 5, point 1 de ladite convention, qui fait l'objet de la deuxième question. »*

#### **d) Position du Tribunal.**

1. Attendu qu'en l'espèce, le contrat de travail qui liait les parties comportait un élément d'extranéité;

Que ce contrat ne contient cependant aucune clause attributive de juridiction et les parties n'ont conclu aucune convention attributive de juridiction postérieure à la naissance du litige (cf. articles 21 et 23, 5° du Règlement n° 44/2001) en manière telle qu'il appartient au tribunal de déterminer si il est compétent pour connaître de l'action qui les oppose et ce, au regard du Règlement (CE) n° 44/2001, les parties étant en l'espèce ressortissantes d'un des Etats signataires de ce règlement;

Que, pour ce faire, il convient de déterminer préalablement le territoire Sur lequel la demanderesse a accompli habituellement et concrètement son travail en fonction des éléments de fait propres à la cause; cf. A.-M. ROUCHAUD-JOET, « L'amorce d'un droit procédural européen. Présentation de l'espace européen en matière civile », Espace judiciaire et social européen, Actes du colloque des 5 et 6 novembre 2001, Larcier, 2003, p. 316;

Que cet examen doit se faire au regard de l'article 19, 2° du Règlement n° 44/2001.

2. Attendu qu'en l'espèce, les éléments de fait propres à la cause sont les suivants:

- la défenderesse est une société de droit irlandais dont le siège social est établi à Dublin, soit sur le territoire de la République d'Irlande;
- les dossiers produits par les parties ne permettent pas de déterminer si elle a réellement un « siège d'exploitation » à Charleroi; selon la défenderesse, elle dispose tout au plus d'un « comptoir commercial » à cet endroit (cf. p. 17 de ses conclusions additionnelles et de synthèse);
- la demanderesse a été engagée en qualité de *customer services agent - inflight*;
- l'article 2 du contrat de travail mentionne que les avions de la défenderesse sont enregistrés dans la République d'Irlande et que, comme la demanderesse accomplira son travail sur ces avions, son emploi sera situé dans la République d'Irlande mais elle l'effectuera au départ de Charleroi (cf. pièces 1, 7 et 8 du dossier de la défenderesse);
- selon l'article 5 du contrat, la demanderesse exerçait les tâches suivantes : sécurité, attention, assistance et contrôle des passagers; assistance à l'embarquement et aux services de terre; vente hors-tax à bord de l'avion; nettoyage à l'intérieur de l'avion; toute autre tâche qui peut lui être confiée par la société;
- il est également établi qu'en dehors des prestations accomplies en vol, la demanderesse pouvait être de réserve, soit dans l'aéroport de Charleroi (STY-A), soit à son domicile (STY), afin de remplacer un membre du personnel défaillant si la demanderesse a produit ses feuilles journalières de prestations, elle n'a toutefois pas déterminé la part (ou la durée) des activités exercées en vol et la part (ou la durée) des activités exercées au sol;
- la demanderesse est domiciliée en Belgique (4300 Waremme) et a toujours effectué toutes ses activités au départ de son domicile et de l'aéroport de Charleroi, situé également sur le territoire belge;

3. Attendu qu'en tenant compte de toutes les circonstances particulières de la cause – dont la principale est évidemment le genre d'activité exercée par la demanderesse – le Tribunal considère que le critère pertinent permettant de déterminer l'Etat contractant dans lequel la demanderesse a accompli



habituellement son travail est celui de l'endroit à partir duquel elle a toujours accompli celui-ci, soit en l'espace l'aéroport de Charleroi;

Que l'aéroport de Charleroi peut en effet être considéré comme le centre effectif des activités de la demanderesse dès lors que c'est non seulement de cet endroit (pour les vols) mais également dans cet endroit (pour les gardes) qu'elle accomplissait toutes ses prestations;

4. Attendu que cette interprétation de la notion de « *lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail* » est inspirée, en réalité, de celle donnée par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes à propos de l'article 5, 1<sup>o</sup> de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (actuel article 19 du Règlement n<sup>o</sup> 44/2001);

Que, pour l'interprétation de cet article 19 précité, la Cour de Justice a, en effet, toujours été guidée par le souci de protéger le travailleur qui est la partie la plus faible du point de vue social puisqu'il se trouve dans un lien de subordination à l'égard de son employeur; qu'elle entend, de ce fait, privilégier le lieu d'exécution du travail;

5. Attendu que le Tribunal souligne également que, si l'autorité de la défenderesse émanait certes de Dublin, elle se concrétisait toutefois par des instructions données sous forme de feuilles de vol transmises au comptoir commercial de l'aéroport de Charleroi, ce qu'elle confirme d'ailleurs en termes de conclusions;

Que c'est donc bien au départ de l'aéroport de Charleroi que la demanderesse prenait ses instructions de vol;

Qu'elle ne devait en référer à la direction de Dublin que pour ses demandes de congés à formuler par fax ou par téléphone; cf. dossier déposé par la demanderesse;

6. Attendu qu'enfin, le Tribunal retient que la demanderesse n'a suivi aucune formation en Irlande avant son engagement par la défenderesse mais qu'elle a par contre suivi une formation de *cabin attendant training course* à la WAN (Wallonie Aerotraining Network) sise à Gosselies, de décembre 2000 à mars 2001; cf. pièce 11 du dossier de la défenderesse;

7. Attendu que les juridictions belges, et plus particulièrement le tribunal du travail de Charleroi, sont dès lors compétentes pour connaître du présent litige;

Que la demande doit en conséquence être déclarée recevable;

## **2) Le droit applicable au litige.**

### **a) Position des parties.**

Attendu que la demanderesse fait valoir que son contrat de travail comportant des éléments d'extranéité, les parties peuvent choisir la loi applicable ainsi que le prévoit l'article 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980;

Que l'article 6 § 1e, de la convention stipule cependant que, nonobstant les dispositions de cet article 3, le choix des parties de la loi applicable dans le contrat de travail ne peut avoir pour effet de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix survenu entre les parties en vertu du § 2 de cet article 6 (est applicable la loi du pays ou le travailleur accomplit habituellement son travail même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays);

Que la demanderesse considère qu'il est démontré que c'est en Belgique qu'elle accomplit habituellement son travail et que c'est donc la loi belge qui doit lui être appliquée dans la mesure des règles impératives plus protectrices que les règles irlandaises;

Attendu qu'à propos des critères de rattachement qui sont généralement retenus pour déterminer la loi applicable, elle souligne que le critère du lieu d'exercice habituel du travail est le critère prépondérant



puisque c'est celui choisi par la Convention de Rome pour déterminer, de façon supplétive, la loi applicable;

Attendu qu'elle ajoute qu'il convient d'être restrictif dans l'acceptation des critères de rattachement généralement énoncés (lieu de conclusion du contrat, langue de rédaction du contrat, lieu ou l'autorité de l'employeur est exercée, nationalité des parties, lieu de résidence des parties, monnaie dans laquelle le salaire est payé, lieu de paiement du salaire, régime de sécurité sociale,...) en se rappelant qu'il suffit par exemple à l'employeur de payer le salaire dans la monnaie du pays de son établissement, en soumettant le travail au régime de sécurité sociale moins avantageux pour échapper à l'application d'une législation plus protectrice;

Qu'une telle attitude est contraire au prescrit de l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et induit une discrimination négative;

Attendu que la défenderesse rappelle le principe de l'autonomie de la volonté des parties et le choix valable des parties, en l'espèce, de la loi irlandaise pour régir leurs relations contractuelles;

Qu'à défaut de choix des parties quant à la législation applicable, l'article 6 de la Convention de Rome fait référence à la loi du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail, soit en l'espèce, l'Irlande; qu'il en est de même pour les indices permettant de déterminer le point d'attache avec un pays, ceux-ci allant tous dans le sens du rattachement à l'Irlande;

Attendu qu'enfin et contrairement à ce que soutient la demanderesse, la défenderesse considère que la loi irlandaise s'applique donc à tous les domaines de la relation de travail entre les parties;

#### **b) Le droit applicable.**

##### *Le principe de l'autonomie de la volonté*

Attendu que la Convention de Rome prévoit en son article 3, 1° la liberté de choix des parties quant à la loi qui régira leurs relations professionnelles, ce choix devant être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause;

Que l'article 3, 3° de la convention prévoit cependant que le choix d'une loi étrangère par les parties ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions impératives auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger;

##### *Incidence du caractère impératif de certaines dispositions légales plus favorables au travailleur que la loi choisie par les parties.*

Attendu que l'article 6 § 1er de la convention énonce en outre que, nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix des parties de la loi applicable dans le contrat ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix, en vertu du § 2 du présent article;

Que l'article 6 § 2 de la convention précise quant à lui qu'à défaut de choix des parties, la loi applicable au contrat est soit la loi du pays où le travailleur, en exécution de son contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, soit la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur si celui-ci n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays;

##### *La prééminence des lois de police du pays du for (loi du pays du juge).*

Attendu que l'article 7, 1° et 2° de la convention énonce quant à lui que:



- lors de l'application de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit si et dans la mesure où, selon le droit de ce pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat;
- les dispositions de la convention ne peuvent porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat;

### c) La doctrine et la jurisprudence.

Attendu qu'en application de l'article 6 de la Convention de Rome, il y a lieu de retenir que les dispositions impératives du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou, à défaut, du lieu où se trouve l'établissement qui a embauché ce travailleur, prévalent donc sur la loi choisie expressément par les parties si ces dispositions sont plus favorables au travailleur, cf. O. Debray, *La mobilité internationale: problématique de la loi applicable au contrat de travail* in *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, éd. JBB 2001, p.20;

Attendu que les lois de police et de sûreté sont par ailleurs définies comme étant « *des lois dont l'observation est jugée nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays et qui obligent en conséquence les habitants de celui-ci* »; cf. R.-C. Goffin et M. Forges, *Détermination de la loi applicable au contrat de travail en droit belge*, Chron.D.S. 1984, p. 579 et la jurisprudence citée;

Que, par ailleurs, la Cour de Cassation considère que l'application des lois de police dans le cadre d'un contrat de travail devait se faire à l'égard de toute personne qui exerce habituellement ses activités sur le territoire de la Belgique; cf. Cass. 4 décembre 1989, J.T.T. 1990, p. 77;

Qu'ainsi, la présence en Belgique pour y exercer une activité doit revêtir une certaine permanence et ne peut être fortuite, ni marginale; cf. O. Debray, *op. cit.*, p 23; C.T. Mons 8 février 1999, J.T.T. 1999, p. 371; C.T. Bruxelles 10 octobre 2000, J.T.T. 2001, p. 18;

Attendu que, selon une jurisprudence actuellement bien établie et, notamment, celle de la Cour de Cassation, l'ensemble des dispositions légales qui organisent la protection des travailleurs sont des dispositions impératives et ont donc le statut de loi de police et de sûreté; cf. Cass. 25 juin 1975, Pas. 1976 I, p. 1038 qui opte pour une portée extensive de la notion de lois de police et de sûreté en matière de contrat de travail;

Que tel est notamment le cas pour les règles relatives à la fixation des préavis, pour les dispositions des conventions collectives de travail rendues obligatoires par arrêté royal concernant les minima de rémunérations applicables dans les secteurs d'activité visés par les commissions paritaires, pour les règles en matière de pécules de vacances et celles relatives à la protection de la rémunération,...; cf. C.T. Liège 23 septembre 1993, J.T.T. 1993 p. 12; pour d'autres exemples, voir O. Debray, *op. cit.*;

### d) Position du tribunal.

1. Attendu qu'en l'espèce, les parties ont expressément choisi la loi irlandaise pour régir leurs relations contractuelles; cf. article 17 du contrat de travail;

2. Attendu que leur volonté expresse de soumettre leur contrat à une loi déterminée ne peut cependant pas empêcher le Tribunal d'examiner 1) si la demanderesse n'a pas été privée, par ce choix, de la protection que lui assurent certaines dispositions impératives de la loi du pays dans lequel elle a accompli habituellement son travail (règles impératives) et/ou 2) s'il n'existe pas des règles de police et de sûreté en Belgique ou dans un autre pays avec lequel la situation de la demanderesse présente des liens étroits étant entendu que les règles de police et de sûreté de la loi belge prévalent sur les lois de police ou de sûreté d'un état tiers;



3. Attendu que, si les parties n'avaient pas choisi la loi qui allait régir leurs relations professionnelles, le Tribunal aurait donc du se référer à la loi du pays dans lequel la demanderesse a accompli habituellement son travail;

Que, comme le Tribunal l'a décidé supra, il y a lieu de considérer que le lieu dans lequel la demanderesse a accompli habituellement son travail se situe en Belgique;

Qu'il n'est, par ailleurs, pas démontré que le contrat présenterait des liens plus étroits (art. 6, 2° in fine) ou des liens étroits (art. 7, 1°) avec l'Irlande, les indices retenus par la défenderesse (lieu de signature du contrat, paiement de la rémunération, sécurité sociale, impôt,...) n'étant pas en soi des facteurs de rattachement concrets permettant de déterminer où le travail a effectivement été exécuté;

4. Attendu que pour le surplus et comme il sera précisé ci-après, la législation belge contient des dispositions légales impératives ainsi que des lois de police et de sûreté qui auraient assuré à la demanderesse une protection sociale plus grande que celle dont elle a bénéficié par application de la législation sociale irlandaise;

Que, partant, ce sont les dispositions de la loi belge qui devaient régir les relations contractuelles entre les parties;

### **3) Les différents chefs de demande.**

(...)

#### **a) La réclamation de pécules de vacances de sortie.**

Attendu que l'article 10 du contrat conclu par les parties prévoyait que le pécule de vacances était payé à raison d'un montant équivalant à un travail de 4 secteurs, à un taux de 7 IEP par secteur sous déduction des indemnités et plafonné à 31 jours par an;

Attendu que l'article 9 des lois coordonnées relatives aux vacances annuelles des travailleurs salariés du 28 juin 1971 ainsi que les articles 38, 39, 45 et 47 de l'arrêté royal du 30 mars 1967 déterminant les modalités générales d'exécution des lois relatives aux vacances des travailleurs salariés déterminent la manière dont est calculé le pécule de vacances des travailleurs salariés belges, l'employeur de ceux-ci étant tenu de leur garantir un pécule de vacances correspondant à leur rémunération normale afférente aux jours de vacances (20 jours en régime de 5 jours) et un supplément égal, par mois presté ou assimilé à du travail effectif, à 1/12<sup>ème</sup> de 92 % de la rémunération brute du mois pendant lequel les vacances prennent cours;

Que le système de paiement prévu dans le contrat de travail de la demanderesse contrevient dès lors aux dispositions légales belges puisque, quelque soit le nombre de prestations effectuées, le travailleur perçoit invariablement un pécule de vacances plafonné à 31 jours maximum par an;

Attendu que, par ailleurs, en application de l'article 46 de l'arrêté royal du 30 mars 1967, l'employeur belge est tenu de payer, en fin de contrat, le pécule de sortie lequel comprend une avance sur le pécule de vacances de l'année suivante, laquelle est égale à 15,34 % des rémunérations brutes gagnées pendant l'année en cours et le pécule de vacances dû pour l'année en cours, sur base des prestations effectuées au cours de l'année précédente, soit 15,34 % des rémunérations brutes gagnées pendant l'année civile écoulée;

Attendu qu'en l'espèce, la demanderesse n'a bénéficié d'aucun pécule de vacances de sortie alors que les dispositions légales belges prévoient un tel octroi en faveur du travailleur accomplissant son travail en Belgique; (...)

Que la défenderesse doit en conséquence être condamnée à payer à la demanderesse les montants qu'elle réclame en citation;

Attendu que ce chef de demande est fondé;



## **b) La réclamation d'un salaire garanti.**

Attendu que l'article 12 du contrat de travail prévoyait un mode tout à fait particulier de paiement d'indemnités au travailleur lorsqu'il se trouve en incapacité de travail (remboursement des indemnités perçues de l'Office de sécurité sociale irlandais par déduction sur son salaire et paiement de ses propres deniers si le salaire est insuffisant);

Attendu que les articles 70 et suivants de la loi du 3 juillet 1978 et la C.C.T. n° 13bis du 26 février 1979 conclue au sein du C.N.T., adaptant la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, la C.C.T. n° 13 du 28 juin 1973 concernant l'octroi d'un salaire garanti à certains employés, en cas d'incapacité de travail résultant d'une maladie, d'un accident de droit commun, d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, prévoient quant à eux l'octroi d'un salaire garanti, sans aucune obligation de remboursement, en faveur de certains employés qui se trouvent en incapacité de travail;

Que les dispositions légales belges sont dès lors plus favorables au travailleur que les dispositions de droit irlandais;

(...)

## **c) La réclamation d'une indemnité complémentaire de préavis.**

Attendu que l'article 13 du contrat de travail prévoyait une période d'essai d'une durée de 12 mois;

Que cette clause contrevient aux dispositions de l'article 67 § 2 de la loi du 3 juillet 1978 qui précise que la période d'essai ne peut être supérieure à 6 mois lorsque la rémunération ne dépasse pas 30.301 € par an;

Attendu qu'en application de cette clause, la demanderesse a obtenu le paiement d'une indemnité de rupture ne correspondant qu'à une semaine de rémunération;

Que, sur ce point, les dispositions légales et réglementaires belges sont dès lors plus favorables au travailleur que les dispositions de droit irlandais;

(...)

## **d) La réclamation d'une régularisation salariale, de sursalaires et de primes de nuit.**

Attendu que, si l'on examine l'activité exercée par la défenderesse au regard des dispositions légales et réglementaires belges, il y a lieu de considérer que cette société ressort de la Commission paritaire n° 31S.02 relative à l'aviation commerciale;

Attendu que la plupart des conventions collectives de travail prises dans ce secteur d'activité ont été rendues obligatoires par arrêté royal et lient en conséquence les employeurs et travailleurs qui relèvent de cette commission paritaire en application de l'article 31 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires;

1. Attendu que la défenderesse était, de ce fait, tenue de garantir un salaire minimum mensuel moyen à la demanderesse en application de la C.C.T. du 12 mars 1990, rendue obligatoire par arrêté royal du 21 décembre 1990; cf. pièces 5, 8, 9 et 10 du dossier de la demanderesse;

Que la défenderesse n'a pas garanti un salaire minimum mensuel moyen à la demanderesse pendant tout le temps de son occupation;

Que, sur ce point, les dispositions légales et réglementaires belges sont dès lors plus favorables au travailleur que les dispositions de droit irlandais;

(...)

2. Attendu qu'en application de la C.C.T. du 13 février 1990, rendue obligatoire par arrêté royal du 11 juin 1990, les employeurs dont le type d'activité ressort de la C.P. n° 315 doivent respecter une durée de travail de 38 heures pour les travailleurs qu'ils occupent; cf. pièce 6 du dossier de la demanderesse;





Que les prestations hebdomadaires des travailleurs dépassant ces 38 heures et les prestations journalières de plus de 7,6 heures constituent donc des prestations supplémentaires ouvrant le droit au paiement de salaires et de sursalaires, calculés conformément aux articles 19, 20 et 29 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail;

Que, de même, il arrivait à la demanderesse de se présenter à l'aéroport de Gosselies et de rester à disposition de son employeur toute la journée en réserve pour remplacer un collègue absent;

Que cette *mise à disposition* ouvre le droit au paiement d'une rémunération conformément au prescrit de l'article 19, al. 2 de la loi du 16 mars 1971 sur le travail;

Attendu que la demanderesse n'a cependant bénéficié d'aucun salaire pour les prestations supplémentaires qu'elle a effectuées pour compte de son employeur;

Que, sur ce point, les dispositions légales et réglementaires belges sont dès lors plus favorables au travailleur que les dispositions de droit irlandais;

(...)

#### **e) L'octroi de chèques-repas.**

Attendu que, dans la mesure où l'employeur ne met pas un mess à disposition de ses travailleurs, il est tenu de leur octroyer des chèques-repas conformément au prescrit de la C.C.T. du 2 octobre 1997, rendue obligatoire par arrêté royal du 24 juin 1998; cf. pièce 7 du dossier de la demanderesse;

Que la valeur nominale de ces chèques est de 6,32 € l'intervention de l'employeur s'élevant à la somme de 4,46 € et celle du travailleur à la somme de 1,12 € en application de l'article 3 de la C.C.T. précitée;

Attendu que la demanderesse n'a pu bénéficier ni d'un mess, ni de chèques-repas pendant le temps de son occupation pour compte de la défenderesse;

Que, sur ce point, les dispositions légales et réglementaires belges sont dès lors plus favorables au travailleur que les dispositions de droit irlandais;

(...)

#### **f) L'intervention financière de l'employeur dans les frais de transport du travailleur.**

Attendu qu'en application de la C.T.T. du 5 août 1977, rendue obligatoire par arrêté royal du 9 mars 1978, l'employeur est tenu de payer une intervention financière dans le prix des frais de transport de ses travailleurs; cf. pièce 4 du dossier de la demanderesse;

Qu'en l'espèce, la demanderesse devait parcourir une distance de 116 km de son domicile à son lieu de travail;

Qu'elle n'a toutefois bénéficié d'aucune intervention dans ses frais de transport de la part de son employeur;

Que, sur ce point, les dispositions légales et réglementaires belges sont dès lors plus favorables au travailleur que les dispositions de droit irlandais;

(...)

### **PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL DU TRAVAIL,**

(...)

Déclare la demande recevable et en grande partie fondée;

Ainsi jugé et prononcé en audience publique de la Troisième Chambre du Tribunal du Travail de Charleroi, séant à Charleroi, le vingt et un mars deux mille cinq, (...)



# Arbeidsrechtbank Tongeren, vonnis van 1 februari 2005

*EEX-verdrag – internationale bevoegdheid – vordering uit individuele arbeidsovereenkomst*

*Convention de Bruxelles – compétence internationale – demande fondée sur un contrat individuel de travail*

INZAKE:

**P.C.**, eiser, (...)

*tegen*

**B.A.T.**, (...)

Gezien de inleidende dagvaarding d.d. 27.1.1999, betekend door het ambt van gerechtsdeurwaarder P. Dedroog met standplaats te Leuven, om te verschijnen voor deze Rechtbank op de openbare zitting van 13.4.1999.  
(...)

## 1. De vordering

Eisende partij vordert betaling van de hiernavolgende bedragen:

1. Bijkomende opzeggingsvergoeding van 23.461 £, hetgeen overeenkomt met vier en een halve maand loon;
2. Conform de tussen partijen bestaande overeenkomst een bedrag van 100.000,- BEF of 2.478,94 euro voor “Career Consulting”
3. Voor het verlies van de versnelde verkoop van de wagen een som van 6.000,- \$;

## 2. De feiten

Op 30 juli 1996 ging verwerende partij over tot het schriftelijk aanbieden van een arbeidsplaats aan eisende partij. Aan eisende partij werd aangeboden om de functie van Market Manager waar te nemen in Tanzania. Eisende partij ging op het aanbod in en verklaarde in hetzelfde document beschikbaar voor het aanvaarden van zijn taak op 1 augustus 1996. De daarmee ontstane arbeidsovereenkomst werd door eisende partij op 5 september 1996 ondertekend.

Bij schrijven d.d. 28 januari 1998 stelt verwerende partij eisende partij in kennis van het feit dat zijn functie binnen de vennootschap overtollig is geworden, dat er voor hem geen andere functie beschikbaar is en dat eisende partij dus geen andere optie heeft dan een einde te stellen aan de arbeidsovereenkomst. Conform dit schrijven van 28 januari 1998 stelt verwerende partij dat eisende partij de firma zal verlaten op 5 april 1998. Tijdens de opzegperiode van 3 maanden, die ingaat op 02 februari 1998, zal eisende partij – nog steeds luidens hetzelfde schrijven van 28 januari 1998 – geen prestaties meer dienen te leveren voor verwerende partij. Er werd door verwerende partij een opzegvergoeding betaald van 8.513 £, bedrag dat overeenkomt met twee en een halve maand loon.

Bij schrijven van 2 februari 1998 maakt eisende partij op zijn beurt een einde aan de contractuele relatie tussen partijen, ingaande op dezelfde datum.

De Rechtbank merkt in dit verband op dat de arbeidsovereenkomst d.d. 30 juli 1996 uitdrukkelijk stelt dat eisende partij de functie zal bekleden van “Market Manager” en dat hij deel zal uitmaken van de “Management Group” verder dat hij zal rapporteren aan de “Devisional Business Development Manager”

Bij schrijven van 2 februari 1998 geeft eisende partij zijn ontslag als “director” en richt hij zijn schrijven aan de “Board of Directors”. De Rechtbank is van mening dat het hier gaat om de raad van bestuur en dat eisende partij in dit schrijven zijn functie neerlegt als bestuurder.



### **Standpunt eisende partij.**

Eisende partij stelt dat er toepassing moet worden gemaakt van het Bevoegdheids- en Executieverdrag van 27/09/1968 (B.S. 31/01/1971) dat werd aangevuld door het verdrag van 09/10/1978 betreffende de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk.

Artikel 2 van dit verdrag stelt als hoofdregel dat een verweerder die zijn woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat voor de rechtbank van die staat moet worden gedagvaard.

In artikel 5.1. van dit verdrag wordt een uitzondering gemaakt voor arbeidsovereenkomsten, hierbij kan de verwerende partij ook gedagvaard worden voor de rechtbank van de plaats waar de verbintenis is uitgevoerd of moet uitgevoerd worden.

Volgens eisende partij zijn de Belgische rechtbanken bevoegd om kennis te nemen van het voorliggend geding aangezien verwerende partij sedert 1972 een vestiging heeft in België, namelijk B.A.T. B. met maatschappelijke zetel gevestigd te (...).

### **Standpunt van verwerende partij.**

Ook verwerende partij verwijst naar het EEX-verdrag.

Artikel 2 al. 1 van dit verdrag stelt:

*“Onverminderd de bepalingen van dit verdrag worden zij, die woonplaats hebben op het grondgebied van een verdragsluitende Staat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen voor de gerechten van die Staat.”*

De bepaling van artikel 5,1° luidt:

*“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; Ten aanzien van individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst is dit de plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht; wanneer de werknemer niet in een zelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, kan de werkgever tevens worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar zich de vestiging bevindt of bevond die de werknemer in dienst heeft genomen.”*

Inzake arbeidsovereenkomsten zijn, naast de algemene bevoegdheidsregels (art. 2 al. 1 EEX-verdrag) ook de bijzondere bijkomende bevoegdheidsregels opgenomen in art. 5.1° EEX-verdrag imperatief ten voordele van de werknemer (HEYVAERT, A., Belgisch Internationaal Privaatrecht, Een inleiding, Mys & Breesch, 1995, nr. 110, 122)

Dit heeft tot gevolg dat men er enkel van kan afwijken door een bijzonder beding, overeen te komen nà het ontstaan van het geschil. Indien het voordien is overeengekomen, kan enkel de werknemer zich daarop beroepen om andere gerechten te adieren dan die van de Staat van de woonplaats van de verweerder of die aangewezen is door de bijzondere bijkomende bevoegdheidsregel uit art. 5.1. (art. 17, laatste lid EEX-verdrag).

Derhalve is niet de Belgische rechter bevoegd om kennis te nemen van voorliggende vordering, doch deze van de vestigingsplaats van conluante, met name de bevoegde rechtbank in het Verenigd Koninkrijk;

### **3. Bevoegdheid**

Eisende partij verwijst terzake naar de toepassing van het Bevoegdheids- en Executieverdrag van 27/09/1968 (B.S. 31/01/1971) dat werd aangevuld door het verdrag van 09/10/1978 betreffende de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk en de wet van 31/07/1986 (B.S. 17/10/1986).

De hoofdregel van het verdrag is dat een verweerder zijn woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat voor de rechtbank van die staat moet worden gedagvaard (art. 2), *“Onverminderd de bepalingen van dit verdrag worden zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een verdragsluitende staat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen voor de gerechten van die Staat.”*



Voor de arbeidsovereenkomsten wordt er een uitzondering gemaakt, met name kan de verwerende partij ook worden gedagvaard voor de rechtbank van de plaats waar de verbintenis is uitgevoerd of moet uitgevoerd worden (art. 5.1).

*“De verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende Staat, kan in een andere verdragsluitende Staat voor de navolgende rechten 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; ten aanzien van individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst is dit de plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht; wanneer de werknemer niet in een zelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, kan de werkgever tevens worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar zich de vestiging bevindt of bevond die de werknemer in dienst heeft genomen.”*

Overeenkomstig artikel 18 van het verdrag wordt voor individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst de bevoegdheid geregeld door deze afdeling, onverminderd artikel 4 en artikel 5, punt 5.

Artikel 19 bepaalt verder:

*“De werkgever met woonplaats op het grondgebied van een lidstaat kan voor de volgende rechten worden geroepen:*

*1. voor de rechten van de lidstaat waar hij woonplaats heeft of*

*2. in een andere lidstaat:*

*a) voor het gerecht van de plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt of voor het gerecht van de laatste plaats waar hij gewoonlijk gewerkt heeft, of*

*b) wanneer de werknemer niet in eenzelfde land gewoonlijk werkt of voor het gerecht van de plaats waar zich de vestiging bevindt of bevond die de werknemer in dienst heeft genomen.”*

Artikel 21:

*“Van deze afdeling kan slechts worden afgeweken door overeenkomsten:*

*1. gesloten na het ontstaan van het geschil, of*

*2. die aan de werknemer de mogelijkheid gevende zaak bij andere rechten dan de in deze afdeling genoemde aanhangig te maken.”*

Er is geen bijzonder beding tussengekomen tussen partijen na het ontstaan van het geschil, minstens wordt daarvan geen bewijs bijgebracht.

Verwerende partij betwist de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken, ze stelt dat de bevoegde rechtbank deze is van de vestigingsplaats van verweerster in het Verenigd Koninkrijk. De ontwerpovereenkomst werd opgesteld op 30/07/1996 in het Verenigd Koninkrijk voor een tewerkstelling in Tanzania, Dar-es-Salaam en de verplaatsingen binnen de toegewezen regio's.

Het salaris werd in punt 7 van de overeenkomst vastgesteld op 37.500 £ per jaar. Voor het overige wordt verwezen naar de voorwaarden, uiteengezet in de oorspronkelijke brief van 25/06/1996. Er is geen andere arbeidsplaats voorzien dan Tanzania.

Partijen hebben geen forumkeuze gedaan in de zin van artikel 17 van het verdrag aangaande de keuze van de rechter aan wie zij hun geschillen zullen voorleggen. In de mate dat de Belgische rechter nog zonder meer in arbeidsovereenkomsten kon worden aangeduid, kan enkel worden vastgesteld dat dit niet is gebeurd in de relatie tussen partijen.

Terzake wijst eisende partij erop dat verwerende partij sedert 1972 een vestiging heeft in België (B.A.T. B.) met maatschappelijke zetel gevestigd te (...). Dit gegeven dat niet wordt bevestigd, noch wordt tegengesproken is, naar het oordeel van de rechtbank, zonder invloed op de beoordeling van het geschil, gelet op al de feitelijke gegevens hoger vermeld.

(...)

**OM DEZE REDENEN, DE RECHTBANK**, statuerend op tegenspraak, en na beraadslaging,

(...)

Verklaart de vordering onontvankelijk.

Uitgesproken op 01/02/2005



## The Supreme Court of Ireland, judgement of 27 July 2004 (2)<sup>1</sup>

*Insolvency – Regulation nr. 1346/2000 – concurrent insolvency proceedings in Ireland and Italy – request for preliminary rulings from the Court of Justice – 1. article 2 – time of opening of the proceedings – 2. article 3 – centre of main interests – 3. article 16 – recognition*

147/04

Murray CJ – Denham J – McGuinness J – Geoghegan J – Fennelly J

In the matter of Eurofoods ifsc limited and in the matter of the companies acts 1963 to 2001  
[Nem Diss, Separate judgment given by Fennelly J. relating to recognition of the Italian judgment]

JUDGMENT OF THE COURT delivered by FENNELLY J on the 27th day of July, 2004.

Eurofood IFSC Limited (hereinafter "the Company"), a company incorporated and registered in Ireland and part of the Parmalat Group of companies is insolvent. The High Court (Kelly J) has made a winding up order and appointed a liquidator. In doing so, he interpreted Council Regulation (EC) No 1346/2000. He held that the centre of main interests of the Company was in Ireland. He declined recognition, on grounds of public policy, to a judgment of an Italian court, which had already made an order placing the Company in extraordinary administration under Italian law and determining that the centre of main interests was in Italy.

The Appellant before this Court is the extraordinary administrator appointed by the Italian Court. It is clear that this Court, in order to be able to give judgment on the appeal, must refer questions for preliminary rulings on the interpretation of the Council Regulation to the Court of Justice.

### **The Facts regarding Eurofood**

The following facts are not disputed, with the exception of the extent to which Board meetings of the Company were held in Dublin.

The Company was incorporated in Ireland as a company limited by shares on the 5th November, 1997. It has a paid up capital of US\$ 100,000 and €2.54. The registered office of the Company is at 2 Harbourmaster Place, International Financial Services Centre, Dublin 1. It is a wholly owned subsidiary of Parmalat SpA (hereinafter "Parmalat") a company incorporated in Italy. The Company's principal objective was the provision of financing facilities for companies in the Parmalat group.

The International Financial Services Centre (hereinafter "IFSC") was established in 1987 at Custom House Dock in Dublin to provide a location for internationally traded financial services, including banking, asset financing, fund management and administration and specialised insurance operations. These may be provided only to non-resident persons or bodies. Incorporation within IFSC confers certain tax benefits, subject to strict compliance with a regulatory regime including supervision by:

- The Minister for Finance;
- The Irish Financial Services Regulatory Authority;
- The Revenue Commissioners, i.e., the body charged with the collection of taxes;

---

<sup>1</sup> Casenote by P. TORREMANS in this issue, p. 115-121.



- The Director of Corporate Enforcement;
- The Central Bank.

The Company, as it was required by law to do, carried on business at the IFSC at Custom House Docks, Dublin. In order to enjoy the tax benefits flowing from that fact, it required, and did in fact acquire, a certificate from the Minister for Finance pursuant to section 39B(2) of the Finance Act 1980, as inserted by section 30 of the Finance Act, 1987. That certificate authorized the Company to operate as an agency treasury centre and was limited to the provision of financing facilities to the Parmalat Group. Amongst other conditions, it required that the activities of the Company be carried on at IFSC and that the records and accounts of the business be available for inspection by the Revenue Commissioners. The Company was required to pay tax in Ireland on any income arising from its trading transactions.

Bank of America NT and SA, (hereinafter “Bank of America”,) a bank established in the United States of America, but with branches, inter alia, in Dublin, London and Milan managed the day-to-day administration of the Company in accordance with the terms of an administration agreement of 1997.

Up to December 2003, there were four directors of the Company. Two of these were Irish and based in Ireland and two were Italian and based in Italy. One, Ms Catherine Meenaghan, was an employee of Bank of America. The Appellant states that the Italian directors were executive directors and that the Irish directors were non-executive. However, as a matter of law, all are appointed simply as directors. No such distinction appears in the Articles of Association of the Company. One of the Italian directors resigned on 12th December 2003 and the other on 20th January 2004. Under the Articles of Association, Parmalat, as holding company has power, by notice in writing, to remove and appoint directors.

According to the report of the Provisional Liquidator, all Board meetings of the Company were held in Dublin with two Irish directors or their nominees present at all times. The Italian directors usually attended in person, but sometimes communicated by telephone. The evidence before this Court includes very detailed minutes of two meetings of the Board of Directors, held at 2 Harbourmaster Place, Custom House Dock, Dublin on 18th September 1998 at which both Italian directors attended. Mr Fausto Tonna took the Chair and Mr Luciano del Soldato also attended. Those meetings approved the two large financial transactions listed below, respectively note issues to Venezuelan and Brazilian companies in the Parmalat Group.

The Appellant has disputed the extent to which Board meetings were held in Ireland. In an affidavit he, states:

*“[T]here were twelve significant Meetings/Written Resolutions prior to the insolvency of the Parmalat group of companies in December 2003. It would appear that only five were held in Ireland, two of these had only one Irish director present, five were by telephone and the two written Resolutions included the significant Written Resolution of 8th August 2001 in respect of the Swaps Transaction, which was in effect directed by the Bank of America. Both Written Resolutions were passed under the hand of two Italian and one Irish director. The last two Board meetings held in December in December 2003 and January 2004 were physically held in Dublin with two Irish directors present but at this stage the two Italian directors were in custody in Italy.”*

Mr Wayne Porrit, for Bank of America, has sworn that in “*fact, all but one of the meetings of the Board are stated in their minutes to have been held in Ireland and were attended by both Irish and Italian directors.*” He has produced a table, setting out details of fourteen meetings between November 1997 and January 2004. The one exception mentioned describes the location of the meeting as: “*various locations... by phone.*” Mr Fausto Tonna is recorded as being present on six occasions and by phone on four occasions. Mr Luciano del Soldato was present on five occasions and on the phone on four. On some occasions the Irish directors were recorded as attending “*by phone*” but usually as simply being present.

The audited financial statements of the Company were prepared by Grant Thornton, Chartered Accountants, Dublin, in accordance with Irish law and accounting standards.



The Company engaged in three large financial transactions which were described as the Brazilian, Venezuelan and Swap transactions respectively. These were as follows:

- a) on 29th September 1998 the Company issued notes by way of private placement in an aggregate amount of US\$80,000,000 (to provide collateral for a loan by Bank of America to Venezuelan companies in the Parmalat group)
- b) on 29th September 1998 the Company issued notes by way of private placement in an aggregate amount of US\$100,000,000 (to fund a loan by the Company to Brazilian companies in the Parmalat group).
- c) there was a "Swap" agreement with Bank of America dated 10th August 2001.

The liabilities of the Company under the first two transactions were guaranteed by Parmalat.

The creditors of the Company under the first two transactions, hereinafter called "*the note holders*" are now owed in excess of US\$122 million. It is common case that the Company is unable to pay its debts.

## **Parmalat**

Parmalat Spa, the parent of the Company, while incorporated in Italy, has operated through subsidiary companies in more than thirty countries worldwide. Its turnover in the year 2002 was in excess of €7.5 billion. It has been the subject of a well-publicized worldwide insolvency crisis and is the subject of legal and regulatory investigations in several countries.

## **Insolvency Proceedings in Ireland**

On the 27th January, 2004, Bank of America presented to the High Court a petition for the winding up of the Company, alleging that the Company was insolvent and claiming a debt due to it of in excess of US\$3.5 million. Although there was, in the affidavits filed before the High Court, some dispute concerning that debt, the Appellant did not address any arguments to that court on that issue and has not appealed against the High Court decision on the point. In any event, as the Appellant accepts, it is not necessary to resolve the issue, because other creditors represented by Metropolitan Life Insurance on behalf of the note holders have indicated their willingness to take over the petition of Bank of America, a procedure which is permitted under the Companies Acts. Bank of America, on 27th January 2004, also applied, *ex parte*, for the appointment of a provisional liquidator at the same time as it presented the petition.

In its affidavit grounding the petition, Bank of America expressed concern that an attempt would be made to move the centre of main interests of the Company, for the purposes of Council Regulation (EC) No 1346/2000, from Ireland to Italy. It claimed that the centre of main interests was in Ireland.

The High Court (Lavan J) duly appointed Mr Pearse Farrell as Provisional Liquidator to the company with powers to:

- a) to take possession of all of the assets of the Company;
- b) to manage the affairs of the Company;
- c) to open a bank account in the name of the Company; and
- d) to retain the services of a solicitor.

The High Court, at that stage, did not determine the issue of centre of main interests. The Provisional Liquidator took up his appointment and notified the creditors of the fact. He took steps to preserve the assets of the Company and to investigate its affairs. He also notified the Appellant, Dr Enrico Bondi, who had then been appointed as the Extraordinary Administrator of Parmalat in Italy.

The Petition of Bank of America for the winding-up of the Company was heard in the High Court (Kelly J) from the 2nd to the 4th March 2004. Bank of America, the provisional liquidator, the note holders and the Director of Corporate Enforcement were represented. Kelly J, in a judgment of 23rd March 2004, decided that:



1. Insolvency proceedings had been opened in Ireland at the date of the presentation of the petition.
2. The centre of main interests of the Company was and is in Ireland and therefore the proceedings opened in Ireland as of the 27th January 2004 were main insolvency proceedings within the meaning of the Regulation.
3. The purported opening of main insolvency proceedings by the Civil and Criminal Court of Parma (hereinafter “the Parma court”) was contrary to Recital 22 and Article 16 of the Insolvency Regulation and could not alter the fact that main insolvency proceedings were already extant in Ireland.
4. The failure of the Extraordinary Administrator to put the creditors of the Company on notice of the hearing before the Parma court despite that court's directions on the matter and the failure to furnish the Provisional Liquidator with the petition or other papers grounding the application until after the hearing had taken place, all amounted to a lack of due process, such as to warrant the Irish Courts refusing to give recognition to the decision of the Parma court under Article 26 of the Regulation.

In the light of these conclusions and in circumstances where the Company was grossly insolvent Mr Justice Kelly made a winding up order in respect of the Company and appointed the provisional liquidator as liquidator. He did not recognize the decision of the Parma Court of 20th February.

### **Insolvency proceedings in Italy**

Parmalat was discovered in late 2003 to be in deep financial crisis. This led to the insolvency of many of its key companies.

On the 23rd December 2003 the Italian Parliament passed into law decree No. 347 which permits of extraordinary administration of companies. On the 24th December 2003, Parmalat was admitted to extraordinary administration proceedings by the Italian Ministry of Productive Activities. The Appellant was appointed as extraordinary administrator. On the 27th December 2003 the Parma Court confirmed that Parmalat was insolvent and placed it in extraordinary administration.

This Court has been informed on behalf of the Appellant that the object of the procedure of extraordinary administration is to permit the economic and financial restructuring of companies on the basis of a recovery programme over a period of less than two years. It applies only to large companies, i.e., those with more than 1,000 employees and debts of no less than €1 billion. The Appellant must produce a report within 180 days.

On 10th February 2004, the Parma Court made an order in which it fixed 17th February 2004 as the date for the hearing of a petition concerning the insolvency of the Company. In its order, it directed that notice of the application be served on interested parties. The facts surrounding these proceedings are set out in more detail in the separate judgment of Fennelly J, with which the other members of the Court agree. That judgment concerns the recognition of the judgment of the Parma Court.

On 20th February the Parma Court gave judgment opening insolvency proceedings concerning the Company, declaring the Company to be insolvent, determining that its centre of main interests was in Italy and appointing the Appellant as extraordinary administrator.

### **The Appeal**

The Appellant has appealed to this Court against the decision of the High Court. The principal subjects of argument on the hearing of the appeal were:

- Whether insolvency proceedings had been first opened in Ireland or Italy;
- Whether the centre of main interests of the Company was in Ireland or Italy;
- Whether there was such an absence of fair procedures leading up to the decision of the Parma Court that its decision should not be recognised.





This Court has received written and oral submissions in connection with the appeal from counsel for the Appellant as well as for Mr Pearse Farrell, the Provisional Liquidator, Bank of America, as Petitioning Creditor, the note holders, led by Metropolitan Life Insurance and the Director of Corporate Enforcement. The Provisional Liquidator, while expressing his continued willingness to act, considered it inappropriate for him to make submissions on the first two issues, but stated, particularly in oral submissions, that the conclusions of the High Court on the third point, namely the failure to respect fair procedures at the Parma Court, were fully warranted.

It was generally agreed, at the hearing of the appeal, that this Court would be obliged to refer questions relating to these issues to the Court of Justice for preliminary ruling pursuant to Article 234 of the Treaty Establishing the European Community as applied by Article 68 of that Treaty.

### **Submissions on the opening of insolvency proceedings**

Counsel for the Appellant, Mr Bill Shipsey, Senior Counsel, made, as his principal submission that insolvency proceedings had been first opened in Italy, by the judgment of the Parma Court of 20th February. The concept had to be given an autonomous Community-law meaning. The function of the Regulation is to allocate jurisdiction between Member States. Jurisdiction to open main insolvency proceedings is not in the Member State in which application is first made but rather where the company has its centre of main interests. He submitted that the appointment of a provisional liquidator is not the opening of insolvency proceedings for the purposes of Article 3 of the Regulation. A provisional liquidator is appointed to preserve the assets and is, in reality, a temporary administrator, who may be removed before the making of a winding-up order. Most importantly, counsel says that the inclusion of “provisional liquidator” in Annex C of the Regulation is not relevant since there is no relevant proceeding in Annex A, and the winding up commences only when an order to that effect is made.

Counsel for the petitioning creditor, Bank of America, Mr Michael Collins, Senior Counsel, submitted that insolvency proceedings were opened in Ireland on the appointment of the provisional liquidator. This is based on the appointment of the provisional liquidator and his inclusion in Annex C and, secondly, by virtue of the rule of Irish law that the winding up is “*deemed to commence at the time of the presentation of the petition for winding up.*” (Section 220(2) of the Companies Act, 1963). The “*judgment opening proceedings*” includes “*the decision of any court empowered to open such proceedings or to appoint a liquidator.*” The latter includes a provisional liquidator, as listed in Annex C. Contrary to the argument of the Appellant, he submitted that, by virtue of Article 4(1) of the Regulation, the effects of insolvency proceedings, including their commencement date, are to be governed by national law. He refers to the definition in Article 2(f) the Regulation of “*the time of opening of proceedings*” as “*the time at which the judgment opening the proceedings becomes effective, whether it is a final judgment or not.*” These arguments were also, in effect, advanced by the note holders.

Mr Collins advanced an additional argument in favour of the proposition that main insolvency proceedings were opened at the time of presentation of the petition. In this respect, he claimed that the Central Office of the High Court should be considered as falling within the “broad meaning” of the term “court” for the purposes of the Regulation, as seen in recital 10, which also says that “*insolvency proceedings do not necessarily involve the intervention of a judicial authority.*” Article 2(d) provides that “court” shall “*mean the judicial body or any other competent body empowered to open insolvency proceedings or to take decisions in the course of such proceedings.*” The Central Office were required to check the petition before receiving it and a Registrar had to fix a date for hearing.

### **Submissions on Centre of Main Interests**

The Appellant, relying principally on the opening of proceedings in Italy, presented only brief arguments on the appeal regarding the determination of the issue of centre of main interests. In his notice of appeal, he claims that the learned High Court judge erred in law on the facts in embarking on this issue when the Parma Court had already determined it and when no argument was addressed to



him (Kelly J) by the Appellant. In his written submissions on the appeal, he relies on the fact that this issue has been determined by the Parma Court. He says that the presumption based on the location of the registered office was rebutted, stating that: “*as is evident from the affidavits filed the Company was a financial vehicle for other companies in the group.*” This appears to be a reference to an affidavit sworn by the Appellant on 20th February 2004, in which he places reliance on the judgment of the Parma Court delivered on that day. In addition, the Appellant referred to the history of the Board meetings of the Company, which has already been quoted in detail above. He also stated that the Company had no employees in Ireland. In a further affidavit, sworn on 1st March, the Appellant replied to an affidavit sworn by Ms Jacqueline Jenkins on behalf of the note holders, stating that the fact that the security documentation for the notes was governed by Irish regulatory authorities and Irish tax law did not mean that the centre of main interests of the Company was in Ireland. He stated:

*“The availing of the fiscal regime established in the Irish Financial Services Centre by the Company in issuing its bonds in the United States is not and could not per se amount to the conducting of the administration of the interest of the Company on a regular basis in the IFSC. Overwhelming evidence was presented to the Court in Parma that the persons who administered the Company and made decisions with regard to the Company were at all times based in Italy.”*

Bank of America and the note holders argued on the appeal in support of the determination by the High Court that the centre of main interests was in Ireland. Counsel pointed to recital 13 of the Regulation, which states that the centre of main interests “*should correspond to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties.*” Counsel relied on the matters of fact which have been summarised above. He placed particular emphasis on the place of the registered office, the conduct of Board meetings in Ireland and the clear perception of the main creditors of the Company that they were dealing with a Company located in Ireland and subject to Irish fiscal and regulatory provisions. The note holders state that the Company was very specifically established in Dublin to take advantage of the particular fiscal and regulatory regime of the IFSC and that, for this purpose, the day to day affairs of the Company were required to be and were in fact conducted within the Custom House Dock area pursuant to a management agreement with the Bank of America. They submit that the perception of creditors is a crucial factor in determining a company’s centre of main interests.

### **Matters to be decided by this Court**

It is clear that this Court, in order to give judgment on this appeal, must refer certain questions relating to the three main areas of dispute for preliminary ruling to the Court of Justice. In order to assist that Court in its task, it will include the following matters in its decision referring those questions:

- Its findings on relevant matters of relevant fact;
- Its rulings on certain matters of Irish law;
- Its views on certain aspects of the questions being referred.

### **The Facts**

The facts set out above regarding the history of the Company, of Parmalat and of the history of the Irish and Italian proceedings are not in dispute except in one respect.

The only disputed issue of fact concerned the extent to which Board meetings of the Company were held in Dublin. In the view of this Court, the evidence is overwhelming that these meetings were properly and regularly held in Dublin and this Court so finds. There were fourteen Board meetings between November 1997 and January 2004. It seems certain that the first of these can be ignored as it took place before the Company changed its name to Eurofood as part of the Parmalat Group. In the case of twelve of the remaining thirteen meetings, the minutes record the meeting as taking place at one or another address in Dublin. Ten meetings were attended by at least two directors in person and



an eleventh by one. On five occasions, one or more of the Italian and of the Irish directors communicated with the meeting by telephone.

On one occasion only the meeting was conducted entirely by telephone. This was a perfectly regular and permissible practice. It did not alter the fact that, as recorded in the minutes in all but one case, the meetings were held in Ireland. It is notable that the two largest of the only three transactions ever effected by the Company were approved at a meeting of the Board in Dublin at which both Italian and Irish directors. No Board meeting was held in Italy.

The Appellant's statement, on affidavit, that only five of what he describes as "*twelve significant Meetings/Written resolutions*" were held in Dublin is incorrect and contrary to the clear evidence. The Appellant has produced no evidence to support it.

The Appellant has described the Italian directors as "executive directors" and the Irish directors as "non-executive directors." The Articles of Association of the Company recognizes no such distinction. There is no basis for such distinction, as a matter of law. He also says that the Company had no Irish employees, which is correct. However, one of the Irish directors, Ms Catherine Meenaghan, was an employee of Bank of America, which was responsible for the day to day management of the Company, pursuant to the terms of a comprehensive written administration agreement. The Bank of America thereby effectively undertook to be responsible for the entire administration of the Company. This took place in Ireland. This was perfectly normal and regular.

This Court is satisfied that the Company complied fully with all the legal and regulatory requirements imposed by Irish company and tax and financial-services law. These included observance of the requirements of the certificate issued to it by the Minister for Finance, the filing of annual returns with the Companies Office and the auditing of annual financial statements. Its business was properly and regularly conducted at the IFSC in Ireland. The Appellant has not, in fact, with the sole exception of the matter of the location of Board meetings, already mentioned, alleged any irregularity in any of these respects.

### **Matters of Irish law**

This Court addresses the following matters of Irish law:

- The consequences of the appointment of a Provisional Liquidator;
- The function of the Central Office of the High Court;

The Companies Act, 1963 governs the appointments of liquidators. Section 225 of that Act provides:

*"For the purpose of conducting the proceedings in winding up a company and performing such duties in reference thereto as the court may impose, the court may appoint a liquidator or liquidators."*

That power relates to the appointment of a liquidator at the time when a winding up order is being made. Section 226 additionally provides:

- "(1) Subject to subsection (2), the court may appoint a liquidator provisionally at any time after the presentation of a winding-up petition and before the first appointment of liquidators.*
- (2) Where a liquidator is provisionally appointed by the court, the court may limit and restrict his powers by the order appointing him."*

The grounds for appointment of a Provisional Liquidator are usually that the assets of the Company are in danger and that it is necessary to take action to prevent them from being dissipated. The creditor applying for such an appointment must produce evidence to satisfy the court that there are sufficient grounds for the appointment. The order appointing the provisional liquidator must state the nature of and give a short description of the property which he is required to take into his possession and the duties he is required to perform.

A provisional liquidator, once appointed, is obliged to "*take into his custody or under his control all the property and things in action to which the company is or appears to be entitled.*"



(section 229(1) of the Act). The legal effect of the appointment of a Provisional Liquidator is that the directors of the company no longer have any power to deal with assets of the Company covered by the order of the court.

The date of commencement of a winding up is dealt with by section 220(2) of the Act, which provides that “...*the winding up of a company by the court shall be deemed to commence at the time of the presentation of the petition for the winding up.*”

It does not necessarily follow from the fact that a winding up petition has been presented or even that a Provisional Liquidator has been appointed that a winding up order will in fact be made. Section 216 provides that on “*hearing a winding-up petition, the court may dismiss it, or adjourn the hearing conditionally or unconditionally, or make any interim order, or any other order that it thinks fit...*” The presentation of the petition and the order for winding up are distinct. A principal function of the relation-back provision of section 220(2) is to confer validity on any acts that have been performed by a provisional liquidator following his appointment at the time of the presentation of the petition.

The Rules of the Superior Courts contain provisions regarding the presentation of winding up petitions. A petition for the winding up of a company must be “*presented and retained at the Central Office...*” of the High Court. That Office assigns a number to the case and a Registrar is obliged to appoint the time and place at which the petition is to be heard and may alter or vary that time. However, no Registrar has any power to open a hearing or to make any substantive order on the matter. In the view of this Court, it is manifest that the Central Office of the High Court is not a body independent of the Court. It is the administrative office of the Court. The acts referred to in the rules are ministerial acts only and involve no adjudicative act of any sort in the course of insolvency proceedings. The Court does not consider that the Central Office of the High Court has any power to “*open insolvency proceedings*”.

### **Consideration of the Issues**

The conflict which has arisen between the decisions of the Irish and Italian courts concerns, in the first instance, the question of whether insolvency proceedings were opened in Ireland with the presentation of the petition and the appointment of the Provisional Liquidator on 27th January or with the order of the Parma Court on 20th February determining that the Company was insolvent and ruling that the centre of main interests of the Company was in Italy.

### **Opening of Insolvency Proceedings**

The Regulation applies, according to Article 1.1, to “*collective insolvency proceedings which entail partial or total divestment of a debtor and the appointment of a liquidator.*” Article 2(a) says that these proceedings are listed in Annex A. That Annex includes “*compulsory winding up by the court,*” in the case of Ireland. The petition presented to the High Court on 27th January was such a proceeding. Moreover, the appointment of the Provisional Liquidator on 27th January did involve at least a “partial divestment” of the debtor, insofar as it deprived the directors of their powers and required the Provisional Liquidator to take possession of the Company’s property. Although the petition presented on 27th January was indeed one for such compulsory winding up, no order for winding up was made on that date. Nonetheless, it is clear that the petition was for a winding up of the Company within the meaning of Article 1.1 and Annex A. If and when a winding up order is made—and one has been made by the High Court, subject to the effects of the Regulation--- the effect of section 220(2) of the Companies Act, 1963 is that the order is deemed to have been made on 27th January. Thus, so far as Irish law is concerned, the proceedings are deemed to have been opened on 27th January 2004. A question of interpretation, therefore, arises as to the effect of this provision.

Whether the presentation of the petition and more particularly the appointment of the Provisional Liquidator on 27th January constituted the opening of insolvency proceedings depends on the interpretation of certain definitions in the Regulation. In particular, the term “*judgment*” in relation “*to the opening of insolvency proceedings or the appointment of a liquidator*” is defined in Article 2(e) as including “*the decision of any court empowered to open such proceedings or to appoint a liquidator.*” The word “*liquidator,*” in the case of Ireland, by virtue of Article 2(b) and Annex C,



includes a provisional liquidator. Article 2(e) does not, however, refer to a judgment appointing a liquidator, but to a judgment by a court “empowered” to make such an appointment. The question, therefore, is whether an order appointing a provisional liquidator, which appears clearly to be a judgment within the meaning of Article 2(e), is to be considered as a judgment opening insolvency proceedings, entitled to recognition pursuant to Article 16. It is not clear whether Article 2(e) intends to create a distinction, for the purposes of Article 16, between the opening of insolvency proceedings and the appointment of a liquidator. The definition of the appointment of a liquidator as a “judgment” does not appear to serve any purpose within the Regulation if it does not benefit from the recognition provided by Article 16. Moreover, the appointment of a liquidator is an essential component of the notion of collective insolvency proceedings within Article 1.1 of the Regulation.

Bank of America also relies strongly on Article 2(f), which defines the “*time of the opening of proceedings*” as meaning “*the time at which the judgment opening the proceedings becomes effective, whether it is a final judgment or not.*” There is no doubt that, as a matter of Irish law, the order appointing the Provisional Liquidator, even if not a final judgment became effective on 27th January. That argument is of assistance to Bank of America, provided that it can be shown that the expression, “time of the opening of proceedings,” as defined is relevant to determining the priorities between the opening of proceedings where conflicting orders are made in two Member States. The expression does not appear in Article 16, which lays down the principle of recognition. It appears only in Articles 5 and 7, which deal with the preservation of certain third-party rights either *in rem* or by way of reservation of title. However, the Virgos-Schmit report (point 66) says that this expression is “*very important, since many questions are settled by reference to it.*” The question is whether this definition was intended to have effect on the determination of priorities between proceedings purporting to open insolvency proceedings in two Member States.

In all these circumstances, this court requires preliminary rulings from the Court of Justice to enable it to give judgment on whether the Irish Court first opened insolvency proceedings.

### Centre of Main Interests

It is unnecessary to repeat the history of the Company. This is set out in detail earlier in this judgment. In the view of this Court, the evidence overwhelmingly leads to the conclusion that the centre of main interests of the Company was in Ireland at all times prior to its insolvency. The concept of centre of main interests is, of course, one of Community law. However, its assessment is predominantly a matter of fact.

Recital 13 states:

*“The “centre of main interests” should correspond to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties.”*

Article 3.1 states:

*“The courts of the Member State within the territory of which the centre of a debtor’s main interests is situated shall have jurisdiction to open insolvency proceedings. In the case of a company or legal person, the place of the registered office shall be presumed to be the centre of its main interests in the absence of proof to the contrary.”*

It is common case that the presumption is in favour of the country of the registered office, in this case Ireland. The burden should, therefore, be on those who assert the contrary to bring cogent proof.

Moreover, there are two elements in Recital 13, both of which need to be considered.

Firstly, the centre of main interests should be where the Company has conducted the administration of its interests on a regular basis. This Court has found, as a fact, that the Company has at all times conducted its business lawfully and regularly in Ireland. It has complied fully with all the legal and regulatory requirements imposed by Irish company, tax and financial-services law. The Appellant has not contended to the contrary except in respect of the holding of Board meetings. This Court has resolved any conflict of fact against the Appellant on this issue. The Appellant has produced



no evidence at all for his assertion that only five meetings were held in Ireland. His assertion is to the contrary of the available evidence. It is particularly striking that the two Board meetings, which approved the two transactions, which represented the overwhelming bulk of the business ever done by the Company, took place in Dublin, with both Italian directors in attendance. Accordingly, so far as the very extensive evidence before the High Court and this Court is concerned, the Company clearly conducted the administration of its business fully and regularly in Ireland.

Secondly, the centre of main interests must be such as is ascertainable by third parties. The note holders have placed before the High Court very detailed evidence of the lengths to which they went to satisfy themselves of the legal and financial character of the Company and of the regulatory environment in which it operated. They clearly did not believe that they were transacting business with a company whose centre of main interests was in Italy. Insofar as this matter is relevant, it also tends to show that the centre of main interests was in Ireland.

It is then necessary to consider the matters upon which the Appellant relies to rebut the presumption. These matters are principally, if not entirely:

- The Company was a wholly-owned subsidiary of Parmalat;
- The sole object of the Company was the provision of finance for companies in the Parmalat Group;
- The Company's policy was decided at Parmalat headquarters in Italy, by Parmalat executives and the Company exercised no independent decision-making function.
- The Company had no employees in Ireland.
- The liability of the Company to the note holders was guaranteed by Parmalat.

By reason of these matters, the Appellant claims that the Company was a mere financial vehicle for Parmalat, that it had only a formal office in Ireland and that its exclusive point of reference the interests of the parent the Company.

These submissions are of a very far-reaching character so far as the fundamentals of company law are concerned. It is perfectly normal and to be expected that subsidiary companies in a group will pursue and give effect to group policy. Parent companies form subsidiaries either in their own states of incorporation or in other states for a wide variety of business, commercial and tax reasons. Those subsidiaries are required to respect the now very complex legal, financial and regulatory regimes of their states of incorporation. It seems to this Court to be deeply inimical to the need for respect for corporate identity and respect for the rules of law (including Community law rules) relating to companies that the separate existence of such companies should be ignored.

Of particular importance, in the present case, is the compelling evidence placed before the High Court and this Court, which demonstrates the very serious extent to which the principal, indeed the only, creditors relied on legal and financial advice that the Company was a company incorporated in Ireland at the IFSC and subject to all the controls and regulation that that entailed. It would have very serious implications for the future of international corporate structures if it were to be accepted that the test for centre of main interests were to be ultimate financial control by a parent company rather than legal and corporate existence.

Insofar as this Court can make a judgment on the matter, it is clear that the centre of main interests of the Company was at all relevant times in Ireland.

### **Questions for preliminary ruling**

The Supreme Court finds that it is necessary for the purposes of giving judgment on the appeal pending before it to seek preliminary rulings from the Court of Justice on a number of questions. It does not propose to refer any question relating to the contention that the Central Office of the High Court has power to open main insolvency proceedings, since the Court finds that it is quite clear that it does not. The questions listed below include a question relating to the issue of recognition of the judgment of the Parma Court, which arises from the separate judgment of Fennelly J.

The Court has been persuaded that it is a matter of great urgency to have rulings on these questions. The appointment by the Irish Court of a Liquidator and by the Italian Court of an Extraordinary Administrator in respect of the same Company will render it impossible, in practice, to



administer the assets of the Company, to the detriment of the creditors. The Court respectfully requests the Court of Justice to accord special priority to the matter.

The following are the questions:

1. Where a petition is presented to a court of competent jurisdiction in Ireland for the winding up of an insolvent company and that court makes an order, pending the making of an order for winding up, appointing a provisional liquidator with powers to take possession of the assets of the company, manage its affairs, open a bank account and appoint a solicitor all with the effect in law of depriving the directors of the company of power to act, does that order combined with the presentation of the petition constitute a judgment opening of insolvency proceedings for the purposes of Article 16, interpreted in the light of Articles 1 and 2, of Council Regulation (EC) No 1346 of 2000?

2. If the answer to Question 1 is in the negative, does the presentation, in Ireland, of a petition to the High Court for the compulsory winding up of a company by the court constitute the opening of insolvency proceedings for the purposes of that Regulation by virtue of the Irish legal provision (section 220(2) of the Companies Act, 1963) deeming the winding up of the company to commence at the date of the presentation of the petition?

3. Does Article 3 of the said Regulation, in combination with Article 16, have the effect that a court in a Member State other than that in which the registered office of the company is situated and other than where the company conducts the administration of its interests on a regular basis in a manner ascertainable by third parties, but where insolvency proceedings are first opened has jurisdiction to open main insolvency proceedings?

4. Where,

- a) the registered offices of a parent company and its subsidiary are in two different member states,
- b) the subsidiary conducts the administration of its interests on a regular basis in a manner ascertainable by third parties and in complete and regular respect for its own corporate identity in the member state where its registered office is situated and
- c) the parent company is in a position, by virtue of its shareholding and power to appoint directors, to control and does in fact control the policy of the subsidiary,

in determining the "centre of main interests", are the governing factors those referred to at b) above or on the other hand those referred to at c) above?

5. Where it is manifestly contrary to the public policy of a Member State to permit a judicial or administrative decision to have legal effect in relation persons or bodies whose right to fair procedures and a fair hearing has not been respected in reaching such a decision, is that Member State bound, by virtue of Article 17 of the said Regulation, to give recognition to a decision of the courts of another Member State purporting to open insolvency proceedings in respect of a company, in a situation where the court of the first Member State is satisfied that the decision in question has been made in disregard of those principles and, in particular, where the applicant in the second Member State has refused, in spite of requests and contrary to the order of the court of the second Member State, to provide the provisional liquidator of the company, duly appointed in accordance with the law of the first Member State, with any copy of the essential papers grounding the application?



The main judgment of this Court delivered today concerning the reference of questions for preliminary ruling to the Court of Justice sets out fully the background facts relating to Eurofoods IFSC Limited (hereinafter “the Company”) and the history of the proceedings. This judgment is concerned only with the appeal from the judgment of the High Court insofar as that Court decided that the decision of the Parma Court of 20th February 2004 should not be recognized.

In his judgment of 23rd March 2004, Kelly J, in the High Court, decided primarily that the Civil and Criminal Court at Parma (hereinafter “the Parma Court”) did not have jurisdiction to open insolvency proceedings in respect of the Company, since, as he held, such proceedings had already been opened in this jurisdiction. He also held that the centre of main interests of the Company was in Ireland and not in Italy.

In addition, he held that the court should not give recognition to the judgment of the Parma Court. He relied on the provisions of Article 26 of Council Regulation (EC) No 1346/2000 (“the Regulation”). He said that the affidavit evidence showed that the creditors of the company were not heard on the application, “*despite the Parma Court apparently having directed that all interested parties ought to be.*” The learned judge continued:

*“The certificate holders were not given the opportunity of putting the evidence before the Parma Court which they placed before this court. The evidence demonstrated their perception as a third party as to the centre of main interests of Eurofood. They organised their business on the basis that they were dealing with an Irish company subject to Irish law, which was being administered in Ireland with its centre of main interests in this jurisdiction. The advice which they took and the business decisions made were all on this basis.”*

The learned judge then referred to general principles of law regarding the right to a fair hearing. He cited the decision of the Court of Justice in *Krombach v Bamberski* [2000] ECR I-1935 regarding the interpretation of Article 27.1 of the Brussels Convention. Applying those principles to the facts, he found that “*the creditors of Eurofood were not heard on the petition and no proper opportunity was given them to be heard in the Parma Court*”. He went on to refer also to the manner in which the Provisional Liquidator was put on notice. He said:

*“He was notified after close of business on Friday 13th February that there would be a hearing before the court in Parma at midday on Tuesday 17th February. He was not furnished with the petition or the other papers grounding the application until after the hearing before the Parma Court had actually concluded. This lack of due process appears to me, quite apart from the other considerations, to warrant this court refusing to give recognition to the decision of the Parma Court.”*

The Appellant, Dr Enrico Bondi, the Extraordinary Administrator appointed by the Parma Court, in his Notice of Appeal to this Court, alleges that the learned High Court judge “*misdirected himself in his interpretation of Article 26 of the Regulation and in particular in finding that there had been a breach of public policy or fundamental principles in the conduct of the proceedings in the Parma Court.*”

The High Court judgment proceeds on the basis that there was an absence of a fair hearing at the Parma Court both in respect of the creditors and of the Provisional Liquidator.

Article 26 of the Regulation provides:

*“Any Member State may refuse to recognise insolvency proceedings opened in another Member State or to enforce a judgment handed down in the context of such proceedings where the effects of such recognition or enforcement would be manifestly contrary to that state’s public policy, in particular its fundamental principles or the constitutional rights and liberties of the individual.”*

Before addressing this matter further, I consider that it is necessary to restate the relevant facts, which are of particular relevance to the issue of recognition.





On 24th December 2003, an extraordinary administrator, Dr Enrico Bondi, the Appellant, was appointed in Italy to Parmalat Spa, the parent of the Company.

On 23rd January 2004, the Company wrote to its creditors giving notice of the possibility of appointment by Parmalat of new directors and that this might impact on the location of Eurofood's management and the jurisdiction in which procedures might be commenced. Both Italian directors had, by then, resigned.

On 27th January 2004, Bank of America presented its petition to the High Court in Ireland. On an ex parte application, that court appointed Mr Pearse Farrell (hereinafter "Mr Farrell") to be Provisional Liquidator of the Company. It gave him powers to:

1. Take possession of the assets of the Company
2. Manage the affairs of the Company
3. Open a bank account in the name of the Company
4. Retain the services of a solicitor

One of the grounds on which the petitioning creditor sought the appointment of a Provisional Liquidator was its fear that an effort might be made to transfer the "*centre of main interests*" of the Company to Italy in order to facilitate the inclusion of the Company in an Italian insolvency process, which would be "*main proceedings*," so as to exclude the jurisdiction of the Irish courts. The High Court (Lavan J) did not determine the issue of "*centre of main interests*" when making the order appointing a Provisional Liquidator. The legal consequences of the appointment of a provisional liquidator are described in the main judgment of this Court delivered today. They are, in particular, that the directors are no longer empowered to conduct the affairs of the Company. The provisional liquidator represents and is bound to protect the interests of all creditors and to take possession of the assets.

On 30th January 2004, Mr Farrell notified the certificate holders and the Appellant of his appointment.

On 9th February 2004, the Italian Ministry of Productive Activities ("Ministero delle Attività Produttive") admitted the Company, as a group company, to the extraordinary administration of Parmalat Spa. On 10th February, the Parma Court made an order in which it acknowledged the filing of a petition to declare the insolvency of the Company. It scheduled a hearing before the court in camera for 17th February and directed that a "*copy to be sent to the petitioner for the communication to the parties interested to attend, if necessary also by fax, not later than 48 hours before the hearing.*" (the foregoing is based on an English translation exhibited in the proceedings). The word "copy" clearly refers to the petition, as no other document is referred to in the order. The reason given for the urgency was "*in order not to jeopardise the measures aimed at protecting the creditors.*"

On 10th February 2004 Mr Farrell received a fax communication from Parmalat Spa purporting to appoint three new Italian directors to the Board of the Company and to remove one Irish director, Ms Catherine Meenaghan, with immediate effect.

On Friday 13th February 2004 at approximately 17:15 Irish time, Mr Farrell, without any prior notice from or communication from the Appellant, was personally served by the Irish solicitors for the Appellant with a copy, dated 13th February of the notice of an urgent hearing before the Parma Court on Tuesday 17th February at 12 noon (11:00 Irish time). Mr Farrell was not, however, served, as would have been normal in this jurisdiction, and as had been clearly ordered by the Parma Court, with any copy of the petition or copies of the papers upon which the extraordinary administrator proposed to rely. As will be mentioned later in this judgment, the Appellant does not dispute this fact. The Appellant has exhibited what he describes as the "documentation grounding the application" with his affidavit in these proceedings. It appears that nineteen documents were annexed. None of these were served on or made available to Mr Farrell.

On 16th February, the Bank of America, the petitioning creditor, relying on a report of an investigation by the of the affairs of the Company, which showed it to be insolvent, applied to the High Court for an order to bring forward the date of the hearing of the winding-up petition. This application was apparently prompted by the impending application in the Parma Court. The High Court refused this application but granted liberty to Mr Farrell to appear in the proceedings before the



Parma Court. Both the petitioning creditor and Mr Farrell were clearly conscious of the desire and intention of the Appellant to open main insolvency proceedings in Italy.

Mr Farrell was legally represented before the Parma Court. However, despite what he has described as “*repeated written and verbal requests*” to the Appellant from Mr Farrell’s Italian lawyers, he had not received any of the documents filed with the Parma Court. Nonetheless, he filed a “*defence brief*” with the court on 17th February 2004. In this, he argued that he was not allowed to defend and argue properly during the hearing, since he had not been served with the petition, which he said was a breach of his constitutional right to defend. Mr Farrell, through his Italian lawyers, asked the court for an adjournment of the hearing. This was refused by the court. The Parma Court, therefore, embarked on the hearing of the Appellant’s application in the knowledge that Mr Farrell had not received any copies of the essential papers. The court entered on discussion and argument regarding the issue of centre of main interests of the Company. The hearing lasted about one hour. The parties were given permission to file further briefs before 11:00 on 19th February. However, the presiding judge stated that the court was not prepared to defer decision to a date, which would allow the Irish court to determine the matter first. The court also allowed Mr Farrell’s Italian lawyers to photocopy the petition and the attached documentation on the court file. Due to time constraints, and limited photocopying facilities, Mr Farrell’s lawyers had to be selective in the documents, which they copied. Mr Farrell’s lawyers and those of the Appellant agreed before the court a deadline of 7 pm on 18th February for service by fax of the second brief.

In the event, Mr Farrell filed a second defence brief and the Appellant a counter brief prior to the decision of the court on 20th February 2004. There was, however, no further hearing. It is clear from the affidavits filed in these proceedings that the parties, at the hearing on 17th contested both the question of whether the Irish court had already “*opened*” insolvency proceedings and the issue of centre of main interests. At that time, Mr Farrell, as Provisional Liquidator, had been denied sight of any of the papers grounding the application.

The Civil and Criminal Court of Parma delivered its written judgment on 20th February 2004. That judgment deals principally, if not entirely, with the issue of where the “centre of main interest” of the Company lay. It includes several references to the arguments of Mr Farrell. For the purpose of ruling on the present issue of possible non-recognition of that judgment on grounds of public policy, it would be quite inappropriate to pass any comment on the court’s views on that issue, which may present itself before another judicial forum. It suffices to say that the Parma Court appears to have considered Mr Farrell’s arguments on their merits.

It is also necessary to consider the position of the largest creditors of the Company, the certificate holders.

Ms Jacqueline Jenkins has sworn an affidavit making specific complaint that the certificate holders were unrepresented before the Parma Court. She says that they were given no opportunity to outline to that court their perception in relation to the centre of main interests of the Company. The appellant did not notify them of the intended application. Notice was received by them via Mr Farrell on Sunday 15th February. Ms Jenkins says that she does not believe Mr Farrell was in a position to explain the perception of the certificate holders, which was “*so crucial to the determination of the centre of main interests.*” They did, however, write a brief letter to the Provisional Liquidator setting out their perception on this issue and that was an exhibit to the second defence brief before the court. Ms Jenkins’ affidavit contains the evidence referred to by the learned High Court judge on this issue.

Moreover, the petitioner, Bank of America, makes complaint in its submissions to this Court that it “*understood from conversations between the Provisional Liquidator and the Appellant’s Irish solicitors that the petitioner was not an interested party for the purpose of appearing in the Italian proceedings.*” This is stated in an affidavit of Mr Diarmuid Connaughton, an executive of the petitioner, who does not state, however, that the petitioner was prevented from appearing before the Italian court.

The Appellant, in reply, points out that, having been informed of the impending hearing by the Provisional Liquidator, the certificate holders were aware of the proposed hearing and that there was nothing to prevent them being represented. He claims that they appear to have been satisfied that the Provisional Liquidator could put the case fully to the Italian court.



In his submissions to this Court, the Appellant says that he satisfied the requirements of the Parma Court by notifying Mr Farrell of the intended application, as the latter represents all creditors. This, he says, is demonstrated by the fact that the Italian court embarked on the matter without requiring that further notices be given. Both the petitioner and the certificate holders were, in fact, aware of the hearing, having been informed by Mr Farrell. Both are very large, according to the Appellant, organisations, which would have had no difficulty instructing lawyers to appear at very short notice. They appear, in fact, to have decided to allow their interests to be represented by Mr Farrell. In fact, they could even have appeared after the judgment of the Parma Court. Under Italian procedure, it is possible to apply to the same court to set aside its earlier order. The Appellant does not, however, offer any explanation for his undisputed denial of any copies of the essential papers grounding his application to Mr Farrell.

Mr Farrell, in his written submissions to this Court, supported by the certificate holders, says that, without question, the manner in which the Parma Court proceeded seriously circumscribed his ability to participate effectively in the proceedings and that the decision of the court was rendered in the absence of detailed evidence from the certificate holders. He emphasises, in particular, that the court made it clear that it was determined to render its decision before the date on which the petitioner's petition came before the High Court.

The certificate holders strongly criticise the proceedings of the Italian court, especially the haste with which it proceeded so as to open insolvency proceedings before the High Court could hear the winding-up petition. Since they represented 70-75% of the Company's indebtedness, they should have been put on notice. They rely on those provisions of the Regulation which indicate that the centre of main interests should correspond to the place where the debtor conducts and administers its business so that it is known to third parties.

### Consideration of the Issue

The task of this Court, on this appeal, is to decide whether recognition of the decision of the Italian court would be contrary to Irish public policy. The provisions of Article 26 of the Regulation are matters of Community law. Insofar as the decision of this Court involves an interpretation of that Article, the Court will be obliged to refer any such question for preliminary ruling to the Court of Justice of the European Communities. However, it is for this court to decide the issue of Irish public policy. It is only if it comes to the conclusion that the decision of the Parma Court should not, as matter of Irish public policy, be recognised that it will need to consult the Court of Justice. It is also the function of this Court to make any findings of relevant fact.

The principle of fair procedures in all judicial and administrative proceedings is, in Irish law, a principle of public policy of cardinal importance. It derives both from the rules of natural justice of the common law and from constitutional guarantees of personal and individual rights.

The dictum of Gannon J as to the scope of this fundamental principle, in *State (Healy) v Donoghue* [1976] I.R. 325, at page 335, has been repeatedly approved. It is:

*“Among the natural rights of an individual whose conduct is impugned and whose freedom is put in jeopardy are the rights to be adequately informed of the nature and substance of the accusation, to have the matter tried in his presence by an impartial and independent court or arbitrator, to hear and test by examination the evidence offered by or on behalf of his accuser, to be allowed to give or call evidence in his defence, and to be heard in argument or submission before judgment be given. By mentioning these I am not to be taken as giving a complete summary, or as excluding other rights such as the right to reasonable expedition and the right to have an opportunity for preparation of the defence.”*

These principles apply to all forms of proceedings, civil and criminal. In an appropriate case, they may be invoked both by bodies corporate and by non-citizens. There would be no doubt at all, in my opinion, insofar as principles of Irish law are applicable, that Mr Farrell, as the Provisional Liquidator, appointed by the Irish court, and bound, as such, to represent the interests of the creditors of the Company was entitled to receive fair notice of the intended application of the Appellant. Equally, there is no doubt that both the petitioner and the certificate holders have the right to rely on



these principles, if this Court holds that they were deprived of the right to a fair hearing to which they were entitled.

The question of recognition arises in a context of international law. In Irish law, where a person, which includes both natural and legal persons, is liable to be affected by a decision to be made by a court or tribunal, that person is entitled to reasonable notice of the nature of the decision which is sought and of the evidence to be used in applying for it. Failure of a court or an administrative body to respect these rights will lead the courts to exercise their rights of Judicial Review and to quash or annul any decision made in such circumstances. This Court should, therefore, approach the present matter by asking itself whether an Irish superior court, faced with a decision made by an Irish judicial or administrative body in like circumstances, would quash or set aside that decision.

The facts which ground the complaint made by Mr Farrell and the certificate holders are not in dispute. The Appellant does not contest, in particular, that he did not provide Mr Farrell with any copy of the petition or other supporting papers either before or during the hearing at the court in Parma on 17th February or that he was repeatedly asked for these papers by Mr Farrell's Italian lawyers. The Appellant has had ample opportunity to respond to Mr Farrell's complaints about the unfairness of the procedures as set out in his affidavit of 23rd February. The Appellant swore a further affidavit, prior to the High Court hearing, on 1st March. In that he replied to the affidavit of Ms. Jenkins, but he made no attempt to contest Mr Farrell's evidence. More remarkably, at the hearing of the appeal in this Court, counsel for the Appellant was specifically invited by this Court to explain why his client had refused to supply Mr Farrell with any copy of the petition. Counsel's answer was that he had no instructions on the matter. I find this extremely difficult to understand, since the learned High Court judge had ruled that the decision of the Parma Court should not be recognised as having been reached in breach of the rights to due process of Mr Farrell and of the certificate holders. Indeed, the Appellant was specifically appealing against that decision. It is clear, therefore, that the Appellant instructed his counsel to appear before this court without offering any explanation for his extraordinary behaviour in refusing to provide Mr Farrell with the essential documents necessary to defend the interests of the creditors of the Company before the Parma Court. Furthermore, it is not contested that the Parma Court was determined to proceed with the hearing on 17th February and to render its decision before the Irish High Court could make a winding-up order, an attitude clearly adopted at the behest of the Appellant. The Appellant must clearly have known that, by refusing to furnish him with the essential documents, he was putting Mr Farrell at a severe disadvantage at the hearing in Parma. His silence on the issue before this Court provides eloquent support for that conclusion.

The position of the certificate holders is slightly different. It is not clear that the Parma Court intended that they be served with the papers. They were, of course, as that Court stated in its decision, by far the largest creditors of the Company. It is not clear, however, whether that fact suffices to entitle them to notice. Small creditors may be no less grievously affected by the insolvency of its debtor. Furthermore, there is force in the point made by the Appellant that the certificate holders were amply funded and equipped to ensure representation before the Court at Parma on 17th February, if they had chosen to do so.

In reaching a conclusion on the question of whether Irish public policy manifestly requires that the decision of the Italian Court be recognised, all the circumstances must be considered. It is not possible to refrain from criticising the behaviour of the Appellant in the strongest terms. He failed, without explanation, to serve Mr Farrell with any copies of the petition or other papers grounding his application to the Court in Parma. He further declined to do so in spite of several verbal and written requests from Mr Farrell's Italian lawyers. This placed Mr Farrell in the difficult, certainly the embarrassing, position of having to get the permission of the judges to photocopy the documents on the Court file. Finally, the Appellant, in full knowledge of these complaints, instructed counsel to appear before this Court on appeal from the judgment of Kelly J in the High Court without offering any explanation for this extraordinary behaviour.

Against this concern about the behaviour of the Appellant, a number of other matters have to be weighed in the balance. It is commonplace that, in the case of the insolvency of large enterprises action often has to be taken as a matter of great urgency. The accounting experts in this field and the firms of lawyers who represent them are accustomed to meeting short deadlines, to preparing complex documents and evidence for the courts overnight and over week-ends, at least where interim or



interlocutory proceedings are concerned. Even there, however, opposing parties are entitled to sight of the papers to be used against them. Furthermore, parties are always entitled to reasonable time and notice where final orders of great importance are concerned. The case of Parmalat Spa and its associated companies is the most notorious large-scale insolvencies in the world in recent times. Clearly, the competing interests in Ireland and Italy were determined to endeavour to have the Company's insolvency administered in their own respective jurisdictions. The Parma Court did indeed, subject to its self-imposed deadline, facilitate Mr Farrell by providing some access to documents, but only after the hearing had effectively taken place. Its judgment shows that it considered the arguments of both parties. It is to be noted, with some concern, however, that it made no reference, in that judgment, to the refusal of the Appellant to serve Mr Farrell with a copy of the petition, as it had required him to do.

Mr Farrell says that he was seriously circumscribed in his ability to participate in the hearing in Parma, because of the absence of any copy of the petition. This cannot be denied and is not seriously contested by the Appellant.

This Court accepts that this must have been so. The shortness of the notice is one matter. Mr Farrell seems to have reacted extremely well in such a short time. However, he was deprived, apparently deliberately, of the essential documents grounding the Appellant's application to the Court. In a like situation, this Court would not allow a corresponding decision of any court or administrative body under its jurisdiction to stand. It would consider the want of fair procedures in itself as so manifestly contrary to public policy that it would regard it as having been made without jurisdiction and, consequently, void. Nor would that result be cured by the fact that the decision could be reopened before the same court. Such a fundamental failure to observe fair procedures would taint the entire proceeding.

This Court notes that, as stated in Recital 22 to the Regulation, "*recognition of judgments delivered by the courts of the Member States should be based on the principle of mutual trust*" and that "*grounds of non-recognition should be reduced to the minimum necessary.*" It must, however, be an intrinsic element in the "principle of mutual trust" that the decision whose recognition is sought has been made in respect for the "*general principle of Community law that everyone is entitled to fair legal process,*" as stated by the Court of Justice in its judgment in *Krombach v Bamberski* (paragraph 26). The judgment in that case also states

*"42. ... it follows from a line of case-law developed by the Court on the basis of the principles referred to in paragraphs 25 and 26 of the present judgment that observance of the right to a fair hearing is, in all proceedings initiated against a person which are liable to culminate in a measure adversely affecting that person, a fundamental principle of Community law which must be guaranteed even in the absence of any rules governing the proceedings in question (see, inter alia, Case C-135/92 Fiskano v Commission [1994] ECR I-2885, paragraph 39, and Case C-32/95 P Commission v Lisrestal and Others [1996] ECR I-5373, paragraph 21).*

*43. The Court has also held that, even though the Convention is intended to secure the simplification of formalities governing the reciprocal recognition and enforcement of judgments of courts or tribunals, it is not permissible to achieve that aim by undermining the right to a fair hearing (Case 49/84 Debaecker and Plouvier v Bouwman [1985] ECR 1779, paragraph 10).*

*44. It follows from the foregoing developments in the case-law that recourse to the public-policy clause must be regarded as being possible in exceptional cases where the guarantees laid down in the legislation of the State of origin and in the Convention itself have been insufficient to protect the defendant from a manifest breach of his right to defend himself before the court of origin, as recognised by the ECHR. Consequently, Article II of the Protocol cannot be construed as precluding the court of the State in which enforcement is sought from being entitled to take account, in relation to public policy, as referred to in Article 27, point 1, of the Convention, of the fact that, in an action for damages based on an offence, the court of the State of origin refused to hear the defence of the accused person, who was being*



*prosecuted for an intentional offence, solely on the ground that that person was not present at the hearing.”*

I am satisfied that it would be manifestly contrary to public policy, as a matter of Irish law, to give recognition to the decision of the Parma Court, on the ground that Mr Farrell was not given the protection of fundamental aspects of fair procedures by being refused any copy of the petition or any other papers which the Appellant intended to place before that Court for the purpose of the opening of insolvency proceedings.

I therefore agree with the conclusion of Kelly J that the decision of the Parma Court should not be recognized. Nonetheless, having decided this matter of Irish law, it is incumbent on this Court to refer a question on this subject to the Court of Justice for preliminary ruling pursuant to Article 234 of the Treaty establishing the European Communities as modified by Article 68 of the Treaty. Such a question is included with the other questions being referred in the judgment of the Court delivered today.



## Arnaud Nuyts and Joe Sepulchre – Cross-Border Taking of Evidence in the European Judicial Area\*

### I. Introduction

On 1 January 2004, Council Regulation (EC) 1206/2001 of 28 May 2001 on Cooperation between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil and Commercial Matters (hereinafter “the Regulation”) has become applicable.<sup>1</sup>

This instrument, which was adopted on the basis of articles 61 and following of the Treaty establishing the European Community (hereinafter ‘TEC’), is part of a wider endeavour of the European Union to create a ‘European Area of Justice’. The Regulation complements other

---

\* This article is a revised and updated version of the contribution that was published in the International Bar Association’s Journal *Business Law International*, 2004, p. 151 subs. Its reproduction complements for the readers of this electronic journal the article of J. Sepulchre & O. Van den Berghe, “Obtaining Evidence in Belgium” (Tijdschrift@ipr.be 2005, n° 1, p. 66). The latter contribution focuses on the traditional legal regime for the taking of evidence in Belgium, while this paper discusses the European regime under the EC Regulation 1206/2001.

<sup>1</sup> [2001] OJ L174/1. The Regulation has already been the subject of close scrutiny in the literature, which includes S. Uhlig, “L’obtention des preuves en matière civile et commerciale et le règlement européen relatif à la coopération entre les juridictions des Etats de l’Union du 28 mai 2001 – Une entrée en vigueur passée inaperçue”, *J.T.*, 2004, p. 789; C. Bruneau, “L’obtention des preuves en matière civile et commerciale au sein de l’Union Européenne – Règlement CE n° 1206/2001 du Conseil du 29 mai 2001” [2001] *La Semaine Juridique (Juris-Classeur Périodique) Edition Générale* 1770; D. Mougenot, “Le règlement européen sur l’obtention des preuves” [2002] *Journal des Tribunaux* 19; M. Olivier, “De l’exécution des mesures d’instruction ordonnées par le juge français; le principe de la territorialité et la nouvelle réglementation communautaire” [2002] *La Gazette du palais* 6; M.-L. Niboyet and D. Lebeau, “Regards croisés du processualiste et de l’internationalite sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l’obtention des preuves civiles à l’étranger”, [2003] *Gazette du Palais* (19-20 February) 8; Fumagalli, “La nuova sicplina comunitaria dell’assunzione delle prove all’estero in materia civile”, [2002] *Rivista di diritto internazionale privato e proceesuale* 327; H. Buxbaum, “Improving Transatlantic Cooperation in the Taking of Evidence”, in A. Nuyts and N. Watté (ed.), *Civil Litigation in the European Judicial Area and Third States*, Bruylant, Brussels, 2005, p. 343; Ch. Besso, “Taking of Evidence Abroad: From the 1970 Hague Convention to the 2001 European Regulation”, in A. Nuyts and N. Watté (ed.), *op. cit.*, p. 365; P. de Vareilles-Sommières, “Le règlement communautaire sur l’obtention des preuves à l’étranger et les Etats tiers”, in A. Nuyts and N. Watté (ed.), *op. cit.*, p. 381; M. Pertegas Sender and P. Wautelet, “Recente ontwikkelingen van Internationaal Privaatrecht – Het nieuwe Europese IPR. De Verordening dat het EEX verdrag vervangt – En wat zijn de nieuwe Europese regels m.b.t. echtscheidingen, betekeningen en bewijsvoering?” in *Recht in Beweging. Verslagboek van de 9de VRG-Alumnidag gehouden te Leuven op 15 maart 2002* (2002) 293; Y. Deketelaere, “Le Règlement 1206/2001 en matière de preuves: vers la constitution d’un espace judiciaire civil européen” [2002] *R.G.A.R.* 13584; M. Freudenthal, “Internationale bewijsverkrijging: van Haagse en Europese samenwerking” [2002] *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 114; M. Lebois, “Le Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l’obtention des preuves en matière civile ou commerciale”, in G. de Leval (ed.), *Le Droit Processuel et Judiciaire Européen*, La Chartre, 2003, 271; Y. Le Berre and E. Pataut, “The gathering of evidence in France in support of foreign proceedings on the merits”, [2004] *International Business Law Journal* 53; Ph. Groud, “Coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l’obtention des preuves en matière civile ou commerciale – Règlement (CE) n° 1206/2001 du 28 mai 2001”, *Juris-classeur, Droit international* (forthcoming); S. Uhlig, “L’obtention des preuves en matière civile et commerciale et le règlement européen relatif à la coopération entre les juridictions des Etats de l’Union du 28 mai 2001 – Une entrée en vigueur passée inaperçue”, *J.T.*, 2004, p. 789.



community instruments in this field, such as those relating to the transmission of judicial and extra judicial documents,<sup>2</sup> jurisdiction and enforcement of judgments,<sup>3</sup> insolvency proceedings,<sup>4</sup> and, most recently, the creation of a European enforcement order for uncontested claims.<sup>5</sup>

The Regulation seeks to streamline the cooperation in the gathering of evidence abroad in the relations between the Member States of the European Union. The ambition is to simplify and accelerate the transmission and execution of requests for obtaining evidence through techniques such as the deposition of witnesses or the inspection of documents or objects.<sup>6</sup>

The Regulation also draws on the experience of prior international agreements, and in particular on the Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters (hereinafter “the 1970 Hague Convention”).<sup>7</sup> The general structure of the Regulation is closely modeled on this Convention, and some rules have been directly borrowed from it. The practice under the new Regulation should therefore benefit from the experience that has already been acquired by many courts and practitioners in the application of the Hague Convention.<sup>8</sup>

At the same time, the Regulation goes further than the 1970 Hague Convention, in two different ways. First, the Regulation has, within the European Union, a wider territorial scope than the 1970 Hague Convention, since the latter instrument applies between only 19 of the 25 Member States,<sup>9</sup> while the former applies to all the current 25 Member States, but Denmark.<sup>10</sup>

Second, the Regulation seeks to introduce some improvements to the Hague regime. Existing rules for the transmission and execution of requests between courts have been made more efficient through the use of decentralized mechanisms and the imposition of strict timeframe for the execution of requests.<sup>11</sup> Another important innovation consists in the possibility for the requesting court to take evidence directly in another Member State after notification to and approval from the Central Authority of the requested Member State. Finally, the Regulation sums up exhaustively and restrictively the grounds for which the execution of the request can be refused.

The Regulation seeks to harmonize only those procedural rules, which are necessary to achieve the proper cooperation between the judicial authorities of the Member States in the taking of evidence. The substantive rules that regulate the actual collection of evidence are left untouched, in accordance with the principles of subsidiarity and proportionality, embodied in Article 5 TEC. Thus the execution of the request to take evidence will have to be carried out in accordance with the applicable national law, being either the law of the requested State or of the requesting State.<sup>12</sup>

---

<sup>2</sup> Council Regulation (EC) No H1348/2000H of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, [2000] OJ L160.

<sup>3</sup> Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, [2001] OJ L012/1.

<sup>4</sup> Council Regulation (EC) No H1346/2000H of 29 May 2000 on insolvency proceedings, [2000] OJ L160.

<sup>5</sup> Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for Uncontested Claims, [2004] O.J. L143.

<sup>6</sup> As to the question whether the Regulation can be used for the *production* of documents, see the discussion below, section II.C.

<sup>7</sup> Article 21.1 of the Regulation.

<sup>8</sup> On this experience, see in particular the Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission and Synopsis of the Replies to the Questionnaire Relating to the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad, available at [Hwww.hcch.netH](http://www.hcch.net/H).

<sup>9</sup> The Convention does not apply in Austria, Belgium, Greece, Hungary, Ireland and Malta.

<sup>10</sup> See below section II.A.

<sup>11</sup> See below section IV.A..

<sup>12</sup> In principle, the applicable law is the law of the place where the evidence is gathered, i.e. the law of the requested state. However, the Regulation provides that in the case of direct taking of evidence by the requesting court, the latter shall execute the request in accordance with its own law, i.e. the law of the requesting state: see below section VI.





In practice, the evidence gathering rules vary greatly from State to State within the European Union. The diversity of practices is due not only to the traditional difference of style between the common law approach and the civil law approach, which are both represented in the Union, but also to the existence in this field of strong particularities rooted in history even in the States which otherwise share the same legal tradition.<sup>13</sup>

The evidence gathering process in cross-border cases involves traditionally two conflicting interests. The first is sovereignty, which is particularly sensitive in jurisdictional matters, and implies that each State has the exclusive right to exercise governmental power within its own borders and has therefore the monopoly of coercion on its territory. The preservation of this interest means, in practice, that States are eager to exercise full control on the acts of evidence gathering performed on their territory.<sup>14</sup>

The second interest is due process and the proper administration of justice, which is also essential in the evidence gathering process since the effective access to evidence is generally outcome determinative. This necessitates quick and efficient procedures to obtain evidence located abroad.<sup>15</sup>

Not unlike the 1970 Hague Convention, the Regulation tries to strike a balance between those conflicting interests. The Regulation tends however to move a step further away from the focus on sovereignty that still characterizes the international practice even under the Hague Convention. The Regulation is oriented more toward facilitating a truly cooperative cross-border practice and less toward protecting governmental power,<sup>16</sup> though the Member States did not go as far as suppressing all controls from the authorities of the State where the evidence is to be gathered.<sup>17</sup>

The purpose of this article is to provide a general overview of the essential rules and mechanisms of the Regulation, and to observe the evolution when compared to the 1970 Hague Convention. The analysis will focus mainly on the contents of the legislative changes, for there is no case law yet on the Regulation and it is often difficult to assess exactly how the new techniques and procedures will be put into practice. In Part II, the scope of the Regulation will be assessed. Part III will cover the relations between the Regulation and other instruments, in particular the 1970 Hague Convention. Part IV will address the general rules that determine how the cooperation between the courts is to be organised, dealing with questions such as the contents of the request, its transmission, the translation of documents, and costs. Finally, Parts V and VI will be devoted successively to the two basic procedures that are organized by the Regulation for the taking of evidence abroad, first through the cooperation with the competent court of the Member State where the evidence is to be collected, and second through the direct taking of evidence by a court of the requesting State.

---

<sup>13</sup> Ch. Besso, *supra* note 1, at 1. See for instance the Belgian rules as described in A. de Schoutheete and A. Nuyts, "Belgium", in D. Campbell (ed.), *Serving Process and Obtaining Evidence – Comparative Law Yearbook of International Business, Special Issue 1998*, Kluwer Law International, 1999, 55, at 99.

<sup>14</sup> See H. Buxbaum, *supra* note 1.

<sup>15</sup> Lebois, *supra* note 1, 271.

<sup>16</sup> See H. Buxbaum, *supra* note 1.

<sup>17</sup> Even when applying the new mechanism for the direct taking of evidence by a court of the requesting State, a control has been maintained through the intervention of the Central Authority of the requested State: see below, section VI.



## II. Scope of the regulation

### **A. Territorial and Temporal scope**

The Regulation became applicable on January 1, 2004<sup>18</sup> with respect to 14 Member States, i.e. all the Member States which were part of the European Union at that time except for Denmark.

Only four months later, the territorial scope of the Regulation has been dramatically expanded with the admission of 10 new Member States to the European Union. As from May 1, 2004, the Regulation has become applicable, like all the other above-mentioned community instruments in the field of judicial cooperation in civil and commercial matters, throughout a European judicial area of 24 Member States.

The only EU State where the Regulation still does not apply today is Denmark, because under a special protocol attached to the Treaty of Amsterdam, this country opted out of measures relating to the construction of a European judicial area.<sup>19</sup>

### **B. Subject-matter Scope: Civil or Commercial Matters**

The Regulation applies “*in civil or commercial matter*”.<sup>20</sup> Since this notion is not defined in the Regulation, and for the sake of coherence, it is generally considered that it must be understood in line with the autonomous definition given by the European Court to the same term used in the 1968 Brussels Convention on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters.<sup>21</sup>

Consequently, “*civil or commercial matters*” should cover litigation between private parties even if public law is involved, but not lawsuits opposing a private person to a public authority exercising public prerogatives such as in penal, fiscal and administrative litigation.<sup>22</sup> These fields need not be included because numerous specific conventions concerning judicial aid and the exchange of information exist between administrative and fiscal authorities and are recently being developed in penal matters.

As to whether civil actions introduced before penal or administrative jurisdictions are covered by the Regulation, legal writers disagree. While some argue that they should be excluded because the facts giving rise to these actions are in principle subject to the specific rules of evidence for criminal actions,<sup>23</sup> others find that they are included since this is the solution under the case law of the European Court with respect to the Brussels Convention.<sup>24</sup> If it is accepted that the two instruments

---

<sup>18</sup> Some technical provisions of the Regulation entered into force on July 1, 2001, but most of its provisions became applicable only on January 1, 2004: see art. 24 of the Regulation.

<sup>19</sup> See recital 22 of the Regulation.

<sup>20</sup> Article 1.1.

<sup>21</sup> Lebois, *supra* note 1, 279-280; D. Mougenot, *supra* note 1, 18; S. Uhlig, *supra* note 1, p. 791. Comp. Ch. Besso, *supra* note 1, 4.

<sup>22</sup> See *Eurocontrol*, case 29/76, [1976] ECR 1541; *Rüffer*, case 814/79, [1980] ECR 3807; *Gemeente Steenberg*, case C-271/00, [2002] ECR I-10508. For a recent analysis of the case law, see N. Watté, A. Nuyts and H. Boularbah, “Chronique – La Convention de Bruxelles” [2003] *Journal des tribunaux* 299, at 300.

<sup>23</sup> Deketelaere, *supra* note 1, 13584.

<sup>24</sup> Lebois, *supra* note 1, 280. See Cases C-7/98 *Krombach* [2000] ECR I-1995 and 173/90 *Sonntag v Waidmann* [1993] ECR 1963, in which the Court held that “civil matters” within the meaning of Article 1 of the Convention cover an action for compensation for damage brought before a criminal court against a teacher in a State school who, during a school trip, caused injury to a pupil through a culpable and unlawful breach of his duties of supervision.



must be interpreted in the same way when the words are identical or similar, the latter solution should prevail.<sup>25</sup>

There is some uncertainty as to the scope of the Regulation with respect to proceedings involving economic regulatory interests, including competition and antitrust laws. If there is a dispute opposing two private parties pending before judicial courts, there is little doubt that the Regulation does apply, whatever the nature of the substantive law to be applied, but the situation is less clear when the procedure involves a public authority. There is some discussion, in particular, about whether the Regulation applies to actions brought before public authorities such as national competition authorities. It has been suggested that it should indeed apply, in particular when the competition authority exercises a first instance competence against which an appeal can be lodged before a judicial court *per se*.<sup>26</sup> But one may wonder whether this interpretation can be reconciled with the wording of the Regulation which refers to requests for the taking of evidence made by the “court” of a Member State for use in “judicial proceedings” (art. 1-1° and 1-2°)<sup>27</sup>. Additionally, other community instruments already include specific rules and mechanisms for judicial cooperation between competition authorities with respect to proof-taking.<sup>28</sup>

### C. Subject-matter Scope: An Act to Take Evidence

The Regulation covers requests by the court of a Member State “*to take evidence in another Member State*”, and specifies that a request shall not be made to obtain evidence, which is not intended “*for use in judicial proceedings*” (article 1-1° and 2°).

In the absence of a definition of the notion of “*request to take evidence*”, it is unclear which acts of investigation fall under it. It has been suggested that the Regulation should be interpreted broadly so as to cover any measure intended to collect evidence.<sup>29</sup> This interpretation would be in line with the liberal interpretation given to the terms “*Letter of Request, to obtain evidence, or to perform some other judicial act*” in article 1 of the 1970 Hague Convention.<sup>30</sup>

On the other hand, as opposed to this Convention, the Regulation does not provide that it is also applicable to requests “*to perform some other judicial act*”, which includes for instance in the Hague convention the gathering of a birth or public register certificate or the designation of a curator. Therefore it would appear that the Regulation does not apply to such kind of requests.

From the description of the form and content of the request that is provided in article 4 of the Regulation, it is made clear that the authors of this instrument envisioned that the taking of evidence

---

<sup>25</sup> But it should be pointed out that, unlike the Brussels Convention, the Regulation does not mention that it does not extend to revenue, customs or administrative matters, and it does not include the four specific exclusions (personal status, bankruptcy, social security and arbitration) found in article 1 of the Convention. Some writers infer from that omission that the scope of the Regulation is wider and must be interpreted more broadly than the scope of the Brussels Convention. See Ch. Besso, *supra* note 1, at 4.

<sup>26</sup> See Ph. Groud, *supra* note 1, §22, who cites an example in France where the decisions of the *Conseil de la concurrence* can be appealed before the Court of Paris, and concludes that the Regulation should apply in both instances.

<sup>27</sup> Compare however the approach adopted by the Supreme Court of the United States under the Federal Procedural Rules in the *Intel* case discussed below, section II.D.

<sup>28</sup> See in particular Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in articles 81 and 82 of the Treaty. Article 22 of this Regulation states that “(t)he competition authority of a Member State may in its own territory carry out any inspection or other fact-finding measure under its national law on behalf and for the account of the competition authority of another Member State in order to establish whether there has been an infringement of Article 81 or 82 of the Treaty.”

<sup>29</sup> Lebois, *supra* note 1, 281.

<sup>30</sup> Freudenthal *supra* note 1, 114.



would focus primarily on two kinds of investigation: the examination of a person, and the inspection of documents or objects.<sup>31</sup> The standard forms of requests attached to the Regulation are specifically designed to facilitate the transmission and execution of those classical types of investigation.

On the other hand, there is nothing in the Regulation relating to the requests for the *production* of document (only the *inspection* of documents is explicitly envisioned). While everyone agrees that the use of the Regulation should not in principle be excluded for those requests,<sup>32</sup> it has been suggested that, as a practical matter, it would be difficult or even impossible to use the Regulation to obtain the production of document, because the Regulation does not organize that kind of request and the standard forms are not suitable for them.<sup>33</sup>

One may wonder whether this approach is not overly restrictive. There is nothing in the text itself of the Regulation which restricts the kind of investigation that can be performed<sup>34</sup>, and it seems difficult to accept that the wording of standard forms attached to the Regulation could have the effect to limit its scope, even only from a practical standpoint. There are certainly ways in which the standard forms could be filled as to make clear what kind of investigation – other than the ones explicitly listed – need to be executed.<sup>35</sup>

Article 1.2 of the Regulation provides that a request can only be made if it is intended for use in judicial proceedings that are “*commenced or contemplated*.” The latter word seems to allow the use of the European cooperative mechanisms for the search for evidence taking place before the start of the proceedings as such.<sup>36</sup> As a consequence, it seems that a request can be made for an act of investigation *ad futurum*, for instance where a risk of loss of evidence exists<sup>37</sup> or where the evidence is necessary to assess the merits of the action.

On the other hand, the Council has issued a Declaration accompanying the Regulation which specifies that “*the scope of application of this Regulation shall not cover pre-trial discovery, including the so-called “fishing expeditions.*”<sup>38</sup> This exclusion, which appears to refer to the practice of common law countries, is in line with the reservation against pre-trial document discovery which is found in the 1970 Hague Convention.<sup>39</sup>

While the exclusion seems to contradict the possibility under the Regulation to address a request for a proceeding which is only “*contemplated*”, the contradiction is only apparent. First, the notion of

---

<sup>31</sup> See article 4.1 (e) and (f) of the Regulation.

<sup>32</sup> Ph. Goud, *supra*, note 1, §27; M.L. Niboyet and D. Lebeau, *supra* note 1, 10.

<sup>33</sup> In particular, it is argued that the Form A attached to the Regulation lists only under “other taking of evidence” the inspection of documents or objects, and not their production. See Ph. Goud, *supra* note 1, §27.

<sup>34</sup> Cf. S. Uhlig, *supra* note 1, p. 791, contending that the notion of “an act to take evidence” must be understood broadly and covers any measure seeking to obtain evidence.

<sup>35</sup> In addition to the specific headings concerning the examination of witnesses and the inspection of documents or objects, the standard forms include a more general heading allowing for the “*description of the taking of evidence to be performed*” (form A, heading 12.1, and form I, heading 11.1), which seems flexible enough. Furthermore, there is always the possibility, under the Regulation, that the requesting court calls for the request to be executed in accordance with a “*special procedure*” provided by the law of its Member State (art. 10-3°), and the standard form A includes a special reference to this possibility (point 13), potentially allowing for an order for the production of documents.

<sup>36</sup> Deketelaere *supra* note 1, 13584.

<sup>37</sup> Mougenot *supra* note 1, 18.

<sup>38</sup> See the Declaration of the Council ‘*to be included in the minutes of the Council that will adopt this Regulation*’ to this effect in Annex II of the Note of the Presidency to Coreper of 15 May 2001, 8633/01 JUSTCIV 64, <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/01/st08/08633en1.pdf>.

<sup>39</sup> Article 23, which reads as follows: “*A Contracting State may at the time of signature, ratification or accession, declare that it will not execute Letters of Request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents as known in Common Law countries.*” This reservation has been widely used by the Contracting States.



pre-trial discovery as it is used in common law systems such as the United States should not be misunderstood: it does not mean that the taking of evidence takes place prior to the filing of a claim; in reality the fact-finding process happens *after* the institution of proceedings but *before* the culminating event that the trial constitutes in the traditional common law procedure, i.e. when the judge (or, in the United States, the jury) hears testimony, considers evidence, and renders a verdict.<sup>40</sup>

Second, the main reason why pre-trial discovery can be regarded as going further than the practice of civil-law countries is that it is more extensive with respect both to the kind and range of evidence that can be sought. Hence, the real subject of criticism is not as much the pre-trial character of the discovery as its potential scope, as confirmed by the reference in the declaration to “fishing expeditions”.

As a consequence, the purpose of the declaration is certainly not to undermine the principle that the taking of evidence can take place before the filing of the action. It should only mean that, for the Council, the request for the taking of evidence should be sufficiently focused with respect to the evidence that is sought, a requirement which already appears implicitly in article 4-1 (d) of the Regulation which calls for “*a description of the taking of evidence to be performed*”. The requirement under article 1.2 that a proceeding must at least be “contemplated” should serve an analogous function: a request should not be made for the taking of evidence, which does not relate to a specific and actual dispute.

#### **D. Subject-Matter Scope: Taking of Evidence through Judicial Cooperation**

The Regulation is concerned only with the taking of evidence through *judicial cooperation*, as confirmed by the title itself of the Regulation. Article 1 of the Regulation makes clear that for the Regulation to apply, there must be a request originating from *the court* of a Member State seeking to obtain evidence in another Member State, with the intervention either of a *competent court* of that State or, in the case of direct taking of evidence, of the *Central Authority* of the same.<sup>41</sup>

The focus of the Regulation on judicial cooperation has the effect to limit the scope of the instrument in various ways. First, the Regulation does not apply where the request to take evidence is presented directly in the Member State where the evidence is to be collected. Take for instance the case where a claimant, in an international dispute, petitions the court of a Member State to order the deposition of witnesses based in that State or the inspection of objects or documents located there. Even if the evidence is to be used in a proceeding pending or contemplated in another Member State, the Regulation does not come into play because there is no request coming from the court of a Member State to take evidence in another Member State.

In other words, the Regulation does not include an equivalent rule to section 1782(a) of title 28 of the United States Code,<sup>42</sup> which provides that a federal district court may order a person to give testimony or produce documents “*for use in a proceedings in a foreign or international tribunal*”. As demonstrated in the recent US Supreme court case *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*,<sup>43</sup> this

<sup>40</sup> See H. Buxbaum, *supra* note 1; “Report of Survey of Experience of U.S. Lawyers with the Hague Evidence Convention Letter of Request Procedures”, American Bar Association, available at [Hwww.hcch.netH](http://Hwww.hcch.netH), at 30.

<sup>41</sup> See below, sections V and VI.

<sup>42</sup> 28 U.S.C. §1782(a). For a brief description of this rule, see G.B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3<sup>rd</sup> ed., 921.

<sup>43</sup> Case No. 02-572, decided June 21, 2004. The case addressed the availability of discovery in the US courts in aid of an investigation pending before the Directorate-General for Competition of the European Commission. Advanced Micro Devices (AMD) filed a complaint with the Commission alleging that Intel, its main competitor, violated European competition rules (article 81 and 82 of the EC Treaty) by abusing its dominant market position. AMD filed an action in the United States requesting that the district court in California order Intel to produce documents from a separate private antitrust litigation pending in Alabama. The Supreme court held that



provision can be very useful for litigants in European proceedings<sup>44</sup> who can petition directly US courts to benefit from US discovery techniques instead of going the long way and requesting the court in the Member State where the proceeding is pending to send a letter of request to a US court through diplomatic or other channels.<sup>45</sup>

At the present time, there is no reciprocal mechanism in European law for litigants involved in third State proceedings who need to take evidence located in Europe. This is not to say that it is always impossible to petition directly the court of the Member State where the evidence is located to order its production for use in another State, but the solution is dependent on domestic law and will therefore vary from State to State.<sup>46</sup>

Secondly, the Regulation is not applicable where the evidence is gathered directly by the parties themselves.<sup>47</sup> Provided that the evidence is given voluntarily, the cooperative mechanisms of the Regulation need not be used.

This is true only insofar as the evidence can be collected *entirely* through private means and without requiring the cooperation or supervision of courts, judicial personnel, officials, experts or any other person acting in a public capacity or designated by a court. If the cooperation or supervision of such persons is necessary on the territory of the State where the evidence is located, there are only two possibilities, i.e. either to use the cooperative mechanisms of the Regulation, or to petition directly the courts of the State where the evidence is located, provided in the latter case that the direct petition is possible under the applicable domestic law.<sup>48</sup>

On the other hand, as long as only private means are used, the Regulation does not affect the taking of evidence. For instance, the European regime does not preclude – nor actually authorize – the taking of testimony or the inspection of objects or documents by lawyers through private meetings. Whether such kind of evidence gathering is permissible is entirely a matter for domestic law, and one knows that certain Member States do not permit private evidence-gathering because the taking of evidence is regarded as a judicial function requiring the supervision of local judges.<sup>49</sup> The Regulation does not modify this situation.

Third, the Regulation appears to remain unaffected even if the voluntary production of evidence is made pursuant to an injunction issued *in personam* by the court of another State, as is usual practice in common law systems<sup>50</sup> but is also sometimes found in civil law systems.<sup>51</sup> It is true that the Regulation

---

section 1782(a) was available in such a case because AMD was an “*interested person*” under the statute and the investigation before the European Commission was to be regarded as a “*proceeding in a foreign tribunal*” because the Commission acted in this matter as a first instance decision-making body.

<sup>44</sup> In the *Intel* case, the dispute opposed two American companies (see preceding footnote), but section 1782(a) of the US Code is of course also applicable where the litigants are based outside of the United States.

<sup>45</sup> It should be noted that in the *Intel* case, the “long way” was not available because the European Commission itself declined to act on the request from AMD to obtain and review the documents from the Alabama proceedings.

<sup>46</sup> This statement may need however to be qualified in a specific situation: see below, section III.

<sup>47</sup> See Y. Le Berre and E. Pataut, *supra* note 1.

<sup>48</sup> See the discussion above.

<sup>49</sup> See for instance the replies to the questionnaire on the use of the 1970 Hague Convention, where Germany raised a “*considerable problem in international relations*” with respect to, *inter alia*, “*the hearing of witnesses in Germany by U.S. attorneys pursuant to U.S. civil procedural law.*” For Germany, “*if a U.S. hearing is conducted without the knowledge of German judicial authorities, this constitutes a violation of German jurisdictional competency. This applies regardless of whether the witness concerned voluntarily took part in the hearing.*” (“Synopsis of the Replies to the Questionnaire Relating to the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad,” available at [Hwww.hcch.netH](http://Hwww.hcch.netH), at 7.) See also Born, *op. cit.*, 847, note 23.

<sup>50</sup> Through the use for instance of “disclosure order” (in the United States, see G.B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3<sup>rd</sup> ed., 843 and subs.) or “search order” (this refers in England to the so-called “Anton Pillar order” by which the respondent is ordered to let the claimant’s legal representatives to have



includes a specific provision for the direct taking of evidence by the court of a Member State in another Member State, and that this procedure is subject to the authorization of the Central authority of the requested State.<sup>52</sup> But this mechanism seems to cover only the cases where the requesting court itself, through a member of its judicial personnel or through a person designated by that court such as an expert, is to perform the taking of evidence in the requested State.<sup>53</sup>

The situation discussed here is different: we are concerned with the case where the court of a Member State orders a person in another State *to gather himself or herself the evidence*, for instance through the direct production of information or documents. The Regulation, in itself, does not seem to prevent the issuance of such an order.<sup>54</sup> But that does not necessarily mean that the Regulation is optional in the sense *Aerospatiale* decision<sup>55</sup> given by the United States Supreme Court with respect to the Hague Convention. As soon as the taking of evidence necessitates the assistance of the foreign court, it is likely that the procedures of the regulation must be used.

Besides, the fact that the Regulation itself does not preclude the issuance of unilateral orders for the production of evidence located abroad does not mean that the use such orders does not raise difficulties in the European Union. Some countries object to the use of such orders either on ground of sovereignty<sup>56</sup> or because it infringes specific rules prohibiting the divulgation of certain kinds of information.<sup>57</sup>

Furthermore, while the foreign order does not normally produce an immediate and effective exercise of coercion,<sup>58</sup> it sometimes carries with it an underlying threat, through for instance the risk to be held in contempt of court, which can raise an issue of compatibility with general principles of international law.<sup>59</sup> In practice, those objections to compliance with the foreign discovery order can be raised not only the person who is the subject of the order but also by any other interested person<sup>60</sup> or by public authorities in the State concerned.<sup>61</sup>

---

access to his premises to search for evidence in support of the claim against him (See W. Kennett, *The Enforcement of Judgments in Europe*, Oxford University Press, 2000, 145.)

<sup>51</sup> See Ch. Besso, *supra* note 1, who cites a case in Germany where the *Bundesgerichtshof*, in a paternity acknowledgement process, ordered a blood test to be performed by a person in Italy ([1987] *Juristen Zeitung* 42).

<sup>52</sup> Section 17 of the regulation. See below, section VI.

<sup>53</sup> See article 17.3, which reads as follows: “(t)he taking of evidence shall be performed by a member of the judicial personnel or by any other person such as an expert, who will be designated, in accordance with the law of the Member State of the requesting court.”

<sup>54</sup> In that sense, see Fumagalli, *supra* note 1, at 347; Y. Le Berre and E. Pataut, *supra* note 1, at 60; Besso, *supra* note 1, at 5.

<sup>55</sup> Compare with the discussion of the “mandatory” or “optional” character of the 1970 Hague Convention following the *Aéropatiale* case: see below, note 64.

<sup>56</sup> See in particular the position of Germany, as expressed in various fora, including at the Hague Conference of Private International Law (see “Synopsis of the Replies to the Questionnaire Relating to the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad,” available at [Hwww.hcch.netH](http://Hwww.hcch.netH), at 7).

<sup>57</sup> See for instance the so-called “blocking statutes” which can be found in France (Act of 16 July 1980, No. 80-538 concerning the production of economical, commercial and technical documents and information to foreign persons) and in Switzerland (Swiss Penal Code, article 273). The foreign order can also infringe the more traditional rules, which can be found in most Member States, protecting privileged information or imposing a duty of discretion.

<sup>58</sup> Y. Le Berre and E. Pataut, *supra* note 1, at 60.

<sup>59</sup> See A. Nuyts, *L’exception de forum non conveniens – Etude de droit international privé compare*, Bruylant, Brussels, 2003, 810 and 831.

<sup>60</sup> For instance, it may happen that the foreign order for the production of information or documents is addressed to a third party (for instance, a bank or a financial institution) who is the depositary of said information or documents. This is common practice in the United States, where any person subject to the personal jurisdiction of US courts can be the subject of a discovery order in the form of a subpoena. (See G.B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3<sup>rd</sup> ed., 861.) Since the third party is based outside of the United States, the issue arises as to the effect of the US order. There is no doubt that if the third party refuses to comply with



It is clear that if the person who is ordered to produce evidence through a unilateral discovery injunction refuses to comply, the cooperation of the authorities of the State concerned will have to be sought if measures of compulsion are to be taken.

The question then arises, in the European Union, as to which legal instrument(s) need(s) to be applied in this case. Is it possible to seek directly the enforcement of the injunction on the basis of EC regulation 44/2001 on jurisdiction and enforcement of judgments? Or should the court in the requesting State use the cooperative mechanisms provided in the Regulation 1206/2001 on taking of evidence?

It has been argued that the latter solution should be preferred, because the enforcement of an order to gather evidence under regulation 44/2001 would encroach on the subject matter of the evidence Regulation.<sup>62</sup> If this solution were to be followed, would that mean that regulation 44/2001 could no longer be used<sup>63</sup> for the enforcement of foreign evidence gathering injunctions such as an order toward a party to provide information or to produce documents?

One may wonder whether this solution would not be a step backward in view of the objective of free movement of evidence in the European Union. One solution could be to consider that Regulation 1206/2001 covers only the deposition of persons and the inspection of objects or documents, and that it is only for those evidence gathering techniques that the enforcement procedures of regulation 44/2001 are paralyzed, while this Regulation continues to apply fully to *in personam* orders such as orders for the production of information or documents.

But as discussed above, this would maybe entail too narrow a definition of Regulation 1206/2001. One may wonder whether the best solution is not the flexible one: the choice is open between two avenues, i.e. between using the cooperative techniques of Regulation 1206/2001 and seeking directly the enforcement of the foreign injunction to gather evidence under regulation 44/2001, provided of course that the conditions for such enforcement are satisfied.<sup>64</sup>

---

the order, the assistance of the local authorities will have to be sought to take measures of compulsion (see the discussion below), and those authorities will of course, in practice, refuse to give any effect to the order if it is deemed to be against international or local rules. But even when the third party is prepared to comply voluntarily with the order, it should be open for any interested person – such as a party in the foreign proceeding who is directly concerned by the information or documents sought – to object to the compliance by the third party with the foreign order. In France or Belgium, for instance, this objection could be raised through an action for a declaration of non-enforceability of the foreign order. See Batiffol and Lagarde, *Droit international privé*, vol. II, 736; Rigaux and Fallon, *Droit international privé*, vol. II, 2<sup>nd</sup> ed., 230.

<sup>61</sup> The intervention of such authorities could be justified when it appears that the compliance with the foreign order would imply an infringement of penal or public rules of the State where the information is sought.

<sup>62</sup> Th. Groud, *supra* note 1, §9-10.

<sup>63</sup> It is generally accepted that an order to take evidence is an order for provisional or protective measure which can be enforced under the European regime (i.e. under the Brussels Convention or under Regulation 44/2001), provided that the conditions for such enforcement are satisfied, including the condition that the order must have been given *inter partes* (under *Denilauder* (case 125/79, [1980] ECR 1553), *ex parte* orders for provisional or protective measures cannot be recognized or enforced under the European rules). See T.H. Groud, *La preuve en droit international privé français*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, 399. See also W. Kennett, *The Enforcement of Judgments in Europe*, Oxford University Press, 2000, 145 and 158.

<sup>64</sup> See the preceding footnote.





### III. Relations with other instruments, in particular the 1970 Hague Convention

The Regulation provides that it “*prevail(s) over*” bilateral and multilateral agreements, and in particular over the 1970 Hague Convention and the more ancient 1956 Hague Convention on Civil Procedure (article 21 of the Regulation).

The extent of the primacy of the Regulation needs to be carefully assessed. First, it is stated that the Regulation prevails over other instruments only “*in relations between the Member States*”. That means that the 1970 Hague Convention continues to fully apply in the relations between the Member States and third States. So when an American court seeks to obtain evidence in a Member State of the European Union, the request for judicial assistance will be subject to the rules of the Hague Convention, or – where applicable – to the domestic rules in force in the requested State, and not to the rules of the Regulation.

It should not be excluded, however, that the practice of the European Member States be influenced in the future by the experience under the Regulation in areas where it does not technically apply. There are already numerous examples in Europe of the strong influence exercised by community law instruments on the operation of domestic law and international treaties. For instance, the European rules on jurisdiction and enforcement of foreign judgment have been used as a model for legislative or judicial developments in many Member States,<sup>65</sup> and there seems to be no reason why the same phenomenon should not happen with respect to the Regulation on the taking of evidence.

Additionally, the question has recently been raised whether the Regulation could apply to a request for judicial assistance coming from a third State court in the case where the evidence sought is spread in several Member States.<sup>66</sup> It has pointed out that, under its terms, the scope of the Regulation is not limited to cases where the proceedings on the merits is pending or likely to be pending in a Member State court,<sup>67</sup> so that it should not be excluded that a request coming from a third State be addressed to a Member State court for the taking of evidence both in that Member State and in other Member States.

Under this interpretation, the court in a Member State could, in this situation, use the new mechanism of article 17 of the Regulation for the direct taking of evidence in other Member States.<sup>68</sup> While it is still uncertain at this time whether such a solution would be upheld in court, it has been argued that it is in harmony with the idea that the territory of the Member States now forms a true common judicial area whose effects should be felt not only on the inside but also from the outside.<sup>69</sup>

Taking the idea one step further, one may wonder whether, in the situation where there is a proceedings pending or contemplated in a third State, a party to this proceeding could come *directly* before the court of a Member State to request the direct taking of evidence in other Member States. For instance, could a litigant in a proceeding pending in a New York court petition the London courts to take evidence located both in England and in France?

As discussed above, the Regulation is not concerned with the case where a party requests the taking of evidence directly from the court of the Member where the evidence is located. Hence, in the

---

<sup>65</sup> See Ch. Kohler, “Beyond Brussels – The Wide Reach of the European Court’s Case-Law on the Jurisdiction and Judgments Convention”, paper presented at the Policy Conference of the University of Pittsburgh on May 7, 2004, to be published (on file with author).

<sup>66</sup> See P. de Vareilles-Sommières, *supra* note 1.

<sup>67</sup> Article 1.3 of the Regulation merely requires that the request must concern a piece of evidence which is “*intended for use in judicial proceedings, commenced or contemplated*”, and does not require that the judicial proceedings be pending in a Member State.

<sup>68</sup> On this mechanism, see below, section VI.

<sup>69</sup> See P. de Vareilles-Sommières, *supra* note 1.



above mentioned case, the Regulation is certainly not applicable with respect to the taking of evidence in London, which is governed by the domestic English rules. But could the Regulation apply to the taking of evidence in France? In other words, could the London court request the direct taking of evidence in France under article 17 of the Regulation, for use in the New York proceeding? That would represent a limited application of the practice of the taking of evidence in aid of a foreign proceeding as it is known in the United States.<sup>70</sup>

Second, it is stated that the Regulation has prevalence only "*in relation to matters to which it applies*". The scope of this limitation is not entirely clear. Does it mean that for all issues relating to the matter of the taking of evidence the Regulation applies exclusively, so that all rules and procedures found in other instruments are entirely displaced?<sup>71</sup> This would be unfortunate since some traditional mechanisms for obtaining evidence under the 1970 Hague Convention are left out of the Regulation, such as the taking of evidence by diplomatic and consular agents.

The preferred view here is that the Regulation displaces other international instruments only insofar as the provisions of the latter fall squarely against the provisions of the former.<sup>72</sup> As a consequence, the diplomatic channels for the taking of evidence under the Hague Convention or other international or national legislations should be preserved if the parties choose to use this avenue.

Finally, the Regulation does not preclude Member States from maintaining or concluding agreements or arrangements between two or more of them to further facilitate the taking of evidence, provided that they are compatible with the Regulation (art. 21-2° of the Regulation). This tends to demonstrate again that the Regulation is designed to set minimum standards for cooperation in the taking of evidence rather than to regulate the issue exclusively.

It should be noted also that in accordance with the "external competence doctrine",<sup>73</sup> the European Community itself, having legislated in the area of the taking of evidence, has also the authority to enter into treaties on this matter with third States. It should probably also have the power to negotiate modifications to existing treaties such as the 1970 Hague Convention. And indeed, some writers have already argued in favor of the implementation of certain new techniques of the Regulation to third-State relations, either through an amendment to the 1970 Hague Convention or through bilateral agreements.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> 28 U.S.C. §1782(a), analysed above, section II.D.

<sup>71</sup> Compare with the controversy following the *Aérospatiale* case of the US Supreme Court (482 U.S. 522 (1987) which ruled that the procedures organized by the 1970 Hague Convention are merely optional so that the parties can use if they wish the discovery rules available under the Federal Rules of Civil Procedure. On the controversy, see e.g. G. Bermann, "The Hague Evidence Convention in the Supreme Court: A Critique of the *Aérospatiale* Decision", 63 *Tulane L. rev.* 525 (1989); D. Gerber, "International Discovery After *Aérospatiale*: The Quest for an Analytical Framework", 82 *Am. J. Int'l L.* 521 (1988); P. Borchers, "The Incredible Shrinking Hague Evidence Convention", 38 *Tex. Int'l L. J.* 73 (2003).

<sup>72</sup> This interpretation finds support in the wording of article 21 of the Regulation, which provides for the prevalence over "other provisions contained" in international agreements, as opposed to over any previous instruments (emphasis added). See Th. Groud, *supra* note 1, §8.

<sup>73</sup> See M. Wilderspin and A.-M. Rouchaud-Joët, "La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé", [2004] *Revue critique de droit international privé* 1.

<sup>74</sup> H. Buxbaum, *supra* note 1.



## IV. General rules governing the request to take evidence

### **A. Contents of the requests and transmission in another Member State**

The request to take evidence in another Member State is prepared by the court of the Member State where the evidence is needed (“the requesting State”). In general, the request is to be made in accordance with the provisions of the law of the requesting State.<sup>75</sup> However, as far as the form and contents of the request is concerned, the Regulation includes uniform rules which need to be observed independently from the applicable domestic law. Furthermore, the Regulation includes a number of standard forms in order to ensure as much clarity and legal certainty as possible, so that requests will not be refused on the basis of formal or technical errors.<sup>76</sup> The standard forms harmonise form as well as content, and facilitate both the drawing up of the request by the requesting authority and its reading by the requested authority.<sup>77</sup>

The basic information that needs to be included in the request is described in article 4 of the Regulation.<sup>78</sup> This provision applies both when the request is addressed to the court of another Member State and where it is sent to the Central Authority of such State as a preliminary step for the direct taking of evidence.<sup>79</sup>

Four kinds of elements must be included: (1) who is the requesting court (name, contact information), (2) what is the case about (name and addresses of the parties to the proceedings and their representatives, nature and subject matter of the case, brief statement of facts), (3) what evidence is requested (description of the taking of evidence to be performed, identification of the persons and questions to ask when the request is for the examination of a person, otherwise description of the documents or objects to be inspected), and (4) any other information necessary for the application (including, where the request is for the examination of a person, a reference to a right to refuse to testify or a requirement that the examination is to be carried out under oath or affirmation).

In general, the transmission of requests and communications pursuant to the Regulation is to be made “*by the swiftest possible means, which the requested Member State has indicated it can accept.*”<sup>80</sup> The Regulation does not impose a uniform mean for the transmission of requests. It allows the use of “*any appropriate means*”, provided only that the document received accurately reflects the content of the document forwarded and that all information in it is legible,<sup>81</sup> so that the freedom as regards means of transmission does not prejudice the recipient of the act.<sup>82</sup> This provision, which is reminiscent of Article 4.2 of the service Regulation, probably allows for the use of facsimile, e-mail and other modern means of electronic communication,<sup>83</sup> except if the requested State has objected to its use.<sup>84</sup>

---

<sup>75</sup> Article 1.1.

<sup>76</sup> See Freudenthal, *supra* note 1, 115.

<sup>77</sup> Deketelaere, *supra* note 1, 13584.

<sup>78</sup> Article 4.2 of the Regulation specifies that the request and all documents accompanying the request are exempted from authentication or any equivalent formality.

<sup>79</sup> See below, section VI.

<sup>80</sup> Article 6.

<sup>81</sup> Article 6.

<sup>82</sup> Bruneau, *supra* note 1, 1769.

<sup>83</sup> Mougenot, *supra* note 1, 19. This solution is however questioned by some legal writers, who contend that the transmission by electronic means does not comply with the condition that the document received reflects the content of the document forwarded; for them, only the means allowing for the dissociation between the original and the copy (through the use for instance of a xerox copy) would be allowed under the Regulation (see M. Douchy, “Le règlement CE n° 1348-2000 relatif à la signification et à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale: de nouvelles charges pour les Huissiers de justice”, *Rev.*



## B. Language

The request pursuant to the Regulation must be drawn up in an official language of the requested Member State<sup>85</sup> or in another language which the requested Member State has indicated it can accept.<sup>86</sup>

Those rules are in line with the principle of equality of languages which is traditional within the European Union.<sup>87</sup> While the solution expresses the respect for the linguistic diversity of the Union, it is likely to raise difficulties in the practice. Under the 1970 Hague Convention, a Member State must accept a letter of request drawn up in French or in English, the two languages of the Hague Conference on Private International Law.<sup>88</sup> The rationale for this provision, which is to remedy translation problems between culturally distant countries,<sup>89</sup> seems to be as relevant for the Regulation as it is for the Convention, especially with the enlargement of the EU. For instance, the translation issue between Greek and Latvian is at least as significant as between Japanese and Turkish.

It is true that the Regulation, as the 1970 Hague Convention,<sup>90</sup> allows for the States to indicate the official languages other than their own which they will accept for the completion of the forms,<sup>91</sup> but this opting-in system must be considered a drawback as compared to the opting-out system of the 1970 Hague Convention. On the other hand, the use of standard forms pre-established in each official language will attenuate, to a certain extent, the importance of the practical difficulties.

The translation rules of the Regulation apply not only to the request itself but also to any documents which the requesting court deems it necessary to enclose for the execution of the request.<sup>92</sup> Of course, for the translation of those documents, the standard forms will not be of any help. In practice, it is to be feared that the parties and the requesting courts will be reluctant to attach too many documents to the request for those pragmatic considerations. This is to be regretted.

Finally, the Regulation is silent as to the language to be used for the drawing up of the documents resulting from the execution of the act of investigation in the requested State. It may thus be assumed that those documents can be drawn up either in the language of the requesting State or in the language of the requested State, and that in the latter case there is no obligation that they be translated. Of course, if necessary, they could be translated *after* their transmission under the Regulation procedure.<sup>93</sup>

---

*huissiers*, mars 2001, n° 12; Th. Groud, *supra* note 1, §55 s.) One may wonder whether this interpretation is not overly technical and restrictive. It seems to us that the use of electronic means does not preclude the demonstration that “*the document received accurately reflects the content of the document forwarded.*” For instance, this requirement should be held to be satisfied when the standard form containing the request is transmitted electronically as a Portable Document Format (PDF) file.

<sup>84</sup> This objection should have been communicated to the Commission. See article 22(c) of the Regulation, which refers to the communication to the Commission regarding the technical means for the receipt of requests.

<sup>85</sup> If there are several official languages in that Member State, the request must be drawn up in the official language or one of the official languages of the place where the requested taking of evidence is to be performed: see article 5.

<sup>86</sup> Article 5.

<sup>87</sup> Even if it is not recognized as a general principle of Community law: see the ECJ case *Kik v OHIM*, 9 Sept. 2003, C-361/01. See also S. Van Der Jeught, “Le statut des langues dans l’Union européenne”, [2004] *Journal des tribunaux – Droit européen* 129.

<sup>88</sup> See article 4.2 of the Convention, though the contracting parties can make a reservation (article 33 al 1).

<sup>89</sup> Bruneau, *supra* note 1, 1769

<sup>90</sup> Article 4 al. 4.

<sup>91</sup> Article 5.

<sup>92</sup> Article 4.3. See S. Uhlig, *supra* note 1, p. 795, note 70.

<sup>93</sup> See Lebois *supra* note 1, 287.



## C. Costs

The cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence is normally provided free of charge. That means, in practice, that the execution of the request by the requested court cannot give rise to a claim for any reimbursement of taxes or costs.<sup>94</sup>

This is the principle, but it is not without exception. In line with the 1970 Hague Convention,<sup>95</sup> the requested court can require the reimbursement of the fees paid to experts and interpreters, and of the costs associated either with the use of a special procedure provided by the law of the requesting State, or with the use of communications technology used at the performance of the taking of evidence.

Furthermore, the requested court may, before executing the request, ask the requesting court for an adequate deposit or advance towards the requested costs, but only “*where the opinion of an expert is required*”. The Regulation stresses that “*in all other cases, a deposit or advance shall not be a condition for the execution of a request.*”<sup>96</sup> That means that, except where the performance of the taking of evidence requires the use of an expert, the requested Court cannot stay the execution of the request pending the payment. The request must be immediately executed,<sup>97</sup> and the reimbursement can occur only afterwards.

As for the question of how those fees and costs are to be borne by the parties, the Regulation refers the issue to the applicable law of the State of the requesting court.<sup>98</sup> The same is true about the deposit or advance: it is to be made by the parties if that is provided by the law of the State of the requesting court.<sup>99</sup>

## D. Central Body

The Regulation borrows the “Central Authority” concept used in the 1970 Hague Convention as in many other international conventions dealing with judicial cooperation in civil and commercial matters. The Regulation requires each Member State to designate one such authority – referred to as a “central body” – with the possibility in federal States to designate more than one body.

The role of those central entities is however very different from the one foreseen in the 1970 Hague Convention, where the Central Authority oversees the entire process of evidence gathering, from the reception of the initial request until the ultimate transmission of the documents establishing that the request has been executed. Under the Regulation, the role of the Central Authority is much more limited since it is not responsible, in general, to receive or transmit the request for the taking of evidence, which will normally be sent directly to the decentralized authority which will execute it.

The Regulation assigns to the Central Authority a role which is essentially ministerial. It will act in substance as an information and mediation centre, for it is responsible for supplying information to the courts and for seeking solutions to any difficulties which may arise in respect of a request.<sup>100</sup>

It is only in two kinds of circumstances that the Central Authority will receive itself a request from the requesting court. First, the Regulation allows the requesting court to request the Central Authority

---

<sup>94</sup> Article 18.1.

<sup>95</sup> Article 14.

<sup>96</sup> Article 18.3.

<sup>97</sup> That is to say, “*without delay*” and at the latest within 90 days of the receipt of the request: see art. 10.1 of the Regulation.

<sup>98</sup> Article 18.2.

<sup>99</sup> Article 18.3.

<sup>100</sup> Article 3.1 a) and b).



to forward, “*in exceptional cases*”, the request to the competent court.<sup>101</sup> There is no indication as to the kind of exceptional cases that can be covered. One might think that it refers for instance to cases where the competent court in the requested State cannot be identified or where this court is materially not in a position to receive the request.<sup>102</sup>

Second, the Central Authority of the requested State is responsible for taking decisions on requests for the *direct taking of evidence by the requesting court*.<sup>103</sup> Here, the role of the Central Authority goes much further than in the other cases since it will not only receive the request but also approve it and possibly determine the conditions which must be satisfied for the taking of evidence.

## V. Taking of Evidence in Cooperation with the Court of another Member State

The first method to collect evidence under the Regulation consists to seek the assistance of the judicial authorities of the Member State where the evidence is to be taken. There is of course nothing new as such about this method which is based on the traditional approach requiring the cooperation between the courts of the requesting State and of the requested State. The Regulation builds here on the experience of the 1970 Hague Convention which was designed primarily to facilitate both the transmission and execution of letters of requests and the taking of testimony in one country for use in litigation in another.

But the Regulation does not merely reproduce the Hague Convention procedures. It introduces one major change and brings several smaller mechanical improvements. The major change relates to the identity of the corresponding authority of the requesting court in the State addressed. Under the 1970 Hague Convention, the letter of request is transmitted to the Central Authority that each contracting State needs to establish for the operation of the Convention. The role of this Central Authority is essential in the Hague system because, as already discussed above, it has the responsibility to oversee the execution of the entire process: it verifies if the letter of request comply with the Convention, notifies the requesting court when this is not the case, channels the letter of request to the appropriate court and, after the evidence has been collected, returns it to the requesting court.

This framework has been much simplified in the Regulation: under the European regime the letters of request are directly transmitted to the appropriate court in the requested State. In effect, the Convention’s Central Authority framework is replaced by a decentralized system where the courts of the Member States communicate directly between themselves.<sup>104</sup> For this purpose, each Member State has drawn up a list of the courts which are competent to receive the letters of request and to perform directly the taking of evidence under the Regulation. The list also indicates the territorial and, where appropriate, the special jurisdiction of those courts.<sup>105</sup> This information, which is specific to each State, is communicated to the European Commission, which has made them easily available through the website of the European Judicial Network in Civil and Commercial Matters.<sup>106</sup>

The Regulation includes a number of mechanical rules in order to insure the effectiveness and the speed of the transmission and execution of the letters of requests. Within seven days of receipt of the request, the requested court must send an acknowledgement of receipt to the requesting court, using a special form. Where the request does not comply with the conditions laid down in Articles 5 and 6, i.e. those concerning the language and the means of the transmission of the request, the requested court

---

<sup>101</sup> Article 3.1 c).

<sup>102</sup> See, on the latter, Th. Groud, *supra* note 1, §54.

<sup>103</sup> Article 3.3.

<sup>104</sup> Regulation 1206/2001, Article 2.1.

<sup>105</sup> Regulation 1206/2001, Article 2.2.

<sup>106</sup> [Hhttp://europa.eu.int/comm/justice\\_home/ejn/evidence/evidence\\_ec\\_en.htmH](http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/evidence/evidence_ec_en.htmH).



must include a note to that effect in the acknowledgement of receipt.<sup>107</sup> If the request cannot be executed because it does not contain all of the necessary information or because a deposit or advance is necessary, the requested court must inform the requesting court thereof without delay and, at the latest, within 30 days of receipt of the request using a special form.<sup>108</sup>

The execution itself of the request, i.e. the gathering of the evidence sought, must take place “*without delay*” and, at the latest, within 90 days of its receipt.<sup>109</sup> If the requested court is not in a position to do so, it has to inform the requesting court thereof, using a special form. When it does so, the grounds for the delay must be given as well as the estimated time that the requested court expects it will need to execute the request.<sup>110</sup>

This short time limit is certainly a positive development when considering the delays that tend to characterize the cross-border gathering of evidence, including under the Hague Convention procedures<sup>111</sup> and under the international rogatory commissions. However, it remains to be seen whether the timeframe provided under the Regulation is to be respected in practice, given the absence of sanction in the case of non-compliance.<sup>112</sup>

In principle, the requested court must execute the request in accordance with the law of the Member State to which it belongs.<sup>113</sup> However, given the significant differences in the law of evidence of the Member States and, in particular, between civil law and common law countries,<sup>114</sup> the requesting court may call for the request to be executed in accordance with a special procedure provided for by the law of the Member State to which it belongs, using a special form.<sup>115</sup>

This possibility was already provided under the 1970 Hague Convention,<sup>116</sup> even if it seems that it has not been used often in practice. The use of such special procedure should be made easier under the Regulation because the reasons for the requested court to deny the request are defined more narrowly. Under the Hague Convention, it is enough for the request to be denied to invoke that its execution, either would be incompatible with its own law, or would go against “*internal practice and procedure*” or would create “*practical difficulties*”. By contrast, under the Regulation the request can be denied only if the execution would be incompatible with the law of the requested State or by reason of “*major practical difficulties*”.<sup>117</sup> Those strict terms should imply that the request will not be denied for the mere reason that the foreign procedure is unknown in the internal practice of the requested court or that its execution does not perfectly fit in the local rules and procedures.<sup>118</sup>

---

<sup>107</sup> Article 7.1.

<sup>108</sup> Article 8.1 and 8.2.

<sup>109</sup> Article 10.1 of the Regulation.

<sup>110</sup> Article 15 of the Regulation.

<sup>111</sup> See H. Buxbaum, *supra*, note 1. See also the Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission of the Hague Conference of Private International Law and the Report on Survey of Experience of U.S. Lawyers With the Hague Evidence Convention Letter of Request Procedures, International Litigation Committee, American Bar Association, Section of International Law and Practice (2003), available at [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>112</sup> M. Olivier, *supra* note 1, 7.

<sup>113</sup> Article 10.2 of the Regulation.

<sup>114</sup> Mougenot, *supra* note 1, 19.

<sup>115</sup> Article 10.3 of the Regulation.

<sup>116</sup> Article 9 of the Convention.

<sup>117</sup> If the requested court does not comply with the requirement for one of these reasons it shall inform the requesting court using a special form. (Article 10.3.) Furthermore, where the execution of a request made using the special form does not fall within the jurisdiction of the court to which it was transmitted, the latter shall forward the request to the competent court of the Member State to which it belongs and shall inform the requesting court thereof using a special form. (article 7.2.)

<sup>118</sup> Comp. Lebois *supra* note 1, who considers that the non-harmonisation of the national laws of evidence of the Member States will put some strain on this procedure. When the mode of evidence and the procedure to obtain the evidence is unknown in the law of the requested State, there would be for this commentator a risk that the



When necessary, the standard practice in the requested State will have to be adapted to accommodate foreign types of evidence-gathering. For instance, a civil law court could be requested under the Regulation to perform traditional common law acts of investigations such as a cross examination or the disclosure of documents or assets. It is true that it might put a strain on the functioning of the Regulation,<sup>119</sup> but it will also contribute, with the passing of time, to a better common understanding of the different styles of evidence-gathering in the European Union, which might lead in turn to improved cross-border practice in this field.

The Regulation includes a specific provision dealing with the use of *communications technology*. Under article 10.4, the requesting court may ask the requested court to use communications technology at the performance of the taking of evidence, “*in particular by using videoconference and teleconference.*” The Regulation stresses that the requested court “*shall comply*” with such a requirement unless this is incompatible with the law of the Member State of the requested court or impossible by reason of major practical difficulties.<sup>120</sup> Again, it appears that the reasons for the refusal to execute the request in the way indicated by the requesting court are defined narrowly, so that in principle the requested court must use modern technologies when it is so requested.

This is a major step forward as compared to the current practice in certain States that are party to the 1970 Hague Convention. For instance, in France, it seems that in several cases the request to use video depositions has been denied on the basis that “*judicial practice*” would be opposed to videotaping.<sup>121</sup> That kind of position should no longer be maintained under the Regulation.

The mere fact that there is no current practice of using videoconference in a Member State should not be the valid basis to refuse the use of such technology in the taking of evidence when the request is coming from another Member State. The request to use a specific technology could be denied only where it would entail an infringement of local law or would create a *major* practical difficulty.

Furthermore, the Regulation provides that when there is no access to the required technical means in the requesting or in the requested court, such means may be made available by the courts by mutual agreement.<sup>122</sup> While the question has been raised of how an agreement between courts could commit the authorities on which they depend to supply them with the adequate technology,<sup>123</sup> this point would appear to be mistaken since such a commitment, if required, directly stems from the Regulation. There is some uncertainty, however, as to whether the requesting court must send the necessary equipment simultaneously with the request and as to who will carry the costs entailed by the use of technology.<sup>124</sup>

The Regulation includes also detailed provisions about the persons who can participate in the taking of evidence. First, it is provided that *the parties and, if any, their representatives* have the right to be present at the performance of the taking of evidence by the requested court, provided that it is so provided by the law of the requesting State.<sup>125</sup> The requested court must be informed of this

---

requested court refuses to comply with such a demand, invoking the incompatibility of the procedure with the law of the Member State to which it belongs, or some major practical difficulties. It is to be hoped that this restrictive approach will not be upheld by the European court when seized of a preliminary question on this point.

<sup>119</sup> See Lebois, *op. cit.*

<sup>120</sup> Article 10.4 of the Regulation.

<sup>121</sup> See the cases cited in the Report on Survey of Experience of U.S. Lawyers With the Hague Evidence Convention Letter of Request Procedures, cited above, at 27.

<sup>122</sup> Regulation 1206/2001, Article 10.4.

<sup>123</sup> Mougnot *supra* note 1, 19 no 12.

<sup>124</sup> Freudenthal *supra* note 1, 115.

<sup>125</sup> Article 11.1 of the Regulation. In this respect, recital 13 of the Regulation stipulates that “*the parties and, if any, their representatives, should be able to be present at the performance of the taking of evidence, if that is provided for by the law of the Member State of the requesting court, in order to be able to follow the proceedings*”





participation either in the initial request or at any other appropriate time.<sup>126</sup> Furthermore, the requested court can itself – even on its own motion<sup>127</sup> – ask for the parties and their representatives to participate, provided that this possibility is recognized in the law of the Member State to which it belongs.<sup>128</sup> In all cases, the requested court can determine the conditions under which the parties are to participate in the taking of evidence.<sup>129</sup>

Secondly, the Regulation allows for the participation of *representatives of the requesting court* in the taking of evidence, provided that it is compatible with the law of the requesting State.<sup>130</sup> A wide variety of persons can act as such representatives, including members of the judicial personnel, experts, or any other person designated by the requesting court in accordance with its law.<sup>131</sup> Their presence – or participation – must enable them to better assess the value and scope of the evidence obtained,<sup>132</sup> and even to control the execution of the request by the requested court.<sup>133</sup> The participation of those persons is subject to some rules and conditions that are analogous to those that govern the participation of the parties and their representatives.<sup>134</sup>

The execution of the request to take evidence may require the use of *coercive measures*, for instance to compel a witness to testify. The measures of compulsion are exclusively those provided for by the internal law of the requested State. In a poorly drawn up provision, the Regulation specifies, in substance, that the measures must be the ones which are provided for under the law of the requested State for requests made for the same purpose.<sup>135</sup> The principle already existed in the 1970 Hague Convention.<sup>136</sup>

The Regulation states exhaustively and restrictively the grounds for which the request to take evidence may be refused.<sup>137</sup> Those grounds can be grouped in three categories. The first relates to the applicability of the Regulation procedures: the request will be denied if it does not fall within the scope of the Regulation as set out in Article 1, or if the execution of the request under the law of the Member State of the requested court does not fall within the functions of the judiciary.

---

*in a comparable way as if evidence were taken in the Member State of the requesting court. They should also have the right to request to participate in order to have a more active role in the performance of the taking of evidence.”*

<sup>126</sup> Article 11.2.

<sup>127</sup> Olivier, *supra* note 1, 7.

<sup>128</sup> Article 11.5.

<sup>129</sup> Article 11.3. The requested court must notify the parties and their representatives of the time when, the place where, the proceedings will take place, and, where appropriate, the conditions under which they may participate, using a special form. (Article 11.4.)

<sup>130</sup> Article 12.

<sup>131</sup> Article 12-1° and 2°.

<sup>132</sup> C. Bruneau, *supra* note 1.

<sup>133</sup> M. Olivier, *supra* note 1, 7.

<sup>134</sup> The requesting court must, in its request, inform the requested court that its representatives will be present and, where appropriate, that their participation is requested, using a special form. If this request is presented, the requested court must determine, in accordance with Article 10, the conditions under which they may participate. (Article 12.4.) It must notify the requesting court, of the time when, and the place where, the proceedings will take place, and, where appropriate, the conditions under which the representatives may participate, using a special form. (Article 12.5.)

<sup>135</sup> Article 13 reads as follows: “*where necessary, in executing a request the requested court shall apply the appropriate coercive measures in the instances and to the extent as are provided for by the law of the Member State of the requested court for the execution of a request made for the same purpose by its national authorities or one of the parties concerned.*”

<sup>136</sup> Article 10 of the Convention. When the execution of the request is refused on any one of the grounds referred in the text, the requested court must notify the requesting court thereof within 60 days of receipt of the request. (Article 15.4.)

<sup>137</sup> Article 14.2.



The second group of valid reasons to deny the request to take evidence relates to the own attitude of the requesting court: it refers to the situation where the requesting court does not comply with the demand to complete the request within 30 days, or where a deposit or advance to cover some costs in accordance with Article 18(3) is not made within 60 days after it was asked for by the requested court.

The last group of reasons, which is likely to be the most often invoked in practice, to deny the request relates to the deposition of witnesses. Under the Regulation, the request for the hearing of a person shall not be executed when the person concerned claims the right to refuse to give evidence or to be prohibited from giving evidence.<sup>138</sup> This claim can be made on the basis either of the law of the requested State, or under the law of the requesting State when such right to refuse to give evidence or to be prohibited from giving evidence has been specified in the request. When the request does not specify this right but the witness still claims that it can refuse or is prohibited to give evidence, the requested court is to refer the point to the requesting court, which is invited to confirm or infirm the existence of this right.<sup>139</sup> These grounds are reminiscent of Article 11 of the 1970 Hague Convention and mainly concern the situation where family relations or professional secrecy preclude the requested person from testifying.<sup>140</sup>

Those are the only grounds for which the request can be denied. The Regulation expressly indicates, similarly to the 1970 Hague Convention,<sup>141</sup> that the execution cannot be refused by the requested court solely on the ground that under its law a local court has exclusive jurisdiction over the subject matter of the action, or that its law would not admit the right of action on it.<sup>142</sup>

The limitative list reduces the discretion of the requested Member State goes towards the automatic execution of letters rogatory, which the Hague Convention 1970 already vowed to achieve.<sup>143</sup> However, the Regulation goes a step forward since under this instrument – unlike in the Hague Convention – requests may not be refused on grounds related to the sovereignty or to the security of the requested Member State.<sup>144</sup>

It may be that this limitation was easier to achieve because the differences in the methods of collection of evidence are not as broad in the European Union as they are in the international arena.<sup>145</sup> But the most important reason for the step further is certainly that the Regulation is oriented less toward protecting the sovereignty of the Member States and more toward more efficient cooperative cross-border evidence gathering.<sup>146</sup>

At the end of the evidence gathering process, once the evidence has been effectively collected, the requested court must send without delay to the requesting court the documents establishing the execution of the request and, where appropriate, return the documents received from the requesting court. The documents must be accompanied by a confirmation of execution of the request, using a special form.<sup>147</sup>

---

<sup>138</sup> Article 14.1.

<sup>139</sup> See article 14.1.

<sup>140</sup> Mougenot, *supra* note 1, 20.

<sup>141</sup> Article 12 of the Convention.

<sup>142</sup> Article 15.3.

<sup>143</sup> Bruneau *supra* note 1, 1771.

<sup>144</sup> Article 14.2. See Mougenot *supra* note 1, 20.

<sup>145</sup> Pertegas Sender and Wautelet *supra* note 1, 293.

<sup>146</sup> See H. Buxbaum, *supra*, note 1.

<sup>147</sup> Article 16.



## VI. Direct Taking of Evidence in another Member State

The second method for the gathering of evidence is the result of the most remarkable innovation introduced by the Regulation: article 17 allows the requesting court to take evidence itself directly in another Member State. The inclusion of this procedure in Article 1 of the Regulation, next to the more traditional taking of evidence with the assistance of a court in the requested State, puts both methods on an equal footing.<sup>148</sup> It also opens the door for the creation of the long awaited “European judicial expert.”<sup>149</sup>

Although the 1970 Hague Convention already contained the possibility for consuls and commissioners to collect evidence abroad directly,<sup>150</sup> in practice most countries only allowed consuls to do so, under strict conditions, since commissioners were seen as encroaching upon sovereignty. The Regulation departs from this principle and further simplifies and broadens the direct collection of evidence by making it accessible to a member of the judicial personnel or any other person such as an expert, who will be designated in accordance with the law of the State of the requesting court,<sup>151</sup> so that separate provisions for consuls are unnecessary.<sup>152</sup>

This method of direct taking of evidence has a number of advantages. It saves time since no intervention of a foreign judicial apparatus is needed: the collection of evidence can be done by one single person or entity, whose territorial jurisdiction is not limited, as opposed to that of consuls or of the local courts, which is always restricted *ratione loci*.<sup>153</sup>

A further reason which may have led the Member States to accept this far-reaching mechanism, is that the direct taking of evidence, like the serving of judicial and extrajudicial documents pursuant to Regulation 1348/2000, only requires a passive collaboration of the requested State, which is asked to tolerate the execution of certain jurisdictional acts on its territory by foreign courts, whereas the traditional taking of evidence by the requested court requires the requested State to offer the active collaboration of its judicial authorities.<sup>154</sup>

To ensure the careful performance of the direct collection of evidence by the requesting court, a number of guarantees are built in the Regulation.<sup>155</sup> First, the direct taking of evidence may only take place if it can be performed on a *voluntary basis*, without the need for coercive measures.<sup>156</sup> Where the direct taking of evidence implies that a person shall be heard, the requesting court must inform that person that the performance is to take place on a voluntary basis.<sup>157</sup> When measures of compulsion are necessary, for instance to compel discovery from a recalcitrant witness, the only way to go under the Regulation is to seek the cooperation of a court in the requested State, in accordance with Article 13.

Second, the direct taking of evidence in another Member State can take place only after notification to and *approval from the Central Authority*<sup>158</sup> of the requested Member State.<sup>159</sup> The need for the intervention of such Central Authority leads to qualify, to a certain extent, the so-called

---

<sup>148</sup> Freudenthal *supra* note 1, 114.

<sup>149</sup> Olivier, *supra* note 1, 10.

<sup>150</sup> Hague Convention 1970, articles 15 to 17.

<sup>151</sup> Article 17.3.

<sup>152</sup> Freudenthal *supra* note 1, 116.

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> Mougnot *supra* note 1, 17-18.

<sup>155</sup> Freudenthal *supra* note 1, 116.

<sup>156</sup> Article 17.2.1. The same rules already applied under the 1970 Hague convention when a diplomatic officer, a consular agent, or a commissioner takes evidence abroad. (Articles 15 to 17.)

<sup>157</sup> Article 17.2.2.

<sup>158</sup> Or any other competent authority.

<sup>159</sup> Article 17.1 and 4. The Central Authority will inform the requesting court within 30 days if the request is accepted.



“direct” character of the taking of evidence under article 17 of the Regulation. The framers of the Regulation did not go as far as the German proposition, under which an expert from one State could have been immediately sent to take evidence in another State without the need for any public intervention in that State.<sup>160</sup> Under the Regulation, the Central Authority of the State where the evidence is to be gathered needs to be notified and to approve the procedure,<sup>161</sup> showing that even here the frontiers within the European Union have not become completely irrelevant.

However, the intervention of the Central Authority is much more limited than under the Hague Convention system, where it was responsible for overseeing the entire process of the taking of evidence. Under the Regulation, the Central Authority will only control (1) if the request should not be refused for one of the reasons stated in the Regulation, and (2) if the performance of the taking of evidence should not be subject to certain conditions.

As for the reasons for the refusal to take evidence directly, there are limited to three basic grounds. Two of them are similar to the reasons that can be raised to refuse the traditional taking of evidence with the assistance of a court in the requested State: the request does not fall within the scope of the Regulation, and the request does not contain all of the necessary information pursuant to Article 4 of the Regulation.<sup>162</sup> The third reason is specific to the article 17 procedure: the direct taking of evidence can be refused by the Central authority where it is “*contrary to fundamental principles of law*” in the requested Member State.<sup>163</sup>

Although an element of discretion seems to appear in this third ground of refusal, the discretion relates only to the possibility to execute directly the act of investigation without the cooperation of a court in the requested States, and not to the subject-matter of the act of investigation.<sup>164</sup> At most, the Central Authority may invite the requesting court to take evidence through a competent court of the requested State, and in this case the latter court will be bound by the limited grounds for refusal to gather the evidence included in Article 14.<sup>165</sup>

It is unclear whether the Central Authority refusing the direct execution can itself refer the matter to the competent court of the requested State. Although this is not foreseen by the Regulation, some legal writers<sup>166</sup> have argued that this is one of the ‘exceptional circumstances’ envisaged in Article 3.1.(c) of the Regulation in which the Central Authority can forward the request to the competent court<sup>167</sup>.

This interpretation is doubtful since Article 3.1.(c) provides explicitly that the Central Authority is responsible for forwarding the request in exceptional cases “*at the request of a requesting court.*” Not only is such an explicit request lacking in the abovementioned situation, but it seems that it is not for the Central Authority to decide, in place of the requesting court, whether the latter court wishes the evidence to be obtained by a foreign court, given the impossibility to obtain it directly itself. This is the more so as the taking of evidence by the requesting court will, in principle, be carried out pursuant to the law of the requesting State, whereas the taking of evidence by a court of the requested State

---

<sup>160</sup> See Th. Groud, *supra* note 1, §96.

<sup>161</sup> The request to the Central Authority must include most of the same information that is to be provided when the request is addressed to a court. The only additional information concerns the name, title and function of the person who is to perform the taking of evidence. (see form I attached to the Regulation).

<sup>162</sup> It should be noted that, with respect to this ground, no procedure is foreseen to complete the demand, as opposed to Article 14 dealing with the grounds for refusing the execution by the requested court. By analogy, however, it should be accepted that, here also, the requesting authority may complete the demand.

<sup>163</sup> Article 17.5.

<sup>164</sup> D. Mougnot *supra* note 1, 21.

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> See *supra*, section IV.D.



takes place pursuant to the latter's law, unless otherwise provided in accordance with the specific procedure described above.<sup>168</sup>

If necessary, the Central Authority may specify the conditions under which the taking of evidence is to be carried out, in accordance with its own law.<sup>169</sup> For instance, if the evidence is to be taken at a hearing, it can be required that the hearing takes place in court.<sup>170</sup> Or the Central Authority may require the observation of some internal rules or principles of the requested State, such as those protecting privileged information.<sup>171</sup>

Furthermore, the Central Authority may assign a court of the Member State to which it belongs to participate in the collection of evidence in order to ensure the proper application of the Regulation and of the conditions that have been set out.<sup>172</sup>

Finally, the Central Authority is invited under the Regulation to “*encourage the use of communications technology, such as videoconferences and teleconferences.*”<sup>173</sup> The use of such technologies, already mentioned in article 10.4,<sup>174</sup> is particularly appropriate with respect to this procedure since it is to further the direct cross-border character of the taking of evidence.

Without prejudice to those conditions and/or encouragements originating from the Central Authority, the requesting court shall execute the request in accordance with the law of the Member State to which it belongs.<sup>175</sup>

## VII. Conclusion

As the foregoing analysis suggests, the Regulation represents a major improvement to the regime of evidence taking in cross-border litigation. In several respects, the Regulation enhances the cooperation in the European judicial area as compared to the 1970 Hague Convention. The three major changes are arguably the decentralization of the cooperation which is to take place directly between courts, the possibility of direct taking of evidence by the requesting court in another Member State, and the emphasis on efficiency and speed in the transmission and execution of requests.

At the same time, the European regime remains focused exclusively on the cooperative mechanisms that the courts need to gather evidence and does not seek to improve or change the means and ways by which the evidence is to be gathered. The Regulation is a major instrument of judicial cooperation for those who regard the taking of evidence as a judicial function. But it does not serve to move the European system closer to other systems of evidence-gathering such as the one used in the United States, and to a lesser extent in other common law jurisdictions, where discovery is conducted mainly by the parties themselves, either voluntarily or pursuant to unilateral discovery orders issued *in personam* by the courts.

---

<sup>168</sup> Additionally, since the relevant provision is inspired by Regulation 1348/2000, it has been argued that the notion of “exceptional circumstances” should be interpreted in the same way as under that regulation and should cover the *force majeure*, for instance when the building is destroyed by fire, or hit by natural disaster or a strike. See Freudenthal *supra* note 1, 115.

<sup>169</sup> Article 17.4.

<sup>170</sup> Freudenthal *supra* note 1, 116

<sup>171</sup> See Groud, *supra* note 1, §101.

<sup>172</sup> Article 17.4.

<sup>173</sup> Article 17.4, *in fine*.

<sup>174</sup> See above, section V.

<sup>175</sup> Article 17.3. Freudenthal *supra* note 1, 116.



In addition, a system is only as good as the people who are supposed to make it work. The Regulation will only be effective and result in achieving the intended objective of “free movement of evidence”, if the member States set up efficient and well organized services and appoint competent and informed staff to run those services. Recent history regarding the implementation of other instruments adopted by the Council in the context of its ambitious project to create a European Area of Justice, shows that it may take some time, before the Regulation works.

Arnaud Nuyts  
Professor, University of Brussels (ULB)  
Avocat, Member of the Bar of Brussels

Joe Sepulchre  
Avocat, Member of the Bar of Brussels



## James Fawcett – Common law practices and the Brussels Convention

In Case C-281/02 Owusu v Jackson the Court of Justice has held once again<sup>1</sup> that English practices in relation to international litigation are incompatible with the Brussels Convention. In this case what had to be considered was the use of the English doctrine of *forum non conveniens* in cases where jurisdiction is based on Article 2 of the Brussels Convention. In particular, the issue was whether the decision of the Court of Appeal in Re Harrods (Buenos Aires) Ltd<sup>2</sup> was correct.

### Re Harrods (Buenos Aires) Ltd

Proceedings were brought in England for, inter alia, the winding up of an English incorporated company. It was argued that the most appropriate forum for trial was Argentina, where the company exclusively carried on its business, and a stay was sought of the English proceedings. The Brussels Convention applied by virtue of the company's English domicile. Nonetheless, it was held that there was power to stay the English proceedings on the ground of *forum non conveniens* and a stay was granted. A fundamental distinction was drawn between cases where the alternative forum was, as here, in a non-Contracting State and cases where it was in a Contracting State. The *forum non conveniens* discretion could still be exercised in the former case, but not in the latter.<sup>3</sup> The Court of Appeal accepted the argument<sup>4</sup> that the Convention was intended to regulate jurisdiction as between Contracting States and not as between a Contracting and a non-Contracting State. Exercise of the discretion to stay in a case involving a non-Contracting State would therefore not be inconsistent with the Convention. Although a controversial decision,<sup>5</sup> Re Harrods has been followed by differently constituted Courts of Appeal on number of occasions.<sup>6</sup> These subsequent decisions show that the principle in Re Harrods is not limited to cases where no other Contracting State is involved and it has been applied in the situation where the defendant is domiciled not in England but in another Contracting State and the alternative forum abroad is a non-Contracting State.<sup>7</sup> The principle also looks to be applicable regardless of the basis of jurisdiction.<sup>8</sup> It has been applied in cases where jurisdiction was based not on domicile but on special jurisdiction under Article 6(1),<sup>9</sup> on the insurance

---

<sup>1</sup> See also Case C-116/02 Erich Gasser GMBH v Misat SRL [2003] ECR I-000; Case C-159/02 Turner v Grovit [2004] ECR I-000.

<sup>2</sup> [1992] Ch 72.

<sup>3</sup> The unavailability of the discretionary power to stay in cases where the alternative forum is a Contracting State has been confirmed, for example, in Messier Dowty Ltd v Sabena SA [2000] 1 WLR 2040, 2047, CA.

<sup>4</sup> Put forward by Collins (1990) 106 LQR 535.

<sup>5</sup> Compare the criticism in the Cheshire and North's *Private International Law* (13<sup>th</sup> ed 1999), pp 264-265; Briggs and Rees, *Civil Jurisdiction and Judgments* (3<sup>rd</sup> ed 2002), para 2.216; and Layton and Mercer, *European Civil Practice* 13.023-026 with Dicey and Morris, *The Conflict of Laws* (13<sup>th</sup> ed 1999), pp 393-394.

See generally Fentiman [2000] *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 107.

<sup>6</sup> The Po [1991] 2 Lloyd's Rep 206, CA; The Nile Rhapsody [1994] 1 Lloyd's Rep 382, CA; Haji-Ioannou v Frangos [1999] 2 Lloyd's Rep 337, 346; Ace Insurance SA-NV (Formerly Cigna Insurance Co of Europe SA NV) v Zurich Insurance Co [2001] EWCA Civ 173 at [39]; [2001] 1 Lloyd's Rep 618, CA. For Ireland see In the Matter of Intercare Ltd [2004] 1 ILRM 351, 358. The English Court of Appeal regarded itself as being bound by the decision: Haji-Ioannou at 346; Ace Insurance at [38].

<sup>7</sup> Eli-Lilly and Co v Novo Nordisk A/S [2000] IL Pr 73, CA; Ace Insurance, op cit, at [31]; The Po [1991] 2 Lloyd's Rep 206, where England had jurisdiction by virtue of the Collision Convention, preserved by Art 57 of the Brussels Convention, and not by virtue of the defendant's domicile in England. See also the restatement of the Re Harrods principle by Lord Bingham in The Haji-Ioannou case, op cit, at 346. Compare the judgment of Dillon LJ in Re Harrods.

<sup>8</sup> See the restatement of the Re Harrods principle by Lord Bingham in the Haji-Ioannou case, op cit, at 346.

<sup>9</sup> Aiglon v Gau Shan [1993] 1 Lloyd's Rep 164.



provisions under Section 3 of Chapter II,<sup>10</sup> on submission,<sup>11</sup> and on exclusive jurisdiction under Article 17.<sup>12</sup> The Court of Appeal<sup>13</sup> has applied the principle in the situation where the English courts are being asked to stay the proceedings not on the basis of *forum non conveniens* but on the closely related basis that the action has been brought in breach of an agreement conferring exclusive jurisdiction on the courts of a non-Contracting State, the alternative forum being the courts of that State.

## The decision of the Court of Justice in *Owusu v Jackson*

When the Court of Appeal decision in *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd* was appealed to the House of Lords, the issue of the correctness of the principle adopted in that case was referred to the Court of Justice;<sup>14</sup> but before the Court could consider the matter, the action was settled. In *Lubbe v Cape plc*, Lord Bingham, with whom the other Law Lords concurred, agreed that the law in this area is not clear and said obiter that this matter should be referred to the Court of Justice.<sup>15</sup> This has now happened in *Owusu v Jackson*,<sup>16</sup> where the claimant, domiciled in England, brought proceedings in England against the first defendant, who was also domiciled in England, after being injured in Jamaica whilst staying at a villa he had rented from the first defendant. The latter sought a stay of the proceedings on the basis of *forum non conveniens*.

The Court of Appeal<sup>17</sup> referred to the Court of Justice<sup>18</sup> the correctness of the principle in *Re Harrods*.

The Court of Justice held that Article 2 of the Brussels Convention applied even though the claimant and one of the defendants were domiciled in the same Contracting State and even though the dispute had links with a non-Contracting State and not with another Contracting State.<sup>19</sup> It then went on to hold that the Brussels Convention precludes a court of a Contracting State from declining the jurisdiction conferred on it by Article 2 of that Convention on the ground that a court of a non-Contracting State would be a more appropriate forum for the trial of the action even if the jurisdiction of no other Contracting State is in issue or the proceedings have no connecting factors to any other Contracting State.<sup>20</sup> This decision was based on three considerations.<sup>21</sup> First, the wording of Article 2

---

<sup>10</sup> *American Motorists Insurance Co (Amico) v Cellstar Corporation* [2003] EWCA Civ 206 at [49], [2003] I L Pr 22—it was accepted that *Re Harrods* would apply, if it was a correct decision.

<sup>11</sup> *The Ace Insurance case*, op cit.

<sup>12</sup> *The Eli-Lilly case*, op cit (it appears to have been a case of an exclusive jurisdiction clause); *Sinochem International Oil (London) Ltd v Mobil Sales and Supply Corp Ltd (No 2)* [2000] 1 Lloyd's Rep 670 (an exclusive jurisdiction clause); *Mercury Communications Ltd v Communication Telesystems International* [1999] 2 All ER (Comm) 33 (non-exclusive jurisdiction agreement).

<sup>13</sup> *The Nile Rhapsody* [1994] 1 Lloyd's Rep 382, CA. However, the Court of Appeal, at 392, was prepared to assume that a reference to the Court of Justice was needed to clarify the law on this point but that a reference should not be made in this particular case because of the expense and delay to the parties this would involve.

<sup>14</sup> Case C-314/92 *Ladenimor SA v Intercomfinanz SA*.

<sup>15</sup> [2000] 1 WLR 1545, 1562, HL. The House of Lords avoided the contentious matter of the correctness of the decision in *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd* by finding that under *forum non conveniens* principles no stay would be granted. See also *Intermetal Group Ltd & Trans-World (Steel) Ltd v Worslade Trading Ltd* [1998] I L Pr 765, Irish Supreme Court.

<sup>16</sup> Case C-281/02.

<sup>17</sup> [2002] EWCA Civ 877, [2002] I L Pr 45, CA. See also *American Motorists Insurance Co (Amico) v Cellstar Corporation* [2003] EWCA Civ 206, [2003] I L Pr 22, where the Court of Appeal referred the same question to the Court of Justice in *Owusu* with a view to it being combined with the reference in that case.

<sup>18</sup> Case C-281/02.

<sup>19</sup> At paras 23-36.

<sup>20</sup> At para 54. This follows criticism of the use of *forum non conveniens* in the EC context by AG Ruiz-Jarabo Colomer in Case C-159/02 *Turner v Grovit* [2004] ECR I-000 at para 35.

<sup>21</sup> Paras 38-47. AG Leger, at paras 235-259 of his Opinion mentioned a fourth consideration, that the scheme of the Convention supported this conclusion.





is mandatory and not optional.<sup>22</sup> The Court followed a theme that ran through their earlier decisions in Gasser<sup>23</sup> and Turner v Grovit,<sup>24</sup> which were two earlier cases holding that English practices in relation to international litigation were incompatible with the Convention, that the Convention lays down a compulsory system of jurisdiction which the courts in Contracting States are required to respect.<sup>25</sup> Second, the authors of the Convention did not provide for an exception on the basis of *forum non conveniens*, although the question of so providing was discussed. Third, application of the doctrine of *forum non conveniens* would undermine certain objectives of the Convention,<sup>26</sup> namely: respect for the principle of legal certainty; the strengthening in the Community of the legal protection of persons established therein; and the laying down of common rules of jurisdiction to the exclusion of derogating national rules.

When it comes to the first of these objectives, the discretionary nature of the doctrine of *forum non conveniens* is liable to undermine the predictability of the rules of jurisdiction, in particular of Article 2, and consequently the principle of legal certainty. As regards the second objective, the legal protection of persons established in the Community would also be undermined in that a defendant, who is generally better placed to conduct his defence before the courts of his domicile, would not be able reasonably to foresee before which other court he may be sued. The legal protection of the claimant is also undermined in that, under this doctrine, it is for the claimant to establish that he would not obtain justice before the foreign court.<sup>27</sup>

Finally, as regards the third objective, allowing *forum non conveniens* in the context of the Brussels Convention when this doctrine has developed only in the United Kingdom and Ireland, and not in the other Contracting States, would be likely to affect the uniform application of the rules contained in the Convention thereby defeating the objective of laying down common rules of jurisdiction to the exclusion of derogating national rules. Concern that the objectives of the Convention may be undermined not only provides a positive reason for rejecting the doctrine of *forum non conveniens* it also destroys what might be argued is a justification for the use of *forum non conveniens*.

The Court of Justice in an earlier case has drawn a difficult distinction between jurisdiction (dealt with by the Convention) and procedure (which is for national law).<sup>28</sup> But application of procedural rules must not, according to the Court, impair the effectiveness of the Convention.<sup>29</sup> According to Advocate General Leger in Owusu, if it is assumed for the sake of argument that *forum non conveniens* is a procedural rule, it is one that impairs the effectiveness of the Convention.<sup>30</sup>

Owusu was a Brussels Convention case but the reasoning of the Court of Justice is equally applicable to the Brussels I Regulation, which has largely replaced the Convention. Indeed, Advocate General Leger said<sup>31</sup> that the 11<sup>th</sup> Recital in the Preamble to the Regulation, which states that “the rules of jurisdiction must be highly predictable”, confirmed his view that a court of a Contracting State is

---

<sup>22</sup> At para 38.

<sup>23</sup> [2003] ECR I-000 at para 72 (a case on the relationship between Arts 17 and 21 of the Convention).

<sup>24</sup> Op cit at para 24 (a case holding that the grant of an anti-suit injunction in relation to proceedings in another Contracting State was inconsistent with the Convention).

<sup>25</sup> At para 38.

<sup>26</sup> This would in turn undermine the effectiveness of the Convention: AG Leger at para 271.

<sup>27</sup> At para 43. This would be at the second stage of the *forum non conveniens* process, see Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd [1987] AC 460. AG Leger at para 268 of his Opinion pointed out that this plea may be raised by a defendant as a delaying tactic and, at para 272, that a claimant by being denied trial in a Contracting State is also denied the benefit of the recognition and enforcement rules under the Convention.

<sup>28</sup> Case 365/88 Kongress Agentur Hagen GmbH v Zeehaghe BV [1990] ECR I-1845.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> At paras 260-261. The same point has been made by the Court of Justice in Case C-159/02 Turner v Grovit [2004] ECR I- 000 para 29.

<sup>31</sup> At para 278.



precluded from declining jurisdiction on the ground that a court of a non-Contracting State would be more appropriate for the trial of the action.

### Altering the facts

The Court of Appeal referred a further question to the Court of Justice, namely, if the Court holds that the use of *forum non conveniens* is inconsistent with the Convention in the circumstances of the Owusu case itself, is the use of that doctrine ruled out in all circumstances or just in certain circumstances? The Court of Justice refused to answer this hypothetical question, pointing out that its function was confined to answering questions necessary for the effective resolution of a dispute.<sup>32</sup> This inevitably raises a number of questions relating to whether the result would be any different if the material facts were altered. First, would the result be any different if the parties were not domiciled in the same Contracting State but instead one was domiciled in a Contracting State and the other in a non-Contracting State (and the events in issue occurred within that non-Contracting State or some other non-Contracting State)? This is materially no different from Owusu. This involves the relationships between the court of a single Contracting State and those of a non-Contracting State(s) and, according to the Court of Justice, Article 2 would apply.<sup>33</sup> This would then fall squarely within the ruling of the Court of Justice that, in Article 2 cases, the use of *forum non conveniens* is precluded “even if the jurisdiction of no other Contracting State is in issue or the proceedings have no connecting factors to any other Contracting State”.<sup>34</sup> But what would happen if the jurisdiction of another Contracting State is in issue or there is a connecting factor with another Contracting State? For example, the parties were domiciled in different Contracting States (and the event at issue occurred in one of those Contracting States or in some other Contracting State) or the parties were domiciled in the same Contracting State (and the event at issue occurred in another Contracting State). This involves the relationships between the courts of different Contracting States and there is no question but that Article 2 will apply.<sup>35</sup> The objections raised by the Court of Justice to declining jurisdiction in favour of a court of a non-Contracting State apply equally to declining jurisdiction in favour of a court of a Contracting State and the English courts should not do so in the latter situation. However, this situation is unlikely to come before the Court of Justice since it is accepted in England that there is no power to decline jurisdiction in favour of another Contracting State.<sup>36</sup>

Second, would the result be any different if the jurisdiction of a Contracting State was based not on Article 2 but on some other basis? Advocate General Leger said that where jurisdiction is based on Articles 5 and 6 and Sections 3 and 4 of the Convention the case will necessarily involve relations between two Contracting States and not relations between a Contracting State and a non-Contracting State<sup>37</sup> (with the unsaid but implicit result that the doctrine of *forum non conveniens* cannot be used). This oversimplifies the position. The case may involve two Contracting States and a non-Contracting State. For example the English court’s jurisdiction over a defendant domiciled in another Contracting State may be based on special jurisdiction under Article 6(1) but the alternative forum for trial is in a non-Contracting State, with which the dispute has strong connections. An English court has applied Re Harrods in this precise situation.<sup>38</sup> It is submitted that it should no longer do so. The objections to the use of the doctrine of *forum non conveniens* raised by the Court of Justice in terms of the authors of the Convention not providing for such an exception and its use undermining certain objectives of the Convention (the second and third considerations set out above) are equally applicable, regardless of which of the bases of jurisdiction set out in the Convention is used by the English court. The only

---

<sup>32</sup> At paras 48-53.

<sup>33</sup> At para 36.

<sup>34</sup> At para 54.

<sup>35</sup> At para 36.

<sup>36</sup> *Supra*.

<sup>37</sup> At para 24.

<sup>38</sup> *Aiglon v Gau Shan*, *op cit*.



possible difference that the basis used can make is over the question of whether that particular basis is, like Article 2, mandatory (the first consideration). Special jurisdiction under Articles 5 and 6 and jurisdiction under Sections 3 and 4 of the Convention is mandatory in the relevant sense, namely that the court which has jurisdiction under one of these provisions must try the case and does not have the option to refuse to do so. Where jurisdiction is based on Articles 16 and 17 of the Convention' this can involve, as in Owusu, the relationships between the courts of a Contracting State and a non-Contracting State.<sup>39</sup> Nonetheless these provisions will still apply.<sup>40</sup> These provisions are obviously mandatory in the above sense and to decline jurisdiction in favour of the courts of a non-Contracting State would be inconsistent with the Convention.

Third, can the principle in Re Harrods (and hence the doctrine of *forum non conveniens*) still be used in the following three situations: where a court of a non-Contracting State has been designated by an agreement conferring jurisdiction; or has previously been seised of a claim liable to give rise to *lis pendens* or related actions;<sup>41</sup> or the links connecting the dispute with that non-Contracting State are of a kind referred to in Article 16 of the Convention? The Court of Justice regarded the hypothetical question referred to them as to whether the use of *forum non conveniens* is precluded in all circumstances, which it refused to answer, as being asked in connection with these last two situations.<sup>42</sup> A G Leger was at pains to make clear that he was not dealing with these three situations.<sup>43</sup> Nonetheless, the answer is predictable. The reasoning of the Court of Justice that precluded the declining of jurisdiction on the ground that a court of a non-Contracting State would be more appropriate is equally applicable in these three situations.<sup>44</sup> However, what is left open for a future decision is the possibility, in these three situations, of the Brussels Convention having “reflexive” effects, which is a very different concept from that of *forum non conveniens* and one which has its advocates amongst Continental lawyers. This theory will be discussed later on in this article.

Fourth, would the result be any different if a stay was granted on some discretionary basis other than *forum non conveniens*? Under English law a stay may be sought on the related ground that there has been a breach of an agreement providing for trial in a non-Contracting State.<sup>45</sup> The grant of a stay on this basis should also be precluded by the Convention.<sup>46</sup> The wording of Article 2 is still mandatory, Contracting States which concluded the Convention had no intention of including a discretionary power to stay on the basis of a breach of a jurisdiction agreement, and when it comes to achieving the objectives of the Convention the same objections can be made to this discretionary power to stay as were made to *forum non conveniens*.

---

<sup>39</sup> The Owusu case, op cit, at para 28.

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Re Harrods was used in the past in this situation in the Ace Insurance case, op cit.

<sup>42</sup> At para 48. It also thought that the question was asked in connection with the situation where a “Convention” granted jurisdiction to the court of a non-Contracting State.

<sup>43</sup> At paras 217 and 281. AG Leger at paras 71-72 gave his Opinion that the wide reference by the Court of Appeal, which would have involved discussion of these three situations, was inadmissible.

<sup>44</sup> There is English support, even before Re Harrods, for a discretion to stay in some or all of these specific situations: see S & W Berisford Plc v New Hampshire Insurance Co [1990] 2 QB 631 at 643; Arkwright Mutual Insurance Co v Bryanston Insurance Co Ltd [1990] 2 QB 649 at 663; Collins, The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 pp 85; Hartley, Civil Jurisdiction and Judgments pp 66, 74, 77-80 who suggests a more general discretion; Layton and Mercer, op cit, pp 31-32; Briggs and Rees, op cit, para 2.219; Hill, International Commercial Disputes (2<sup>nd</sup> ed 1998) p 282. See also the Schlosser Report, p 124. This discretion to stay would appear to be based on a different principle from Re Harrods, nonetheless, its use should equally be precluded by the decision of the Court of Justice in the Owusu case.

<sup>45</sup> The question whether there is a residual discretion to stay under English law is discussed infra.

<sup>46</sup> It is unclear whether the Re Harrods principle will operate in cases involving an agreement to go to arbitration in a non-Member State. There is the added complication in such cases that it is not clear whether they come within the scope of the Convention in the first place. If they do, there is then the complication that s 9 of the Arbitration Act 1996 directs the English court to stay the proceedings.



Fifth, what happens where the matter is within the scope of the Convention but none of the bases of jurisdiction set out therein come into play (the defendant is domiciled in a non-Contracting State and neither Article 16 nor 17 applies)? According to Article 4 of the Convention, in this situation jurisdiction is determined by the law of each Contracting State. The English law of jurisdiction includes not only bases of jurisdiction but also the discretion to stay on the ground of *forum non conveniens*.<sup>47</sup> The Court of Appeal in Sarrio SA v Kuwait Investment Authority,<sup>48</sup> adopting the analysis of MANCE J at first instance,<sup>49</sup> decided that, in the light of what Article 4 provides,<sup>50</sup> the doctrine of *forum non conveniens* can operate in cases where Article 4 applies, even where the alternative forum is another Contracting State.

How is this affected by Owusu? Advocate General Leger in that case has said that where jurisdiction of a court of a Contracting State is established pursuant to Article 4 of the Convention this does not prevent the court in question from declining to exercise its jurisdiction, in accordance with the doctrine of *forum non conveniens* on the ground that a court of a non-Contracting State would be more appropriate to deal with the substance of the case.<sup>51</sup> This is not dealing with the situation that arose in the Sarrio case, which concerned an alternative forum in a Contracting State. However, Advocate General Leger did accept that Article 4 cases are to be treated differently from Article 2 cases, and to that extent can be said to support the Sarrio case. Nonetheless, the position in the Sarrio situation is unclear and a reference is needed to the Court of Justice to resolve it.<sup>52</sup> Until there is such a decision, or one from the House of Lords, overruling the principle in Sarrio, that decision remains as a binding authority in England.

The Sarrio case involved the situation where the alternative forum was a Contracting State.<sup>53</sup> Where the alternative forum is a non-Contracting State it can be said with some confidence that the *forum non conveniens* discretion can still be used. There is support for this in the Opinion of Advocate General Leger in the Owusu case<sup>54</sup> and in obiter dicta in an earlier English case, The Xin Yang.<sup>55</sup> What is less clear is the basis for the availability of *forum non conveniens*. Advocate General Leger took the view that the principle in Re Harrods can still be used in this situation. However, the better view is that Article 4 cases are different from Article 2 cases for the reasons explained in Sarrio and, under this view, whether the alternative forum is a Contracting State or a non-Contracting State is irrelevant. In The Xin Yang, it is not entirely clear which of these two views underlay the support for the use of *forum non conveniens*.<sup>56</sup>

Sixth, what happens where the English court's jurisdiction is derived from an international Convention, and is accordingly preserved by Article 57 of the Brussels Convention? The principle in Re Harrods has been applied in this situation.<sup>57</sup> However, the Article 57 situation is essentially the same as that in relation to Article 4 and everything said in answer to the fifth question is equally applicable here.

---

<sup>47</sup> The Xin Yang [1996] 2 Lloyd's Rep 217 at 220; Sarrio SA v Kuwait Investment Authority [1996] 1 Lloyd's Rep 650 at 654, affd by the Court of Appeal [1997] 1 Lloyd's Rep 113, reversed by the House of Lords without discussion of this point [1999] 1 AC 32.

<sup>48</sup> [1997] 1 Lloyd's Rep 113; reversed by the House of Lords without discussion of this point [1999] 1 AC 32, H. See also The Xin Yang [1996] 2 Lloyd's Rep 217. See generally Briggs and Rees, op cit, 2.217.

<sup>49</sup> [1996] 1 Lloyd's Rep 650 at 654–656. See also MANCE J in Grupo Torras SA v Al Sabah [1995] 1 Lloyd's Rep 374 at 441; the Court of Appeal [1996] 1 Lloyd's Rep 7 did not discuss this point.

<sup>50</sup> The Sarrio case, op cit, (MANCE J). See also The Xin Yang, op cit, at 220.

<sup>51</sup> At para 235.

<sup>52</sup> This was recognised (prior to Owusu) in Haji-Ioannou v Frangos [1999] 2 Lloyd's Rep 337, 348, CA.

<sup>53</sup> As did The Xin Yang, op cit.

<sup>54</sup> At para 235.

<sup>55</sup> [1996] 2 Lloyd's Rep 217 at 222.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> The Po [1991] 2 Lloyd's Rep 206.



## Is there under English law a residual discretion?

The English courts in the past have held that they have a residual discretion to decline jurisdiction in Convention cases so as to prevent an abuse of process,<sup>58</sup> as where the claimant's claim is purely speculative and is bound to fail.<sup>59</sup> Abuse of process has been explained in terms of preventing frivolous or vexatious actions.<sup>60</sup> The justification put forward for this residual discretion is as follows. The Convention is not concerned with questions of procedure except in so far as they impair the effectiveness of the Convention.<sup>61</sup> It has been argued that the doctrine of abuse of process is a procedural rule and one that does not impair the effectiveness of the Convention.<sup>62</sup> However, it is very doubtful whether such an argument would be accepted by the Court of Justice. In Turner v Grovit,<sup>63</sup> the Court of Justice has held that the Brussels Convention precludes the grant of an injunction whereby a court of a Contracting State prohibits a party to proceedings pending before it from commencing or continuing legal proceedings before a court of another Contracting State, even where that party is acting in bad faith with a view to frustrating the existing proceedings.<sup>64</sup> The procedural rule argument was raised in the Turner case but rejected on the basis that, even if an injunction was a procedural rule, it was one that impaired the effectiveness of the Convention.<sup>65</sup> The procedural argument was also rejected by Advocate General Leger in the Owusu case in the context of the English courts staying their own proceedings on the basis of *forum non conveniens*. He gave his Opinion that if it is assumed for the sake of argument that *forum non conveniens* is a procedural rule it is one that impairs the effectiveness of the Convention.<sup>66</sup> The discretionary nature of *forum non conveniens* that goes to undermine the objective under the Convention of achieving legal certainty<sup>67</sup> is equally a feature of a residual discretion to stay to prevent abuse of process.

However, until there is a decision of the Court of Justice or the House of Lords providing to the contrary, the English courts may feel bound by earlier precedents providing for a residual discretion in the circumstances outlined above.

## Does the Convention have “reflexive” effects?

Continental lawyers have argued that there is power to decline jurisdiction in certain limited situations on the basis that the Brussels Convention should have “reflexive” effects.<sup>68</sup> The first is where jurisdiction has been taken under the Brussels Convention, but the parties have agreed on trial in a

---

<sup>58</sup> *Boss Group Ltd v Boss France SA* [1997] 1 WLR 351 at 358, CA; *Pearce v Ove Arup Partnership Ltd* [1997] Ch 293 at 309; revsd by the Court of Appeal on the basis that the judge had been wrong to hold that the claim was bound to fail, [1997] 1 All ER 769, CA; *Bank of Scotland v SA Banque Nationale de Paris* 1996 SLT 103 at 133–134; Dicey and Morris, op cit, 392.

<sup>59</sup> The *Pearce* case, op cit.

<sup>60</sup> The *Boss* case, op cit. This does not include seeking a negative declaration where it serves no useful purpose: *USF Ltd (t/a USF Memcor) v Aqua Technology Hanson NV/SA* [2001] 1 All ER (Comm) 856 at [24]-[26].

<sup>61</sup> Case 365/88 *Kongress Agentur Hagen GmbH v Zeehaghe BV* [1990] ECR I-1845.

<sup>62</sup> See *Berkeley Administration Inc v McClelland* [1996] 1 L Pr 772, CA.

<sup>63</sup> Case C-159/02 [2004] ECR I-000.

<sup>64</sup> *Ibid* para 32

<sup>65</sup> *Ibid* at para 29

<sup>66</sup> At paras 260-261

<sup>67</sup> See the *Owusu* case, op cit, at para 42. AG Leger at paras 266, 272 mentioned that the objectives of the Convention were also undermined by the procedural consequences of a stay and the denial to the claimant of simplified recognition and enforcement.

<sup>68</sup> See Gaudemet-Tallon (1991) *Rev crit dr int prive* 491; Droz, *Competence judiciaire et effets des jugements dans le marche commun* p 108; Gothot and Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968* pp 83–84; and generally Kennett (1995) 54 CLJ 552 at 563–566. For English support see Layton and Mercer, op cit, 13.022. See also Case C-163/95 *Von Horn v Cinnamond* [1998] QB 214, where the Commission raised the reflexive effect but the Court of Justice found it unnecessary to discuss this.



non-Contracting State. The second situation is where there are links connecting the dispute with a non-Contracting State of a kind referred to in Article 16 of the Brussels Convention. The third is where a court in a non-Contracting State has previously been seised of a claim liable to give rise to *lis pendens* or related actions. Under this theory, Articles 17, 16 and 21 of the Convention would give an implied authority to decline jurisdiction in these three specific situations. This is a solution that comes from within the Convention itself and is very different from a national court granting a stay on the basis of a traditional basis of its own, as happened in Re Harrods. Moreover, since these articles involve a duty to dismiss what would appear to be involved if they are given “reflexive” effects is likewise a duty to dismiss the proceedings, rather than a discretion to stay as there is under *forum non conveniens*.<sup>69</sup> The Court of Justice in the Owusu case refused to discuss the second and third situations<sup>70</sup> and A G Leger was at pains to make clear that he was not dealing with these three situations.<sup>71</sup> This appears to leave it open for a national court to decline jurisdiction in these three situations on the basis of the “reflexive” effects theory.<sup>72</sup> A decision of the Court of Justice is needed on whether the Convention precludes the grant of a stay on this basis. It is to be noted though that the objection that the Court of Justice had to *forum non conveniens* in terms of its discretionary nature<sup>73</sup> and the objection that Advocate General Leger also had in terms of the procedural consequences of a stay<sup>74</sup> do not apply to a duty to dismiss proceedings.

## Conclusion

The decision of the Court of Justice in Owusu v Jackson is to be welcomed as finally resolving the controversy over the use of the doctrine of *forum non conveniens* by English courts in the situation where their jurisdiction is based on Article 2 of the Brussels Convention. The decision is also to be welcomed for reaching the right decision on this vexed question. The reasoning of the Court is convincing. Nonetheless, many English lawyers will regret the fact that this doctrine can no longer be used, at least in the circumstances that arose in Owusu. Such is the love of English lawyers for the doctrine of *forum non conveniens* that it will doubtless continue to be used in situations which fall outside the circumstances facing the Court in Owusu. This is not the last Court of Justice decision that we will see examining the compatibility of the use of *forum non conveniens* with the Brussels regime of jurisdiction rules.

James Fawcett  
Professor of Law  
University of Nottingham

---

<sup>69</sup> See Briggs and Rees, *op cit*, 2.218.

<sup>70</sup> *Op cit*, at paras 48-52.

<sup>71</sup> *Op cit* at para 217.

<sup>72</sup> The Court of Appeal in Ace Insurance SA-NV (Formerly Cigna Insurance Co of Europe SA NV) v Zurich Insurance Co [2001] EWCA Civ 173 at [42]; [2001] 1 Lloyd’s Rep 618, had found it unnecessary to decide whether Art 17 of the Brussels Convention had “reflexive” effect. See also the comments of Longmore J at first instance, [2000] 2 Lloyd’s Rep 423 at [21].

<sup>73</sup> *Op cit* at para 42.

<sup>74</sup> *Op cit* at para 266.



## Reinhard Steennot – Internationaal privaatrechtelijke problemen bij documentair krediet

1. Hoewel het documentair krediet een techniek is die in de regel in de internationale handel wordt gehanteerd, is rechtspraak betreffende het internationaal privaatrecht in deze materie bijzonder schaars. In het besproken arrest diende het hof van beroep te Gent na te gaan of het bevoegd was om kennis te nemen van een geschil betreffende de verbintenis die door de kredietopenende bank tegenover de begunstigde werd aangegaan. Bij het beantwoorden van deze vraag kwam ook de problematiek van de toepasselijke wet aan bod.

Vooraleer aandacht te besteden aan de internationaal privaatrechtelijke vragen, zullen wij kort de techniek van het documentair krediet schetsen.

### Korte schets van het documentair krediet

2. In de internationale handel bezitten de koper en de verkoper veelal tegenstrijdige belangen. Wanneer de koper en de verkoper niet met elkaar bekend zijn, zal enerzijds de koper niet willen betalen, zolang hij niet in het bezit is van de koopwaar en hij niet heeft kunnen onderzoeken of de koopwaar conform is aan het contract, en zal anderzijds de verkoper de koopwaar niet willen verzenden, zolang hij niet zeker kan zijn dat de prijs stipt zal worden betaald. Om deze tegenstrijdige belangen met elkaar te verzoenen, wordt alsdan een beroep gedaan op de figuur van het documentair krediet<sup>1</sup>.

3. Het documentair krediet kan worden omschreven als een verrichting waarbij een kredietinstelling op verzoek van één van haar cliënten (opdrachtgever/koper) zich ertoe verbindt om aan een daartoe aangeduide derde (begunstigde/verkoper) een bepaalde som geld uit te betalen of een door hem getrokken wisselbrief te accepteren of aan een andere bank de opdracht te geven om dat te doen, mits die derde bepaalde documenten voorlegt. Meer concreet gaat de bank deze verbintenis aan in een zogenaamde “letter of credit” of kredietbrief, die zij verzendt aan de begunstigde.

De verbintenis van de bank vertoont een autonoom of zelfstandig karakter<sup>2</sup>, hetgeen tot gevolg heeft dat de bank geen excepties kan invoeren die gesteund zijn op de basisovereenkomst tussen de importeur en de exporteur of op de contractuele verhouding met haar cliënt (art. 3 URU)<sup>3</sup>.

4. Voor de uitvoering van het documentair krediet doet de openende bank veelal een beroep op een bank die gevestigd is in het land van de exporteur, om haar verplichtingen krachtens het documentair krediet na te komen. We dienen hierbij een onderscheid te maken naargelang de tussenkomende bank enkel handelt als adviserende bank (in welk geval zij niet persoonlijk is verbonden tegenover de begunstigde)<sup>4</sup>, dan wel of zij overgaat tot confirmatie. Confirmatie heeft tot gevolg dat de

<sup>1</sup> Zie: G. Schrans en R. Steennot, *Algemeen Deel van het Financieel Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 446 e.v. en de door deze auteurs geciteerde rechtsleer.

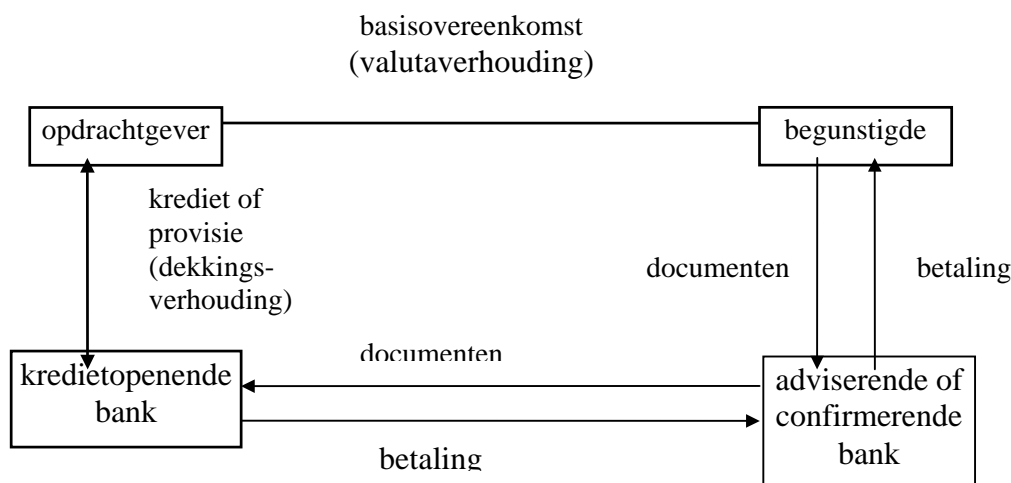
<sup>2</sup> Antwerpen 21 november 1990, *R.H.A.* 1992, 294; Beslagr. Brussel 19 maart 2001, *J.L.M.B.* 2001, 919; Kh. Brussel 24 maart 1993, *T.B.H.* 1994, 1119, noot; Kh. Brussel 16 november 1978, *Bank Fin.* 1980, 249.

<sup>3</sup> Brussel 13 juni 1991, *J.L.M.B.* 1992, 1406, noot M. Forges; L. Fredericq en S. Fredericq, *o.c.*, 123-124; L. Simont, *o.c.*, 702; J. Van Ryn en J. Heenen, *Principes de Droit Commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 491-493. Zie ook: M. Van Der Haegen, “Le principe de l’inopposabilité des exceptions dans le crédit documentaire irrévocable”, in *Les sûretés issues de la pratique*, Brussel, Presses Universitaires de Bruxelles, 1983, 22 p.

<sup>4</sup> Daarbij dient de hypothese waarin de adviserende bank het krediet louter adviseert te worden onderscheiden van deze waarin de bank voor rekening van de openende bank de documenten verifieert en tot betaling overgaat.



confirmerende bank op een identieke wijze en onder dezelfde voorwaarden als de openende bank is gehouden tegenover de begunstigde<sup>5</sup>. De begunstigde beschikt aldus over twee schuldenaars.



## Rechtsmacht

5. Het arrest van het hof van beroep te Gent is vooral interessant waar het zich uitspreekt over de toepassing van artikel 5, 1° van het EEX-Verdrag<sup>6</sup> dat bepaalt dat ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst de verweerder gedaagd kan worden voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd.

6. Vooreerst diende het hof zich uit te spreken over de vraag of artikel 5, 1°, dat enkel geldt bij verbintenissen uit overeenkomst, gehanteerd kan worden met betrekking tot de verbintenis die door de kredietopenende bank ten aanzien van de begunstigde werd aangegaan. Deze verbintenis ontstaat, naar Belgisch recht, immers uit een eenzijdige wilsuiting.

Volgens het hof vindt artikel 5, 1° toepassing omdat de verbintenis van de kredietopenende bank tegenover de begunstigde niet los gezien mag worden van de contractuele relaties tussen de verschillende partijen die aan het ontstaan van het documentair krediet ten grondslag liggen. Het Hof bevestigt daarmee de vroegere rechtspraak<sup>7</sup>.

7. Bij toepassing van artikel 5, 1° EEX kon de verweerder, zoals reeds vermeld, gedaagd worden voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd<sup>8</sup>. Meer concreet diende de rechter bij toepassing van deze bepaling de plaats van uitvoering vast te stellen van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt. Een onderscheid diende gemaakt te worden naargelang de partijen de plaats van uitvoering al dan niet contractueel hebben vastgelegd.

---

De adviserende bank treedt dan op als *paying agent*. Dit onderscheid is van belang bij de bepaling van de toepasselijke wet.

<sup>5</sup> Brussel 13 juni 1991, *J.L.M.B.* 1992, 1406, noot M. Forges; Kh. Kortrijk 14 december 1979, *T.B.H.* 1980, 403.

<sup>6</sup> In casu werd toepassing gemaakt van het EEX-Verdrag aangezien de vordering werd ingesteld voor de datum van inwerkingtreding van de Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *P.B.L.* 2001, afl. 12/1. Aangezien de bepaling in de verordening sterk lijkt op de bepaling in het EEX-Verdrag is het nog steeds interessant aan deze regel aandacht te besteden.

<sup>7</sup> Kh. Antwerpen 29 juni 1994, *T.B.H.* 1995, 429.

<sup>8</sup> Dit is tevens het geval bij toepassing van artikel 5, 1° van de Verordening.





Indien de partijen de plaats van uitvoering niet hadden vastgelegd, diende de aangezochte rechter in toepassing van artikel 5, 1° EEX volgens zijn eigen verwijzingsregels te bepalen welk recht de litigieuze verbintenis beheerste. Vervolgens diende hij overeenkomstig dat recht de plaats van uitvoering te zoeken<sup>9</sup>. Dit betekende dat een Belgische rechter de verwijzingsregels van het eigen forum diende te hanteren om de wet die van toepassing was op de verbintenis die aan de eis ten grondslag lag aan te geven. Stelde hij vast dat een ander rechtsstelsel toepassing vond, dan moest hij de plaats van uitvoering overeenkomstig dit rechtsstelsel bepalen<sup>10</sup>.

Indien een clause, die geldig was krachtens het nationale recht dat de rechtsverhouding beheerste, de plaats van uitvoering aangaf, bepaalde zij de bevoegdheid van de rechter, zelfs indien daarbij niet voldaan was aan de vereisten van artikel 17 EEX<sup>11</sup>. Hetzelfde geldt bij toepassing van de Verordening.

**8.** In de internationale literatuur is de vraag of de tussenkomst van een adviserende of confirmerende bank de plaats van uitvoering beïnvloedt, omstreden. De meerderheid van de Duitse auteurs is bijvoorbeeld de mening toegedaan dat deze tussenkomst geen invloed heeft op de plaats van uitvoering van de betalingsverplichting<sup>12</sup>. Ook Claeys hanteert deze stelling. Zij beroept zich daarbij op het feit dat de adviserende bank optreedt als lasthebber en derhalve vreemd blijft aan de verhouding tussen de kredietopenende bank en de begunstigde<sup>13</sup>.

Andere auteurs zijn van oordeel dat de plaats van uitvoering in geval van tussenkomst van een adviserende of confirmerende bank wel verschuift naar de zetel van de tussenkomende bank<sup>14</sup>. Ook de Nederlandse auteur De Rooy is deze mening toegedaan, maar hij hanteert een bijzonder criterium. Hij is van oordeel dat de zetel van de tussenkomende bank de plaats van uitvoering is, doch enkel indien op de zetel van de tussenkomende bank de controle van de documenten geschiedt<sup>15</sup>.

In het besproken arrest volgt het hof de stelling dat de tussenkomst van de adviserende bank de plaats van uitvoering wijzigt. Meer concreet argumenteert het hof dat de zetel van de Belgische bank te Brussel de plaats van uitvoering was, nu het krediet beschikbaar was bij de Belgische adviserende bank<sup>16</sup>. De vaststelling dat de controle van de documenten geschiedde door de kredietopenende bank en niet door de adviserende bank, bleek voor het hof niet van belang.

Heden dient bij toepassing van de Europese Verordening rekening te worden gehouden met artikel 5.1, b) dat bepaalt dat, behoudens anders overeengekomen, de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, de plaats is waar de diensten volgens de overeenkomst werden verstrekt of hadden moeten worden verstrekt. Geargumenterd kan worden dat de plaats van uitvoering van de verbintenis van de kredietopenende bank aldus de plaats is waar het krediet moet worden verwezenlijkt (infra nr. 12).

**9.** De Belgische rechtbanken kunnen bij toepassing van een clause die de plaats van uitvoering bepaalt slechts bevoegd zijn indien dergelijke clause geldig is overeenkomstig het recht dat van toepassing is op het documentair krediet (lees op de verhouding tussen de kredietopenende bank en de

<sup>9</sup> H.v.J. 6 oktober 1976, Tessili t. Dunlop, nr.12/76, *Jur.H.v.J.* 1976, 1473. Bij toepassing van de Verordening geldt bij koop en bij het verstrekken van diensten een andere regeling (infra. nr.8 in fine).

<sup>10</sup> 429; Gent 8 januari 1998, *A.J.T.* 1998-1999, 919; Kh. Antwerpen 29 juni 1994, *T.B.H.* 1995; R. Steennot, "De toepassing van artikel 5.1° E.E.X. in het kader van het documentair krediet", *A.J.T.* 1998-1999, 921.

<sup>11</sup> H.v.J. 17 januari 1980, Zelger t. Salinitri, nr.56/79, *Jur.H.v.J.* 1980, 89.

<sup>12</sup> D. Schefold, "Zum IPR des Dokumenten-Akkreditivs", *IPRax* 1990, 23.

<sup>13</sup> M. Claeys, "De internationale rechtsmacht ten aanzien van vorderingen voortvloeiend uit het documentair krediet", *T.B.H.* 1995, 438.

<sup>14</sup> Zie bijvoorbeeld: Von Caemmerer en Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, 533.

<sup>15</sup> F.P. De Rooy, *Documentary Credits*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, 18.

<sup>16</sup> De kredietbrief bepaalde "Available with advising bank by deferred payment".



begunstigde). Nagegaan diende dan ook te worden welk recht de rechtsverhouding tussen de kredietopenende bank en de begunstigde beheerste.

## Bepaling van de toepasselijke wet

**10.** Het hof van beroep komt in casu tot de vaststelling dat Italiaans recht van toepassing is. Daartoe doet het een beroep op het EVO-verdrag, dat toepassing vindt op verbintenissen uit overeenkomst. Bij toepassing van het EVO moet een onderscheid gemaakt worden naargelang de partijen de toepasselijke wet al dan niet hebben gekozen. In bevestigend geval vindt de gekozen wet toepassing (art. 3 EVO). In ontkennend geval moet de wet van het land gehanteerd worden, waarmee het geschil het nauwst is verbonden. Artikel 4.2 EVO bevat ter zake een vermoeden dat het de wet is van het land waar de partij die de meest kenmerkende prestatie levert haar gewone verblijfplaats of vestiging heeft.

Inzake bankcontracten wordt aanvaard dat het de bank is die de meest kenmerkende prestatie verricht<sup>17</sup>. Komt er naast de kredietopenende bank geen andere bank tussen, dan is het duidelijk dat de kenmerkende prestatie in de verhouding tussen de bank en de begunstigde wordt geleverd door de kredietopenende bank<sup>18</sup>. Komt er daarentegen een andere bank tussen, dan volstaat de regel dat bij bankcontracten de bank de meest kenmerkende prestatie levert niet.

**11.** In het arrest stelt het Hof dat de tussenkomst van de Belgische bank niet leidt tot de toepassing van Belgisch recht. Doorslaggevend was daarbij dat het de Italiaanse kredietopenende bank was die de documenten verifieerde en op grond daarvan al dan niet tot aanvaarding en betaling overging. De rol van de Belgische bank was louter beperkt tot het adviseren van het krediet.

Uit het arrest mag men dan ook niet afleiden dat het recht van de kredietopenende bank altijd van toepassing is indien een bank, gevestigd in een ander land, tussenbeide komt. In geval van confirmatie van het documentair krediet bijvoorbeeld verricht de confirmerende bank zonder twijfel de meest kenmerkende prestatie<sup>19</sup>. Deze bank heeft immers een eigen verbintenis om de begunstigde te betalen, voor zover deze de vereiste documenten kan voorleggen en mits aan de voorwaarden van het krediet is voldaan.

**12.** Ten slotte rijst de vraag welke wet gehanteerd moet worden indien de adviserende bank gerechtigd is de documenten te controleren en de betaling te verrichten. Volgens Caprioli verricht de openende bank in een dergelijk geval de meest kenmerkende prestatie<sup>20</sup>. Deze stelling lijkt logisch, aangezien de adviserende bank geen eigen verbintenis is aangegaan. Het nadeel van deze stelling is evenwel dat zij geen rekening lijkt te houden met de sociaal-economische functie van het documentair krediet<sup>21</sup>. Het doel van het documentair krediet bestaat er immers in de begunstigde de zekerheid te bieden dat hij betaling zal verkrijgen. Deze zekerheid wordt voor de begunstigde in belangrijke mate ondermijnd wanneer het documentair krediet beheerst wordt door een vreemde wet.

---

<sup>17</sup> G. Morris, "Het Europees Verdrag van Rome van 19 juni 1980 betreffende het toepasselijk recht op verbintenissen uit overeenkomst", *Jur. Falc.* 1988-1989, 62; M. Pelichet, "Garanties bancaires et conflits de lois", *R.D.A.I.* 1990, 343; H. Van Houtte en M. Pertegas-Sender, *Europese IPR-Verdragen*, Leuven / Amersfoort, Acco, 1997, 226; E. Caprioli, *Le crédit documentaire: évolution et perspectives*, Parijs, Litec, 1992, 101.

<sup>18</sup> Gent 8 januari 1998, *A.J.T.* 1998-1999, 919; Versailles 24 mei 1991, *J.C.P.* 1992, 355. In feite dient men de vraag naar de meest kenmerkende prestatie niet te stellen, aangezien enkel de bank verbintenissen is aangegaan.

<sup>19</sup> F. De Rooy, *o.c.*, 18.

<sup>20</sup> E. Caprioli, "La loi applicable aux contrats de crédits documentaires, approche de droit comparé", *R.D.A.I.* 1991, 937-938. Zie ook Kh. Antwerpen 29 juni 1994, *T.B.H.* 1995, 429; In Zwitserland vormt deze regel vaststaande rechtspraak: H. Solus en J. Ghestin, *Le crédit documentaire. Etude comparative*, Parijs, L.G.D.J., 1998, 193.

<sup>21</sup> H. Solus en J. Ghestin, *o.c.*, 193-194; J. Stoufflet, *Etude juridique d'un instrument financier du commerce international*, Parijs, Libraires Techniques, 1957, 116.



Het Romeverdrag biedt de rechter echter de mogelijkheid de wet van de adviserende bank toe te passen. Daartoe kan hij zich beroepen op artikel 4.2 in fine EVO, indien de adviserende bank een vestiging is van de openende bank<sup>22</sup>. Indien dit niet het geval is, kan de rechter zich baseren op artikel 4.5 EVO. Het is immers niet denkbeeldig dat hij de mening toegedaan is dat de overeenkomst in haar geheel nauwer verbonden is met het land van de tussenkomende bank, aangezien deze bank de documenten als eerste ontvangt en onderzoekt<sup>23</sup>. De keuze voor deze wet heeft als bijkomend voordeel dat de bank die als eerste de documenten moet onderzoeken, dit onderzoek kan uitvoeren volgens de eigen wet. Bovendien ondersteunen verschillende zaken uit de Engelse Common Law deze stelling<sup>24</sup>. Deze opvatting is tevens verenigbaar met het standpunt dat het recht van het land waar het krediet moet worden verwezenlijkt de verhouding tussen de banken en de begunstigde beheerst<sup>25</sup>. Het krediet wordt immers verwezenlijkt in het land waar de begunstigde de documenten voorlegt en de tegenprestatie ontvangt, zijnde het land van de adviserende of confirmerende bank. Bij tussenkomst van een adviserende bank, waarvan de rol niet beperkt is tot het adviseren van het krediet opteert men bijgevolg het best voor het rechtsstelsel van de tussenkomende bank<sup>26</sup>.

Reinhard Steennot  
Docent UGent – Instituut Financieel Recht  
Postdoctoraal Onderzoeker FWO-Vlaanderen

---

<sup>22</sup> Artikel 4.2 in fine bepaalt dat indien de prestatie volgens de overeenkomst door een andere vestiging dan de hoofdvestiging moet worden verricht het recht van het land waar deze vestiging zich bevindt toegepast moet worden.

<sup>23</sup> M. Pelichet, “Garanties bancaires et conflits de loi”, *R.D.A.I.* 1990, 346; F. Bonelli, “La Convention de Rome du 19 juin 1980 et la loi applicable aux opérations bancaires”, *R.D.A.I.* 1985, 395-399.

<sup>24</sup> Zie voor een bespreking: C.M. Schmitthof, *Selected essays on international trade law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, 573-583; R. JACK, *o.c.*, 296-302.

<sup>25</sup> J. Van Ryn en J. Heenen, *o.c.*, IV, 1988, 469-470; H. Van Houtte, *The law of international trade*, Londen, Sweet & Maxwell, 1995, 265; P. Todd, *Bills of lading and bankers' documentary credits*, Londen, LLP, 1998, 293.

<sup>26</sup> J. Stoufflet, *o.c.*, 116; M. Vasseur, noot onder Cass. fr. 18 maart 1986, *D.* 1986, 379; B. De Vuyst, “Het recht toepasselijk op documentaire kredieten”, *R.W.* 1982-1983, 245. Bepaalde auteurs baseren de toepassing van de wet van de tussenkomende bank op de overweging dat de tussenkomende bank als lasthebber optreedt.



## Paul Torremans – Casenote international insolvency

- Tribunal de Commerce de Charleroi, judgment of 16<sup>th</sup> July 2002, *Me Hertsens v. SARL Bati-France*, [2004] T.B.H. 811;
- Rechtbank van Koophandel Tongeren, judgment of 20th February 2003, *Voorlopige bewindvoerders van de SPRL C v. SPRL C*, [2004] T.B.H. 70;
- *In Re ISA Daisytek SAS et alia*, High Court of Justice, Chancery Division, Leeds District Registry, judgment of 16<sup>th</sup> May 2003, [2004] T.B.H. 813;
- Cour d'Appel de Versailles, judgment of 4<sup>th</sup> September 2003, *ISA Daisytek SAS et alia v. Me Valdman et alia*, [2004] T.B.H. 820;
- *In the Matter of Eurofoods IFSC Ltd and in the Matter of the Companies Acts 1963 to 2001*, Irish Supreme Court, judgment of 27<sup>th</sup> July 2004, published in this issue, p. 60-77.

### Introduction

The Insolvency Proceedings Regulation<sup>1</sup> is now operational for a couple of years already and it is therefore interesting to have a look at the case law that resulted from it. The problems with the implementation of the Regulation seem to focus on its Article 3(1) and the concept of the centre of a debtor's main interests as a ground to open main insolvency proceedings, if the sample of case highlighted above is a fair representation of the numerous reported and unreported applications of the Regulation. It is therefore proposed to look in a bit more detail at the interpretation and analysis of Article 3(1). In a second stage we will then look at the way in which the courts have applied it in the cases mentioned above.

### Article 3(1): an analysis

The best way to achieve harmonisation in the area of cross border insolvencies is to give insolvency proceedings to a single court for each cross-border insolvency case. This would also fit in with the unity principle. The Regulation's basic rule in Article 3(1) does just that. The connecting factor used to determine which court will have jurisdiction is 'the centre of a debtor's main interests'. This flexible criterion is thought to provide a link to the place where the debtor was economically active and where one is likely to find assets. The Regulation gives the courts of the Member-State on the territory of which this centre of the debtor's main interests is situated jurisdiction to open insolvency proceedings. We are concerned here with the main or primary proceedings that will have effect in the Community as a whole. These proceedings are deemed to be universal in scope, they encompass all the debtor's assets on a worldwide basis and they affect all creditors wherever they are located. Some courts accept, albeit with regret, that there will be a single court with main insolvency proceedings jurisdiction on the basis of the identification of the centre of the debtor's main interests.<sup>2</sup> This is no doubt a positive development.

But how is the key concept of the 'centre of main interests' defined? Recital 13 to the Regulation retains the principle that was originally set out in the Virgos-Schmit report to the 1995 Convention and

---

<sup>1</sup> EU Council Regulation (EC) 1346/2000 on Insolvency Proceedings on 29<sup>th</sup> May 2000, [2000] OJ L160/1. In force since 31<sup>st</sup> May 2002.

<sup>2</sup> See e.g. Tribunal de Commerce de Charleroi, judgment of 16<sup>th</sup> July 2002, *Me Hertsens v. SARL Bati-France*, [2004] T.B.H. 811 for a correct approach and Rechtbank van Koophandel Tongeren, judgment of 20th February 2003, *Voorlopige bewindvoerders van de SPRL C v. SPRL C*, [2004] T.B.H. 70 for an incorrect approach.



according to which the concept corresponds to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and which place is therefore ascertainable by third parties. A first key point to make is that this concept can only work in conjunction with the unity and universality principle with which it is supposed to work if it points to a single place. The aim is to have one court that is competent to open a single set of insolvency proceedings, leading to a single worldwide insolvency case. If the centre of main interests concept is to identify this court, it should lead to a single place. The use of the word ‘main’ helps in this respect, as it leaves on one side all places where the debtor has a centre of his ancillary interests and all temporary places where the debtor establishes the centre of his main interests are also ruled out as Recital 13 refers to the place where the administration of the debtor’s interests is conducted on ‘a regular basis’. Every debtor is therefore supposed to have only a single ‘centre of main interests’<sup>3</sup> and the application of the Regulation should steer clear of the trap in which the French courts seem to have fallen in a similar context. The décret 85-1388 of 27<sup>th</sup> December 1985 refers to the concept of the debtor’s ‘principal établissement’ and gives insolvency jurisdiction to the court in the territory of which this ‘principal établissement’ is located for those cases where there is no seat of the (company of the) debtor in France. The French courts have almost always interpreted this to mean that they can have jurisdiction if the debtor has a ‘principal établissement’ in France, rather than only if the company’s single ‘principal établissement’ is located in France.<sup>4</sup> As a result debtors that operate at a truly international level could have more than one ‘principal établissement’ and the French courts will have bankruptcy jurisdiction if at least one of them is located in France. This type of approach is clearly not acceptable under the Regulation. The court will have to identify the debtor’s single centre of main interests in the world and will only be able to take cross –border insolvency jurisdiction if that single centre of main interests is located in the territory of the court.

The Regulation’s concept of the centre of the debtor’s main interests is nevertheless very flexible in nature. The Regulation tries to enhance legal certainty further though through the introduction of a rebuttable presumption that the centre of main interests of a company or a legal person is the place of its registered office.<sup>5</sup> Although the Regulation is silent on this point, it is presumably up to the party that does not want the presumption to apply to discharge the burden of proof. Such proof to the contrary will have to show that this is not the place where the debtor conducts the administration of its interests on a regular basis and presumably also that there is another identifiable centre of main interests where the debtor conducts the administration of its interests on a regular basis<sup>6</sup>. It is indeed not conceivable that a debtor will have no centre of main interests<sup>7</sup>. The court will always be able to choose the main interests of the debtor among its interests as no specific requirements need to be met and these interests will always be administered from somewhere. Article 3(1) clearly envisages that there will always be a centre of main interests and allocates insolvency jurisdiction to a single court as long as that centre is located in the Community.<sup>8</sup>

Even though Article 3(1) does not provide a presumption to determine the centre of main interests of natural persons, it seems logical to assume that a distinction can be drawn between traders or natural persons engaging in a professional activity and natural persons that fall outside this category. A trading or other professional activity is indeed bound to give rise to the very strong likelihood that the centre of the main interests of such natural persons will be located in the place where they carry out

<sup>3</sup> See Bogdan, “The EU Bankruptcy Convention” 6 (1997) *Int. Insolv. Rev.* 114, at 119.

<sup>4</sup> Péricard, “La faillite de la BCCI, Quelques enseignements tirés des conflits judiciaires issus d’une faillite bancaire internationale” [1996] *Banque et Droit* (special issue, April 1996) 21.

<sup>5</sup> This corresponds to a principle already in use in most Member-States, See (in relation to the EU Insolvency Proceedings Convention 1995) Idot, “La ‘faillite’ dans la Communauté: Enfin une convention internationale?” (1995) 21 *D.P.C.I.* 34 (issue 1), at 47.

<sup>6</sup> I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer Editions Juridique Belgique (1998), at 627.

<sup>7</sup> Compare I. Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 261, who considers a negative conflict to be a ‘somewhat unlikely’ possibility.

<sup>8</sup> See also Recital 14 to the Regulation.



this trading or professional activity.<sup>9</sup> This seems to be the place where they conduct the administration of their interests on a regular basis. For other natural persons this is bound to be the place of their habitual residence<sup>10</sup>. Any non-professional interest is bound to circle around the place of residence of the debtor, especially as the term ‘habitual’ refers to the place where the debtor usually or mainly resides and this corresponds to the idea that the debtor conducts the administration of his interests there ‘on a regular basis’. In relation to natural persons there is clearly a change here when compared to the former rigid reference under Belgian law to the place where the natural person was registered. One may easily be registered in one place and conduct the administration of his interests in a different place. The place of registration may nevertheless remain a valuable tool or factor to determine the centre of main interests of a debtor, especially when it comes to natural persons that do not engage in any form of trading or professional activity.<sup>11</sup> In many cases it will still provide an important indication, but it can no longer be the determinative factor.<sup>12</sup>

All this leads to the point that the Regulation introduces a flexible tool. The place from where the administration of the interests is conducted seems to be preferred above the place where the assets are located. The same tendency is also clear from the presumption. The place of the registered office, or the statutory seat for the civil law countries<sup>13</sup>, is preferred to the place where the offices or production facilities are located in case they are located in different places. This approach also has the additional advantage that there will only be one registered office or one statutory seat, which facilitates the identification of a single centre of main interests, whereas there may be for example more than one place where production facilities are located. The management of the administration aspect clearly takes centre stage. On the other hand, there is also a reference in Recital 13 to the fact that the centre of interests corresponds to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and specifically that this place is therefore ascertainable by third parties. The logic behind the requirement that the place must be ascertainable by third parties is a simple one.<sup>14</sup> Creditors and other interested parties need to be able to determine the debtor’s centre of main interests if Article 3(1) of the Regulation is supposed to work and if they are to be able to bring insolvency proceedings in the court that has jurisdiction. In this sense the creditors are able to calculate in advance the legal risk they are taking in case of an insolvency in dealing with the debtor.<sup>15</sup> For natural persons at least this ascertainable place where the debtor administers his interests seems to refer back to the place of the assets. This illustrates the flexibility of the concept of the centre of main interests rather than a paradox or a contradiction. For companies and legal persons preference is given to a formal criterion, i.e. the place of the registered office, making it easy to determine a single place where the centre of the debtor’s main interests is located. That place is also easily ascertainable by any interested third party. The fact that this is based on a rebuttable presumption means that in appropriate cases, such as when the debtor has nothing more than a letterbox in the place where it is registered, the formal criterion can be set aside in favour of an entirely flexible determination of the centre of the debtor’s main interests on the basis of the facts of the case. For natural persons the Regulation does not bother with formal criteria as there is not necessarily an obviously suitable criterion that fits all possible scenarios. Here a

---

<sup>9</sup> See Paragraph 75 of the Virgos-Schmit Report. Article 3(1) of the Regulation was copied without change from the 1995 Convention.

<sup>10</sup> See *ibidem*. It should be kept in mind though that the Regulation does not decide whether or not such a person can be subject to insolvency proceedings, but leaves this to the substantive laws of the Member-State concerned.

<sup>11</sup> See Claeys, “De bevoegdheidsregels voor de internationale faillietverklaring naar huidig en toekomstig recht” (1997) 30 TBH 501, at 509.

<sup>12</sup> See De Wulf and Wautelet, “Aspecten van international privaatrecht” in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 151-152.

<sup>13</sup> The French language version of the Regulation refers to the “siegé statutaire” and the Dutch language version refers to the “statutaire zetel”. Registration of a company is an alien concept to the company laws of most Member-States and is replaced the statutes of the company determining a statutory seat that replaces the place of incorporation in the common law tradition.

<sup>14</sup> See also Fletcher, “A New Age of International Insolvency – The Countdown Has Begun” [2000] *Insol. Int.* 57 at 59 (Vol 13 / Issue 8).

<sup>15</sup> See Paragraph 75 of the Virgos-Schmit Report. Article 3(1) was worded identically in the 1995 Convention.



purely factual criterion is used and applied to the facts of each case. That criterion is the question where they conduct the administration of their interests on a regular basis.

Overall, Article 3(1) of the Regulation seems to provide the right balance between legal certainty on the one hand and flexibility on the other hand. There remains a risk though that several courts will take insolvency jurisdiction in a particular case on the basis of slightly different interpretations of Article 3(1)<sup>16</sup>, but this seems to be the inevitable price one has to pay for any form of flexibility in this area. One important problem has not been addressed though. The Regulation does not provide any specific tool to deal with the insolvency of groups of affiliated companies. Article 3(1) as it stands needs to be applied separately to each of the affiliated companies in as far as they have a separate legal personality.<sup>17</sup> Article 3(1) may therefore give primary insolvency jurisdiction to the courts of different Member-States for each of the affiliated companies. It is easy however to imagine a scenario where it would be desirable to let one court deal with the whole set of cases of insolvency of closely related affiliated companies. The Regulation fails to provide an adequate solution for such a scenario.<sup>18</sup>

Finally, Article 3(1) of the Regulation only establishes the insolvency jurisdiction of the court of a Member-State. It does not deal with the issue which court in that Member-State will have jurisdiction. “Territorial jurisdiction within [each] Member-State must be established by the national law of the Member-State concerned.”<sup>19</sup> And Article 3(1) can only apply if such a centre of main interests is found within the Community. If the centre of main interests is located outside the territory of the European Union the Regulation does not apply, no court will have jurisdiction on the basis of it and the matter is left to the laws of the Member-States.<sup>20</sup>

The main advantage of Article 3(1) is that it allows for a quick and rather straightforward determination of a single court that has jurisdiction to deal with the entire insolvency. That court can then take urgent action to preserve the assets for the creditors. Recital 16 to the Regulation emphasises this point when it states that this court “should be enabled to order provisional and protective measures from the time of the request to open proceedings”. It is indeed the case that preservation measures both prior to and after the commencement of insolvency proceedings are of primary importance to guarantee the effectiveness of these proceedings and especially to stop any fraudulent disposal of assets. Having a single court in charge for the whole case in the Community is a clear advantage in this respect. The court can order provisional protective measures covering assets not only in the court’s own territory, but in the whole of the Community.<sup>21</sup>

## The case law

The flexibility of the concept of the debtor’s centre of main interest does in practice not only appear to be one of the stronger points of the Regulation, it also appears as a criterion that is prone to very divergent interpretations.

---

<sup>16</sup> For example if one court accepts that on the facts of the case the presumption has been rebutted (in favour of a real center of interests based on assets and commercial activities in its area), whilst the second court decides that the presumption applies in the same case (on the basis of a registered office that is not entirely fictive in its area).

<sup>17</sup> See Paragraph 76 of the Virgos-Schmit Report. Article 3(1) was worded identically in the 1995 Convention.

<sup>18</sup> See Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” 70 (1996) *Am. Bankr. L.J.* 485, at 503-504.

<sup>19</sup> Recital 15 to the Regulation, *in fine*.

<sup>20</sup> See Recital 14 to the Regulation and I. Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 260 (commenting on Article 3(1) in the context of the 1995 Convention).

<sup>21</sup> See Recital 16 to the Regulation and Omar, “New initiatives on Cross-Border Insolvency in Europe” [2000] *Insolvency Lawyer* 211, at 214.



Two views are becoming apparent. There are first of all those courts that place the emphasis squarely on Article 3(1) of the Regulation. They therefore work with the presumption contained in this article and assume that the debtor's centre of main interest corresponds to the statutory seat of the company or its place of incorporation. They accept that that presumption can be overturned but they are reluctant to do so. This approach is very clearly taken by the Commercial Court in Charleroi. The court accepts that the presence of an effective statutory seat in France means that the company Bati-France has the centre of its main interests in France, even though the court is confronted with evidence demonstrating that the company Bati-France was effectively to a large extent run from its Belgian establishment by its Belgian managing director. One can derive from this the conclusion that the court would only be prepared to overturn the presumption contained in Article 3(1) of the Regulation if the evidence would have shown the statutory seat to be wholly fictitious. That approach is also apparent in the decision of the Rechtbank van Koophandel Tongeren. In the view of the court the company involved was effectively based in Belgium and it was by all means being run from there. The statutory seat in Luxembourg was entirely fictitious. One can of course criticise the court for taking jurisdiction on this basis at a time when it is clear that the court in Luxembourg has already taken jurisdiction, rather than to accept and recognise that decision of the Luxembourg court as the Regulation proposes, but that is another matter which need not be addressed in this context. Perhaps the clearest example of this view is found in the Eurofoods IFSC Ltd decision of the Irish Supreme Court. The court has asked the European Court of Justice for a preliminary ruling<sup>22</sup>, but at the same time its own views are very clearly expressed in the judgment. Eurofoods was part of the Parmalat imperium and had been established in Dublin as a financial vehicle under advantageous Irish tax laws. There is hard evidence in the case that over a 15 year period only three major transactions took place and that Parmalat had appointed Bank of America to run the company on a day to day basis. Two of the four directors were Italians. The Irish Supreme Court sees nevertheless very little reason to depart from the presumption in Article 3(1) of the Regulation. The company has been established correctly in Ireland, its board met regularly in Ireland and all the regular company law obligations have been met. The court therefore comes to the conclusion that we are not dealing with a fictitious seat or place of incorporation and that its suggestion almost to the European Court of Justice is that this means that the presumption should not be rebutted and that Eurofoods had its centre of main interests in Ireland.

At the other hand of the spectrum we find the opposite view which is evident in cases such as Daisytek in the United Kingdom. Here the starting point is not Article 3(1) of the Regulation, but Recital 13 to the Regulation. That recital hints at the fact that the centre of main interest shall correspond to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties. There is therefore a much greater willingness to overturn the presumption, as soon as the criterion in Recital 13 does not point squarely in the direction of the statutory seat or the place of incorporation. The Daisytek court clearly goes down this path when deciding whether or not it has main insolvency jurisdiction not just over the holding company in the UK, but also over the various trading companies in the group some of which had statutory seats in France or Germany. For the French company the court focuses on the amount of supervision and direction exercised by the holding company. Factoring agreements were organised for the trading companies by the holding company, the CEO of the holding company spends 40 per cent of his time on the management of the French trading company, it gets financial support from the holding company and the majority of the goods are supplied to it by the holding company. In the view of the court the key point is that "the identification of 'the debtor's main interests' requires the court to consider both the scale of the interests administered at a particular place and their importance and then consider the scale and importance of its interests administered at any other place which may be regarded as its centre of main interests, whether as a result of the presumption in Article 3(1) or otherwise"<sup>23</sup>. A lot of emphasis is also placed on the fact that the place from where the interests are administered needs to be ascertainable by third parties. In the view of the court these third parties are the creditors. In

---

<sup>22</sup> Pending as case C-341/04 at the time of writing.

<sup>23</sup> *In Re ISA Daisytek SAS et alia*, High Court of Justice, Chancery Division, Leeds District Registry, judgment of 16<sup>th</sup> May 2003, [2004] T.B.H. 813, per McGonigal J.





conclusion the court easily overturns the presumption and takes main insolvency jurisdiction over the trading companies.<sup>24</sup>

The existence of these two divergent approaches is clearly not desirable. We are after all dealing with a single community instrument that is supposed to work in the same way across the borders of the Member-States. The English approach looks particularly problematic, mainly because it creates massive amounts of uncertainty. But there is more. The third parties that need to be able to ascertain the place from where the debtor administers its interests cannot only be the creditors. The Regulation carefully uses the term third parties as a generic term, where in other places it specifically uses the term creditors. It is therefore for a much wider group of third parties that as a result of the administration of the interests the place must be identifiable as a centre of main interests. These are not cumulative requirements for the Regulation, but one flows from the other. In the absence of a fictitious seat or place of incorporation such a wider audience will find it much harder to disregard the seat or place of incorporation, which is used by the (trading) company in its relations with the outside world. On the positive side, the test that is proposed to check whether the presumption is to be rebutted is very helpful indeed, but it will result in far fewer cases in which the presumption is effectively overturned when the arguments put forward above are taken into account when applying it.

One could of course also come to an even more disturbing conclusion. Indeed on the basis of Article 3(1) of the Regulation almost all courts seem to be able to grab main insolvency jurisdiction. That is clearly not what the Regulation had in mind. Be that as it may, the Regulation also does not contain specific rules for groups of companies. The existence of separate legal personality is respected strictly by the Regulation and a separate set of insolvency proceedings for each company is envisaged. The *Daisytek* court was clearly unhappy about this and placed a lot of emphasis on the coordination of activities within the group in order to effectively overturn the presumption and deal as a single court with the insolvency of the whole group. It is submitted that this is a dangerous road to go down. In the first place does it require an erroneous interpretation of the Regulation which violates its terms and secondly one should not be blinded by the practical result achieved in this case. Here the holding company was located in a Member-State, but the reality is that the vast majority of holding companies that has trading companies and subsidiaries across the EU are not necessarily located in the EU themselves. Surely the aim of EU insolvency harmonisation cannot have been to hand over the vast majority of cases concerning companies established in the EU to foreign courts over which one has no control and that are not part of the harmonised system. At best this means that the Regulation would not apply and that we go back to national rules. But these national rules have proven to be vastly ineffective on many occasions. This can therefore not be the way forward, as the decision of the Irish Supreme Court, in which the holding group's arguments are squarely rejected, demonstrates correctly.

## Conclusion

It is submitted that in applying Article 3(1) of the Regulation courts should for the reasons set out above be extremely reluctant to overturn the presumption which relies on the statutory seat or the place of incorporation. The test set out in the *Daisytek* case, when implemented as set out above, can be a good tool to determine when the presumption should be overturned and which factors should be taken into account in such a balancing act. Clearly the strength of the arguments in favour of the place of incorporation and the statutory seat is such that clear evidence of a fictitious seat or place of incorporation must be available before the presumption can be effectively so overturned. The decision of the Irish Supreme Court in the *Eurofoods* case sets out the arguments clearly in this respect.

---

<sup>24</sup> This conclusion was almost grudgingly accepted by the French courts, see Cour d'Appel de Versailles, judgment of 4<sup>th</sup> September 2003, *ISA Daisytek SAS et alia v. Me Valdman et alia*, [2004] T.B.H. 820



Arguments that boil down to existence and effective operation of a group structure have no place in this context as the Regulation does not take them into account. It is up to the legislator to amend the Regulation in case this would result in too many separate proceedings, but the courts should not try to fix this potential problem by means of an unduly wide interpretation of the terms of the Regulation.

Overall, these issues need to be sorted out sooner rather than later and it is therefore hoped that the preliminary questions which the Irish Supreme Court referred to the Court of Justice in its Eurofoods decision will allow the Court of Justice to provide the much needed clarification in the near future.

Prof. Dr. Paul L.C. Torremans  
Faculty of Law, University of Gent and School of  
Law, University of Nottingham



## ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

### **Voorstel Verordening (EG) Europese procedure geringe vorderingen – Proposition de Règlement (CE) procédure européenne demande de faible importance**

Op 15 maart 2005 diende de Europese Commissie een voorstel van verordening in tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen (COM 2005, nr. 87, definitief). De bedoeling van een dergelijke Europese procedure is te zorgen voor een vereenvoudiging en bespoediging van de procesvoering over geringe vorderingen.

Le 15 mars 2005, la Commission Européenne a présenté une proposition de règlement instituant une procédure européenne pour les demandes de faible importance (COM 2005, n° 87, final). L'objectif d'une telle procédure serait de simplifier et accélérer le règlement des litiges portant sur des demandes de faible importance.



## Federale instemming Haags Adoptieverdrag – Assentiment fédéral à la Convention de La Haye en matière d'adoption

Op 27 januari 1999 ondertekende België het Verdrag van Den Haag van 29 mei 1993 inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie<sup>1</sup>. De ratificatie van het verdrag door de federale overheid liet echter op zich wachten. Dat laatste is nu gebeurd bij wet van 24 juni 2004 houdende instemming met het Verdrag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie, gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 6 juni 2005.

De gemeenschappen hadden al eerder ingestemd met het verdrag:

- de Franse Gemeenschap bij decreet van 31 maart 1994, *B.S.* 19 mei 1994;
- de Vlaamse Gemeenschap bij decreet van 8 mei 2002, *B.S.* 18 juni 2002;
- de Duitstalige Gemeenschap bij decreet van 27 oktober 2003, *B.S.* 12 februari 2004;
- de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van het Brussels hoofdstedelijk Gewest bij ordonnantie van 13 mei 2004, *B.S.* 16 juni 2004

Le 27 janvier 1999 la Belgique signa la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale<sup>2</sup>. La ratification par les autorités fédérales fut retardée. Celle-ci fut enfin réalisée par la loi du 24 juin 2004 portant assentiment à la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, publiée au *Moniteur belge* du 6 juin 2005.

Auparavant, les communautés avaient déjà donné leur assentiment à la Convention:

- la Communauté française par décret du 31 mars 1994, *M.B.* 19 mai 1994;
- la Communauté flamande par décret du 8 mai 2002, *M.B.* 18 juin 2002;
- la Communauté germanophone par décret du 27 octobre 2003, *M.B.* 12 février 2004;
- la Commission communautaire commune de la Région Bruxelles-capitale par décret du 13 mai 2004, *M.B.* 16 juin 2004.

---

<sup>1</sup> Zie voor een actueel overzicht van de gebonden landen: [www.ipr.be](http://www.ipr.be) of [http://hcch.e-vision.nl/index\\_fr.php?act=conventions.status&cid=69](http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.status&cid=69).

<sup>2</sup> Pour l'état présent, voyez: [http://hcch.e-vision.nl/index\\_fr.php?act=conventions.status&cid=69](http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.status&cid=69) ou [www.dipr.be](http://www.dipr.be).



# Nieuwe globale instructie inzake legalisaties – Nouvelle instruction globale en matière de légalisations

**2 mei 2005 – Nieuwe globale instructie inzake legalisaties van de federale Minister van Buitenlandse Zaken (in werking getreden op 15 mei 2005)**

## 1. Begrip, definitie, bevoegdheid

### 1.1. Wettelijke basis

- Wet van 31 december 1851 betreffende de consulaten en de consulaire rechtsmacht
- KB van 23 maart 1857 betreffende de bevoegdheden van de consuls op het gebied van de legalisaties en de betekening van gerechtelijke stukken, gewijzigd bij KB van 5 december 2003 (afschaffing van de dubbele legalisatie)
- Verdrag van Den Haag van 5 oktober 1961 (verdrag tot afschaffing van het vereiste van legalisatie van buitenlandse openbare akten)
- Wetboek IPR van 16 juli 2004, art. 30
- Memorie van toelichting bij Wetboek IPR

### 1.2. Definitie van legalisatie

Zowel in het verdrag van Den Haag als in het Wetboek IPR staat een definitie van de legalisatie, in identieke bewoordingen. Ik herneem hier integraal de bepalingen van artikel 30 WIPR, de meest recente wettelijke bepaling in ons land:

*“Art. 30. Legalisatie*

*§1. Een buitenlandse rechterlijke beslissing of authentieke akte moet worden gelegaliseerd om in België geheel of bij uittreksel, in origineel of bij afschrift, te worden voorgelegd.*

*De legalisatie bevestigt slechts de echtheid van de handtekening, de hoedanigheid waarin de ondertekenaar van het stuk heeft gehandeld en, in voorkomend geval, de identiteit van het zegel of de stempel op het stuk.*

*§2. De legalisatie wordt gedaan:*

*1° door een Belgische diplomatieke of consulaire ambtenaar die geaccrediteerd is in de Staat waar de beslissing is geweest of de akte is opgesteld;*  
*2° bij gebreke hiervan, door een diplomatieke of consulaire ambtenaar van de buitenlandse Staat die de belangen van België in die Staat behartigt;*  
*3° bij gebreke hiervan, door de Minister van Buitenlandse Zaken.*

*§3. De Koning bepaalt de nadere regels van de legalisatie.”*

**2 mai 2005 – Nouvelle instruction globale en matière de légalisations par le Ministre fédéral des Affaires extérieures (entrée en vigueur le 15 mai 2005)**

## 1. Concept, définition, compétence

### 1.1. Base légale

- Loi du 31 décembre 1851 sur les consulats et la juridiction consulaire
- AR du 23 mars 1857 réglant les attributions des consuls en matière de légalisations et de significations judiciaires, modifié par l'AR du 5 décembre 2003 (suppression de la double légalisation)
- Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers)
- Code de DIP du 16 juillet 2004, art. 30
- Exposé des motifs du Code de DIP

### 1.2. Définition de la légalisation

Dans la Convention de La Haye tout comme dans le Code de DIP figure une définition de la légalisation, dans des termes identiques. Je reprends intégralement ici les dispositions de l'article 30 du Code de DIP, la disposition légale la plus récente à ce sujet dans notre pays:

*“Art. 30. Légalisation*

*§1. Une décision judiciaire étrangère ou un acte authentique étranger doit être légalisé pour être produit en Belgique en intégralité ou en extrait, en original ou en copie.*

*La légalisation n'atteste que la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont l'acte est revêtu.*

*§2. La légalisation est faite:*

*1° par un agent diplomatique ou consulaire belge accrédité dans l'Etat où la décision ou l'acte a été rendu ou établi;*

*2° à défaut, par un agent diplomatique ou consulaire de l'Etat étranger qui représente les intérêts de la Belgique dans cet Etat;*

*3° à défaut, par le Ministre des Affaires étrangères.*

*§3. Le Roi détermine les modalités de la légalisation.”*



Voor een goed begrip van deze wettelijke bepalingen voeg ik hier eveneens het gedeelte toe betreffende art. 30 uit de tekst van de memorie van toelichting bij deze wet:

*“Volgens de huidige praktijk worden de stukken gelegaliseerd wanneer geen verdrag is gesloten met de Staat waar de beslissing is geveld of de akte werd opgesteld. Deze handelswijze berust evenwel niet op een wetsbepaling met algemene draagwijdte. Het Wetboek wil die leemte aanvullen.*

*De vereiste te legaliseren wordt slechts gesteld bij gebreke aan enige andersluidende bepaling in een internationaal verdrag.*

*Met het oog op legalisatie moeten de identiteit en de bevoegdheid van de buitenlandse autoriteit worden onderzocht, alsook de vertegenwoordigingsbevoegdheid en de rechtmatigheid van de opdracht van de persoon die de legalisatie verricht. De vereisten inzake vertaling die gelden in administratieve en gerechtelijke materies, worden ook gesteld met betrekking tot de overlegging van bedoelde stukken.*

*De controle is beperkt tot een formele verificatie, waarvan de inhoud in §1, tweede lid, wordt geformuleerd naar het voorbeeld van artikel 2 van het Verdrag van Den Haag van 5 oktober 1961 tot afschaffing van het vereiste van legalisatie van buitenlandse openbare akten. België heeft dit verdrag geratificeerd. Een dergelijke controle verschilt van een verificatie inzake de erkenning van de beslissing of betreffende de geldigheid van de akte ten opzichte van het normaal toepasselijk recht, wat wordt beheerst door de andere relevante bepalingen in het Wetboek.”*

### 1.3. Oogmerk van de legalisatieprocedure

De legalisatie is een controle aangaande de oorsprong van een document. Het is een goed instrument om fraude te bestrijden, door na te gaan dat een document wel degelijk door de bevoegde overheid is afgegeven en niet door een niet-bevoegd persoon met mogelijk frauduleuze intenties.

Legalisatie is echter ook en wellicht in de eerste plaats een dienst die door de consulaire vertegenwoordigers wordt verleend. Door deze dienst wordt aan vreemde documenten het nodige gezag verleend, op het specifieke punt van de authenticiteit van handtekening en stempel, zodat ze in ons land kunnen worden aangewend. Dit optreden vormt een onderdeel van de consulaire dienstverlening ten voordele van Belgische burgers en van andere personen en vennootschappen.

Even belangrijk is het om duidelijk aan te geven wat legalisatie niet is: het is geen nazicht van de vorm (in de betekenis van: juridische vorm, conformiteit met lokale wetgeving), noch van de inhoud van een document (voorbeeld: juistheid van vermelde feiten).

Pour une bonne compréhension de ces dispositions légales, j'ajoute également ici l'extrait du texte de l'exposé des motifs de la loi à propos de l'article 30:

*“Selon la pratique actuelle, une légalisation a lieu en l'absence de traité conclu avec l'Etat d'origine de la décision ou de l'acte. Cette pratique ne repose cependant pas sur une disposition légale de portée générale. Le code entend désormais combler cette lacune.*

*L'exigence de légalisation ne s'impose qu'à défaut de toute disposition contraire d'un traité international.*

*La légalisation nécessite un examen de l'identité et de la compétence de l'autorité étrangère, ainsi que du pouvoir de représentation et de la régularité de la mission de la personne qui légalise. Les exigences de traduction applicables en matière administrative ou judiciaire régissent également la production des pièces visées.*

*Le contrôle se limite à ce type de vérification formelle, dont le paragraphe premier, alinéa 2, fixe les termes, selon une formulation inspirée de l'article 2 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, Convention que la Belgique a ratifiée. Ce contrôle est distinct d'une vérification de la reconnaissance de la décision ou de la validité de l'acte au regard du droit normalement applicable, vérification qui relève des autres dispositions pertinentes du code.”*

### 1.3. But de la procédure de légalisation

La légalisation est un contrôle portant sur l'origine d'un document. C'est un bon instrument de lutte contre la fraude, en ce qu'il implique de vérifier qu'un document a effectivement été délivré par l'autorité compétente et non par une personne non compétente, éventuellement avec des intentions frauduleuses.

La légalisation est cependant aussi, et sans doute en premier lieu, un service qui est rendu par les représentants consulaires. Au travers de ce service, l'autorité nécessaire est conférée aux documents étrangers au niveau spécifique de l'authenticité de la signature et du sceau, de façon à ce qu'ils puissent être utilisés dans notre pays. Cette action fait partie du service consulaire aux citoyens belges et aux autres personnes ou sociétés.

Il est également important de préciser clairement ce que la légalisation n'est pas: ce n'est pas une vérification de la forme (dans le sens de: forme juridique, conformité avec la législation locale), ni du contenu de l'acte (par exemple: exactitude des faits



Zie verder hieronder.

#### 1.4. Bevoegdheid van de posten

De posten zijn bevoegd om buitenlandse documenten te legaliseren, binnen het kader van bovenstaande wetten en besluiten (zie ook memorie van toelichting). De wet kent die bevoegdheid toe aan de *diplomaten* en aan de *consuls*, dus niet alleen aan de posthoofden. Deze bevoegdheid wordt niet alleen toegekend aan beroepsambtenaren, maar eveneens aan ere-consuls.

Let wel: deze bevoegdheid wordt u rechtstreeks toegekend krachtens de wet, niet per delegatie door de Minister. Dat betekent dat u zelf beslist of u legaliseert, ofwel weigert. Vandaar het belang van de goede motivering van een weigering.

#### 1.5. Bevoegdheid van het Departement

De Minister is bevoegd voor de legalisatie van Belgische documenten die in het buitenland gebruikt zullen worden. Daarvoor is op het Departement een dienst legalisatie opgericht (C3.3).

Bovendien kan de Minister ook buitenlandse documenten legaliseren, in die gevallen waarin legalisatie door een diplomaat of consul ontbreekt of waarin deze niet kan optreden.

Het gaat in het geval van de Minister om een subsidiaire bevoegdheid: de Minister kan legaliseren indien de eerstgenoemde ambtenaren niet kunnen optreden (Wetboek IPR, artikel 30, § 2). In dergelijk geval heeft hij uiteraard eveneens de volheid van bevoegdheid en moet ook hij een weigering schriftelijk motiveren.

De ambtenaren van de dienst legalisatie treden wel op als door de Minister gedelegeerde ambtenaren, zij zijn niet rechtstreeks bevoegd zoals de diplomaten en consuls.

#### 1.6. Legalisatie is, volgens de wet, een begrip sensu stricto

De legalisatie is, volgens de tekst van de wet, de verificatie van de echtheid van de handtekening en de hoedanigheid van de ondertekenende ambtenaar.

Bij uitbreiding wordt ook de handtekening van een legaliserend ambtenaar gelegaliseerd, dus niet enkel de handtekening van degene die het stuk afgaf. Deze praktijk, die internationaal gekend en aanvaard is, wordt ook omschreven met de term 'legalisatie in cascade'. Elke handtekening wordt gelegaliseerd door degene die daarvoor bevoegd is en die de handtekening kent, meestal omdat hij over een

mentionnés). Voyez plus loin ci-dessous.

#### 1.4. Compétence des postes

Les postes sont compétents pour légaliser des documents étrangers, dans le cadre des lois et arrêtés mentionnés ci-dessus (voir aussi l'exposé des motifs). La loi attribue cette compétence aux *diplomates* et aux *consuls*, donc pas uniquement aux chefs de poste. Cette compétence n'est pas seulement attribuée aux fonctionnaires de carrière, mais également aux consuls honoraires.

Attention: cette compétence vous est attribuée directement en vertu de la loi et non par délégation du Ministre. Ceci signifie que vous décidez vous-même de légaliser ou de refuser de légaliser. D'où l'importance de la bonne motivation d'un refus.

#### 1.5. Compétence du Département

Le Ministre est compétent pour la légalisation des documents belges qui seront utilisés à l'étranger. Un service légalisation (C3.3) a été créé pour ce faire au Département.

Par ailleurs, le Ministre peut également légaliser des documents étrangers, dans les cas où la légalisation par un diplomate ou un consul manque ou dans les cas où ils ne peuvent intervenir.

Il s'agit, dans le cas du Ministre, d'une compétence subsidiaire: le Ministre peut légaliser si les fonctionnaires cités en premier lieu ne peuvent pas intervenir (Code de DIP, article 30, § 2). Dans ce cas, il a bien sûr également pleinement compétence et il doit lui aussi motiver par écrit un refus.

Les fonctionnaires du service légalisation interviennent en tant que délégués du Ministre, ils ne sont pas directement compétents comme les diplomates et consuls.

#### 1.6. La légalisation est, selon la loi, un concept stricto sensu.

La légalisation est, selon le texte de la loi, la vérification de la véracité de la signature et de la qualité en laquelle le signataire a agi.

Par extension, on légalise également la signature d'un fonctionnaire qui a légalisé, donc pas uniquement la signature de celui qui a délivré le document. Cette pratique, connue et acceptée internationalement, est également décrite par les termes de 'légalisation en cascade'. Chaque signature est légalisée par celui qui est compétent pour ce faire et connaît la signature, le plus souvent par ce qu'il dispose d'un spécimen.



specimen beschikt.

Toch verdient het de voorkeur om wanneer mogelijk de handtekening van de ondertekenende ambtenaar rechtstreeks te legaliseren, zodat er minder stappen en onkosten zijn voor de aanvrager. Uiteraard kan dit enkel indien de handtekening van de ondertekenende ambtenaar gekend is op de post (in de vorm van een specimen), of indien de controle rechtstreeks kan gebeuren.

Het is van belang om met zekerheid vast te stellen dat de handtekening en het stempel authentiek zijn. Hiervoor wendt u de gebruikelijke controlemiddelen aan: het specimen waarover u al beschikt of dat u ad hoc opvraagt. Het is uw taak om erover te waken dat geen twijfel blijft bestaan aangaande die authenticiteit.

### 1.7. Welke documenten mag u legaliseren?

*Stukken afgegeven door de overheid.* U mag alle stukken legaliseren die zijn afgegeven door de overheid van uw rechtsgebied: uitgiften of uittreksels akten van de burgerlijke stand, notariële akten, een nationaliteitsattest, een attest aangaande de burgerlijke stand, een verblijfsattest, een verklaring van gezinssamenstelling, vonnissen etc. Af en toe wordt ook verzocht om andere verklaringen van de lokale overheid te legaliseren: douanepapieren of attesten van uitvoer of van invoer. Hiervoor gelden steeds dezelfde regels: u kan legaliseren indien aan de wettelijke voorwaarden hiervoor is voldaan.

*Documenten ondertekend door een privé-persoon.* Ook deze stukken kunnen gelegaliseerd worden, op voorwaarde dat de persoon die het stuk heeft ondertekend zich persoonlijk aanbiedt. U kijkt de identiteit van de ondertekenaar na en u verifieert de handtekening.

*Vertalingen.* Wanneer een document afgeleverd door de lokale autoriteit aangeboden wordt samen met een vertaling in één van onze landstalen dient u ZOWEL het origineel ALS de vertaling te legaliseren (u legaliseert de handtekening van de bevoegde ambtenaar op het origineel en de handtekening van de vertaler op de vertaling). Beide documenten worden samengehecht met een omgeslagen bovenhoek waarop de zegel van de post wordt aangebracht, zodanig dat het onmogelijk is beide stukken te scheiden zonder dat dit zichtbaar is. Voor de vertaling van verstotingsakten hebben de posten die hiermee te maken hebben ad-hoc instructies vanwege C3 gekregen betreffende de vermelding die aangebracht moet worden op de sticker van de legalisatie wanneer het om een procedure van ontbinding van het huwelijk gebaseerd op eenzijdige wil van één van de echtgenoten gaat.

*Eenvormige afschriften/legalisaties.* Ter herinnering:

Il est cependant préférable, lorsque c'est possible, de légaliser directement la signature du fonctionnaire qui a délivré le document, de façon à limiter les étapes et les coûts pour le demandeur. Ceci n'est évidemment possible que si la signature du fonctionnaire qui a délivré le document est connue dans le poste (sous forme d'un spécimen), ou si le contrôle peut s'effectuer directement.

Il est important d'établir de façon sûre que la signature et le sceau sont authentiques. Vous utilisez pour ce faire les moyens de contrôle habituels : le spécimen dont vous disposez déjà ou que vous demandez de manière ad-hoc. Votre tâche est de veiller à ce qu'il ne subsiste pas de doute concernant l'authenticité.

### 1.7. Quels documents pouvez-vous légaliser ?

*Documents délivrés par l'autorité.* Vous pouvez légaliser tous les documents délivrés par l'autorité dans votre juridiction: expéditions ou extraits d'actes de l'état civil, actes notariés, une attestation de nationalité, une attestation d'état civil, une attestation de résidence, une attestation de composition de famille, des jugements etc. On demande parfois aussi la légalisation d'autres déclarations de l'autorité locale: papiers de douane ou attestations d'exportation ou importation. A ce sujet, ce sont toujours les mêmes règles qui sont d'application: vous pouvez légaliser s'il est satisfait aux conditions légales en la matière.

*Documents signés par une personne privée.* Ces documents peuvent aussi être légalisés, à condition que la personne qui a signé le document se présente personnellement. Vous vérifiez l'identité du signataire et vous vérifiez la signature.

*Traductions.* Lorsqu'un document délivré par une autorité locale est présenté accompagné d'une traduction dans une de nos langues nationales, vous devez légaliser le document original ET la traduction (vous légalisez la signature du fonctionnaire compétent sur le document original et la signature du traducteur sur la traduction) et vous devez joindre les deux documents en apposant le sceau du poste sur le coin supérieur de manière à ce que les deux ne puissent être séparés sans que cela soit visible. Pour ce qui est de la traduction des documents de répudiation, les postes concernés ont reçu des instructions ad-hoc de la part de C3 concernant la mention à apposer sur le sticker de légalisation lorsqu'il s'agit d'une procédure de dissolution du mariage basé sur la volonté unilatérale d'un époux.

*Copies conformes/Légalisations.* Pour rappel, des





uittreksels/eenvormige afschriften mogen slechts afgeleverd worden door de (Belgische of vreemde) autoriteiten die het origineel afgeleverd hebben. Wanneer de documenten voor een interne administratieve procedure moeten dienen en de originele documenten aan de aanvrager teruggeven moeten worden, worden gewone fotokopieën (en geen voor eensluidend verklaarde kopieën) van de behoorlijk gelegaliseerde originelen in het dossier bewaard (of naar de Dienst Vreemdelingenzaken gestuurd voor de visumaanvragen).

*Belgische reis-/identiteitsdocumenten.* Ter herinnering: ook u bent niet bevoegd om éénvormige afschriften/gelegaliseerde kopieën te maken van Belgische reis-/identiteitsdocumenten. U mag, indien nodig, een consulaire attest afleveren waarin u verklaart dat aan betreffende persoon het reis-/identiteitsdocument, waarvan u de belangrijkste gegevens overneemt (nummer, plaats van afgifte, datum van afgifte...), afgeleverd is.

*Diploma's.* U mag geen éénvormige afschriften maken van diploma's die u soms voorgelegd worden door buitenlandse studenten voor gebruik in België. Een éénvormig afschrift mag slechts afgeleverd worden door de autoriteit die het origineel afleverde en dit éénvormig afschrift mag dan gelegaliseerd worden volgens de procedure die in dat land gebruikelijk is (legalisatie door de lokale autoriteiten en dan door uw post, Apostille...).

#### 1.8. Wat met de inhoud van het buitenlandse document of vonnis?

De wet bepaalt dat de legaliserende ambtenaar 'slechts' (sic) de controle uitvoert van de handtekening en/of van het zegel of de stempel. Deze controle slaat dus niet op de wettelijkheid van de vorm, noch op de inhoud van het document of van het vonnis.

Voor alle duidelijkheid wordt sinds geruime tijd de volgende formule opgenomen in de legalisatieformule: "Deze legalisatie waarborgt niet de authenticiteit van de inhoud van het document". Hiermee wordt vermeden dat de autoriteit die een gelegaliseerd stuk ontvangt er verkeerdelijk van zou uitgaan dat ook de inhoud werd nagekeken, en dat deze gezag verleent aan een stuk louter op grond van het feit van de legalisatie.

Nazicht van vorm en inhoud behoort tot een daaropvolgende fase, die door andere bepalingen van het Wetboek IPR wordt geregeld (zie ook de memorie van toelichting bij de wet). Dergelijk onderzoek naar vorm en inhoud wordt beschreven in punt 5 en is dus niet aan de orde binnen het bestek van de legalisatieprocedure.

extraits/copies conformes ne peuvent être délivrés que par les autorités (belges ou étrangères) ayant délivré le document original. Lorsque les documents sont nécessaires pour une procédure administrative interne et que les documents originaux doivent être rendus au demandeur, de simples copies (et non des copies conformes) des documents originaux légalisés sont conservées dans le dossier (ou envoyées à l'Office des étrangers pour les demandes de visa).

*Documents de voyage/d'identité belges.* Pour rappel également, vous n'êtes pas compétent pour faire des copies conformes/légalisées de documents de voyage ou d'identité belges. Vous pouvez, si nécessaire, délivrer une attestation consulaire indiquant que le document de voyage ou d'identité dont vous reprenez les données principales (numéro, lieu et date de délivrance...) a été délivré à telle personne.

*Diplômes.* Vous ne pouvez pas faire de copies conformes de diplômes que vous présentent parfois des étudiants étrangers pour usage en Belgique. Une copie conforme du diplôme ne peut être délivrée que par l'autorité ayant délivré le diplôme original et cette copie conforme peut ensuite être légalisée selon la procédure en vigueur dans ce pays (légalisation par les autorités locales puis par votre poste, Apostille...).

#### 1.8. Qu'en est-il du contenu du document ou du jugement étranger?

La loi établit que le fonctionnaire qui légalise n'effectue un contrôle "que" (sic) de la signature et/ou du timbre ou sceau. Ce contrôle ne porte donc pas sur la légalité de la forme, ni sur le contenu du document ou du jugement.

Pour être tout à fait clair, il y a un certain temps que la formule suivante est reprise dans la formule de légalisation: "Cette légalisation ne garantit pas l'authenticité du contenu du document". On évite ainsi que l'autorité qui reçoit un document légalisé parte erronément du principe que le contenu a également été vérifié et qu'elle ne confère de l'autorité à un document que purement sur base du fait de la légalisation.

La vérification de la forme et du contenu relève d'une phase ultérieure, réglée par d'autres dispositions du Code de DIP (voir aussi l'exposé des motifs de la loi). Une telle enquête sur la forme et le contenu est décrite au point 5 et n'est donc pas de mise dans le cadre de la procédure de légalisation.



Toch kan op het moment van de legalisatie prima facie, dus zonder dergelijk onderzoek naar vorm en inhoud, blijken dat er een probleem is met een stuk. U kan in dergelijk geval uw commentaar noteren op het gelegaliseerde stuk. Punt 4 in deze instructie omschrijft het optreden van onze posten in dergelijke gevallen.

## **2. Weigering legalisatie**

### **T2.1. Weigeringsgronden**

Een legalisatie kan geweigerd worden in volgende gevallen:

- de handtekening is niet die van de bevoegde ambtenaar (b.v. na nazicht van het specimen);
- de ondertekenende ambtenaar is niet bevoegd (b.v. een ambtenaar van een andere gemeente of provincie dan die waar het document werd opgesteld);
- het zegel of de stempel is vals of vervalst, of niet gebruikelijk.

Indien de aanvrager een stuk voorlegt in een vreemde taal die voor de medewerkers van de post onverstaaanbaar is, kan u eveneens de legalisatie weigeren.

In andere gevallen legaliseert u het voorgelegde stuk.

Het doel van het document waarvan de legalisatie aangevraagd wordt, mag en moet niet in overweging worden genomen. U mag dus niet de legalisatie van een document weigeren omdat u aanwijzingen hebt dat betrokkene bij voorbeeld illegaal in België verblijft of dat het document gebruikt zou kunnen worden voor het sluiten van een schijnhuwelijk.

De legalisatie moet niet door de betrokkene persoonlijk aangevraagd worden, behalve voor documenten ondertekend door een privé-persoon (zie supra 1.7).

### **T2.2. Betekening van weigering**

Indien u vaststelt dat niet aan de voorwaarden is voldaan om een document te legaliseren, deelt u dat schriftelijk mee aan de aanvrager.

Zoals steeds moet uw weigering volgende twee elementen bevatten:

- de motivatie van uw weigering;
- de beroepsmogelijkheden.

In *bijlage 1* vindt u een voorbeeld van dergelijke betekening van een weigering.

Il peut cependant apparaître prima facie, au moment de la légalisation, donc sans une telle enquête sur la forme et le contenu, qu'il y a un problème avec un document. Vous pouvez dans ce cas noter votre commentaire sur le document légalisé. Le point 4 de cette instruction décrit l'intervention de nos postes dans de tels cas.

## **2. Refus de légalisation**

### **2.1. Motifs de refus**

Une légalisation peut être refusée dans les cas suivants:

- la signature n'est pas celle du fonctionnaire compétent (p.ex. après vérification du spécimen);
- le signataire n'est pas compétent (p.ex. un fonctionnaire d'une autre commune ou province que celle dans laquelle le document a été établi);
- le timbre ou le sceau est faux ou falsifié ou inhabituel.

Si le demandeur présente un document établi dans une langue étrangère qui est incompréhensible pour les collaborateurs du poste, vous pouvez également refuser la légalisation.

Dans les autres cas, vous légalisez le document présenté.

Le but dans lequel la légalisation d'un document est demandée ne peut pas et ne doit pas être pris en considération. Vous ne pouvez donc pas refuser de légaliser un document parce que vous avez des éléments indiquant par exemple que la personne intéressée réside illégalement en Belgique ou que le document pourrait être utilisé pour conclure un mariage de complaisance.

Une légalisation ne doit pas être demandée en personne, sauf pour les documents signés par une personne privée (voir supra 1.7).

### **2.2. Notification de refus**

Si vous constatez qu'il n'est pas satisfait aux conditions pour légaliser un document, vous en informez le demandeur par écrit.

Vous devez comme toujours inclure les deux éléments suivants dans votre refus:

- la motivation de votre refus;
- les voies de recours.

En *annexe 1* vous trouverez un exemple d'une telle notification de refus.



Teneinde een goed overzicht te behouden van de problemen die onze posten ontmoeten bij het legaliseren wil ik u verzoeken om in elk geval van weigering een kopie van uw beslissing per mail over te maken aan de dienst legalisatie, ter informatie.

### **3. Administratieve praktijk**

#### **3.1. Vorm van de legalisatie (sticker, veiligheidscode)**

Wanneer u een legalisatie invoert in het consulaire computerprogramma verschijnt op het einde van de procedure een nummer van 16 cijfers (het 'controlecijfer') dat door het programma zelf wordt gegenereerd en versleuteld.

U drukt de legalisatiegegevens af op een sticker en het controlecijfer wordt mee afgedrukt, samen met een tweetalige legalisatieformule en met de vermelding van de persoon wiens handtekening u legaliseert. Ook de naam van de post, de datum etc worden mee afgedrukt. U kleeft deze sticker op het te legaliseren document.

Het controlecijfer kan via de website LegaliNet gecontroleerd worden:  
<http://www.diplomatie.be/LegaliNet/index.aspx>.  
Meer informatie hierover vindt u in mijn TC 369 dd. 21.06.2003.

#### **3.2. Bijhouden van specimen op de post**

De posten houden specimen bij van alle nuttige handtekeningen binnen het rechtsgebied, om steeds zo efficiënt mogelijk te kunnen nagaan of een handtekening regelmatig is.

Het is belangrijk de specimen regelmatig na te kijken en bij te werken indien nodig. Daarbij bewaart u oudere specimen, het kan immers zijn dat een ouder document vandaag wordt aangeboden ter legalisatie.

Bij de minste twijfel aangaande de geldigheid van een handtekening, b.v. bij vergelijking met een specimen in uw bezit, doet u het nodige om een nieuw specimen te bekomen.

#### **3.3. Bijhouden van specimen op het Departement**

Op het Departement wordt een zeer uitgebreid bestand van specimen bijgehouden, met de handtekeningen van diplomaten en consuls op post, maar ook van alle nuttige Belgische overheden (griffies van rechtbanken, gemeentelijke en provinciale mandatarissen, andere bevoegde ambtenaren).

De dienst legalisatie op het Departement legaliseert niet meer de stukken die voorheen reeds door de

Afin de garder un aperçu des problèmes que rencontrent nos postes au niveau de la légalisation, je vous demande dans chaque cas de refus d'envoyer une copie de votre décision par mail au service légalisation, pour information.

### **3. Pratique administrative**

#### **3.1. Forme de la légalisation (sticker, code de sécurité)**

Quand vous introduisez une légalisation dans le programme informatique consulaire, vous voyez apparaître à la fin de la procédure un numéro de 16 chiffres (le "chiffre de contrôle") qui est généré et crypté par le programme lui-même.

Vous imprimez ensuite les données relatives à la légalisation sur une étiquette et le chiffre de contrôle est imprimé en même temps que les autres données, dont une formule de légalisation bilingue et le nom de la personne dont vous légalisez la signature. Parmi ces données figurent aussi le nom du poste et la date. Vous collez cette étiquette sur le document à légaliser. Le chiffre de contrôle peut être vérifié via le site web LegaliNet:  
<http://www.diplomatie.be/LegaliNet/index.aspx>.  
Vous trouverez de plus amples renseignements à ce sujet dans mon TC 369 dd. 21.06.2003.

#### **3.2. Conservation de spécimens par les postes**

Les postes conservent des spécimens de toutes les signatures utiles dans leur juridiction, pour pouvoir toujours vérifier de manière aussi efficace que possible si une signature est correcte.

Il est important de vérifier régulièrement les spécimens et de les mettre à jour si nécessaire. Vous conservez par ailleurs les spécimens plus anciens car il est possible qu'un document ancien soit présenté aujourd'hui pour légalisation.

Au moindre doute concernant la validité de la signature, par exemple en comparaison avec un spécimen en votre possession, vous faites le nécessaire pour obtenir un nouveau spécimen.

#### **3.3. Conservation de spécimens par le Département**

Un très gros fichier de spécimens est conservé au Département, avec les signatures des diplomates et des consuls en poste, mais aussi toutes les signatures utiles d'autorités belges (greffes des tribunaux, mandataires communaux et provinciaux, autres fonctionnaires compétents).

Le service légalisation au Département ne légalise plus les documents qui ont déjà été légalisés par les



Belgische posten werden gelegaliseerd (deze wijziging werd doorgevoerd met het KB van 5.12.2003). Sinds deze wijziging is de handtekening van onze diplomaten en consuls op post rechtstreeks geldig in België en legaliseert de dienst nog enkel stukken die door Belgische overheden werden afgegeven, met het oog op hun gebruik in het buitenland. De dienst plaatst ook de apostille op Belgische documenten.

#### **4. Prima facie problemen met een document**

In een aantal gevallen kan u vaststellen dat er een probleem is met een document. Zo kan de vorm correct zijn, maar er kan in het document een fout staan.

Voorbeelden van mogelijke fouten:

- de geboortedatum van een volwassene is gelijk aan de datum van afgifte;
- de akte stelt dat een persoon ongehuwd is, terwijl hij/zij zelf verklaart te zijn gehuwd;
- de akte stelt dat een persoon is geboren in X, terwijl duidelijk blijkt (b.v. uit het dossier op de post) dat hij/zij elders is geboren;
- de lokale wet vereist vermelding van de woonplaats van de ouders, terwijl die informatie ontbreekt in een voorgelegde geboorteakte.

In sommige gevallen is de fout te wijten aan een materiële vergissing; de fout kan ook frauduleuze bedoelingen maskeren.

De vraag is op welke wijze u kan en mag optreden in dergelijke gevallen, dus zowel bij materiële vergissing als bij vermoedelijke poging tot fraude.

In het verleden werd ingeval van vaststelling van fout of vermoeden van fraude een onderzoek ten gronde gelast. Dit onderzoek werd in enkele landen verricht door een vertrouwensadvocaat en op kosten van de aanvrager van de legalisatie. Deze formule botst op twee bezwaren:

- de wettelijke basis voor het verrichten van dergelijk onderzoek in het kader van de legalisatie ontbreekt;
- de weigering vanwege de diplomaat of consul om te legaliseren op grond van een probleem met de inhoud van een stuk kan moeilijk in rechte worden gemotiveerd.

Het is op basis van deze vaststelling dat ik heb beslist om de praktijk te wijzigen in de volgende zin.

##### **4.1. Nieuwe praktijk: uitgangspunten**

De analyse blijft vandaag dezelfde als die van gisteren: we stellen vast dat een aantal buitenlandse documenten onjuist zijn, ook al zijn ze afgegeven door

postes belges (cette modification a été introduite par l'AR du 5.12.2003). Depuis cette modification, la signature de nos diplomates et consuls en poste est directement valable en Belgique et le service ne légalise plus que les documents délivrés par des autorités belges, en vue de leur utilisation à l'étranger. Le service appose également l'apostille sur des documents belges.

#### **4. Problèmes prima facie concernant un document**

Vous pouvez dans certains cas constater qu'il y a un problème au niveau du document. La forme peut par exemple être correcte mais il peut y avoir une erreur dans le document.

Exemples d'erreurs possibles:

- la date de naissance d'un adulte est identique à la date de délivrance du document;
- l'acte établit qu'une personne est célibataire, alors qu'il/elle déclare être marié(e);
- l'acte établit qu'une personne est née à X, alors qu'il apparaît clairement (par exemple du dossier du poste) qu'il/elle est né(e) ailleurs ;
- la loi locale requiert la mention du domicile des parents alors que cette information manque dans un acte de naissance qui vous est soumis.

Dans certains cas, la faute est imputable à une erreur matérielle, mais l'erreur peut également masquer des intentions frauduleuses.

La question est de savoir de quelle manière vous pouvez et devez intervenir dans ce genre de cas, donc aussi bien en cas d'erreur matérielle qu'en cas de tentative supposée de fraude.

Dans le passé, une enquête sur le fond était initiée en cas de constatation d'erreur ou de soupçon de fraude. Cette enquête était dans quelques pays effectuée par un avocat de confiance et aux frais du demandeur de la légalisation. Cette formule se heurte à deux objections:

- la base légale pour procéder à une telle enquête dans le cadre de la légalisation manque;
- le refus du diplomate ou consul de légaliser en raison d'un problème relatif au contenu du document peut difficilement être motivé en droit.

C'est sur base de cette constatation que j'ai décidé de modifier la pratique de la manière qui suit.

##### **4.1. Nouvelle pratique: principes**

L'analyse reste aujourd'hui la même que celle d'hier: nous constatons qu'un certain nombre de documents étrangers ne sont pas corrects, bien qu'ils aient été



een bevoegd ambtenaar. Het blindelings aanvaarden van buitenlandse documenten, op basis van een controle van enkel de hoedanigheid van de ondertekenaar, dient niet het belang van ons land op het vlak van fraudebestrijding en strijd tegen illegale immigratie.

Deze bijzondere verantwoordelijkheid wordt uitgeoefend binnen het kader van de Belgische wetten en van de internationale verdragen die ons land heeft bekrachtigd.

De nieuwe uitgangspunten:

- Voor een onderzoek ten gronde *binnen het bestek van de legalisatieprocedure* bestaat geen wettelijke basis.

Voor een onderzoek ten gronde als *afzonderlijk optreden*, nadat de legalisatie heeft plaatsgevonden, bestaat wel een wettelijke basis. Het initiatief voor dergelijk onderzoek wordt in dat geval genomen door de overheid die deze bevoegdheid heeft. (zie punt 5).

- Wanneer echter de legaliserende ambtenaar bij de legalisatie vaststelt dat het stuk *prima facie* een gebrek vertoont, moet hij dat formeel kunnen noteren opdat degene die later hetzelfde stuk ontvangt, gewaarschuwd is en desgewenst om een onderzoek ten gronde kan verzoeken.

- Het feit dat een stuk is gelegaliseerd, betekent niet dat het aanvaard moet worden in ons land. Het is wel een noodzakelijke voorwaarde, maar geen voldoende voorwaarde.

#### 4.2. Prima facie probleem: optreden van onze posten

Wanneer in een geval zoals hierboven bij wijze van voorbeeld vermeld, u op post *prima facie* vaststelt dat er een probleem is met een te legaliseren stuk, terwijl toch aan alle legalisatievoorwaarden is voldaan, zal u na het legaliseren een vermelding aanbrengen op het stuk zelf. Op die wijze zal voor elk toekomstig ontvanger van het stuk duidelijk blijken welk het probleem is.

Er zijn twee mogelijkheden:

- Uw opmerking kan duidelijk maar beknopt worden vermeld op de legalisatiesticker zelf: u vermeldt zonder meer wat u te melden hebt (zie voorbeelden in [bijlage 2](#)).

- Uw opmerking vergt méér plaats dan op de sticker aanwezig is: u vermeldt een verwijzing op de sticker, en de volledige tekst van uw aanmerkingen vermeldt u ofwel op de keerzijde van het stuk, ofwel op een afzonderlijk blad dat u vasthecht aan het stuk (met aanbrenging van het zegel van de post, half op het stuk en half op het aangehechte blad).

délivrés par un fonctionnaire compétent. Une acceptation aveugle de documents étrangers, sur base d'un contrôle ne portant que sur la capacité du signataire, ne sert pas les intérêts de notre pays en matière de lutte contre la fraude et de lutte contre l'immigration illégale.

Cette responsabilité particulière est exercée dans le cadre des lois belges et des conventions internationales ratifiées par notre pays.

Les nouveaux principes:

- Il n'existe pas de base légale pour une enquête sur le fond *dans le cadre de la procédure de légalisation*.

Pour une enquête sur le fond en tant *qu'intervention séparée*, après que la légalisation a eu lieu, il existe une base légale. L'initiative d'une telle enquête est dans ce cas prise par l'autorité qui a cette compétence (voir point 5).

- Lorsque le fonctionnaire qui légalise constate cependant au moment de la légalisation que le document présente *prima facie* un défaut, il doit pouvoir le noter formellement de façon à ce que celui qui reçoit ultérieurement ce même document soit averti et puisse, s'il le souhaite, demander une enquête sur le fond.

- Le fait qu'un document soit légalisé ne signifie pas qu'il doit être accepté dans notre pays. C'est une condition nécessaire mais non suffisante.

#### 4.2. Problème prima facie: intervention de nos postes

Lorsque dans un cas comme celui mentionné ci-dessus à titre d'exemple vous constatez *prima facie* en poste qu'il y a un problème au niveau d'un document à légaliser, quand bien même toutes les conditions sont satisfaites pour la légalisation, vous apporterez une mention sur le document lui-même, après la légalisation. Le problème apparaîtra dès lors clairement pour chaque personne qui recevra ce document dans le futur.

Il y a deux possibilités:

- Votre remarque peut être indiquée clairement et succinctement sur le sticker de légalisation lui-même: vous mentionnez simplement ce que vous avez à mentionner (voyez les exemples en [annexe 2](#)).

- Votre remarque nécessite plus de place que celle disponible sur le sticker: vous mentionnez sur le sticker un renvoi et vous reprenez le texte complet de vos observations soit au dos du document, soit sur une page séparée que vous attachez au document (en apposant le sceau du poste, en partie sur le document lui-même et en partie sur le document que vous



U vermeldt bondig maar duidelijk wat het probleem is met het voorgelegde stuk. De ontvanger van het document, in principe steeds in België, moet snel en helder kunnen begrijpen wat er aan de hand is om te kunnen beoordelen of het gestelde probleem van aard is om het stuk te weigeren. De kwaliteit van de formulering van uw opmerking zal vaak ook bepalend zijn voor de ontvanger in België om al dan niet over te gaan tot een onderzoek ten gronde.

### **5. Onderzoek ten gronde naar een document**

Voortaan wordt aan alle ontvangers van gelegaliseerde stukken in ons land de mogelijkheid geboden om een onderzoek naar een document aan te vragen.

De ontvanger van een gelegaliseerd stuk kan zijn: de gemeentelijke ambtenaar van de burgerlijke stand, de Dienst Vreemdelingenzaken, een Belgische rechtbank, een magistraat, de dienst naturalisaties van de Kamer, etc. U kan dat zelf ook zijn, wanneer u gelegaliseerde stukken ontvangt in het kader van een aanvraag waarvoor u krachtens een wet gemachtigd bent: b.v. wanneer u een aanvraag ontvangt om de Belgische nationaliteit te verkrijgen of te behouden, of wanneer u stukken vereist met het oog op het verlijden van een akte van de burgerlijke stand.

Dit onderzoek wordt verricht door de post. De posten die tot nu toe een beroep deden op een vertrouwensadvocaat mogen die procedure verder gebruiken wanneer een onderzoek gevraagd wordt en voor de dossiers waarvoor ze niet in staat zijn om het onderzoek zelf te verrichten. De post kan uiteraard ook een beroep doen op de lokale overheid, volgens de aard van het probleem.

Ik stuur een omzendbrief naar alle gemeenten, provincies, parketten, griffies, federale departementen, gewest- en gemeenschapsregeringen. U ontvangt daarvan een kopie. Kort samengevat is de werkwijze als volgt:

- Indien een Belgische overheid een gelegaliseerd stuk ontvangt, kan de bevoegde ambtenaar steeds een onderzoek naar een dat stuk vragen. Hij doet dit in een schrijven naar de dienst legalisatie van de FOD Buitenlandse Zaken, en vermeldt de redenen van zijn verzoek.
- De dienst legalisatie maakt het verzoek over aan de ambassade of het consulaat dat de legalisatie uitvoerde.
- Indien er kosten verbonden zijn aan het onderzoek ten gronde, maakt de post een kostenraming op en stuurt die rechtstreeks naar de verzoekende overheid. De kosten kunnen betaald worden door de

attachez).

Vous mentionnez succinctement mais clairement quel est le problème concernant le document présenté. Celui qui reçoit le document, en principe toujours en Belgique, doit pouvoir comprendre rapidement et clairement de quoi il est question afin de pouvoir juger si le problème qui se pose est de nature à entraîner un refus du document. La qualité de la formulation de votre remarque sera souvent déterminante aussi pour celui qui reçoit le document en Belgique, pour décider de faire procéder ou non à une enquête sur le fond.

### **5. Enquête de fond concernant un document**

Désormais, la possibilité est offerte à tous ceux qui reçoivent dans notre pays des documents légalisés de demander qu'on procède à une enquête concernant un document.

Celui qui reçoit un document légalisé peut être: le fonctionnaire communal de l'état civil, l'Office des étrangers, un tribunal belge, un magistrat, le service des naturalisations de la Chambre, etc. Cela peut également être vous-même, lorsque vous recevez des documents légalisés dans le cadre d'une demande pour laquelle vous êtes compétent en vertu de la loi: p.ex. lorsque vous recevez une demande d'acquisition ou de conservation de la nationalité belge, ou lorsque vous exigez des documents en vue de la passation d'un acte de l'état civil.

Cette enquête est effectuée par le poste. Les postes qui utilisaient jusqu'ici la procédure de l'avocat de confiance peuvent continuer à utiliser cette procédure lorsqu'une enquête est demandée et pour les dossiers pour lesquels ils ne sont pas en mesure d'effectuer l'enquête eux-mêmes. Le poste peut évidemment faire appel également aux autorités locales, en fonction de la nature du problème.

J'envoie une lettre circulaire à toutes les communes, provinces, parquets, greffes et départements fédéraux, gouvernements des régions et des communautés. Vous en recevrez copie. En résumé, la procédure est la suivante:

- Si une autorité belge reçoit un document légalisé, le fonctionnaire compétent peut toujours demander une enquête concernant ce document. Il le fait par écrit en s'adressant au service légalisation du SPF Affaires étrangères et mentionne les raisons de sa requête.
- Le service légalisation transmet la requête à l'ambassade ou au consulat qui a procédé à la légalisation.
- Si des frais sont à payer pour l'enquête sur le fond, le poste établit une estimation des frais et l'envoie directement à l'autorité requérante. Les frais peuvent être payés par l'autorité requérante. Ils peuvent



verzoekende overheid. Ze kunnen ook door die overheid verhaald worden op de aanvrager. De verzoekende overheid betaalt de kosten rechtstreeks aan de post, op de meest efficiënte wijze.  
- U deelt het resultaat van uw onderzoek rechtstreeks mee aan de verzoekende overheid.

Indien de post de beslissing neemt om een onderzoek te verrichten naar een gelegaliseerd document (vb voor stukken vereist met het oog op het verlijden van een akte van de burgerlijke stand) vallen de eventuele onkosten van het onderzoek ten laste van de aanvrager.

### **BIJLAGE 1: model van weigering van legalisatie**

AANGETEKEND + Ontvangstbewijs

Geachte,

Ik verwijst naar uw aanvraag tot legalisatie van volgend(e) document(en) :

Het spijt me U te moeten meedelen dat ik niet op Uw vraag kan ingaan.  
Ik heb immers vastgesteld dat :

U kan tegen deze beslissing beroep aantekenen bij de rechtbank van eerste aanleg overeenkomstig artikel 5 van de Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht. U kan ook beroep aantekenen bij de Raad van State binnen een termijn van 60 dagen.

Datum

Handtekening

également être reportés par cette autorité sur le demandeur. Cette autorité requérante paie directement les frais au poste, de la manière la plus pratique en l'occurrence.

- Vous communiquez le résultat de votre enquête directement à l'autorité requérante.

Lorsque c'est le poste qui décide de procéder à une enquête concernant un document légalisé (p.ex. pour des documents en vue de la passation d'un acte de l'état civil), s'il y a des frais pour l'enquête, ceux-ci sont à charge du demandeur.

### **ANNEXE 1: modèle de refus de légalisation**

RECOMMANDE + Accusé de réception

Madame, Monsieur,

Je me réfère à votre demande de légalisation du/des document(s) suivant(s):

Je regrette de devoir vous informer que je ne peux satisfaire à votre demande.  
J'ai en effet constaté que :

Vous pouvez faire appel de cette décision auprès du tribunal de première instance en vertu de l'article 5 de la Loi du 16 juillet 2004 portant Code de droit international privé. Vous pouvez également faire appel auprès du Conseil d'Etat dans un délai de 60 jours.

Date

Signature



## 6. Schéma récapitulatif

TYPE DE DEMANDE	SITUATION	ACTION
DEMANDE DE LEGALISATION	Signature sur le document correspond au spécimen que possède le poste ou que le poste se procure de manière ad-hoc : <b>pas de doute concernant l'authenticité de cette signature</b> (et sceau/timbre) et la <b>compétence du signataire</b> du document	<b>Légalisation</b> de la signature
	Signature sur le document correspond au spécimen que possède le poste ou que le poste se procure de manière ad-hoc : <b>pas de doute concernant l'authenticité de cette signature</b> (et sceau/timbre) et la <b>compétence du signataire</b> du document  <b>MAIS</b> <b>Détection au moment de la légalisation de problèmes prima facie</b> au niveau du document (forme, contenu, erreur matérielle, non-respect du prescrit de la législation locale en matière d'actes...)	<b>Légalisation</b> de la signature  <b>ET</b> <b>Ajout de commentaires</b> sur le sticker de légalisation apposé sur le document légalisé ou ajout d'un renvoi vers le verso du document ou vers une feuille séparée mais attachée au document si le commentaire est trop long pour être apposé sur le document légalisé lui-même. <b>Le commentaire indique succinctement et clairement quel problème a été détecté</b> concernant le document et doit permettre à celui qui reçoit le document de décider s'il accepte ce document, si le problème est de telle nature qu'il refuse le document ou s'il introduit une demande d'enquête (voir ci-dessous).
	Signature sur le document ne correspond pas au spécimen que possède le poste ou que le poste se procure de manière ad-hoc : <b>la signature n'est pas authentique</b> (ou le <b>sceau/timbre n'est pas correct</b> ) ou le <b>signataire</b> du document <b>n'a pas la qualité requise</b>	<b>Refus de légalisation</b>  Le refus de légalisation est notifié par écrit, motivé, avec indication des voies de recours (voir modèle en annexe 1)
DEMANDE D'ENQUETE SUR LE FOND CONCERNANT UN DOCUMENT LEGALISE	<b>QUI PEUT DEMANDER UNE ENQUETE concernant un document légalisé ?</b>  <ul style="list-style-type: none"> <li>- soit une <b>autorité belge ayant reçu le document légalisé</b> (officier de l'état civil, Office des étrangers, tribunal belge, magistrat belge, service des naturalisations de la Chambre...). La demande se fait via le service légalisation du SPF Affaires étrangères.</li> <li>- soit <b>l'enquête est décidée par le poste, après légalisation, dans le cadre d'une demande pour laquelle le chef de poste ou son remplaçant est compétent en vertu de la loi</b> (p.ex. recevoir une demande de nationalité ou passer un acte d'état civil)</li> </ul> <b>POURQUOI ?</b> <b>L'enquête peut être demandée :</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- soit <b>sur base des commentaires apposés</b> sur le document légalisé (voir ci-dessus)</li> <li>- soit <b>sur base de tout autre élément</b> figurant au dossier ou intervenu dans la procédure et créant un doute concernant le document (forme, contenu, erreur matérielle...)</li> </ul>	<b>QUI FAIT L'ENQUETE ?</b>  <b>L'enquête est effectuée par le poste lui-même</b> , éventuellement avec l'aide des autorités locales.  <b>Les postes qui avaient déjà recours aux avocats de confiance</b> peuvent faire effectuer l'enquête par ces avocats lorsque le poste n'est pas en mesure de faire l'enquête lui-même.  <b>QUI PAIE L'ENQUETE ?</b> <b>Lorsque l'enquête entraîne des coûts :</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- si <b>l'enquête est demandée par une autorité belge</b>, une estimation des frais est envoyée par le poste directement à l'autorité requérante en Belgique. Celle-ci règle les frais directement au poste et de la manière la plus efficace possible. L'autorité belge peut décider de reporter ces frais sur le demandeur</li> <li>- si <b>l'enquête est décidée par le poste</b> après légalisation et pour usage dans le cadre de ses compétences (nationalité, état civil), les frais sont à charge du demandeur.</li> </ul>





## 6. Samenvattend schema

TYPE AANVRAAG	TOESTAND	OPTREDEN
LEGALISATIE-AANVRAAG	Handtekening op het document komt overeen met specimen waarover de post beschikt of ad-hoc opvraagt: <b>geen twijfel aangaande de authenticiteit van deze handtekening</b> (en stempel/zegel) <b>en de bevoegdheid van de ondertekenaar</b> van het document	<b>Legalisatie</b> van de handtekening
	Handtekening op het document komt overeen met specimen waarover de post beschikt of ad-hoc opvraagt: <b>geen twijfel aangaande de authenticiteit van deze handtekening</b> (en stempel/zegel) <b>en de bevoegdheid van de ondertekenaar</b> van het document  <b>MAAR</b>  <b>Ontdekking bij de legalisatie van prima facie problemen</b> met het document (vorm, inhoud, materiële vergissing, lokale wetgeving ivm akten niet gerespecteerd ...)	<b>Legalisatie</b> van de handtekening  <b>EN</b>  <b>Opmerking aanbrengen</b> op de legalisatiesticker op het gelegaliseerde document of verwijzing naar de keerzijde van het stuk of naar een afzonderlijk blad dat u aan het stuk vasthecht indien de opmerking te veel plaats vergt. <b>U vermeldt bondig maar duidelijk wat het probleem is met het stuk.</b> De ontvanger van het document moet kunnen beoordelen of hij het document aanvaardt, of het gestelde probleem van aard is om het document te weigeren, of hij een onderzoek aanvraagt (zie hieronder).
	Handtekening op het document komt niet overeen met specimen waarover de post beschikt of ad-hoc opvraagt: <b>de handtekening is niet authentiek</b> (of stempel/zegel onjuist) of <b>de ondertekenaar van het document is niet bevoegd</b>	<b>Weigering legalisatie</b>  De weigering wordt schriftelijk meegedeeld, met motivatie en vermelding van de beroepsmogelijkheden (zie model in bijlage 1)
<b>AANVRAAG ONDERZOEK TEN GRONDE NAAR EEN GELEGALISEERD STUK</b>	<b>WIE MAG EEN ONDERZOEK VRAGEN naar een gelegaliseerd stuk ?</b>  <ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Ofwel een Belgische overheid die het gelegaliseerde document ontvangen heeft</b> (ambtenaar van de burgerlijke stand, Vreemdelingenzaken, Belgische rechtbank, Belgische magistraat, dienst naturalisatie van de Kamer...). De aanvraag wordt naar de post gestuurd via de dienst legalisatie van de FOD Buitenlandse Zaken.</li> <li>- <b>Ofwel is het onderzoek een beslissing van de post, na de legalisatie, in het kader van een aanvraag waarvoor het posthoofd of zijn vervanger bevoegd is krachtens de wet</b> (vb. aanvraag Belgische nationaliteit, verlijden akte van de burgerlijke stand).</li> </ul> <b>WAAROM ?</b> <b>Het onderzoek mag aangevraagd worden :</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Ofwel op basis van de opmerkingen op het gelegaliseerd document</b> (zie hierboven),</li> <li>- <b>Ofwel op basis van eender welk ander element</b> in het dossier of in de procedure en waarbij een twijfel gerezen is betreffende het document (vorm, inhoud, materiële vergissing...).</li> </ul>	<b>Het onderzoek wordt verricht door de post zelf</b> , eventueel met een beroep op de lokale overheid.  <b>De posten die al een beroep deden op een vertrouwensadvocaat</b> mogen die procedure verder gebruiken voor het onderzoek wanneer de post het onderzoek niet zelf kan verrichten.  <b>Indien er kosten verbonden zijn aan het onderzoek :</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Indien het onderzoek aangevraagd wordt door een Belgische overheid</b>, wordt een kostenraming door de post rechtstreeks aan de verzoekende overheid in België gestuurd. Deze betaalt de kosten rechtstreeks aan de post, op de meest efficiënte wijze. De verzoekende overheid kan de kosten op de aanvrager verhalen.</li> <li>- <b>Indien de post het onderzoek wil verrichten</b> na de legalisatie van het document en met het oog op een gebruik van het stuk in het kader van zijn bevoegdheden (nationaliteit, burgerlijke stand), zijn de kosten ten laste van de aanvrager.</li> </ul>



## Nieuwe boeken – Nouvelles publications

A. HEYVAERT, *De internationale rechtsmacht van de gerechten na het W.I.P.R.* (deel 39 in de reeks Recht en Praktijk), Mechelen, Kluwer, 2005, 147 p.

B. DE GROOTE, *Onrechtmatige daad en internet*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2004, 638 p.

M. DELBOO, G. DEKNUDT en I. VERHULST, *Het Wetboek IPR en vermogensplanning*, Mechelen, Kluwer, 2005, 106 p.

A. NUYTS en N. WATTÉ (eds.), *International civil litigation in Europe and relations with third states*, Brussels, Bruylant, 2005, 685 p.

*Contributions by:* N. Hatzimihail and A. Nuyts; A. Borrás; A. Audit and G. Bermann; R. Fentimann; R. Michaels; A. Nuyts; E. Guinchard; A. Savin; B. Heß; L. Ellen Teitz; T. Kruger; H. Buxbaum; C. Besso; P. De Vareilles-Sommières; J. Forner; V. Marquette and C. Barbé; C. Gonzalez Beilfuss; V. Van Den Eeckhout; H. Tagaras; N. Hatzimihail.

N. WATTÉ et C. BARBÉ, *Droit international des affaires (recueil de textes)*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2005, 840 p.

