



TIJDSCHRIFT@IPR.BE

Tijdschrift van het Instituut voor Internationaal Privaatrecht

Mei 2002

Nummer 2

IPR.be

PrivateInternationalLaw.com

Mei 2002

Nummer 2

COLOFON

TIJDSCHRIFT@IPR.BE is het elektronisch tijdschrift van het **Instituut voor Internationaal Privaatrecht** van de Universiteit Gent.

Bijdragen zijn welkom en kunnen elektronisch worden aangeleverd via e-mail.

Tijdschrift@ipr.be werkt met "peer review". Publicatie gebeurt alleen na controle door de redactie. Een weigering moet niet worden gemotiveerd.

Het tijdschrift staat open voor studentenbijdragen.

Abonnementsvoorwaarden : Het tijdschrift is er voor alle personen met toegang tot de internetsite IPR.be (zie daar de toegangvoorwaarden). De abonnees worden per e-mail ingelicht over de verschijningsdatum van een nieuw tijdschrift.

Behoudens de uitdrukkelijk bij de wet voorziene uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke toestemming van de uitgever.

V.U. Prof. Dr. Johan Erauw,
Universiteitstraat 4, 9000 GENT
Tel. 09/264.68.32
Fax 09/264.69.93
e-mail tijdschrift@ipr.be

Citeerwijze van het tijdschrift :
Tijdschrift@ipr.be met aanduiding 2002, I,
paginanummer.

BEKNOPTE INHOUDSTAFEL

ACTUALITEIT

RECHTSPRAAK

Rechtbank Gent 25 oktober 2001 (betwisting vaderschap)

Rechtbank van Koophandel Ieper 29 januari 2001 (koop-verkoop - internationale bevoegdheid – met noot Kristof ROOX)

WETGEVING (EU EN NATIONAAL)

De inwerkingtreding op 31 mei 2002 van de Europese Verordening inzake insolventieprocedures

Uittreksel uit het ontwerp van consolidatie van Nederlands internationaal privaatrecht – Het geregistreerd partnerschap

Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 en tot wijziging, wat betreft onderhoudsverplichtingen, van Verordening (EG) nr. 44/2001

Consultation sur un avant-projet de proposition de Règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles

ANALYSE EN COMMENTAAR

Kristof ROOX: In één vonnis : internationale bevoegdheid, verjaring en interesten onder een CISG-koop

Paul TORREMANS: The EU Council Regulation on Insolvency Proceedings: A step in the right direction?

Thomas CHEVALIER: I.P.R.–rechtelijke aspecten van arbitrageovereenkomsten met betrekking tot internationale geschillen, afbakening van het recht van het arbitrale forum en het recht toepasselijk op het geschil zelf

Samenstelling van nr. 2:
Katja Jansegers

UITGEBREIDE INHOUDSTAFEL

ACTUALITEIT	5
RECHTSPRAAK	5
<i>Rechtbank Gent 25 oktober 2001 (betwisting vaderschap)</i>	5
<i>Rechtbank van Koophandel Ieper 29 januari 2001 (koop-verkoop - internationale bevoegdheid – met noot Kristof ROOX)</i>	11
WETGEVING (EU EN NATIONAAL)	11
<i>De inwerkingtreding op 31 mei 2002 van de Europese Verordening inzake insolventieprocedures</i>	11
<i>Uittreksel uit het ontwerp van consolidatie van Nederlands internationaal privaatrecht – Het geregistreerd partnerschap</i>	11
<i>Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 en tot wijziging, wat betreft onderhoudsverplichtingen, van Verordening (EG) nr. 44/2001 ...</i>	20
<i>Consultation sur un avant-projet de proposition de Règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles</i>	85
ANALYSE EN COMMENTAAR	93
<i>Kristof ROOX: In één vonnis : internationale bevoegdheid, verjaring en interesten onder een CISG-koop</i>	93
I. Inleiding	93
II. De internationale bevoegdheid van de Belgische rechtbanken.....	93
A. Internationale bevoegdheid die onbetwist bleef.....	93
B. Bevoegdheid op tegeneis.....	94
C. Een eventuele zelfstandige bevoegdheidsgrond voor de tegenvordering	96
III. De niet conforme levering onder het CISG.....	98
A. De rechtstreekse en onrechtstreekse toepassing van het CISG	98
B. De onderzoeks- en klachtplicht van de koper	98
IV. Het recht toepasselijk op de verjaring van de vordering wegens niet conforme levering.....	99
A. De verjaring als apart statuut.....	99
B. Een oproep tot ratificatie van de Verjaringsconventie	101
V. Interesten onder het CISG	101
VI. Besluit.....	103
<i>Paul TORREMANS: The EU Council Regulation on Insolvency Proceedings: A step in the right direction?</i>	104
I. Introduction.....	104
I.1. A brief historical overview	104
I.2. The Purpose of the Regulation.....	106

I.3. The scope of the Regulation	109
I.4. The Regulation and international treaties	114
II. Jurisdiction.....	117
II.1. Primary jurisdiction	117
II.2. Secondary jurisdiction	122
II.3. The relationship between the various insolvency proceedings	128
III. Choice of Law	135
III.1. The general rule.....	135
III.2. Security interests	138
III.3. Set-offs	140
III.4. Payment systems and financial markets.....	142
III.5. Contracts of employment	143
III.6. Contracts relating to immovable property.....	143
III.7. Rights subject to registration.....	144
III.8. Protection of third party purchasers	145
III.9. Community intellectual property rights	146
III.10. Effects of insolvency proceedings on lawsuits pending.....	147
III.11. Detrimental acts.....	148
IV. Recognition of Foreign Insolvency Proceedings	149
IV.1. Recognition of insolvency proceedings	149
IV.2. Other effects of the recognition of insolvency proceedings	155
V. Conclusion.....	157

Thomas CHEVALIER: I.P.R.–rechtelijke aspecten van arbitrageovereenkomsten met betrekking tot internationale geschillen, afbakening van het recht van het arbitrale forum en het recht toepasselijk op het geschil zelf 157

Hoofdstuk 1 : Inleiding	157
Hoofdstuk 2 : Het toepasselijk procedureel recht	158
Afdeling 1 : Algemeen	158
Afdeling 2 : Inhoud van de lex arbitri	158
Afdeling 3 Bepaling van de “lex arbitri”	159
§1. Uiteenzetting van de mogelijkheden	159
§2. Interventie van dwingend recht en de procedurele openbare orde.....	167
Hoofdstuk 3 : Het toepasselijk materieel recht	168
Afdeling 1 : Het belang van de bepaling door de partijen van het toepasselijk materieel recht	168
Afdeling 2 : De partij - autonomie	169
§1. Welke zijn nu de mogelijkheden ?	171
Afdeling 3 : Bepaling van het toepasselijk materieel recht bij ontstentenis van een keuze door de partijen	174
§1. Algemeen	174
§2. Overzicht van de mogelijkheden.....	176
§3. De praktijk.....	186
§4. De interventie van regels van openbare orde en van dwingend recht (lois d’application immédiate).....	189
Hoofdstuk 4 : Besluit.....	190

ACTUALITEIT

Rechtspraak

Rechtbank Gent 25 oktober 2001 (betwisting vaderschap)

Betwisting vaderschap

Voorzitter: de heer Daniël VAN DEN BOSSCHE

Parket: de heer Nico VAN ACKERE

Advocaten: Mrs. Ivo FLACHET en Thomas MARCOEN in zijn hoedanigheid van voogd ad hoc

DERDE BURGERLIJKE KAMER - OPENBARE TERECHTZITTING VAN 25 OKTOBER 2001

Algemene rolnummer : 01/2287/A - In de zaak van :

A., werkzoekende, geboren te Gent op 20 januari 1966, wonende te 9185 WACHTEBEKE, toegelaten tot het voordeel van de rechtsbijstand bij beslissing van het Bureau voor Rechtsbijstand van de rechtbank van eerste aanleg te Gent van 10 april 2001, PD nr. 0100085,

eiseres,

tegen :

1. B., arbeider, geboren te Pristina (Joegoslavië) op 09 September 1977, wonende te 9000 GENT,

verweerder,

2. Thomas MARCOEN, advocaat te 9000 GENT, Coupure nr. 373, optredend in zijn hoedanigheid van voogd ad hoc over de kinderen C. geboren te Gent op 19 oktober 2000 en D. geboren te Gent op 19 oktober 2000, daartoe aangeduid bij bevelschrift van de Voorzitter van deze rechtbank van 26 februari 2001, verweerder qualitate qua, die in persoon verschijnt,

De procedure

De partijen werden gehoord in hun middelen en conclusies op de openbare terechtzitting van donderdag 28 juni 2001.

Het debat werd gesloten en de zaak werd voor advies van het Openbaar Ministerie vastgesteld op de terechtzitting van 13 september 2001.

Eerste substituut procureur des konings Nico Van Ackere gaf op de terechtzitting van 13 september 2001 voorlezing van zijn schriftelijk advies.

Gezien de verweerder niet verscheen, werd het advies per brief van 14 september 2001 overgemaakt aan alle partijen die hierop konden repliceren tot de zitting van donderdag 11 oktober 2001.

Op de terechtzitting van donderdag 11 oktober 2001 verschenen de eiseres, bij monde van haar raadsman en de verweerder qualitate qua. Enkel de eiseres repliceerde mondeling.

De zaak werd in beraadgenomen.

De stukken werden ingezien, in het bijzonder :

- de dagvaarding d.d. 14 juni 2001,
- de conclusie genomen door de voogd ad hoc en neergelegd op de griffie op 22 juni 2001,
- de conclusie genomen door de eiseres en neergelegd op de terechtzitting van 28 juni 2001,
- het schriftelijk advies van eerste substituut procureur des konings Nico Van Ackere van 13 september 2000.

De vorderingen

De vordering van de eiseres strekt tot de betwisting van het vaderschap van de verweerder over de kinderen C. en D. beiden geboren te Gent op 19 oktober 2000.

De relevante feiten en het standpunt van de partijen

De partijen huwden voor de ambtenaar van de burgerlijke stand te Wachtebeke op 09 juli 1997.

De vijfde burgerlijke kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Gent sprak bij vonnis van 27 juni 2000 de echtscheiding uit van de partijen. Dit vonnis ging in kracht van gewijsde op 28 juli 2000 en werd overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand te Wachtebeke op 23 augustus 2000.

Volgens de eiseres zou zij uit de echt gescheiden zijn door onderlinge toestemming, maar dit gegeven kan niet worden nagegaan aangezien de eiseres naliet het echtscheidingsvonnis en het proces-verbaal van eerste verschijning te voegen bij haar stukken.

Op 19 oktober 2000 beviel zij van de voornoemde tweeling waarvan zij beweert dat de verweerder niet de vader is.

Ter ondersteuning van haar vordering wijst de eiseres erop dat zij van de verweerder feitelijk gescheiden leeft sinds maart 1998 en dat deze feitelijke scheiding werd gevolgd door een echtscheiding. Deze gegevens zijn volgens haar voldoende om tot de gegrondheid van de vordering te beslissen.

In de ter zitting neergelegde conclusie argumenteert zij nog dat de Belgische wet moet worden toegepast.

De voogd ad hoc sluit zich bij de uiteenzetting van de eiseres aan, maar hij vraagt wel dat de vordering als niet gegrond zou worden afgewezen.

De Procureur des Konings overwoog in zijn advies dat de meerderheid van de rechtsleer en de rechtspraak aannemen dat bij verschillende nationaliteit tussen vader en kind, moet gekozen worden voor het nationale recht van de vader. Hij vroeg de eiseres een vertaling van de Joegoslavische wetgeving voor te leggen gezien hij de Duitse taal niet machtig is.

De eiseres repliceerde mondeling dat het Belgisch recht moet worden toegepast. Zij vond het dan ook niet nodig de Joegoslavische wetgeving nog langer voor te leggen zodat zij stuk 10 verwijderde uit haar dossier hoewel de partijen en het openbaar Ministerie hiervan kennis konden nemen...

Bespreking

De vordering wordt tijdig en op correcte wijze ingesteld.

De rechtbank is bevoegd om van de vordering kennis te nemen.

Over het toepasselijke recht

De eiseres argumenteert dat "overeenkomstig het vigerende internationaal privaatrecht dient de nationale wet van het kind te worden toegepast in een geschil met betrekking tot de afstamming. In casu dient bijgevolg de Belgische wet te worden toegepast".

Er bestaat in de rechtspraak en rechtsleer eensgezindheid over dat bij een gelijke nationaliteit van de (ex) echtgenoten deze gemeenschappelijke nationale wet wordt toegepast.

Indien de nationaliteit van de echtgenoten verschilt, bestaan er verscheidene strekkingen. De eerste klassieke opvatting, hier verdedigd door het Openbaar Ministerie en tot op heden ook overwegend aangenomen door deze rechtbank, kiest voor de toepassing van de nationale wet van de man. De tweede opvatting kiest voor de wet van de actuele gemeenschappelijke huwelijksdomicilie of verblijfplaats van de echtgenoten. Een laatste opvatting verkiest dan weer de nationale wet van het kind.

De eiseres is dus op zijn minst gezegd weinig genuanceerd door te argumenteren dat volgens vigerend IPR de nationale wet van het kind dient toegepast te worden. Dit is vooreerst onjuist want de rechtspraak is uiterst verdeeld en bovendien motiveert zij deze stelling niet.

Deze rechtbank is alvast van oordeel dat moet worden gekozen voor één vaste regel die kan worden toegepast in alle hypothesen. Het gaat inderdaad niet op, zoals terecht werd opgemerkt door de auteurs Nadine WATTÉ en

Alain-Charles VAN GYSEL dat de toepasselijke regel wijzigt al naargelang het gaat over vaststelling of betwisting van de afstamming en al naargelang de vaststelling gedwongen of vrijwillig gebeurt (WATTE, N. en VAN GYSEL J.-Ch., *La loi applicable à l'établissement de la filiation biologique*).

De strekking die kiest voor de nationale wet van het kind overtuigt deze rechtbank alvast niet. De redenering kan gevolgd worden dat sinds de nieuwe afstammingwet van 31 maart 1987 de gelijkwaardigheid van de vaderlijke en moederlijke afstamming één van de pijlers is van de wet waardoor er inderdaad geen motieven zijn de voorkeur te geven aan de nationale wet van de ene ouder of de andere. Maar dit kan niet afdoende zijn als motivering om dan te kiezen voor de nationale wet van het kind omdat, zoals de rechtbank van Dendermonde het verwoordt, "in de driehoeksverhouding vader - moeder - kind het zwaartepunt ligt bij het kind" (RB. Dendermonde, 15 februari 2001, *A.J.T.* 2001, 96) of zoals anderen het vertolken omdat het belang van het kind primeert. Het voorgaande mag dan al waar zijn, dit belet niet dat de nationale wet van het kind als oplossing niet noodzakelijk de wet aanwijst die het kind het meest voordelig is. Het kan inderdaad even goed zijn dat de nationale wet van de vader beter de belangen van het kind dient. Met andere woorden het belang van het kind is in deze geen goed criterium. In datzelfde verband kan nog overwogen worden dat de nationaliteit van het kind wiens afstamming klaarblijkelijk nog niet vaststaat uiterst precair is aangezien door de vordering inzake afstamming deze nationaliteit wellicht zal wijzigen. Tenslotte leidt het tot een vicieuze cirkel bij vaststelling van de afstamming voor de geboorte.

De tweede strekking verkiest als regel dat de vaststelling en de betwisting van het vaderschap of moederschap van een persoon worden beheerst door het recht van de Staat waarvan hij bij de geboorte van het kind de nationaliteit heeft, of indien de vaststelling het resultaat is van een vrijwillige handeling, bij het verrichten van die handeling. Deze opvatting, verdedigd door de reeds vernoemde auteurs Nadine WATTÉ en Jean-Charles VAN GYSEL, is terug te vinden in het ontwerp van wet houdende wetboek van internationaal privaatrecht. Het moet gezegd dat deze regel het voordeel biedt van stabiliteit en afwezigheid van de vicieuze cirkel en beantwoordt aan de noodzaak om een onderscheid te maken tussen de moederlijke en vaderlijke afstamming. Maar ook deze regel overtuigt de rechtbank niet. In de eerste plaats niet omdat die nationale wet niet noodzakelijk - en in vele gevallen zelfs niet - wordt toegepast. Inzake afstamming wordt immers de renvoi aanvaard en in nogal wat landen verwijst men terug naar het land van de woon- of verblijfplaats. Daarnaast moet ook steeds worden getoetst in hoeverre de voormelde nationale wet niet strijdig is met onze Belgische internationale openbare orde want in de gevallen van strijdigheid wordt toepassing gemaakt van Belgisch recht. Met andere woorden deze twee correcties tonen aan dat men in vele gevallen toch de voorkeur geeft aan de wet van de verblijfplaats. Daarnaast kan men niet voorbij aan het gegeven dat onze maatschappij evolueerde naar een multiculturele samenleving waardoor het begrip 'nationaliteit' niet meer dezelfde inhoud dekt dan dertig jaar terug. In deze samenleving is het zoals Professor Alfons HEYVAERT (HEYVAERT, A., *Belgisch Internationaal Privaatrecht, een inleiding*, Gent, Mys en Breesch, 1999 nr. 207) terecht opmerkt niet meer zo vanzelfsprekend te

argumenteren dat de nationale wet moet geacht worden beter overeen te stemmen met de mentaliteit, de graad van ontwikkeling, de behoeften van temperament van de personen voor wie ze bedoeld is. Er voltrekt zich momenteel een evolutie waarbij mensen van diverse nationaliteiten in gemeenschap gaan samenleven en zich wederzijds leren integreren in deze nieuwe samenleving. Aldus vertoont de samenleving meer en meer een grotere verbondenheid met de verblijfplaats dan met het land van geboorte. Het zijn deze overwegingen die er de rechtbank toe doen besluiten te kiezen voor de wet van de verblijfplaats van het kind. Deze aanknopingsfactor heeft als voordeel dat rekening wordt gehouden met de voormelde evolutie en dat steeds toepassing wordt gemaakt van het Belgisch recht dat in belangrijke mate in overeenstemming is met de beginselen van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en het Verdrag inzake de rechten van het kind en aldus steeds alle garanties biedt voor eenieder die als partij betrokken is in de vaststelling, respectievelijk de betwisting van de afstamming, niet in het minst voor het kind.

Over de grond van de zaak

Aan de hand van de voorliggende feitelijke gegevens en stukken kon de rechtbank achterhalen dat de eiseres zich beroept op artikel 318 §3 van het Burgerlijk Wetboek.

Er blijkt wel niet op welke rechtsgrond (artikel 231, 232 of 233 van het Burgerlijk Wetboek) de echtscheiding werd uitgesproken, maar dit is sinds het arrest van het Arbitragehof van 25 mei 2000 (B.S. 8 augustus 2000) zonder belang.

Artikel 318 § 3 B.W. voorziet dat de feitelijke scheiding van meer dan 300 dagen moet gevolgd zijn door een echtscheiding op grond van bepaalde feiten of op grond van een feitelijke scheiding van meer dan twee jaar.

In de mate dat in dit geschil de echtscheiding zou uitgesproken zijn op basis van een onderling akkoord (wat wordt beweerd, maar niet bewezen) dan is de rechtbank van oordeel dat het voornoemd artikel de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt.

De wetgever heeft terecht de gevallen van betwisting van vaderschap op eenvoudige verklaring afgebakend in het licht van de bescherming van de gezinnen. Aldus voorzag hij een aantal hypothesen waarin de rust van dat gezin al verdwenen is en met name die gevallen dat een kind verwekt is na het ontstaan van de feitelijke scheiding die gevolgd is door een echtscheiding. De rechtszekerheid verantwoordt dat de gevallen van betwisting op eenvoudige verklaring beperkt werden tot kinderen geboren 300 dagen na een gerechtelijke akte waaruit het uiteengaan van de moeder en haar echtgenoot blijkt of meer dan 300 dagen na het ontstaan van hun feitelijke scheiding, op voorwaarde dat naderhand de echtscheiding is gevolgd (VERSCHULDEN, G., De erkenning van een overspelig kind a matre na echtscheiding door onderlinge toestemming, *A.J.T.*, 1999-2000, nr. 24).

Het voornoemd artikel voorziet wel de mogelijkheid tot betwisting van het vaderschap door een eenvoudige verklaring ingeval de feitelijke scheiding gevolgd wordt door een echtscheiding op grond van bepaalde feiten of op grond van feitelijke scheiding van meer dan twee jaar, maar niet indien de feitelijke scheiding gevolgd wordt door een echtscheiding door onderlinge toestemming.

Dit onderscheid steunt niet op een objectief criterium, het kent geen redelijke verantwoording en het brengt niets bij aan de beoogde doelstelling.

Nu terzake is aangetoond dat het kind geboren is méér dan 300 dagen na de feitelijke scheiding, dat deze gevolgd werd door een echtscheiding hetzij op grond van feiten hetzij door onderlinge toestemming en dat de partijen zich niet herenigd hebben is de vordering gegrond.

Op die gronden,
De rechtbank, recht doende op tegenspraak,

Met inachtneming van de artikelen 2, 30, 34, 36, 37 en 41 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken en ook het voormeld advies van het Openbaar Ministerie,

Verklaart de vordering ontvankelijk en gegrond,

Zegt voor recht dat de verweerder B. de vader niet is van kinderen C. geboren te Gent op 19 oktober 2000 en ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand van Gent van het jaar 2000 onder het nummer 5118 en D. geboren te Gent op 19 oktober 2000 en ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand te Gent van het jaar 2000 onder het nummer 5117,

Zegt verder voor recht dat het voormeld kind voortaan de naam van de verweerder B. niet meer mag dragen,

Zegt dat zal gehandeld worden overeenkomstig artikel 333 van het Burgerlijk Wetboek inzake de melding aan de burgerlijke stand,

Veroordeelt de eiseres tot betaling van de kosten van het geding,

Begroot deze kosten als volgt:

a) aan de zijde van de eiseres

- geboorteakte:	12,89 EUR (520BEF),
- rolrecht voogd ad hoc in debet BEF),	52,06 EUR (2.100 BEF),
- dagvaarding (in debet BEF),	27,81 EUR (1.122 BEF),
- rechtsplegingsvergoeding BEF),	163.61 EUR (6.600 BEF),

b) aan de zijde van de verweerder: 0,00 EUR (0 BEF)

c) aan de zijde van de verweerder qualitate qua: 0,00 EUR (0 BEF)

Aldus behandeld en uitgesproken, iedere keer in tegenwoordigheid van eerste substituut procureur des Konings Nico Van Ackere, door de derde burgerlijke kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Gent op de openbare terechtzitting van donderdag VIJFENTWINTIG OKTOBER TWEEDUIZEND EN EEN, waar aanwezig waren: Daniël VAN DEN BOSSCHE, alleensprekend rechter, bijgestaan door Els BOGAERT, griffier.

Rechtbank van Koophandel Ieper 29 januari 2001 (koop-verkoop - internationale bevoegdheid – met noot Kristof ROOX)

Dit vonnis werd opgenomen in nummer 1 van het tijdschrift. Zie voor een commentaar bij dit vonnis Kristof ROOX in dit nummer.

Wetgeving (EU en Nationaal)

De inwerkingtreding op 31 mei 2002 van de Europese Verordening inzake insolventieprocedures

Voor raadpleging van de full-text van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures zie: www.ipr.be. Zie voor een commentaar Paul TORREMANS in dit nummer.

Uittreksel uit het ontwerp van consolidatie van Nederlands internationaal privaatrecht – Het geregistreerd partnerschap

Titel 3

Het geregistreerd partnerschap

Afdeling 1

Toepassingsgebied

Artikel 2.3.1

1. Deze wet bepaalt het recht dat in internationale gevallen van toepassing is op het aangaan in Nederland van een geregistreerd partnerschap, op de rechtsgevolgen van een in Nederland aangegaan geregistreerd partnerschap en op zijn beëindiging met wederzijds goedvinden of door ontbinding. Deze

wet regelt voorts de erkenning van een in het buitenland aangegaan geregistreerd partnerschap en de rechtsgevolgen daarvan, de bevoegdheid van de Nederlandse rechter met betrekking tot de beëindiging of ontbinding van een in Nederland of elders aangegaan geregistreerd partnerschap en de erkenning van een in het buitenland verkregen beëindiging of ontbinding van een in Nederland of elders aangegaan geregistreerd partnerschap.

2. Deze wet is niet van toepassing op de bevoegdheid van de ambtenaar van de burgerlijke stand.

Afdeling 2

Het geregistreerd partnerschap dat in Nederland wordt aangegaan.

Onderafdeling 1

Artikel 2.3.2.1

1. Het aangaan van een geregistreerd partnerschap in Nederland is onderworpen aan de bepalingen van artikel 1:80a BW.

2. De bevoegdheid van elk van de partners om in Nederland een geregistreerd partnerschap aan te gaan wordt beheerst door het Nederlandse recht.

3. Wat de vorm betreft kan een geregistreerd partnerschap in Nederland slechts rechtsgeldig worden voltrokken door de ambtenaar van de burgerlijke stand met inachtneming van de voorschriften van het Nederlandse recht, behoudens de bevoegdheid van buitenlandse diplomatieke en consulaire ambtenaren.

Onderafdeling 2

De persoonlijke betrekkingen tussen geregistreerde partners

Artikel 2.3.2.2

1. Op de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen partners die in Nederland een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan is het Nederlandse recht van toepassing.

2. Wanneer een geregistreerd partnerschap in Nederland is aangegaan, wordt de vraag of en in hoeverre de ene partner aansprakelijk is voor verbintenissen ten behoeve van de gewone gang van het huishouden, welke door de andere partner zijn aangegaan, beheerst door het Nederlandse recht indien die andere partner en de wederpartij ten tijde van het aangaan van de verbintenis hun gewone verblijfplaats hadden in Nederland.

3. De vraag of, met betrekking tot een geregistreerd partnerschap dat in Nederland is aangegaan, de ene partner voor een rechtshandeling de toestemming van de andere partner behoeft, en zo ja, in welke vorm deze toestemming moet worden verleend, of zij kan worden vervangen door een beslissing van de rechter, alsmede welke de gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming, wordt beheerst door het Nederlandse recht indien de andere partner ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling zijn gewone verblijfplaats heeft in Nederland.

Onderafdeling 3 Het partnerschapsvermogensregime

Artikel 2.3.2.3

1. Op het vermogensregime van een in Nederland aangeaan geregistreerd partnerschap is van toepassing het recht dat de partners voor het aangaan of tijdens het bestaan van het geregistreerd partnerschap hebben aangewezen.
2. De partners kunnen uitsluitend een rechtsstelsel aanwijzen dat het instituut van geregistreerd partnerschap kent.
3. Het door de partners aangewezen recht is van toepassing op hun gehele vermogen.

Artikel 2.3.2.4

Indien de partners voor het aangaan of tijdens het bestaan van het geregistreerd partnerschap het toepasselijke recht niet of niet rechtsgeldig hebben aangewezen, wordt het vermogensregime van een in Nederland aangeaan geregistreerd partnerschap beheerst door het Nederlandse recht.

Artikel 2.3.2.5

Tijdens het bestaan van het geregistreerd partnerschap dat in Nederland is aangeaan kunnen de partners het partnerschapsvermogensregime onderwerpen aan een ander intern recht dan het recht dat tot dusver van toepassing was.

Artikel 2.3.2.6

Het recht dat op grond van de bepalingen van deze titel van toepassing is op het partnerschapsvermogensregime, blijft van toepassing zolang de geregistreerde partners geen ander toepasselijk recht hebben aangewezen, zelfs in geval van wijziging van hun nationaliteit of gewone verblijfplaats.

Artikel 2.3.2.7

De voorwaarden voor de wilsovereenstemming van de geregistreerde partners inzake het recht dat zij als toepasselijk aanwijzen op het partnerschapsvermogensregime, worden door dat recht bepaald.

Artikel 2.3.2.8

De aanwijzing van het toepasselijke recht op het partnerschapsvermogensregime moet uitdrukkelijk zijn overeengekomen of ondubbelzinnig voortvloeien uit voorwaarden van geregistreerd partnerschap.

Artikel 2.3.2.9

Voorwaarden van geregistreerd partnerschap zijn, wat de vorm betreft, geldig indien zij in overeenstemming zijn hetzij met het interne recht dat van toepassing is op het partnerschapsvermogensregime, hetzij met het interne recht van de plaats waar zij zijn aangegaan. Zij dienen in ieder geval te worden neergelegd in een gedagtekend en door beide geregistreeerde partners ondertekend schriftelijk stuk.

Artikel 2.3.2.10

Een uitdrukkelijk overeengekomen aanwijzing van het op het partnerschapsvermogensregime toepasselijke recht dient te geschieden in de vorm welke voor het maken van voorwaarden van geregistreerd partnerschap is voorgeschreven hetzij door het aangewezen recht, hetzij door het recht van de plaats waar de aanwijzing geschiedt. De aanwijzing dient in elk geval te worden neergelegd in een gedagtekend en door beide partner ondertekend schriftelijk stuk.

Artikel 2.3.2.11

Een geregistreeerde partner wiens partnerschapsvermogensregime wordt beheerst door vreemd recht kan in het in artikel 116 Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde register een notariële akte doen inschrijven, inhoudende een verklaring dat het vermogensregime niet wordt beheerst door het Nederlandse recht.

Artikel 2.3.2.12

1. Een derde die tijdens het geregistreerd partnerschap een rechtshandeling heeft verricht met een partner wiens partnerschapsvermogensregime wordt beheerst door vreemd recht, kan, indien zowel hij als de beide partners ten tijde van die rechtshandeling hun gewone verblijfplaats in Nederland hadden, voor de uit die rechtshandeling voortvloeiende schuld ook na de beëindiging van het partnerschap verhaal nemen alsof tussen de partners naar Nederlands recht algehele gemeenschap van goederen bestond.

2. Het bepaalde in het voorgaande lid geldt niet indien de derde ten tijde van de rechtshandeling wist of behoorde te weten dat het partnerschapsvermogensregime werd beheerst door vreemd recht. Zulks wordt geacht het geval te zijn indien de rechtshandeling werd verricht na verloop van veertien dagen nadat een akte als bedoeld in artikel 2.3.2.11 was ingeschreven in het aldaar bedoelde register.

Artikel 2.3.2.13

Heeft een der geregistreeerde partners, door de toepassing op een buitenlands gelegen vermogensbestanddeel van een krachtens het internationaal privaatrecht van het land van ligging aangewezen recht, ten opzichte van de andere partner een voordeel genoten dat hem niet zou zijn toegekomen indien het op grond van deze wet aangewezen recht zou zijn toegepast, dan kan die andere partner daarvan verrekening of vergoeding vorderen bij de in

verband met de beëindiging of wijziging van het partnerschapsvermogensregime tussen de partners plaats vindende afrekening.

Artikel 2.3.2.14

Of een partner bij de beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden of door ontbinding recht heeft op een gedeelte van de door de andere partner opgebouwde pensioenrechten, wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op het partnerschapsvermogensregime, behoudens het bepaalde in artikel 1, zevende lid, van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding.

Onderafdeling 4 Beëindiging in Nederland van het geregistreerd partnerschap

Artikel 2.3.2.15

Of het geregistreerd partnerschap dat in Nederland is aangegaan kan worden beëindigd met wederzijds goedvinden of door ontbinding, wordt beheerst door het Nederlandse recht.

Onderafdeling 5 Levensonderhoud

Artikel 2.3.2.16

Ten aanzien van een geregistreerd partnerschap dat in Nederland is aangegaan wordt het recht dat van toepassing is op verplichtingen tot levensonderhoud gedurende het geregistreerd partnerschap en na beëindiging met wederzijds goedvinden of door ontbinding van het geregistreerd partnerschap bepaald door het op 2 oktober 1973 te 's-Gravenhage tot stand gekomen verdrag inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen, Trb. 1974, 86.

Afdeling 3 Het geregistreerd partnerschap dat buiten Nederland wordt aangegaan Onderafdeling 1 De erkenning van het geregistreerd partnerschap

Artikel 2.3.3.1

1. Een buiten Nederland aangegaan geregistreerd partnerschap dat ingevolge het recht van de Staat waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan rechtsgeldig is of nadien rechtsgeldig is geworden, wordt als zodanig erkend.
2. Voor de toepassing van het eerste en het tweede lid wordt onder recht mede begrepen de regels van internationaal privaatrecht.

3. Een geregistreerd partnerschap wordt vermoed rechtsgeldig te zijn, indien een verklaring omtrent het geregistreerd partnerschap is afgegeven door een bevoegde autoriteit.

Artikel 2.3.3.2

Ongeacht het bepaalde in artikel 2.3.3.1 wordt aan een buiten Nederland aangegaan geregistreerd partnerschap erkenning onthouden, indien deze erkenning kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde.

Onderafdeling 2

De persoonlijke betrekkingen tussen geregistreeerde partners

Artikel 2.3.3.3

1. Op de persoonlijke rechtsbetrekkingen van partners die in het buitenland een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan is het recht, met inbegrip van het internationaal privaatrecht, van de staat waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan van toepassing.

2. Ten aanzien van een geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan, wordt de vraag of en in hoeverre de ene partner aansprakelijk is voor verbintenissen ten behoeve van de gewone gang van het huishouden, welke door de andere partner zijn aangegaan, beheerst door het Nederlandse recht, indien die andere partner en de wederpartij ten tijde van het aangaan van de verbintenis hun gewone verblijfplaats hadden in Nederland.

3. De vraag of de ene partner voor een rechtshandeling de toestemming van de andere partner behoeft, en zo ja, in welke vorm deze toestemming moet worden verleend, of zij kan worden vervangen door een beslissing van de rechter, alsmede welke de gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming, wordt ten aanzien van een geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan beheerst door het Nederlandse recht indien de andere partner ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft.

Onderafdeling 3

Het partnerschapsvermogensregime

Artikel 2.3.3.4

1. Op het vermogensregime van een in het buitenland aangegaan geregistreerd partnerschap is van toepassing het recht dat de partners voor het aangaan of tijdens het bestaan van het geregistreerd partnerschap hebben aangewezen.

2. Partners kunnen uitsluitend een rechtsstelsel aanwijzen dat het instituut van geregistreerd partnerschap kent.

3. Het door de geregistreeerde partners aangewezen recht is van toepassing op hun gehele vermogen.

Artikel 2.3.3.5

Tijdens het bestaan van het geregistreerde partnerschap dat in het buitenland is aangegaan kunnen de partners het partnerschapsvermogensregime onderwerpen aan een ander intern recht dan het recht dat tot dusver van toepassing was.

Artikel 2.3.3.6

Het recht dat de partners rechtsgeldig als toepasselijk hebben aangewezen op het vermogensregime van een geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan, blijft van toepassing zolang de partners geen ander toepasselijk recht hebben aangewezen zelfs in geval van wijziging van hun nationaliteit of gewone verblijfplaats.

Artikel 2.3.3.7

De voorwaarden voor de wilsovereenstemming van de partners inzake het recht dat zij als toepasselijk aanwijzen op het partnerschapsvermogensregime, worden door dat recht bepaald.

Artikel 2.3.3.8

De aanwijzing van het toepasselijke recht op het partnerschapsvermogensregime moet uitdrukkelijk zijn overeengekomen of ondubbelzinnig voortvloeien uit voorwaarden van geregistreerd partnerschap.

Artikel 2.3.3.9

Voorwaarden van geregistreerd partnerschap zijn, wat de vorm betreft, geldig indien zij in overeenstemming zijn hetzij met het interne recht dat van toepassing is op het partnerschapsvermogensregime, hetzij met het interne recht van de plaats waar zij zijn aangegaan. Zij dienen in ieder geval te worden neergelegd in een gedagtekend en door beide partners ondertekend schriftelijk stuk.

Artikel 2.3.3.10

Een uitdrukkelijk overeengekomen aanwijzing van het toepasselijke recht op het partnerschapsvermogensregime dient te geschieden in de vorm welke voor het maken van voorwaarden van geregistreerd partnerschap is voorgeschreven hetzij door het aangewezen recht, hetzij door het recht van de plaats waar de aanwijzing geschiedt. De aanwijzing dient in elk geval te worden neergelegd in een gedagtekend en door beide partners ondertekend schriftelijk stuk.

Artikel 2.3.3.11

Indien de partners voor het aangaan of tijdens het bestaan van het geregistreerd partnerschap het toepasselijke recht niet of niet rechtsgeldig

hebben aangewezen, wordt het vermogensregime van een geregistreerd partnerschap dat buiten Nederland is aangegaan beheerst door het recht, met inbegrip van het internationaal privaatrecht, van de staat waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan.

Artikel 2.3.3.12

De artikelen 2.3.2.11 en 2.3.2.12 zijn van overeenkomstige toepassing ten aanzien van partners die een geregistreerd partnerschap in het buitenland zijn aangegaan.

Artikel 2.3.3.13

Of een partner bij de beëindiging met wederzijds goedvinden of door ontbinding van het geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan recht heeft op een gedeelte van de door de andere partner opgebouwde pensioenrechten, wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op het partnerschapsvermogensregime, behoudens het bepaalde in artikel 1, zevende lid, van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding.

Onderafdeling 4

Beëindiging van het geregistreerd partnerschap in Nederland

Artikel 2.3.3.14

1. Of een geregistreerd partnerschap dat in het buitenland is aangegaan met wederzijds goedvinden kan worden beëindigd of kan worden ontbonden en op welke gronden wordt beheerst door het Nederlandse recht.
2. In afwijking van het bepaalde in het eerste lid wordt het recht van de staat waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan toegepast indien in de door partners gesloten overeenkomst omtrent de beëindiging met wederzijds goedvinden van het geregistreerd partnerschap gezamenlijk een keuze voor dit recht is gedaan.
3. Ten aanzien van de beëindiging door ontbinding wordt in afwijking van het bepaalde in het eerste lid het recht van de staat waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan toegepast indien in het geding:
 - a. door de partners gezamenlijk een keuze voor dit recht is gedaan of een dergelijke keuze door een van de partners onweersproken is gebleven; of
 - b. door een van de partners een keuze voor dit recht is gedaan en beide partners een werkelijke maatschappelijke band met het land waar het geregistreerd partnerschap is aangegaan hebben.
4. Het Nederlandse recht bepaalt de wijze waarop ontbinding van het in het buitenland aangegane geregistreerd partnerschap geschiedt.

Onderafdeling 5 Levensonderhoud

Artikel 2.3.3.15

Ten aanzien van een geregistreerd partnerschap dat buiten Nederland is aangegaan wordt het recht dat van toepassing is op verplichtingen tot levensonderhoud gedurende een geregistreerd partnerschap en na beëindiging met wederzijds goedvinden of ontbinding van het geregistreerd partnerschap bepaald door het op 2 oktober 1973 te 's-Gravenhage tot stand gekomen verdrag inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen, Trb. 1974,86.

Afdeling 4

Erkenning van een buiten het Koninkrijk verkregen ontbinding en de beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden buiten het Koninkrijk

Artikel 2.3.4

1. Een buiten het Koninkrijk tot stand gekomen beëindiging met wederzijds goedvinden van het geregistreerd partnerschap wordt erkend indien zij aldaar rechtsgeldig tot stand is gebracht.
2. Een buiten het Koninkrijk na een behoorlijke rechtspleging verkregen ontbinding van het geregistreerd partnerschap wordt in Nederland erkend, indien zij is tot stand gekomen door de beslissing van een rechter of andere autoriteit aan wie daartoe rechtsmacht toekwam.
3. Een buiten het Koninkrijk verkregen ontbinding van het geregistreerd partnerschap, die niet voldoet aan een of meer voorwaarden in het vorige lid gesteld, wordt toch in Nederland erkend, indien duidelijk blijkt dat de wederpartij in de buitenlandse procedure uitdrukkelijk of stilzwijgend hetzij tijdens die procedure heeft ingestemd met, hetzij zich na die procedure heeft neergelegd bij de ontbinding.

Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 en tot wijziging, wat betreft onderhoudsverplichtingen, van Verordening (EG) nr. 44/2001

(Ingediend door de Commissie, Brussel, 3.5.2002 COM(2002) 222 definitief)

TOELICHTING

1. ACHTERGROND

Dit voorstel vormt een onderdeel van de werkzaamheden die in de Europese Gemeenschap aan de gang zijn met het oog op de totstandbrenging van een werkelijke justitiële ruimte op grond van het beginsel van de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen.¹

De rechtsgrondslag van het voorstel wordt gevormd door artikel 61, onder c), en artikel 67, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap. Volgens artikel 61, onder c), en artikel 65 van het Verdrag neemt de Gemeenschap maatregelen aan op het gebied van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen, voorzover dit nodig is voor de goede werking van de interne markt. Tot deze maatregelen behoren de verbetering en vereenvoudiging van de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke zaken en handelszaken. Het basisinstrument op dit gebied is Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad, die echter niet van toepassing is op bepaalde duidelijk omschreven aangelegenheden, waaronder de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht en testamenten en erfenissen.²

Op het gebied van het familierecht geeft Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad regels betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen betreffende echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk, alsook van beslissingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid voor de gemeenschappelijke kinderen, die bij dezelfde gelegenheid worden gegeven.³ Verordening (EG) nr. 1347/2000 was het eerste communautaire instrument dat op het gebied van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken werd aangenomen, en vormt een belangrijke eerste stap op de weg naar de wederzijdse erkenning van beslissingen op het gebied van het familierecht. De verordening is op 1 maart 2001 in werking getreden.

¹ Conclusies van de Europese Raad van Tampere, punt 33.

² Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PB L 12 van 16.1.2001, blz. 1, artikel 1, lid 2, onder a).

³ Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, PB L 160 van 30.6.2000, blz. 19.

Voortbouwend op Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad, heeft Frankrijk op 3 juli 2000 een initiatief ingediend dat tot doel heeft het exequatur af te schaffen voor het gedeelte van de beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid dat betrekking heeft op het omgangsrecht ("Frans initiatief betreffende het omgangsrecht").⁴ Aan de afschaffing van het exequatur werd de waarborg verbonden dat het kind na afloop van de periode van uitoefening van het omgangsrecht automatisch wordt teruggezonden, terwijl de draagwijdte van het initiatief werd omschreven onder verwijzing naar Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

De Raad Justitie en Binnenlandse Zaken heeft tijdens zijn vergadering op 30 november 2000 een programma tot regeling van de toekomstige werkzaamheden inzake de wederzijdse erkenning van beslissingen op vier actieterreinen aangenomen, met als uiteindelijk doel de afschaffing van het exequatur voor alle beslissingen.⁵ Wat terrein 2 betreft, is het programma op Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad gebaseerd en voorziet het tijdens de eerste etappe in de uitbreiding van het toepassingsgebied van deze verordening buiten het kader van de echtscheiding en in de afschaffing van het exequatur met betrekking tot het omgangsrecht. De Raad is bij dezelfde gelegenheid tot de conclusie gekomen dat, parallel met de uitbreiding van het toepassingsgebied van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad, de werkzaamheden met betrekking tot het Frans initiatief betreffende het omgangsrecht moeten worden voortgezet, teneinde de gelijke behandeling van alle kinderen te waarborgen.

Op 6 september 2001 heeft de Commissie een voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid ("voorstel van de Commissie betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid") ingediend.⁶ Het voorstel breidt de regels inzake erkenning en tenuitvoerlegging van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad uit tot alle beslissingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, op grond van gemeenschappelijke bevoegdheidsregels en een nauwere samenwerking tussen de autoriteiten. De fundamentele bevoegdheidsgrond is de gewone verblijfplaats van het kind. Het voorstel behandelt uitdrukkelijk het probleem van de ontvoering van kinderen, door middel van bevoegdheidsregels en bepalingen inzake de terugzending van het kind.

⁴ Initiatief van de Franse Republiek met het oog op de aanneming van een verordening van de Raad inzake de wederzijdse tenuitvoerlegging van beslissingen betreffende het omgangsrecht, PB C 234 van 15.8.2000, blz. 7.

⁵ Programma van maatregelen voor de uitvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, PB C 12 van 15.1.2001, blz. 1. Het programma heeft betrekking op de volgende vier actieterreinen: i) Brussel I; ii) Brussel II en uit andere verhoudingen dan het huwelijk ontstane gezinssituaties; iii) het huwelijksgoederenrecht en de vermogensrechtelijke gevolgen van de scheiding van niet-gehuwde paren; en iv) testamenten en erfenissen. Aan het einde van de derde (en laatste) etappe van het programma zal het exequatur op alle vier deze terreinen zijn afgeschaft.

⁶ Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, PB C 332 E van 27.11.2001, blz. 269. Dit voorstel is gebaseerd op een op 27 maart 2000 voorgelegd werkdocument en een op 27 juni 2001 gehouden hoorzitting.

Tevens heeft de Commissie, met het oog op de regeling van internationale situaties, op 20 november 2001 een voorstel ingediend voor een beschikking van de Raad waarbij de lidstaten worden gemachtigd het Verdrag van Den Haag van 1996 te ondertekenen.⁷

Tijdens de daaropvolgende besprekingen in de Raad werd gewezen op de noodzaak het voorstel van de Commissie betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid en het Frans initiatief betreffende het omgangsrecht in één enkel instrument samen te voegen. Bovendien werd tijdens de informele bijeenkomst van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken op 14 en 15 februari 2002 de aanzet gegeven tot een mogelijke oplossing voor het moeilijke probleem van de terugzending van ontvoerde kinderen. Deze oplossing zou erin bestaan dat de definitieve beslissingsbevoegdheid bij de lidstaat van de gewone verblijfplaats van het kind berust, terwijl de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, slechts voorlopige maatregelen ter bescherming van het kind kan nemen.

In het licht van deze besprekingen heeft het Europees Parlement er de voorkeur aan gegeven op dit voorstel te wachten, alvorens zijn advies uit te brengen. Aangezien de bepalingen van het voorstel integraal in het onderhavige voorstel worden overgenomen, is eerstgenoemd voorstel nu overbodig geworden en zal het door de Commissie volgens de gewone procedure formeel worden ingetrokken.

De Commissie dient bijgevolg thans een nieuw voorstel in waarin Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad, het voorstel van de Commissie betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid en het Frans initiatief betreffende het omgangsrecht worden samengevoegd. Het voorstel bestaat uit twee elementen. Ten eerste neemt het de bepalingen inzake echtscheiding van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad ongewijzigd over. Ten tweede voegt het de bepalingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad, het voorstel van de Commissie betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid en het Frans initiatief betreffende het omgangsrecht tot een volledig stel regels inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid samen. Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad, waarvan de bepalingen integraal in het onderhavige voorstel worden overgenomen, wordt derhalve ingetrokken.

De Commissie heeft voor één enkel instrument betreffende echtscheiding en ouderlijke verantwoordelijkheid gekozen, teneinde het werk van rechters en praktici te vergemakkelijken wanneer zij, zoals vaak het geval is, in het kader van procedures over huwelijkszaken vragen over de ouderlijke verantwoordelijkheid te behandelen krijgen. Het alternatief zou erin bestaan slechts de bepalingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid in Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad te schrappen en ze samen te voegen met het voorstel van de Commissie betreffende de ouderlijke

⁷ Voorstel voor een beschikking van de Raad waarbij de lidstaten worden gemachtigd in het belang van de Europese Gemeenschap het Verdrag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen (het Verdrag van 's-Gravenhage van 1996) te ondertekenen, COM(2001)680 def. van 20.11.2001.

verantwoordelijkheid en het Frans initiatief inzake het omgangsrecht. Het eindresultaat zouden twee afzonderlijke instrumenten zijn geweest die aanverwante materies zouden hebben geregeld, één betreffende echtscheiding en één betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, waarvan de eerste een bestaand instrument zou zijn geweest, namelijk Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad, maar met de helft van de bepalingen ervan geschrapt. Dit alternatief werd niet bevredigend geacht, noch met het oog op een gemakkelijker toepassing van het recht door rechters en practici, noch ter bevordering van de vereenvoudiging en samenhang van de communautaire regelgeving.

2. DOELSTELLING

Doel van het voorstel is de erkenning en tenuitvoerlegging in de Gemeenschap, op grond van gemeenschappelijke bevoegdheidsregels, van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid. Wat huwelijkszaken betreft, worden de desbetreffende bepalingen van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad overgenomen.

Wat de ouderlijke verantwoordelijkheid betreft, wordt een nieuw stel regels voorgesteld, gebaseerd op de bestaande regels van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid in het kader van echtscheidingsprocedures, waarin tevens de twee ter discussie staande voorstellen worden samengevoegd.

De Europese Raad van Tampere in oktober 1999 heeft het omgangsrecht als een prioriteit op het gebied van de justitiële samenwerking aangemerkt.⁸ Dit is een reactie op een reële sociale noodzaak. Nu mensen meer en meer tussen lidstaten verhuizen, gezinnen uiteenvallen en nieuwe gezinsrelaties worden aangegaan, hebben kinderen behoefte aan een rechtskader dat hun de zekerheid biedt dat zij betrekkingen kunnen blijven onderhouden met diegenen die de ouderlijke verantwoordelijkheid voor hen dragen en die nu misschien in verschillende lidstaten wonen.

De doelstelling van het communautaire optreden op dit gebied bestaat erin zo goed mogelijk de belangen van het kind te beschermen. Dit betekent inzonderheid dat concreet uitvoering moet worden gegeven aan het fundamentele recht van het kind om contacten met zijn of haar beide ouders te onderhouden, neergelegd in artikel 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Te dien einde stelt de Commissie nu voor:

het beginsel van de wederzijdse erkenning uit te breiden tot alle beslissingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid (dit komt overeen met het voorstel van de Commissie betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid);

⁸ Conclusies van de Europese Raad van Tampere, punt 34.

het exequatur af te schaffen met betrekking tot het omgangsrecht (dit komt overeen met het Frans initiatief betreffende het omgangsrecht);⁹ en een oplossing voor de terugzending van ontvoerde kinderen uit te werken, in die zin dat de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, bij wege van voorlopige beschermende maatregel zou kunnen besluiten het kind niet terug te zenden, maar dat besluit terzijde zou kunnen worden gesteld door een beslissing betreffende het gezag, gegeven door een rechterlijke instantie van de lidstaat van de gewone verblijfplaats van het kind. Zou deze laatste beslissing de terugzending van het kind met zich brengen, dan zou die terugzending bovendien moeten geschieden zonder dat voor de erkenning en tenuitvoerlegging van die beslissing in de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, enigerlei bijzondere procedure vereist is.

Het voorstel is dan ook gebaseerd op Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad, ter voltooiing van de eerste etappe van het programma inzake wederzijdse erkenning op terrein 2, waarvan het einddoel de afschaffing van het exequatur voor alle beslissingen blijft.

Het voorstel gaat niet verder dan wat nodig is ter verwezenlijking van de doelstelling de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid te vereenvoudigen, en is dus in overeenstemming met de in artikel 5 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap neergelegde beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.

3. ARTIKELSGEWIJZE COMMENTAAR

De kern van het voorstel wordt gevormd door de hoofdstukken II en IV, waarin de regels betreffende de bevoegdheid respectievelijk de erkenning en tenuitvoerlegging zijn ondergebracht, en hoofdstuk III, waarin een oplossing voor het probleem van de ontvoering van kinderen is uitgewerkt.

Hoofdstuk I – Toepassingsgebied, definities en grondbeginselen

Artikel 1 – Toepassingsgebied

Door de band met huwelijkszaken te verbreken breidt het voorstel het toepassingsgebied van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad uit tot alle burgerlijke procedures betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid. Procedures betreffende onderhoudsverplichtingen zijn echter van het toepassingsgebied van het voorstel uitgesloten, omdat deze reeds onder Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad vallen, dat in een meer geavanceerd stelsel van erkenning en tenuitvoerlegging voorziet.

Bovendien blijkt er in sommige lidstaten een duidelijke scheiding te bestaan tussen strafrechtelijke maatregelen en daaropvolgende burgerrechtelijke beschermingsmaatregelen, zoals de plaatsing van het kind in een instelling.

⁹ Tegelijkertijd stelt de Commissie voor voor bepaalde beslissingen op het gebied van het handelsrecht het exequatur af te schaffen door middel van de invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen.

Bijgevolg wordt ook in dit verband in een uitsluiting van het toepassingsgebied van het voorstel voorzien, teneinde duidelijk te maken dat het de lidstaat die de strafrechtelijke maatregelen neemt, door deze verordening niet wordt verhinderd zijn bevoegdheid uit te oefenen om ook de vereiste burgerrechtelijke maatregelen te nemen.

De term "burgerlijke procedures" omvat niet alleen gerechtelijke maar ook administratieve procedures, voorzover de nationale wetgeving daarin voorziet.

Dit artikel komt overeen met artikel 1, leden 1 en 2, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 2 – Definities

Rechterlijke instantie en beslissing

De definities van de termen "rechterlijke instantie" en "beslissing" komen overeen met artikel 1, lid 2, respectievelijk artikel 13, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Lidstaat

Het voorstel is niet van toepassing op Denemarken, overeenkomstig het Protocol betreffende de positie van Denemarken, gevoegd bij het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.

Het Verenigd Koninkrijk en Ierland zijn aan Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad gebonden. Zij hebben ook reeds de wens te kennen gegeven deel te nemen aan de aanneming en toepassing van het Frans initiatief betreffende het omgangsrecht en het voorstel van de Commissie betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, overeenkomstig het Protocol betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, gevoegd bij het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.

Lidstaat van herkomst en aangezochte lidstaat

De termen "lidstaat van herkomst" en "aangezochte lidstaat" worden gebruikt om de lectuur te vergemakkelijken.

Ouderlijke verantwoordelijkheid

Er wordt een algemene definitie van de term "ouderlijke verantwoordelijkheid" gegeven. Het gaat om een brede definitie, omdat de Commissie het van belang acht niet tussen kinderen te discrimineren door bepaalde maatregelen uit te sluiten en aldus bepaalde kinderen en situaties buiten het toepassingsgebied van de verordening te laten.

De term heeft bijgevolg zowel betrekking op de persoon als op het vermogen van het kind, en een persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, kan ofwel een natuurlijke persoon, ofwel een rechtspersoon zijn. De betrokken rechten en verplichtingen kunnen worden verkregen c.q. opgelegd ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst. Voorts wordt nader bepaald dat de term de gezagsrechten en het omgangsrecht omvat.

Persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt

De term "persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt" wordt gebruikt om de lectuur te vergemakkelijken.

Gezagsrechten

In tegenstelling tot wat gebruikelijk is, wordt de term "gezagsrechten" ruim gedefinieerd, zodat hij elk recht van inspraak bij het bepalen van de verblijfplaats van het kind omvat. De definitie sluit in feite nauw aan bij artikel 5 van het Haags Verdrag van 1980,¹⁰ met dien verstande dat in plaats van de uitdrukking "beslissen over" de uitdrukking "inspraak bij het bepalen van" wordt gebruikt, hetgeen beter in overeenstemming is met de op voornoemd verdrag gebaseerde rechtspraak.

De term wordt vervolgens gebruikt in de definitie van ontvoering van kinderen, die op een inbreuk op de gezagsrechten is gebaseerd.

Gezagsrechten

Deze definitie komt overeen met die in artikel 5 van het Haags Verdrag van 1980.

Ontvoering van een kind

Deze definitie komt overeen met die in artikel 3 van het Haags Verdrag van 1980. Dit impliceert dat, om te bepalen of er sprake is van ontvoering van een kind, direct rekening moet worden gehouden met de wetgeving van of een beslissing gegeven in de lidstaat van de gewone verblijfplaats van het kind.

Artikel 3 – Recht van het kind op contact met beide ouders

Dit artikel en het volgende introduceren in het voorstel twee fundamentele rechten van het kind die vervat liggen in artikel 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat op zijn beurt is geïnspireerd door het UNO-Verdrag inzake de rechten van het kind.

Het recht van het kind om contacten met beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn of haar belangen indruist, geldt als leidend beginsel voor alle beslissingen betreffende de gezagsrechten en het omgangsrecht.

¹⁰ XXVIII. Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen (gesloten op 25 oktober 1980). Het verdrag is in alle lidstaten van kracht.

Artikel 4 – Recht van het kind om te worden gehoord

Het recht van het kind om te worden gehoord wordt een essentieel procedureel vereiste waaraan moet zijn voldaan alvorens het *exequatur* met betrekking tot het omgangsrecht en de terugzending van het kind kan worden afgeschaft.

Voor het horen van het kind kan gebruik worden gemaakt van de regeling van Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad.¹¹

Hoofdstuk II – Bevoegdheid

Afdeling 1 – Echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk

De bepalingen van deze afdeling komen overeen met de bepalingen betreffende echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk in hoofdstuk II, afdeling 1, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 5 – Algemene bevoegdheid

Dit artikel komt overeen met artikel 2 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 6 – Wedereis

Dit artikel komt overeen met artikel 5 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 7 – Omzetting van scheiding van tafel en bed in echtscheiding

Dit artikel komt overeen met artikel 6 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 8 – Exclusieve aard van de bevoegdheden op grond van de artikelen 5, 6 en 7

Dit artikel komt overeen met artikel 7 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 9 – Residuele bevoegdheid

Dit artikel komt overeen met artikel 8 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

¹¹ Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, PB L 174 van 27.6.2001, blz. 1.

Afdeling 2 – Ouderlijke verantwoordelijkheid

Het voorstel voert een sluitend stelsel van bevoegdheidsgronden voor beslissingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid in, met het doel jurisdictiegeschillen te voorkomen. De desbetreffende regels zijn in ruime mate geïnspireerd door de overeenkomstige regels van het Haags Verdrag van 1996.¹²

De fundamentele bevoegdheidsgrond, namelijk de gewone verblijfplaats van het kind (artikel 10), heeft geen absolute gelding. Er kan van worden afgeweken in bepaalde gevallen van (wettige of onwettige) wijziging van de verblijfplaats van het kind of krachtens een overeenkomst tussen de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen (artikelen 11, 12 en 21). Er wordt ook voorzien in een regeling die voor flexibiliteit zorgt (artikel 15). Doel is in alle gevallen tot een toekenning van bevoegdheid te komen die in het belang van het kind is.

De hier besproken regels zijn van toepassing ongeacht of de gewone verblijfplaats van het kind zich in of buiten de Gemeenschap bevindt. Zou de Gemeenschap echter besluiten dat het Haags Verdrag van 1996 door de lidstaten wordt geratificeerd, dan zouden de bevoegdheidsregels van dat verdrag voorrang hebben boven de communautaire regels, indien het kind niet in de Gemeenschap verblijft, maar in een staat die partij bij dat verdrag is en die geen lidstaat van de Gemeenschap is.

Artikel 10 – Algemene bevoegdheid

Evenals in het Haags Verdrag van 1996 berust de bevoegdheid in de eerste plaats op de gewone verblijfplaats van het kind. Dit betekent dat in geval van wijziging van de gewone verblijfplaats van een kind de rechterlijke instanties van de lidstaat van zijn of haar nieuwe gewone verblijfplaats bevoegd zijn. In overeenstemming met de gevestigde praktijk van de Haagse Conferentie, waar het concept "gewone verblijfplaats" is ontwikkeld, wordt de term niet gedefinieerd. Het gaat integendeel om een feitelijk element, van geval tot geval door de rechter te beoordelen.

Artikel 11 – Voortgezette bevoegdheid van de lidstaat van de vorige verblijfplaats van het kind

Dit artikel is van toepassing in bepaalde gevallen van verhuizing, d.w.z. van wettige wijziging van de verblijfplaats van een kind. Het zorgt ervoor dat de lidstaat van de vorige verblijfplaats van het kind een zekere tijd bevoegd blijft. De voorwaarden waaraan moet zijn voldaan opdat er sprake zou zijn van een voortgezette bevoegdheid van de rechterlijke instanties van de lidstaat van de vorige verblijfplaats van het kind die reeds een beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid hebben gegeven, zijn dat het kind slechts recentelijk naar zijn of haar nieuwe verblijfplaats is verhuisd, terwijl een van de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen,

¹² XXXIV. Verdrag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen (gesloten op 19 oktober 1996).

zijn of haar verblijfplaats in de lidstaat van de vorige verblijfplaats van het kind behoudt. Het is dus de rechterlijke instantie die zich het dichtst bij het kind bevindt, die haar eerdere beslissing wijzigt om met de verhuizing van het kind rekening te houden. Dit zorgt voor een zekere continuïteit, zonder dat evenwel aan de definitie van de term "gewone verblijfplaats" wordt geraakt.

Lid 3 bepaalt dat het feit dat iemand voor een rechterlijke instantie verschijnt zonder de bedoeling de bevoegdheid van die instantie te betwisten, niet automatisch impliceert dat hij of zij de bevoegdheid van die rechterlijke instantie heeft aanvaard. Het is in familiezaken belangrijk dat de rechter in dit verband over een zekere beslissingsruimte beschikt.

Artikel 12 – Uitbreiding van rechtsmacht

Dit artikel heeft betrekking op twee gevallen.

Ten eerste kunnen de echtgenoten ermee instemmen dat de rechterlijke instantie die de echtscheiding behandelt, ook bevoegd is om over de ouderlijke verantwoordelijkheid voor hun gemeenschappelijke kinderen te beslissen. De leden 1 en 3 komen overeen met artikel 3, leden 2 en 3, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Ten tweede kunnen volgens lid 2 alle personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, overeenkomen de zaak aanhangig te maken bij de rechterlijke instanties van een lidstaat waarmee het kind een nauwe band heeft. Een dergelijke band kan bijvoorbeeld zijn gebaseerd op de gewone verblijfplaats van een van de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, of op de nationaliteit van het kind. Deze regeling heeft tot doel overeenstemming te bevorderen, zij het slechts over de vraag welke rechterlijke instantie van de zaak kennis moet nemen, en ook om ten behoeve van de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, voor een zekere flexibiliteit te zorgen, terwijl de geadieerde rechterlijke instantie moet vaststellen dat het in het belang van het kind is dat zij zich bevoegd verklaart.

Lid 4 is identiek met lid 3 van artikel 11.

Artikel 13 – Bevoegdheid op grond van de plaats waar het kind zich bevindt

Lid 1 bepaalt dat, wanneer de gewone verblijfplaats van een kind niet kan worden vastgesteld, de lidstaat waar het kind zich bevindt, zich bevoegd moet verklaren.

Lid 2 bepaalt dat ook ten aanzien van vluchtelingenkinderen de lidstaat waar het kind zich bevindt, bevoegd is.

Dit artikel is subsidiair ten opzichte van de bevoegdheidsgronden in de voorgaande artikelen.

Artikel 14 – Residuele bevoegdheid

Dit artikel voorziet in de residuele toepassing van de nationale regels inzake wetsconflicten voor het geval dat geen enkele rechterlijke instantie van een lidstaat op grond van de artikelen 10 tot en met 13 en artikel 21 bevoegd is. Voor een op deze residuele bevoegdheid gebaseerde beslissing gelden dus de regels van dit voorstel betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging ervan in alle andere lidstaten.

Artikel 15 – Verwijzing naar een rechterlijke instanties die beter in staat is de zaak te behandelen

De bevoegdheidsregels in deze afdeling zijn zodanig opgezet dat een sluitend, rationeel stelsel wordt ingevoerd dat in het belang van het kind is. Er kunnen zich echter (zij het in uitzonderlijke gevallen) situaties voordoen waarin de rechterlijke instanties van een andere lidstaat beter in staat zijn van de zaak kennis te nemen. Daarom is in de tekst een bepaling ingeschreven die de verwijzing van een zaak mogelijk maakt, als erkenning en ter bevordering van het wederzijds vertrouwen dat op het gebied van de justitiële samenwerking tussen de lidstaten groeit. Het Haags Verdrag van 1996 voorziet in een soortgelijke verwijzingsregeling.

Het hier voorgestelde stelsel is echter vaster omljnd. Er wordt de nadruk op gelegd dat dit artikel slechts in uitzonderlijke omstandigheden mag worden toegepast. De band die wordt vereist met de lidstaat waarnaar de zaak kan worden verwezen, is gebaseerd op het feit dat het kind zijn of haar vroegere verblijfplaats in die lidstaat had, dat het kind de nationaliteit van die lidstaat bezit, dat een van de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen zijn of haar gewone verblijfplaats in die lidstaat heeft of dat zich vermogensbestanddelen van het kind in die lidstaat bevinden. Bovendien kan een dergelijke verwijzing slechts geschieden op verzoek van een persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, en kan de rechterlijke instantie bijgevolg niet ambtshalve daartoe beslissen. Een bijkomende garantie is dat zowel de rechterlijke instantie die de verwijzing voorstelt als de rechterlijke instantie die de verwijzing aanvaardt, van oordeel moeten zijn dat dit in het belang van het kind is.

Voor de toepassing van dit artikel dragen de centrale autoriteiten ertoe bij de communicatie tussen de rechterlijke instanties te vergemakkelijken. In een later stadium kan aan een regeling van directe verwijzing tussen rechterlijke instanties worden gedacht. Vooralsnog moet de zaak echter volgens de gebruikelijke procedure bij laatstgenoemde rechterlijke instantie aanhangig worden gemaakt.

Afdeling 3 – Gemeenschappelijke bepalingen

Artikel 16 – Aanhangigmaking van een zaak bij een rechterlijke instantie

Dit artikel komt overeen met artikel 11, lid 4, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 17 – Toetsing van de bevoegdheid

Dit artikel komt overeen met artikel 9 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 18 – Toetsing van de ontvankelijkheid

Dit artikel komt overeen met artikel 10 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 19 – Aanhangigheid en onderling afhankelijke vorderingen

Dit artikel voorziet in dezelfde regeling als artikel 11, leden 1, 2 en 3, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad: de rechterlijke instantie waarbij de zaak het laatst aanhangig wordt gemaakt, verklaart zich onbevoegd en laat de behandeling van de zaak over aan de rechterlijke instantie waarbij ze het eerst aanhangig is gemaakt.

In het geval van zaken betreffende echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk vindt deze regeling toepassing, wanneer de partijen dezelfde zijn. Dit komt overeen met artikel 11, leden 1 en 2, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

In het geval van zaken betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid vindt deze regeling toepassing, wanneer naar aanleiding daarvan vragen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid voor hetzelfde kind aan de orde komen. Verwacht wordt dat hiervan zelden gebruik zal worden gemaakt, omdat de bevoegdheidsregeling inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid niet in alternatieve bevoegdheidsgronden voorziet.

Artikel 20 – Voorlopige en bewarende maatregelen

Dit artikel sluit nauw aan bij artikel 12 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad. In spoedeisende gevallen moeten de rechterlijke instanties van de lidstaat waar het kind zich bevindt of waar zich vermogensbestanddelen van het kind bevinden, de maatregelen kunnen nemen die noodzakelijk zijn om de persoon of het vermogen van het kind te beschermen.

Voorts bepaalt lid 2 dat dergelijke maatregelen ophouden van toepassing te zijn, zodra de rechterlijke instanties die in de betrokken zaak ten gronde bevoegd zijn, een beslissing hebben gegeven.

Voor gevallen van ontvoering van kinderen voorziet hoofdstuk III in een andere regeling met het oog op de voorlopige bescherming van het kind.

Hoofdstuk III – Ontvoering van kinderen

Het feit dat in geval van wijziging van de gewone verblijfplaats van het kind de bevoegdheid automatisch mee overgaat, brengt het risico met zich dat door middel van onwettige handelingen artificiële bevoegdheidsbanden worden gecreëerd met de bedoeling het gezag over een kind te verkrijgen.

Op internationaal niveau beoogt het Haags Verdrag van 1980 het herstel in de vorige toestand door de staat waarnaar een kind is ontvoerd, te verplichten het onmiddellijk terug te zenden. Het verdrag voorziet in een specifieke actie in rechte, maar niet in gemeenschappelijke regels inzake de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging. Deze laatste regels worden voorgesteld in het Haags Verdrag van 1996, dat niettemin voorrang geeft aan het Haags Verdrag van 1980. Uiteindelijk maken beide verdragen onder bepaalde omstandigheden een overgang van bevoegdheid mogelijk naar de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, zodra een rechterlijke instantie in die staat heeft beslist het kind niet terug te zenden.

De in dit hoofdstuk voorgestelde oplossing is gebaseerd op een niveau van wederzijds vertrouwen dat inherent is aan een gemeenschappelijke justitiële ruimte, en zal naar verwachting een afschrikkende werking hebben, in die zin dat het niet langer mogelijk zal zijn door middel van onwettige handelingen de bevoegdheid naar een andere rechterlijke instantie te doen overgaan. De lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, zal bijgevolg slechts bij wege van voorlopige maatregel kunnen beslissen het kind niet terug te zenden, welke beslissing dan weer ongedaan zal kunnen worden gemaakt door een beslissing betreffende het gezag, gegeven in de lidstaat van de gewone verblijfplaats van het kind. Anders dan bij de Haagse verdragen, zal slechts op grond van deze laatste beslissing de bevoegdheid overgaan.

De oplossing berust op actieve samenwerking tussen de centrale autoriteiten, die procedures moeten instellen en elkaar van alle fasen van het proces op de hoogte moeten houden. Voor het horen van het kind kan gebruik worden gemaakt van de regeling van Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad.

Aangezien voor gevallen van ontvoering van kinderen een specifiek communautaire oplossing is uitgewerkt, is artikel 4 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad niet in het voorstel overgenomen. In plaats daarvan is het Haags Verdrag van 1980 nu opgenomen in de lijst in artikel 63 van verdragen waarboven de verordening in de betrekkingen tussen de lidstaten voorrang heeft.

Artikel 21 – Bevoegdheid

Lid 1 bepaalt dat de wijziging van de gewone verblijfplaats van een kind ten gevolge van ontvoering in de regel niet met zich mag brengen dat de bevoegdheid overgaat naar de rechterlijke instanties van de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd.

Als uitzondering op lid 1 wordt in lid 2 erkend dat het in bepaalde gevallen legitiem kan zijn dat de feitelijke situatie die door de onwettige handeling van de ontvoering van een kind ontstaat, een overgang van bevoegdheid als rechtsgevolg heeft. Te dien einde moet een evenwicht tot stand worden gebracht tussen twee doelstellingen, namelijk enerzijds ervoor te zorgen dat de rechterlijke instantie die zich nu het dichtst bij het kind bevindt, bevoegd is, en anderzijds te voorkomen dat de ontvoerder de vruchten plukt van zijn of haar onwettige handeling.

In artikel 7 van het Haags Verdrag van 1996 berust dit evenwicht op het feit dat voldoende tijd is verstreken en dat geen binnen de periode van één jaar ingediend verzoek om terugzending meer aanhangig is. Dit betekent ofwel dat geen verzoek om terugzending is ingediend, ofwel dat de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, met toepassing van een van de uitzonderingen op de terugzending waarin het Haags Verdrag van 1980 voorziet, heeft beslist dat er gegronde redenen bestaan om het kind niet terug te zenden.

Terwijl volgens voornoemd verdrag een overgang van bevoegdheid mogelijk is op grond van een beslissing, gegeven in de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, zal volgens het onderhavige voorstel een overgang van bevoegdheid slechts mogelijk zijn, indien de rechterlijke instanties van de lidstaat van de gewone verblijfplaats van het kind onmiddellijk voordat het kind werd meegenomen of niet teruggezonden, een beslissing betreffende het gezag hebben gegeven die niet de terugzending van het kind met zich brengt, of geen beslissing hebben gegeven binnen een jaar nadat de zaak bij hen aanhangig is gemaakt.

Artikel 22 – Terugzending van het kind

Dit artikel legt de centrale autoriteit van de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, de verplichting op binnen een strikte termijn op te treden. Het kind moet worden teruggezonden binnen een maand nadat is vastgesteld waar het zich bevindt, tenzij een verzoek om een beschermende maatregel is ingediend en nog steeds aanhangig is. De enige manier om te bereiken dat tot niet-terugzending van het kind wordt beslist, is bijgevolg de indiening bij de rechterlijke instanties van een verzoek om een beschermende maatregel binnen een maand nadat is vastgesteld waar het kind zich bevindt. Een dergelijk verzoek kan hetzij door een persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, hetzij door een autoriteit worden ingediend. Een en ander mag een persoon die gezagsrechten bezit, niet beletten langs andere wegen te verkrijgen dat het kind wordt teruggezonden, bijvoorbeeld door de tenuitvoerlegging van een bestaande beslissing betreffende het gezag te vorderen.

Artikel 23 – Niet-terugzending van het kind bij wege van voorlopige beschermende maatregel

De enige gronden waarop bij wege van beschermende maatregel kan worden beslist het kind niet terug te zenden, zijn het feit dat het in geval van terugzending een ernstig risico zou lopen of dat het zich tegen zijn of haar

terugzending verzet. Dit komt overeen met de uitzonderingen op de terugzending waarin artikel 13 van het Haags Verdrag van 1980 voorziet. Wat betreft artikel 13, lid 1, onder a), van dit verdrag, waarin sprake is van de niet-daadwerkelijke uitoefening van gezagsrechten en van toestemming of latere berusting, zal in deze gevallen overeenkomstig de definitie in artikel 2 het meenemen of niet terugzenden van het kind niet als ontvoering van een kind worden beschouwd.

Het verschil met het Haags Verdrag van 1980 is echter hierin gelegen, dat bedoelde maatregel een voorlopig karakter heeft. Van het grootste belang is de bepaling in lid 3 dat deze maatregel ongedaan zal worden gemaakt door een beslissing betreffende het gezag, gegeven in de lidstaat waar het kind onmiddellijk voordat het werd meegenomen of niet teruggezonden, zijn of haar gewone verblijfplaats had.

Artikel 24 – Beslissing betreffende het gezag

In dit artikel ligt het grondbeginsel vevat dat de beslissing betreffende het gezag waarbij wordt bepaald waar het kind moet wonen, dient te worden genomen door de rechterlijke instanties van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voordat het werd meegenomen of niet teruggezonden, zijn of haar gewone verblijfplaats had.

Bovendien wordt aan de centrale autoriteit van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voordat het werd meegenomen of niet teruggezonden, zijn of haar gewone verblijfplaats had, de verplichting opgelegd zich te dien einde tot de rechterlijke instanties te wenden. Elke persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, beschikt over dezelfde mogelijkheid. Zouden alle personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, uitdrukkelijk in de nieuwe feitelijke situatie berusten, dan zou er vanzelfsprekend niet langer sprake zijn van ontvoering van een kind en zou de centrale autoriteit niet verplicht zijn zich ter verkrijging van een eindbeslissing tot de rechterlijke instanties te wenden.

Het kind moet tijdens de procedure worden gehoord. Hiertoe kan gebruik worden gemaakt van de bepalingen van Verordening nr. 1206/2001 van de Raad.

Van het grootste belang is de bepaling in lid 5 dat, indien de beslissing betreffende het gezag de terugzending van het kind met zich brengt, deze beslissing in de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, moet worden erkend en ten uitvoer gelegd zonder dat daartoe enigerlei bijzondere procedure vereist is. Beklemtoond wordt dat voor de beslissing betreffende het gezag met het enkele doel het kind terug te zenden, het exequatur wordt afgeschaft. De bepalingen van hoofdstuk IV, afdeling 3, zijn in dit verband van toepassing.

Artikel 25 – Kosten

Dit artikel bepaalt dat de centrale autoriteiten de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, kosteloos moeten bijstaan en dat de

rechterlijke instanties een ontvoerder kunnen veroordelen tot betaling van de kosten voor de opspring en terugzending van het kind.

Hoofdstuk IV – Erkenning en tenuitvoerlegging

Afdeling 1 - Erkenning

De bepalingen van deze afdeling komen overeen met die van hoofdstuk III, afdeling 1, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 16 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad, betreffende overeenkomsten met derde landen, behoefde niet in dit voorstel te worden overgenomen. Voor bestaande overeenkomsten geldt immers reeds de bescherming van artikel 307 van het Verdrag. Toekomstige overeenkomsten, die, in zoverre ze aan de verordening kunnen afdoen of de draagwijdte ervan kunnen wijzigen, volgens de AETR-rechtspraak slechts door de Gemeenschap kunnen worden gesloten, zullen zelfs bij gebreke van een specifieke bepaling terzake voorrang boven de verordening hebben.

Artikel 26 – Erkenning van een beslissing

Dit artikel komt overeen met artikel 14 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Lid 1 bepaalt ook dat authentieke akten en gerechtelijke schikkingen onder dezelfde voorwaarden als beslissingen worden erkend. Voorts zijn de bepalingen betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging ook van toepassing op de kosten. Dit lid komt overeen met artikel 13, leden 2 en 3, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Voor verzoeken om erkenning of niet-erkenning wordt in lid 3 naar dezelfde procedures verwezen als voor de uitvoerbaarverklaring van een beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid in afdeling 2. Evenals volgens artikel 22, lid 3, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad wordt de relatieve bevoegdheid bepaald overeenkomstig het nationale recht van de lidstaat waar de zaak aanhangig wordt gemaakt. In het geval van een beslissing betreffende het omgangsrecht of de terugzending van het kind, gecertificeerd overeenkomst hoofdstuk IV, afdeling 3, zal het echter niet langer mogelijk zijn een verzoek om niet-erkenning in te dienen.

Artikel 27 – Gronden tot weigering van de erkenning van beslissingen ter zake van echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk

Dit artikel komt overeen met artikel 15, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 28 – Gronden tot weigering van de erkenning van beslissingen ter zake van de ouderlijke verantwoordelijkheid

Dit artikel komt overeen met artikel 15, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 29 – Geen toetsing van de bevoegdheid van de rechterlijke instantie van de lidstaat van herkomst

Dit artikel komt overeen met artikel 17 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 30 – Verschillen in de toepasselijke wetgeving

Dit artikel komt overeen met artikel 18 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 31 – Geen toetsing ten gronde

Dit artikel komt overeen met artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 32 – Aanhouding van de uitspraak

Dit artikel komt overeen met artikel 20 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Afdeling 2 – Verzoek om uitvoerbaarverklaring

De bepalingen van deze afdeling komen overeen met die van de afdelingen 2 en 3 van hoofdstuk III van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 33 – Uitvoerbare beslissingen

Dit artikel komt overeen met artikel 21 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 34 – Relatief bevoegde rechterlijke instantie

Dit artikel komt overeen met artikel 22, leden 1 en 2, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 35 – Procedure

Dit artikel komt overeen met artikel 23 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 36 – Beslissing van de rechterlijke instantie

Dit artikel komt overeen met artikel 24 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 37 – Kennisgeving van de beslissing

Dit artikel komt overeen met artikel 25 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 38 – Rechtsmiddelen tegen de beslissing

Dit artikel komt overeen met artikel 26 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 39 – Hogere voorzieningen en terzake bevoegde rechterlijke instanties

Dit artikel komt overeen met artikel 27 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 40 – Aanhouding van de uitspraak

Dit artikel komt overeen met artikel 28 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 41 – Gedeeltelijke tenuitvoerlegging

Dit artikel komt overeen met artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 42 – Documenten

Dit artikel komt overeen met artikel 32 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 43 – Ontbrekende documenten

Dit artikel komt overeen met artikel 34 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 44 – Certificaten betreffende beslissingen in huwelijkszaken en certificaten betreffende beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid

Dit artikel komt overeen met artikel 33 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Afdeling 3 – Tenuitvoerlegging met betrekking tot het omgangsrecht en de terugzending van een kind

Deze afdeling schaft het exequatur in de aangezochte lidstaat af voor beslissingen die in de lidstaat van herkomst zijn gecertificeerd. De beslissing zal bijgevolg met het oog op de tenuitvoerlegging ervan worden behandeld alsof ze in de aangezochte lidstaat was gegeven.

De procedurele vereisten waaraan met het oog op de certificatie moet zijn voldaan, hebben betrekking op het horen van het kind en op beslissingen bij verstek en komen dus overeen met de weigeringsgronden in artikel 15, lid 2, onder b) en c), van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Wat beslissingen bij verstek betreft, wordt onderscheid gemaakt tussen het omgangsrecht en de terugzending van het kind. Enerzijds geldt de afschaffing van het exequatur met betrekking tot het omgangsrecht niet voor beslissingen bij verstek (het alternatief zou erin hebben bestaan minimumnormen voor de betekening van stukken vast te stellen). Anderzijds rijst in gevallen van ontvoering van kinderen dit probleem niet, zowel vanwege de aard ervan als ten gevolge van de uitgewerkte samenwerkingsregeling waarin hoofdstuk III voorziet.

Wat betreft artikel 15, lid 2, onder e) en f), van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad, moet het altijd mogelijk zijn zich in het stadium van de tenuitvoerlegging op grond van de wetgeving van de aangezochte lidstaat op het bestaan van een onverenigbare beslissing van latere datum te beroepen. Dit is thans bijvoorbeeld het geval, wanneer de tweede beslissing wordt gegeven nadat voor de eerste beslissing het exequatur is verleend, maar voordat stappen met het oog op de tenuitvoerlegging ervan zijn ondernomen.

Wat betreft artikel 15, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad, zal vermoedelijk niet vaak een beroep op de openbare orde worden gedaan met het oog op de niet-erkenning van beslissingen. Mochten sommige lidstaten om specifieke redenen bezorgd zijn over situaties waarin dit nog steeds relevant kan zijn, dan kunnen zij in dit verband voorstellen doen.

Wat betreft het recht om te worden gehoord van andere personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen (artikel 15, lid 2, onder d), van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad), zal normaliter zowel in zaken betreffende het omgangsrecht als in zaken betreffende de terugzending van het kind met hun standpunt rekening worden gehouden. Mocht dit niet zijn gebeurd, dan kan hoger beroep tegen de beslissing worden ingesteld en kan deze dienovereenkomstig worden gewijzigd.

Artikel 45 – Toepassingsgebied

Deze afdeling is ook van toepassing op de terugzending van het kind en gaat dus verder dan het Frans initiatief betreffende het omgangsrecht. Dit vormt

een essentieel element van de in hoofdstuk III uitgewerkte oplossing voor gevallen van ontvoering van kinderen.

Wat het omgangsrecht betreft, is het toepassingsgebied beperkt tot de ouders, omdat er met betrekking tot de kwestie van het omgangsrecht van personen die ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, maar die niet de ouders zijn, aanzienlijke verschillen tussen de nationale rechtsstelsels bestaan.

Een niet overeenkomstig deze afdeling gecertificeerde beslissing kan desondanks worden erkend en ten uitvoer gelegd op grond van de bepalingen van de afdelingen 1 en 2. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn voor een bij verstek gegeven beslissing betreffende het omgangsrecht.

Artikel 46 – Omgangsrecht

In lid 1 wordt als grondbeginsel gesteld dat in de aangezochte lidstaat geen bijzondere procedure vereist is voor de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen die overeenkomstig de bepalingen van deze afdeling zijn gecertificeerd.

In lid 2 zijn de toepasselijke procedure vereisten vastgesteld, namelijk dat de beslissing niet bij verstek is gegeven en dat het kind met inachtneming van zijn of haar leeftijd en mate van rijpheid in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord.

Voor het certificaat moet gebruik worden gemaakt van het in bijlage VI opgenomen modelformulier.

Artikel 47 – Terugzending van een kind

In lid 1 wordt als grondbeginsel gesteld dat in de aangezochte lidstaat geen bijzondere procedure vereist is voor de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen die overeenkomstig de bepalingen van deze afdeling zijn gecertificeerd.

In lid 2 is het toepasselijke procedurele vereiste vastgesteld, namelijk dat het kind met inachtneming van zijn of haar leeftijd en mate van rijpheid in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord.

Voor het certificaat moet gebruik worden gemaakt van het in bijlage VII opgenomen modelformulier.

Artikel 48 – Hoger beroep

Dit artikel bepaalt dat het niet mogelijk is tegen de afgifte van een certificaat een afzonderlijk hoger beroep in te stellen.

Artikel 49 – Documenten

Met het oog op de tenuitvoerlegging moeten bij de beslissing het certificaat en, in het geval van het omgangsrecht, indien nodig een vertaling van het certificaat worden gevoegd.

In voorkomend geval behoeft slechts punt 10 van het certificaat betreffende het omgangsrecht te worden vertaald, waarin de regelingen voor de uitoefening van het omgangsrecht zijn beschreven.

Afdeling 4 – Overige bepalingen

Artikel 50 – Procedure van tenuitvoerlegging

De verordening grijpt niet in in de procedure van tenuitvoerlegging. In dit verband geldt de wetgeving van de aangezochte lidstaat.

Artikel 51 – Praktische regelingen betreffende de uitoefening van het omgangsrecht

Er moet onderscheid worden gemaakt tussen beslissingen waarbij een omgangsrecht wordt toegekend, en beslissingen betreffende de wijze van uitoefening van het omgangsrecht. Wat dit laatste punt betreft, moeten de rechterlijke instanties van de aangezochte lidstaat over een zekere ruimte beschikken om de noodzakelijke praktische regelingen te treffen, voorzover dit niet reeds in de oorspronkelijke beslissing is gebeurd en mits de wezenlijke bestanddelen van die beslissing worden geëerbiedigd.

Artikel 52 – Rechtsbijstand¹³

Dit artikel komt overeen met artikel 30 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 53 – Cautie of andere zekerheid

Dit artikel komt overeen met artikel 31 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 54 – Geen legalisatie of soortgelijke formaliteit

Dit artikel komt overeen met artikel 35 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

¹³ De Commissie heeft op 18 januari 2002 een voorstel ingediend voor een richtlijn van de Raad tot verbetering van de toegang tot de rechter bij grensoverschrijdende zaken, door middel van gemeenschappelijke minimumvoorschriften betreffende rechtsbijstand en andere financiële aspecten van civiele procedures, COM(2002)13 def. van 18.1.2002.

Hoofdstuk V – Samenwerking tussen centrale autoriteiten

Een essentieel element van het voorstel wordt gevormd door een regeling inzake samenwerking tussen centrale autoriteiten, zowel met betrekking tot echtscheiding als met betrekking tot de ouderlijke verantwoordelijkheid.

Deze centrale autoriteiten hebben een algemene taak op het gebied van informatieverstrekking en coördinatie en werken in specifieke gevallen met elkaar samen.

Artikel 55 – Aanwijzing

Elke lidstaat wijst één centrale autoriteit aan. Het kan hierbij gaan om bestaande autoriteiten die met de toepassing van internationale overeenkomsten op dit gebied zijn belast.

Artikel 56 – Algemene taken

In de eerste plaats zetten de centrale autoriteiten als deelnemers aan het Europees justitieel netwerk¹⁴ een informatiesysteem op en wisselen zij van gedachten over aangelegenheden van gemeenschappelijk belang en over hun samenwerkingsmethoden. In dit verband kunnen zij ook goede praktijken inzake gezinsbemiddeling ontwikkelen of de werking van op dit gebied actieve organisaties als netwerk vergemakkelijken.

Artikel 57 – Samenwerking in specifieke gevallen

Van het grootste belang is dat de centrale autoriteiten, binnen de grenzen die bij de nationale wetgeving aan hun optreden zijn gesteld, een actieve rol spelen teneinde te waarborgen dat in specifieke gevallen de in de ouderlijke verantwoordelijkheid besloten rechten daadwerkelijk worden uitgeoefend. Daartoe wisselen zij informatie uit, verlenen zij advies, bevorderen zij bemiddeling en vergemakkelijken zij de communicatie tussen rechterlijke instanties. Zij spelen een bijzonder belangrijke rol in gevallen van ontvoering van kinderen, waarin zij verplicht zijn het kind op te sporen en ervoor te zorgen dat het wordt teruggezonden. Indien nodig zijn zij met het oog daarop gehouden procedures in te stellen.

Artikel 58 – Werkwijze

Belangrijke aspecten ter vergemakkelijking van de toegang tot de centrale autoriteiten zijn de mogelijkheid om in andere talen te werken en het feit dat zij hun diensten kosteloos verlenen.

Artikel 59 – Vergaderingen

Het netwerk zal ook worden gebruikt om bijeenkomsten van de centrale autoriteiten te beleggen.

¹⁴ Beschikking 2001/470/EG van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de oprichting van een Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken, PB L 174 van 27.6.2001, blz. 25.

Hoofdstuk VI – Verhouding tot andere instrumenten

Artikel 60 – Verhouding tot andere instrumenten

Dit artikel komt overeen met artikel 36 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 61 – Verhouding tot bepaalde multilaterale verdragen

Dit artikel komt overeen met artikel 37 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Ook het Haags Verdrag van 1980 is nu in de lijst opgenomen.

Bovendien geldt de voorrang van de voorgestelde verordening boven het Haags Verdrag van 1996 niet langer uitsluitend voor kinderen die hun gewone verblijfplaats in een lidstaat hebben. Mocht de Commissie besluiten dat dit verdrag door de lidstaten wordt geratificeerd, dan zouden de aan het Gemeenschapsrecht gestelde beperkingen bijgevolg voortvloeien uit artikel 52 van dit verdrag en betrekking hebben op kinderen die niet verblijven in een lidstaat, maar in een derde land dat partij bij het verdrag is.

Artikel 62 – Verdragen met de Heilige Stoel

Dit artikel komt overeen met artikel 40 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

De artikelen 38 en 39 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad behoeften net zomin als artikel 16 in dit voorstel te worden overgenomen. De bevoegdheid van de lidstaten om internationale overeenkomsten te sluiten vloeit voort uit de rechtsspraak van het Hof van Justitie, terwijl de vraag in welke mate dergelijke overeenkomsten gevolgen hebben, wordt beheerst door het volkenrecht en door het bepaalde in artikel 61.

Hoofdstuk VII – Overgangsbepalingen

Artikel 63

In de leden 1 en 2 wordt dezelfde benadering gevolgd als in artikel 42 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad met betrekking tot de toepassing van de onderhavige verordening in gevallen waarin een vordering wordt ingesteld vóór de datum vanaf welke ze van toepassing is, maar de beslissing na die datum wordt gegeven.

De leden 3 en 4 voorzien in de erkenning en tenuitvoerlegging, op grond van de bepalingen van de onderhavige verordening, van beslissingen die overeenkomstig Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad hadden kunnen worden erkend en ten uitvoer gelegd.

Hoofdstuk VIII – Slotbepalingen

Artikel 64 – Lidstaten met twee of meer rechtsstelsels

Dit artikel komt overeen met artikel 41 van Verordening (EG) nr. 1347/2000.

Artikel 65 – Inlichtingen betreffende de centrale autoriteiten en het taalgebruik

De Commissie zal op basis van de door de lidstaten verstrekte inlichtingen de informatie betreffende de centrale autoriteiten en het taalgebruik regelmatig actualiseren en deze informatie openbaar maken.

Artikel 66 – Wijzigingen in de bijlagen I, II en III

De Commissie zal op basis van de door de lidstaten verstrekte inlichtingen de bijlagen I, II en III regelmatig aanpassen. Dit artikel komt overeen met artikel 44, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 67 – Wijzigingen in de bijlagen IV tot en met VII

De modelformulieren zullen worden gewijzigd volgens een comitologieprocedure. Dit artikel komt overeen met artikel 44, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 68 – Comité

Dit artikel komt overeen met artikel 45 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Artikel 69 – Intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000

Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad, waarvan de bepalingen betreffende echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk ongewijzigd in het onderhavige voorstel zijn overgenomen, wordt ingetrokken.

Beslissingen die op grond van de bepalingen van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad zouden zijn erkend en ten uitvoer gelegd, zullen echter nu nog steeds worden erkend en ten uitvoer gelegd op grond van de bepalingen van de onderhavige verordening, overeenkomstig de overgangsbepalingen in artikel 63, leden 3 en 4.

Artikel 70 – Wijziging van Verordening (EG) nr. 44/2001

Artikel 5, lid 2, van Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad wordt zodanig gewijzigd dat een rechterlijke instantie ten aanzien van onderhoudsverplichtingen bevoegdheid kan uitoefenen in alle gevallen waarin de desbetreffende vordering een bijkomende vordering, verbonden met een vordering betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, is.

Artikel 71 – Inwerkingtreding

De verordening zal één jaar na haar inwerkingtreding van toepassing zijn. Artikel 65 zal echter vanaf de datum van inwerkingtreding van de verordening van toepassing zijn, omdat de lidstaten verplicht zullen zijn de in dit artikel bedoelde inlichtingen binnen drie maanden te verstrekken.

Bijlagen

Bijlage I

Deze bijlage komt overeen met bijlage I bij Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Bijlage II

Deze bijlage komt overeen met bijlage II bij Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Bijlage III

Deze bijlage komt overeen met bijlage III van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Bijlage IV

Deze bijlage komt overeen met bijlage IV bij Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Bijlage V

Deze bijlage komt overeen met bijlage V bij Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad.

Het enige verschil is dat het woord "ouders" in rubriek 3 is vervangen door de uitdrukking "personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen". Dienovereenkomstig is een punt 3.3. "andere" toegevoegd met het oog op andere personen die ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, dan de moeder en vader van het kind.

Bijlage VI

Dit is het modelformulier voor het certificaat betreffende een beslissing ter zake van het omgangsrecht, bedoeld in artikel 46, lid 1. Rubriek 10 heeft betrekking op de regelingen inzake de uitoefening van het omgangsrecht. Dit is het enige gedeelte van het certificaat dat indien nodig behoeft te worden vertaald.

Bijlage VII

Dit is het modelformulier voor het certificaat betreffende de terugzending van een kind, bedoeld in artikel 47, lid 1.

Bijlage VIII

Deze bijlage bevat een vergelijkende tabel met aan de ene kant de bepalingen van de onderhavige verordening en aan de andere kant de overeenkomstige bepalingen van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad, die nu wordt ingetrokken.

Voorstel voor een VERORDENING VAN DE RAAD betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 en tot wijziging, wat betreft onderhoudsverplichtingen, van Verordening (EG) nr. 44/2001

DE RAAD VAN DE EUROPESE UNIE,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, inzonderheid op artikel 61, onder c), en artikel 67, lid 1,

Gezien het voorstel van de Commissie¹,

Gezien het advies van het Europees Parlement²,

Gezien het advies van het Economisch en Sociaal Comité³,

Overwegende hetgeen volgt:

(1) De Europese Gemeenschap heeft zich tot doel gesteld een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot stand te brengen, waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is. Te dien einde moet de Gemeenschap onder meer maatregelen op het gebied van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken aannemen, voorzover deze nodig zijn voor de goede werking van de interne markt.

(2) De Europese Raad van Tampere heeft bevestigd dat het beginsel van de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen de hoeksteen voor de totstandbrenging van een werkelijke justitiële ruimte vormt, en heeft het omgangsrecht aangemerkt als een prioriteit.

(3) Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen⁴ voorziet in regels betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en van naar aanleiding van procedures in huwelijkszaken gegeven beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor de gemeenschappelijke kinderen van de echtgenoten.

(4) Op 3 juli 2000 heeft Frankrijk een initiatief met het oog op de aanneming van een verordening van de Raad inzake de wederzijdse tenuitvoerlegging van beslissingen betreffende het omgangsrecht ingediend.⁵

(5) Ter vergemakkelijking van de toepassing van de regels betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, die vaak in het kader van procedures in huwelijkszaken aan de orde komt, is het passender over één enkel rechtsinstrument te beschikken dat zowel betrekking heeft op huwelijkszaken als op zaken betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid.

(6) Het toepassingsgebied van deze verordening moet burgerlijke procedures omvatten, met inbegrip van procedures die met gerechtelijke procedures worden gelijkgesteld, en met uitsluiting van zuiver religieuze procedures. De verwijzing naar "rechterlijke instanties" moet bijgevolg alle, gerechtelijke of

¹ PB C , , blz. .

² PB C , , blz. .

³ PB C , , blz. .

⁴ PB L 160 van 30.6.2000, blz. 19.

⁵ PB C 234 van 15.8.2000, blz. 7.

andere, autoriteiten omvatten die bevoegd zijn ter zake van de in deze verordening geregelde onderwerpen.

(7) Authentieke akten en gerechtelijke schikkingen die in een lidstaat uitvoerbaar zijn, moeten met "beslissingen" worden gelijkgesteld.

(8) Wat betreft beslissingen betreffende echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk, mag deze verordening uitsluitend van toepassing zijn op de ontbinding van de huwelijksband, met terzijdestelling van kwesties zoals de schuld van de echtgenoten, de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk, onderhoudsverplichtingen of andere bijkomende maatregelen.

(9) Ter waarborging van de gelijke behandeling van alle kinderen moet deze verordening van toepassing zijn op alle beslissingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, met uitsluiting van vorderingen betreffende onderhoudsverplichtingen, die onder toepassing van Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken⁶ vallen, en met uitsluiting van maatregelen, genomen ten gevolge van door kinderen begane strafbare feiten.

(10) De regeling in deze verordening van de in zaken betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid geldende bevoegdheidgronden moet zodanig zijn opgezet dat zij in het belang van het kind is. Dit betekent dat de bevoegdheid in de eerste plaats bij de lidstaat van de gewone verblijfplaats van het kind moet berusten, behalve in bepaalde gevallen van wijziging van de verblijfplaats van het kind of wanneer er een overeenkomst bestaat tussen de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen.

(11) Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken⁷ moet van toepassing zijn op de betekening en kennisgeving van stukken in overeenkomstig deze verordening ingestelde procedures.

(12) Deze verordening mag er niet aan in de weg staan dat de rechterlijke instanties van een lidstaat in spoedeisende gevallen voorlopige en beschermende maatregelen nemen met betrekking tot personen of vermogensbestanddelen die zich in die staat bevinden.

(13) In gevallen van ontvoering van kinderen moeten de rechterlijke instanties van de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd of waar het wordt vastgehouden, bij wege van voorlopige beschermende maatregel kunnen beslissen het kind niet terug te zenden, welke beslissing ongedaan moet kunnen worden gemaakt door een beslissing betreffende het gezag, gegeven door de rechterlijke instanties van de lidstaat van de vroegere gewone verblijfplaats van het kind. Brengt deze laatste beslissing de terugzending van het kind met zich, dan moet het kind worden teruggezonden zonder dat enigerlei bijzondere procedure vereist is voor de erkenning en tenuitvoerlegging van die beslissing in de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd.

(14) Voor het horen van het kind kan gebruik worden gemaakt van Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende

⁶ PB L 12 van 16.1.2001, blz. 1.

⁷ PB L 160 van 30.6.2000, blz. 37.

de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken.⁸

(15) De erkenning en tenuitvoerlegging van in een lidstaat gegeven beslissingen zijn gebaseerd op het beginsel van wederzijds vertrouwen, en de gronden tot weigering van de erkenning moeten tot het noodzakelijke minimum beperkt blijven. Deze gronden hebben betrekking op de eerbiediging van de openbare orde in de aangezochte lidstaat, op de waarborging van de rechten van de verdediging en de rechten van de partijen, met inbegrip van de rechten van het kind, en op de niet-erkenning van tegenstrijdige beslissingen.

(16) Er mag in de aangezochte lidstaat geen bijzondere procedure worden vereist voor de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen betreffende het omgangsrecht en beslissingen betreffende de terugzending van een kind, die in de lidstaat van herkomst overeenkomstig de bepalingen van deze verordening zijn gecertificeerd.

(17) De centrale autoriteiten moeten zowel op algemene wijze als in specifieke gevallen met elkaar samenwerken, onder meer ter bevordering van de minnelijke regeling van gezinsconflicten. Te dien einde moeten de centrale autoriteiten gebruikmaken van hun deelneming aan het Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken, in het leven geroepen bij Beschikking 2001/470/EG van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de oprichting van een Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken.⁹

(18) Aan de Commissie moet de bevoegdheid worden toegekend om de bijlagen I, II en III, betreffende de bevoegde rechterlijke instanties en de beschikbare rechtsmiddelen, aan te passen op basis van de haar door de betrokken lidstaat verstrekte inlichtingen.

(19) Overeenkomstig artikel 2 van Besluit 1999/468/EG van de Raad van 28 juni 1999 tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden¹⁰ moeten wijzigingen in de bijlagen IV tot en met VII worden aangenomen volgens de in artikel 3 van dat besluit geregelde adviesprocedure.

(20) Gelet op het voorgaande, moet Verordening (EG) nr. 1347/2000 worden ingetrokken en vervangen.

(21) Verordening (EG) nr. 44/2001 moet in die zin worden gewijzigd dat de rechterlijke instantie die overeenkomstig de bepalingen van de onderhavige verordening bevoegd is ter zake van de ouderlijke verantwoordelijkheid, over onderhoudsverplichtingen kan beslissen.

(22) Het Verenigd Koninkrijk en Ierland hebben overeenkomstig artikel 3 van het Protocol betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, gevoegd bij het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, de wens te kennen gegeven aan de aanneming en toepassing van deze verordening deel te nemen.

(23) Denemarken neemt overeenkomstig de artikelen 1 en 2 van het Protocol betreffende de positie van Denemarken, gevoegd bij het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, niet deel aan de aanneming van deze verordening, zodat deze niet verbindend, noch van toepassing op Ierland is.

⁸ PB L 174 van 27.6.2001, blz. 1.

⁹ PB L 174 van 27.6.2001, blz. 25.

¹⁰ PB L 184 van 17.7.1999, blz. 23.

(24) In overeenstemming met de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, zoals neergelegd in artikel 5 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, kunnen de doelstellingen van deze verordening niet voldoende door de lidstaten worden verwezenlijkt en kunnen ze derhalve beter door de Gemeenschap worden verwezenlijkt. Deze verordening gaat niet verder dan wat nodig is om deze doelstellingen te verwezenlijken.

(25) Deze verordening eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen, erkend bij het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, in acht. Zij beoogt inzonderheid de grondrechten van het kind, zoals in artikel 24 van het Handvest van grondrechten van de Europese Unie erkend, ten volle te eerbiedigen,

HEEFT DE VOLGENDE VERORDENING VASTGESTELD:

HOOFDSTUK I

TOEPASSINGSGBIED, DEFINITIES EN GRONDBEGINSELEN

Artikel 1

Toepassingsgebied

1. Deze verordening is van toepassing op burgerlijke procedures betreffende:

a) echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk;

en

b) de toekenning, uitoefening, overdracht, beperking of beëindiging van de ouderlijke verantwoordelijkheid.

2. Onverminderd het bepaalde in lid 1, is deze verordening niet van toepassing op burgerlijke procedures betreffende:

a) onderhoudsverplichtingen;

en

b) maatregelen, genomen ten gevolge van door kinderen begane strafbare feiten.

3. Met gerechtelijke procedures worden gelijkgesteld de andere in een lidstaat officieel erkende procedures.

Artikel 2

Definities

Voor de doeleinden van deze verordening gelden de volgende definities:

1) onder "rechterlijke instantie" wordt verstaan: alle autoriteiten in de lidstaten die bevoegd zijn ter zake van de aangelegenheden die overeenkomstig artikel 1 binnen het toepassingsgebied van deze verordening vallen;

- 2) onder "lidstaat" wordt verstaan: alle lidstaten met uitzondering van Denemarken;
- 3) onder "beslissing" wordt verstaan: een door een rechterlijke instantie van een lidstaat uitgesproken echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk, alsmede een door een rechterlijke instantie van een lidstaat gegeven beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, ongeacht de benaming van die beslissing, zoals maatregel, bevel of beschikking;
- 4) onder "lidstaat van herkomst" wordt verstaan: de lidstaat waar de ten uitvoer te leggen beslissing is gegeven;
- 5) onder "aangezochte lidstaat" wordt verstaan, de lidstaat waar om tenuitvoerlegging van de beslissing wordt verzocht;
- 6) onder "ouderlijke verantwoordelijkheid" wordt verstaan: de ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst aan een natuurlijke persoon of rechtspersoon toegekende rechten en opgelegde verplichtingen, die betrekking hebben op de persoon of het vermogen van een kind. De term omvat inzonderheid de gezagsrechten en het omgangsrecht;
- 7) onder "persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt" wordt verstaan: elke persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind draagt;
- 8) de term "gezagsrechten" omvat de rechten en verplichtingen die betrekking hebben op de zorg voor de persoon van een kind, en inzonderheid het recht van inspraak bij het bepalen van de verblijfplaats van het kind;
- 9) de term "omgangsrecht" omvat het recht om een kind voor een beperkte tijd mee te nemen naar een andere plaats dan zijn of haar gewone verblijfplaats;
- 10) onder "ontvoering van een kind" wordt verstaan: het meenemen of niet terugzenden van een kind:
 - a) wanneer dit geschiedt in strijd met de gezagsrechten, ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst toegekend overeenkomstig het recht van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voordat het werd meegenomen of niet teruggezonden, zijn of haar gewone verblijfplaats had;
en
 - b) indien deze gezagsrechten op het tijdstip waarop het kind werd meegenomen of niet teruggezonden, alleen of gezamenlijk, daadwerkelijk werden uitgeoefend, dan wel zouden zijn uitgeoefend indien een zodanige gebeurtenis niet had plaatsgevonden.

Artikel 3

Recht van het kind op contact met beide ouders

Een kind heeft er recht op regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn of haar belangen indruist.

Artikel 4

Recht van het kind om te worden gehoord

Een kind heeft het recht om te worden gehoord over aangelegenheden betreffende de over hem of haar uitgeoefende ouderlijke verantwoordelijkheid, in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid.

HOOFDSTUK II

BEVOEGDHEID

Afdeling 1

Echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk

Artikel 5

Algemene bevoegdheid

1. Ter zake van echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk zijn bevoegd de rechterlijke instanties van de lidstaat:

a) op het grondgebied waarvan:

de echtgenoten hun gewone verblijfplaats hebben; of

zich de laatste gewone verblijfplaats van de echtgenoten bevindt, indien een van hen daar nog verblijft; of

de verweerder zijn of haar gewone verblijfplaats heeft; of

in geval van een gemeenschappelijk verzoek, zich de gewone verblijfplaats van een van de echtgenoten bevindt; of

zich de gewone verblijfplaats van de verzoeker bevindt, indien hij of zij daar sedert ten minste een jaar onmiddellijk voorafgaand aan de indiening van het verzoek verblijft; of

zich de gewone verblijfplaats van de verzoeker bevindt, indien hij of zij daar sedert ten minste zes maanden onmiddellijk voorafgaand aan de indiening van het verzoek verblijft en hetzij onderdaan van de betrokken lidstaat is, hetzij, in het geval van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, daar zijn of haar "domicile" (woonplaats) heeft;

b) waarvan beide echtgenoten de nationaliteit bezitten of, in het geval van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, waar beide echtgenoten hun "domicile" (woonplaats) hebben.

2. Voor de toepassing van deze verordening heeft "woonplaats" dezelfde betekenis als volgens het recht van het Verenigd Koninkrijk of Ierland.

Artikel 6

Wedereis

De rechterlijke instantie waarvoor een procedure op grond van artikel 5 aanhangig is, is ook bevoegd om kennis te nemen van een wedereis, mits hij binnen het toepassingsgebied van deze verordening valt.

Artikel 7

Omzetting van scheiding van tafel en bed in echtscheiding

Onverminderd het bepaalde in artikel 5, is de rechterlijke instantie van een lidstaat die een beslissing inzake scheiding van tafel en bed heeft gegeven, ook bevoegd om die scheiding om te zetten in echtscheiding, indien de wet van die lidstaat daarin voorziet.

Artikel 8

Exclusieve aard van de bevoegdheden op grond van de artikelen 5, 6 en 7

Een echtgenoot die:

- a) zijn of haar gewone verblijfplaats op het grondgebied van een lidstaat heeft, of
 - b) onderdaan van een lidstaat is of, in het geval van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, zijn of haar "domicile" (woonplaats) op het grondgebied van een van die lidstaten heeft,
- kan slechts op grond van de artikelen 5, 6 en 7 voor een rechterlijke instantie van een andere lidstaat worden gedaagd.

Artikel 9

Residuele bevoegdheid

1. Indien geen enkele rechterlijke instantie van een lidstaat op grond van de artikelen 5, 6 en 7 bevoegd is, wordt de bevoegdheid in elke lidstaat bepaald overeenkomstig de wetgeving van die lidstaat.

2. Jegens een verweerder die zijn of haar gewone verblijfplaats niet op het grondgebied van een lidstaat heeft en die hetzij niet de nationaliteit van een lidstaat bezit, hetzij, in het geval van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, zijn of haar "domicile" (woonplaats) niet op het grondgebied van een van die lidstaten heeft, kan een onderdaan van een lidstaat die zijn of haar gewone verblijfplaats op het grondgebied van een andere lidstaat heeft, evenals de

onderdanen van die lidstaat, een beroep doen op de aldaar geldende bevoegdheidsregels.

Afdeling 2

Ouderlijke verantwoordelijkheid

Artikel 10

Algemene bevoegdheid

1. Ter zake van de ouderlijke bevoegdheid zijn de rechterlijke instanties bevoegd van de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind op het ogenblik dat de zaak bij de rechterlijke instantie aanhangig wordt gemaakt, zijn of haar gewone verblijfplaats heeft.
2. Het bepaalde in lid 1 geldt onder voorbehoud van het bepaalde in de artikelen 11, 12 en 21.

Artikel 11

Voortgezette bevoegdheid van de lidstaat van de vorige verblijfplaats van het kind

1. In geval van wijziging van de verblijfplaats van een kind blijven de rechterlijke instanties van de lidstaat van de vorige verblijfplaats van het kind bevoegd, indien:
 - a) deze rechterlijke instanties overeenkomstig artikel 10 een beslissing hebben gegeven;
 - b) het kind op het ogenblik waarop de zaak bij de rechterlijke instantie aanhangig wordt gemaakt, sedert minder dan zes maanden in de staat van zijn of haar nieuwe verblijfplaats verblijft;en
 - c) een van de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, zijn of haar verblijfplaats behoudt in de lidstaat van de vorige verblijfplaats van het kind.
2. Lid 1 is niet van toepassing, indien de nieuwe verblijfplaats van het kind zijn of haar gewone verblijfplaats is geworden en de in lid 1, onder c), bedoelde persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, de bevoegdheid van de rechterlijke instanties van die lidstaat heeft aanvaard.
3. Voor de toepassing van dit artikel wordt uit het enkele feit dat een persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, voor een rechterlijke instantie verschijnt, niet afgeleid dat deze persoon de bevoegdheid van die rechterlijke instantie aanvaardt.

Artikel 12

Uitbreiding van rechtsmacht

1. De rechterlijke instanties van een lidstaat zijn, in de uitoefening van hun bevoegdheid op grond van artikel 5 ter zake van een verzoek om echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk, bevoegd ter zake van de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een gemeenschappelijk kind van de echtgenoten:

a) indien het kind zijn of haar gewone verblijfplaats in een van de lidstaten heeft;

b) indien ten minste één van de echtgenoten de ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind draagt;
en

c) indien de bevoegdheid van de rechterlijke instanties door de echtgenoten is aanvaard en door het belang van het kind wordt gerechtvaardigd.

2. De rechterlijke instanties van een lidstaat zijn bevoegd, wanneer:

a) de bevoegdheid op het ogenblik waarop de zaak bij de rechterlijke instantie aanhangig wordt gemaakt, is aanvaard door alle personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen;

b) het kind een nauwe band met die lidstaat heeft, met name omdat een van de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, zijn of haar gewone verblijfplaats in die lidstaat heeft of omdat het kind een onderdaan van die lidstaat is;
en

c) de bevoegdheid door het belang van het kind wordt gerechtvaardigd.

3. De in lid 1 bedoelde bevoegdheid geldt:

a) totdat de beslissing houdende toewijzing of afwijzing van het verzoek om echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk definitief is geworden;
of

b) ingeval nog een procedure betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid aanhangig is op het onder a) bedoelde tijdstip, totdat een beslissing in die procedure definitief is geworden;
of

c) totdat de onder a) en b) bedoelde procedures om een andere reden zijn beëindigd.

4. Voor de toepassing van dit artikel wordt uit het enkele feit dat een persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, voor een rechterlijke instantie verschijnt, niet afgeleid dat deze persoon de bevoegdheid van die rechterlijke instantie aanvaardt.

Artikel 13

Bevoegdheid op grond van de plaats waar het kind zich bevindt

1. Wanneer de gewone verblijfplaats van een kind niet kan worden vastgesteld en geen enkele rechterlijke instantie van een lidstaat op grond van artikel 11 of artikel 12 bevoegd is, zijn de rechterlijke instanties van de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind zich bevindt, bevoegd.

2. Lid 1 is ook van toepassing op vluchtelingenkinderen en kinderen die ten gevolge van onlusten die in hun land plaatsvinden, naar een ander land zijn verplaatst.

Artikel 14

Residuele bevoegdheid

Indien geen enkele rechterlijke instantie van een lidstaat op grond van de artikelen 10 tot en met 13 of artikel 21 bevoegd is, wordt de bevoegdheid in elke lidstaat bepaald overeenkomstig de wetgeving van die lidstaat.

Artikel 15

Verwijzing naar een rechterlijke instantie die beter in staat is de zaak te behandelen

1. De rechterlijke instanties van een lidstaat die in de betrokken zaak ten gronde bevoegd is, kunnen op verzoek van een persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, in uitzonderlijke omstandigheden in het belang van het kind de zaak verwijzen naar de rechterlijke instanties van een andere lidstaat:

- a) waar het kind voorheen zijn of haar gewone verblijfplaats had; of
- b) waarvan het kind de nationaliteit bezit; of
- c) waar een persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, zijn of haar gewone verblijfplaats heeft; of
- d) waar zich vermogensbestanddelen van het kind bevinden.

Te dien einde houden de rechterlijke instanties van de lidstaat die in de betrokken zaak en gronde bevoegd is, hun uitspraak aan en stellen zij een termijn vast binnen welke de zaak bij de rechterlijke instanties van de andere lidstaat aanhangig moet worden gemaakt.

De rechterlijke instanties van die andere lidstaat kunnen, wanneer dit in het belang van het kind is, de bevoegdheid aanvaarden binnen een maand nadat de zaak bij hen aanhangig is gemaakt. De rechterlijke instantie waarbij de zaak het eerst aanhangig was gemaakt, verklaart zich in dit geval onbevoegd. In het andere geval oefent de rechterlijke instantie waarbij de zaak het eerst aanhangig was gemaakt, haar bevoegdheid uit.

2. De rechterlijke instanties werken met het oog op de toepassing van dit artikel met elkaar samen, hetzij direct, hetzij door tussenkomst van de overeenkomstig artikel 55 aangewezen centrale autoriteiten.

Afdeling 3

Gemeenschappelijke bepalingen

Artikel 16

Aanhangigmaking van een zaak bij een rechterlijke instantie

Een zaak wordt geacht bij een rechterlijke instantie aanhangig te zijn gemaakt:

a) op het tijdstip waarop het stuk waarmee het geding wordt ingeleid of een gelijkwaardig stuk bij de rechterlijke instantie wordt ingediend, mits de verzoeker vervolgens niet heeft nagelaten te doen wat hij of zij met het oog op de betekening of kennisgeving van het stuk aan de verweerder behoorde te doen;

of

b) indien betekening of kennisgeving van dit stuk moet plaatsvinden voordat het bij de rechterlijke instantie wordt ingediend, op het tijdstip waarop de autoriteit die verantwoordelijk voor de betekening of kennisgeving is, het stuk ontvangt, mits de verzoeker vervolgens niet heeft nagelaten te doen wat hij of zij met het oog op de indiening van het stuk bij de rechterlijke instantie behoorde te doen.

Artikel 17

Toetsing van de bevoegdheid

Een rechterlijke instantie van een lidstaat waarbij een zaak aanhangig wordt gemaakt waarvoor overeenkomstig deze verordening niet deze rechterlijke instantie maar een rechterlijke instantie van een andere lidstaat bevoegd is, verklaart zich ambtshalve onbevoegd.

Artikel 18

Toetsing van de ontvankelijkheid

1. Wanneer een verweerder die zijn of haar gewone verblijfplaats in een andere lidstaat heeft dan de lidstaat waar de zaak aanhangig is gemaakt, niet verschijnt, houdt de bevoegde rechterlijke instantie haar uitspraak aan zolang niet vaststaat dat de verweerder in de gelegenheid is gesteld het stuk waarmee het geding is ingeleid of een gelijkwaardig stuk zo tijdig als met het oog op zijn of haar verdediging noodzakelijk was, te ontvangen, of dat daartoe al het nodige is gedaan.

2. Artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1348/2000 is in plaats van het bepaalde in lid 1 van toepassing, indien het stuk waarmee het geding is ingeleid of een gelijkwaardig stuk overeenkomstig het bepaalde in die verordening door een lidstaat aan een andere lidstaat diende te worden toegezonden.

3. Wanneer de bepalingen van Verordening (EG) nr. 1348/2000 niet van toepassing zijn, wordt artikel 15 van het Verdrag van 's-Gravenhage van 15 november 1965 inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en handelszaken toegepast, indien het stuk waarmee het geding is ingeleid of een gelijkwaardig stuk overeenkomstig dat verdrag aan een andere staat diende te worden toegezonden.

Artikel 19

Aanhangigheid en onderling afhankelijke vorderingen

1. Wanneer voor rechterlijke instanties van verschillende lidstaten tussen dezelfde partijen vorderingen ter zake van echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk aanhangig zijn, houdt de rechterlijke instantie waarbij de zaak het laatst is aangebracht, haar uitspraak ambtshalve aan totdat de bevoegdheid van de rechterlijke instantie waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat.

2. Wanneer voor rechterlijke instanties van verschillende lidstaten vorderingen ter zake van de ouderlijke verantwoordelijkheid voor hetzelfde kind aanhangig zijn, houdt de rechterlijke instantie waarbij de zaak het laatst is aangebracht, haar uitspraak ambtshalve aan totdat de bevoegdheid van de rechterlijke instantie waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat.

3. Wanneer de bevoegdheid van de rechterlijke instantie waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat, verwijst de rechterlijke instantie waarbij de zaak het laatst is aangebracht, partijen naar die rechterlijke instantie. In dit geval kan de partij die de vordering aanhangig heeft gemaakt bij de rechterlijke instantie waarbij de zaak het laatst is aangebracht, die vordering aanhangig maken bij de rechterlijke instantie waarbij de zaak het eerst is aangebracht.

Artikel 20

Voorlopige en bewarende maatregelen

1. Onverminderd het bepaalde in hoofdstuk III, staan in spoedeisende gevallen de bepalingen van deze verordening er niet aan in de weg dat de rechterlijke instanties van een lidstaat met betrekking tot personen of goederen die zich in die staat bevinden, voorlopige en bewarende maatregelen nemen waarin de wetgeving van die lidstaat voorziet, zelfs indien overeenkomstig deze verordening een rechterlijke instantie van een andere lidstaat bevoegd is om ten gronde van de zaak kennis te nemen.

2. De in lid 1 bedoelde maatregelen houden op van toepassing te zijn, zodra de rechterlijke instanties van de lidstaat die bevoegd zijn om ten gronde van de zaak kennis te nemen, een beslissing hebben genomen.

HOOFDSTUK III

ONTVOERING VAN KINDEREN

Artikel 21

Bevoegdheid

1. In gevallen van ontvoering van kinderen blijven de rechterlijke instanties van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voordat het werd meegenomen of niet teruggezonden, zijn of haar gewone verblijfplaats had, bevoegd.
2. Lid 1 is niet van toepassing, indien het kind in een andere lidstaat een gewone verblijfplaats heeft verkregen en:
 - a) indien alle personen die gezagsrechten bezitten, in de medeneming of niet-terugzending hebben berust;
of
 - b) indien aan alle volgende voorwaarden is voldaan:
 - (i) het kind heeft gedurende ten minste een jaar nadat de persoon die gezagsrechten bezit, wist of had moeten weten waar het zich bevond, in die andere lidstaat verbleven;
 - (ii) er is gedurende de onder i) bedoelde periode geen verzoek om terugzending overeenkomstig artikel 22, lid 1, ingediend of er is overeenkomstig artikel 24, lid 3, een beslissing gegeven die niet de terugzending met zich brengt, of er is binnen een jaar nadat de zaak overeenkomstig artikel 24, lid 2, bij de rechterlijke instantie aanhangig is gemaakt, geen beslissing betreffende het gezag gegeven;
en
 - iii) het kind is in zijn of haar nieuwe omgeving geworteld.

Artikel 22

Terugzending van het kind

1. Onverminderd andere beschikbare rechtsmiddelen, kan een persoon die gezagsrechten bezit, een verzoek om terugzending van een ontvoerd kind indienen bij de centrale autoriteit van de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, hetzij direct, hetzij door tussenkomst van een andere centrale autoriteit.
2. Na ontvangst van een verzoek om terugzending als bedoeld in lid 1 dient de centrale autoriteit van de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd:
 - a) de noodzakelijke maatregelen te nemen om vast te stellen waar het kind zich bevindt;
en
 - b) ervoor te zorgen dat het kind binnen een maand nadat is vastgesteld waar het zich bevindt, wordt teruggezonden, tenzij een overeenkomstig lid 3 ingestelde procedure aanhangig is.

De centrale autoriteit van de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, verstrekt de centrale autoriteit van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voordat het werd meegenomen of niet teruggezonden, zijn of haar gewone verblijfplaats had, alle nuttige informatie en doet passende aanbevelingen ter vergemakkelijking van de terugzending van het kind, of verstrekt alle nuttige informatie en onderhoudt het contact gedurende de in lid 3 bedoelde procedure.

3. De terugzending van het kind kan slechts worden geweigerd, indien bij de rechterlijke instanties van de lidstaat waarnaar het is ontvoerd, binnen de in lid 2 vastgestelde termijn een verzoek om een beschermende maatregel wordt ingediend.

Artikel 23

Niet-terugzending van het kind bij wege van voorlopige beschermende maatregel

1. De rechterlijke instanties van de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, beslissen onverwijld over een verzoek om een beschermende maatregel als bedoeld in artikel 22, lid 3.

Het kind wordt gedurende de procedure gehoord, tenzij dit vanwege zijn of haar leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam wordt geacht.

2. De rechterlijke instanties kunnen slechts bij wege van beschermende maatregel beslissen het kind niet overeenkomstig lid 1 terug te zenden, indien:

a) er een ernstig risico bestaat dat het kind door zijn of haar terugzending aan een lichamelijk of geestelijk gevaar wordt blootgesteld, dan wel op enigerlei andere wijze in een ondraaglijke toestand wordt gebracht;
of

b) het kind zich tegen zijn of haar terugzending verzet en een leeftijd en mate van rijpheid heeft bereikt die rechtvaardigen dat met zijn of haar mening rekening wordt gehouden.

3. De overeenkomstig lid 1 genomen maatregel heeft een voorlopig karakter. De rechterlijke instanties die deze maatregel hebben genomen, kunnen te allen tijde beslissen dat hij niet langer van kracht is.

De overeenkomstig lid 1 genomen maatregel wordt ongedaan gemaakt door een overeenkomstig artikel 24, lid 3, gegeven beslissing betreffende het gezag.

Artikel 24

Beslissing betreffende het gezag

1. De centrale autoriteit van de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, brengt de centrale autoriteit van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voordat het werd meegenomen of niet teruggezonden, zijn of haar gewone verblijfplaats had, op de hoogte van elke op grond van artikel 23, lid 1,

genomen beschermende maatregel binnen twee weken nadat die maatregel is genomen, en verstrekt alle nuttige informatie, inzonderheid, indien het kind is gehoord, een afschrift van het desbetreffende proces-verbaal.

2. De centrale autoriteit van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voordat het werd meegenomen of niet teruggezonden, zijn of haar gewone verblijfplaats had, wendt zich binnen een maand na ontvangst van de in lid 1 bedoelde informatie tot de rechterlijke instanties van die lidstaat ter verkrijging van een beslissing betreffende het gezag.

Ook elke persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, kan zich met hetzelfde doel tot de rechterlijke instanties wenden.

3. De overeenkomstig lid 2 geadieerde rechterlijke instanties geven onverwijld een beslissing betreffende het gezag.

Tijdens de procedure blijft de rechterlijke instantie, hetzij direct, hetzij door tussenkomst van de centrale autoriteiten, in contact met de rechterlijke instantie die op grond van artikel 23, lid 1, bij wege van beschermende maatregel heeft besloten het kind niet terug te zenden, teneinde toezicht te houden op de situatie van het kind.

Het kind wordt tijdens de procedure gehoord, tenzij dit vanwege zijn of haar leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam wordt geacht. Te dien einde houdt de rechterlijke instantie rekening met de overeenkomstig lid 1 verstrekte informatie en maakt zij in voorkomend geval gebruik van de bepalingen inzake samenwerking van Verordening (EG) nr. 1206/2001.

4. De centrale autoriteit van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voordat het werd meegenomen of niet teruggezonden, zijn of haar gewone verblijfplaats had, stelt de centrale autoriteit van de lidstaat waarnaar het kind is ontvoerd, in kennis van de overeenkomstig lid 3 gegeven beslissing, verstrekt alle nuttige informatie en doet passende aanbevelingen.

5. Een overeenkomstig lid 3 gegeven beslissing die de terugzending van het kind met zich brengt en die overeenkomstig de bepalingen van hoofdstuk IV, afdeling 3, is gecertificeerd, wordt erkend en ten uitvoer gelegd zonder dat enigerlei bijzondere procedure vereist is met het enkele doel het kind terug te zenden.

Voor de toepassing van dit lid is de overeenkomstig lid 3 gegeven beslissing bij voorraad uitvoerbaar.

Artikel 25

Kosten

1. De door de centrale autoriteiten verleende bijstand is kosteloos.

2. De rechterlijke instanties kunnen een persoon die een kind heeft ontvoerd, verwijzen in alle kosten, met inbegrip van de gerechtskosten, die in verband met de opsporing en terugzending van het kind zijn gedaan.

HOOFDSTUK IV

ERKENNING EN TENUITVOERLEGGING

Afdeling 1

Erkenning

Artikel 26

Erkenning van een beslissing

1. Een in een lidstaat gegeven beslissing wordt in de andere lidstaten erkend zonder dat daartoe enigerlei bijzondere procedure vereist is. De bepalingen van dit hoofdstuk zijn ook van toepassing op het bepalen van de hoogte van de proceskosten uit hoofde van overeenkomstig deze verordening aangespannen procedures en op de tenuitvoerlegging van elke beslissing betreffende die kosten.

Authentieke akten, verleden en uitvoerbaar in een lidstaat, en gerechtelijke schikkingen, in de loop van een geding tot stand gekomen en uitvoerbaar in de lidstaat van herkomst, worden onder dezelfde voorwaarden erkend en uitvoerbaar verklaard als beslissingen.

2. Inzonderheid is, onverminderd het bepaalde in lid 3, geen bijzondere procedure vereist om de akten van de burgerlijke stand van een lidstaat aan te passen overeenkomstig een in een andere lidstaat gegeven beslissing ter zake van echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk, waartegen volgens de wetgeving van die lidstaat geen rechtsmiddel meer openstaat.

3. Onverminderd het bepaalde in afdeling 3 van dit hoofdstuk, kan elke belanghebbende overeenkomstig de procedures van afdeling 2 van dit hoofdstuk om erkenning of niet-erkenning van de beslissing verzoeken. De relatieve bevoegdheid van de in de lijst in bijlage I genoemde rechterlijke instantie wordt bepaald overeenkomstig het nationale recht van de lidstaat waar een verzoek om erkenning of niet-erkenning wordt ingediend.

4. Indien de kwestie van de erkenning van een beslissing voor een rechterlijke instantie van een lidstaat bij wege van incident wordt opgeworpen, kan die rechterlijke instantie daarover uitspraak doen.

Artikel 27

Gronden tot weigering van de erkenning van beslissingen ter zake van echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk
Een beslissing ter zake van echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk wordt niet erkend:

- a) indien de erkenning kennelijk strijdig zou zijn met de openbare orde van de aangezochte lidstaat;
- b) indien het stuk waarmee het geding is ingeleid of een gelijkwaardig stuk niet voldoende tijdig en op zodanige wijze als met het oog op zijn of haar verdediging noodzakelijk was, aan de verweerder tegen wie verstek werd verleend, is betekend of ter kennis is gebracht, tenzij vaststaat dat deze persoon ondubbelzinnig met de beslissing instemt;
- c) indien de beslissing onverenigbaar is met een tussen dezelfde partijen in de aangezochte lidstaat gegeven beslissing; of
- d) indien de beslissing onverenigbaar is met een beslissing die vroeger in een andere lidstaat of in een derde land tussen dezelfde partijen is gegeven, mits die vroegere beslissing voldoet aan de voorwaarden voor erkenning in de aangezochte lidstaat.

Artikel 28

Gronden tot weigering van de erkenning van beslissingen ter zake van de ouderlijke verantwoordelijkheid

Een beslissing ter zake van de ouderlijke verantwoordelijkheid wordt niet erkend:

- a) indien de erkenning, gelet op het belang van het kind, kennelijk strijdig zou zijn met de openbare orde van de aangezochte lidstaat;
 - b) behalve in spoedeisende gevallen, indien de beslissing is gegeven zonder dat het kind, in strijd met de fundamentele procesregels van de aangezochte lidstaat, de gelegenheid heeft gekregen te worden gehoord;
 - c) indien het stuk waarmee het geding is ingeleid of een gelijkwaardig stuk niet voldoende tijdig en op zodanige wijze als met het oog op zijn of haar verdediging noodzakelijk was, aan de persoon tegen wie verstek werd verleend, is betekend of ter kennis is gebracht, tenzij vaststaat dat deze persoon ondubbelzinnig met de beslissing instemt;
 - d) op verzoek van eenieder die beweert dat de beslissing in de weg staat aan de uitoefening van zijn of haar ouderlijke verantwoordelijkheid, indien zij is gegeven zonder dat deze persoon in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord;
 - e) indien de beslissing onverenigbaar is met een latere beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, gegeven in de aangezochte lidstaat;
- of
- f) indien de beslissing onverenigbaar is met een latere beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, gegeven in een andere lidstaat of in een derde land van de gewone verblijfplaats van het kind, mits die latere beslissing voldoet aan de voorwaarden voor erkenning in de aangezochte lidstaat.

Artikel 29

Geen toetsing van de bevoegdheid van de rechterlijke instantie van de lidstaat van herkomst

Er wordt niet overgegaan tot een toetsing van de bevoegdheid van de rechterlijke instantie van de lidstaat van herkomst. Het criterium van de openbare orde, bedoeld in artikel 27, onder a), en artikel 28, onder a), wordt niet toegepast op de bevoegdheidsregels van de artikelen 5 tot en met 9, de artikelen 10 tot en met 14 en artikel 21.

Artikel 30

Verschillen in de toepasselijke wetgeving

De erkenning van een beslissing kan niet worden geweigerd om reden dat volgens de wetgeving van de aangezochte lidstaat echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk op dezelfde gronden niet mogelijk zou zijn.

Artikel 31

Geen toetsing ten gronde

Er wordt in geen geval overgegaan tot een toetsing ten gronde van de beslissing.

Artikel 32

Aanhouding van de uitspraak

1. Een rechterlijke instantie van een lidstaat waar de erkenning van een in een andere lidstaat gegeven beslissing wordt gevorderd, kan haar uitspraak aanhouden, indien tegen deze beslissing een gewoon rechtsmiddel is ingesteld.
2. Een rechterlijke instantie van een lidstaat waar de erkenning wordt gevorderd van een in het Verenigd Koninkrijk of Ierland gegeven beslissing waarvan de tenuitvoerlegging door een daartegen in de lidstaat van herkomst ingesteld rechtsmiddel is opgeschort, kan haar uitspraak aanhouden.

Afdeling 2

Verzoek om uitvoerbaarverklaring

Artikel 33

Uitvoerbare beslissingen

1. Een beslissing betreffende de uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind, die in een lidstaat is gegeven en aldaar

uitvoerbaar is, en die betekend is, wordt in een andere lidstaat ten uitvoer gelegd nadat zij aldaar op verzoek van een belanghebbende uitvoerbaar is verklaard.

2. In het Verenigd Koninkrijk wordt een dergelijke beslissing in Engeland en Wales, in Schotland of in Noord-Ierland echter eerst ten uitvoer gelegd na op verzoek van een belanghebbende in het betrokken gebiedsdeel van het Verenigd Koninkrijk voor tenuitvoerlegging te zijn geregistreerd.

Artikel 34

Relatief bevoegde rechterlijke instantie

1. Het verzoek om uitvoerbaarverklaring wordt bij de in de lijst in bijlage I genoemde rechterlijke instantie ingediend.

2. De relatief bevoegde rechterlijke instantie is die van de gewone verblijfplaats van de persoon jegens wie de tenuitvoerlegging wordt gevorderd, of van de gewone verblijfplaats van een kind waarop het verzoek betrekking heeft.

Wanneer geen van de in de vorige alinea genoemde plaatsen zich in de aangezochte lidstaat bevindt, is de relatief bevoegde rechterlijke instantie die van de plaats van tenuitvoerlegging.

Artikel 35

Procedure

1. De wetgeving van de aangezochte lidstaat bepaalt volgens welke procedure het verzoek moet worden ingediend.

2. De verzoeker moet woonplaats kiezen binnen het rechtsgebied van de rechterlijke instantie die van het verzoek kennis neemt. Kent de wetgeving van de aangezochte lidstaat echter geen woonplaatskeuze, dan wijst de verzoeker een procesgemachtigde aan.

3. De in de artikelen 42 en 44 bedoelde documenten worden bij het verzoek gevoegd.

Artikel 36

Beslissing van de rechterlijke instantie

1. De rechterlijke instantie waarbij het verzoek is ingediend, doet daarover onverwijld uitspraak. De persoon jegens wie de tenuitvoerlegging wordt gevorderd, wordt in deze stand van de procedure niet gehoord.

2. Het verzoek kan slechts om een van de in de artikelen 27, 28 en 29 genoemde redenen worden afgewezen.

3. Er wordt in geen geval overgegaan tot een toetsing ten gronde van de beslissing.

Artikel 37

Kennisgeving van de beslissing

De op het verzoek gegeven beslissing wordt door de griffier onverwijld ter kennis van de verzoeker gebracht op de in de wetgeving van de aangezochte lidstaat bepaalde wijze.

Artikel 38

Rechtsmiddelen tegen de beslissing

1. Elke partij kan tegen de beslissing over het verzoek om uitvoerbaarverklaring een rechtsmiddel instellen.

2. Het rechtsmiddel wordt ingesteld bij de in de lijst in bijlage II genoemde rechterlijke instantie.

3. Het rechtsmiddel wordt behandeld volgens de regels van de procedure op tegenspraak.

4. Indien het rechtsmiddel wordt ingesteld door de partij die om uitvoerbaarverklaring verzoekt, wordt de partij jegens wie de tenuitvoerlegging wordt gevorderd, opgeroepen voor de rechterlijke instantie waarbij het rechtsmiddel is ingesteld. Indien deze persoon niet verschijnt, zijn de bepalingen van artikel 18 van toepassing.

5. Een rechtsmiddel tegen een beslissing tot uitvoerbaarverklaring moet worden ingesteld binnen een maand na de betekening daarvan. Indien de partij jegens wie de tenuitvoerlegging wordt gevorderd, gewoonlijk in een andere lidstaat verblijft dan die waar de beslissing tot uitvoerbaarverklaring is gegeven, bedraagt de termijn voor het instellen van het rechtsmiddel twee maanden, te rekenen vanaf de datum van de betekening aan deze partij in persoon of op zijn of haar adres. De termijn wordt niet op grond van de afstand verlengd.

Artikel 39

Hogere voorziening en terzake bevoegde rechterlijke instanties

Tegen de op het rechtsmiddel gegeven beslissing kunnen slechts de in bijlage III genoemde rechtsmiddelen worden aangewend.

Artikel 40

Aanhouding van de uitspraak

1. De rechterlijke instantie waarbij overeenkomstig artikel 38 of artikel 39 het rechtsmiddel wordt ingesteld, kan op verzoek van de partij jegens wie de tenuitvoerlegging wordt gevorderd, haar uitspraak aanhouden, indien in de lidstaat van herkomst een gewoon rechtsmiddel is ingesteld of de termijn daartoe nog niet is verstreken. In dit laatste geval kan de rechterlijke instantie een termijn vaststellen binnen welke het rechtsmiddel moet worden ingesteld.

2. Indien de beslissing in het Verenigd Koninkrijk of Ierland is gegeven, wordt elk rechtsmiddel dat in de lidstaat van herkomst kan worden ingesteld, voor de toepassing van lid 1 als een gewoon rechtsmiddel beschouwd.

Artikel 41

Gedeeltelijke tenuitvoerlegging

1. Wanneer in de beslissing uitspraak is gedaan over meerdere punten en de tenuitvoerlegging niet voor al die punten kan worden toegestaan, staat de rechterlijke instantie de tenuitvoerlegging voor één of meer van die punten toe.

2. De verzoeker kan de tenuitvoerlegging van een gedeelte van de beslissing vorderen.

Artikel 42

Documenten

1. De partij die de erkenning van een beslissing vordert of betwist, dan wel om uitvoerbaarverklaring verzoekt, legt over:

- a) een afschrift van de beslissing dat voldoet aan de voorwaarden tot vaststelling van de echtheid ervan;
- en
- b) een certificaat als bedoeld in artikel 44.

2. Indien het een beslissing bij verstek betreft, legt de partij die de erkenning vordert of om uitvoerbaarverklaring verzoekt, voorts over:

- a) het origineel of een voor eensluidend gewaarmerkt afschrift van het document waaruit blijkt dat het stuk waarmee het geding is ingeleid of een gelijkwaardig stuk aan de niet-verschenen partij is betekend of ter kennis is gebracht;
- of
- b) een document waaruit blijkt dat de verweerder ondubbelzinnig met de beslissing instemt.

Artikel 43

Ontbrekende documenten

1. Bij gebreke van overlegging van de in artikel 42, lid 1, onder b), of lid 2, bedoelde documenten kan de rechterlijke instantie een termijn voor de overlegging daarvan vaststellen of gelijkwaardige documenten aanvaarden, dan wel, indien zij zich voldoende ingelicht acht, vrijstelling van de overlegging verlenen.

2. Indien de rechterlijke instantie dit verlangt, wordt een vertaling van de documenten overgelegd. De vertaling wordt gewaarmerkt door een persoon die in een van de lidstaten daartoe gemachtigd is.

Artikel 44

Certificaten betreffende beslissingen in huwelijkszaken en certificaten betreffende beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid
De bevoegde rechterlijke instantie of de bevoegde autoriteit van een lidstaat waar een beslissing is gegeven, geeft op verzoek van elke belanghebbende een certificaat af volgens het modelformulier in bijlage IV (beslissingen in huwelijkszaken) of in bijlage V (beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid).

Afdeling 3

Tenuitvoerlegging van het omgangsrecht en de terugzending van een kind

Artikel 45

Toepassingsgebied

1. Deze afdeling is van toepassing op:
a) het aan een van de ouders van een kind toegekende omgangsrecht;
en
b) de terugzending van een kind ingevolge een overeenkomstig artikel 24, lid 3, gegeven beslissing betreffende het gezag.

2. De bepalingen van deze afdeling staan er niet aan in de weg dat een persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, overeenkomstig de bepalingen van de afdelingen 1 en 2 van dit hoofdstuk de erkenning en tenuitvoerlegging vordert.

Artikel 46

Omgangsrecht

1. Het in artikel 45, lid 1, onder a), bedoelde omgangsrecht, toegekend bij een in een lidstaat gegeven, uitvoerbare beslissing, wordt in alle andere lidstaten erkend en ten uitvoer gelegd zonder dat daartoe enigerlei bijzondere procedure vereist is, indien de beslissing aan de procedurele vereisten voldoet en in de lidstaat van herkomst overeenkomstig lid 2 van dit artikel is gecertificeerd.

2. De rechterlijke instantie van de lidstaat van herkomst geeft het in lid 1 bedoelde certificaat slechts af, indien:

a) de beslissing niet bij verstek is gegeven;

en

b) het kind in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord, tenzij dit vanwege zijn of haar leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam werd geacht. De rechterlijke instantie van de lidstaat van herkomst geeft bedoeld certificaat af op verzoek van een persoon die een omgangsrecht bezit, en met gebruikmaking van het in bijlage VI opgenomen modelformulier (certificaat betreffende het omgangsrecht).

Het certificaat wordt in de taal van de beslissing gesteld.

Artikel 47

Terugzending van een kind

1. De in artikel 45, lid 1, onder b), bedoelde terugzending van een kind ingevolge een in een lidstaat gegeven, uitvoerbare beslissing wordt in alle andere lidstaten erkend en ten uitvoer gelegd zonder dat daartoe enigerlei bijzondere procedure vereist is, indien de beslissing aan de procedurele vereisten voldoet en in de lidstaat van herkomst overeenkomstig lid 2 van dit artikel is gerectificeerd.

2. De rechterlijke instantie van de lidstaat van herkomst geeft het in lid 1 bedoelde certificaat slechts af, indien het kind in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord, tenzij dit vanwege zijn of haar leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam werd geacht.

De rechterlijke instantie van de lidstaat van herkomst geeft bedoeld certificaat ambtshalve af, met gebruikmaking van het in bijlage VII opgenomen modelformulier (certificaat betreffende de terugzending).

Het certificaat wordt gesteld in de taal van de beslissing.

Artikel 48

Hoger beroep

Tegen de afgifte van een certificaat overeenkomstig artikel 46, lid 1, of artikel 47, lid 1, staat geen hoger beroep open.

Artikel 49

Documenten

1. Een partij die de tenuitvoerlegging van een beslissing vordert, legt over:

a) een afschrift van de beslissing dat voldoet aan de noodzakelijke voorwaarden om de echtheid ervan te kunnen vaststellen;

en

b) het in artikel 46, lid 1, of artikel 47, lid 1, bedoelde certificaat.

2. Voor de toepassing van dit artikel wordt bij het in artikel 46, lid 1, bedoelde certificaat een vertaling van punt 10 inzake de regelingen betreffende het omgangsrecht gevoegd.

De vertaling wordt gesteld in de officiële taal of een van de officiële talen van de aangezochte lidstaat of in een andere taal die de aangezochte lidstaat uitdrukkelijk aanvaardt. De vertaling wordt gewaarmerkt door een persoon die daartoe in een van de lidstaten gemachtigd is.

Er wordt geen vertaling van het in artikel 47, lid 1, bedoelde certificaat vereist.

Afdeling 4

Overige bepalingen

Artikel 50

Procedure van tenuitvoerlegging

De procedure van tenuitvoerlegging wordt geregeld bij de wetgeving van de aangezochte lidstaat.

Artikel 51

Praktische regelingen betreffende de uitoefening van het omgangsrecht

1. De rechterlijke instanties van de aangezochte lidstaat kunnen praktische regelingen betreffende de wijze van uitoefening van het omgangsrecht treffen, indien de noodzakelijke regelingen daartoe niet zijn getroffen in de beslissing van de lidstaat die in de betrokken zaak ten gronde bevoegd is, mits de wezenlijke bestanddelen van die beslissing worden geëerbiedigd.

2. De overeenkomstig lid 1 getroffen praktische regelingen houden op van toepassing te zijn, wanneer later een beslissing terzake wordt gegeven door de rechterlijke instanties van de lidstaat die in de betrokken zaak ten gronde bevoegd is.

Artikel 52

Rechtsbijstand

Een verzoeker die in de lidstaat van herkomst in aanmerking kwam voor gehele of gedeeltelijke kosteloze rechtsbijstand of vrijstelling van kosten en uitgaven, komt in de procedures, bedoeld in de artikelen 26, 33 en 51, in aanmerking voor de gunstigste bijstand of de ruimste vrijstelling waarin de wetgeving van de aangezochte lidstaat voorziet.

Artikel 53

Cautie of andere zekerheid

Van een partij die in een lidstaat de tenuitvoerlegging van een in een andere lidstaat gegeven beslissing vordert, kan geen cautie of andere zekerheid, onder welke benaming ook, worden geëist op grond dat:

- a) hij of zij geen gewone verblijfplaats heeft in de lidstaat waar de tenuitvoerlegging wordt gevorderd; of
- b) hij of zij vreemdeling is of, wanneer in het Verenigd Koninkrijk of Ierland de tenuitvoerlegging wordt gevorderd, hij of zij zijn of haar "domicile" (woonplaats) niet in een van die lidstaten heeft.

Artikel 54

Geen legalisatie of soortgelijke formaliteit

Er wordt geen legalisatie of soortgelijke formaliteit vereist met betrekking tot de in de artikelen 42, 43 en 49 bedoelde documenten, noch, in voorkomend geval, met betrekking tot de procesvolmacht.

HOOFDSTUK V

SAMENWERKING TUSSEN CENTRALE AUTORITEITEN

Artikel 55

Aanwijzing

Elke lidstaat wijst een centrale autoriteit aan om behulpzaam te zijn bij de toepassing van deze verordening.

Een lidstaat waar met betrekking tot de onderwerpen die in deze verordening zijn geregeld, twee of meer rechtsstelsels of regelingen van toepassing zijn in verschillende gebiedsdelen, kan, naast de overeenkomstig de eerste alinea aangewezen centrale autoriteit, een autoriteit in ieder gebiedsdeel aanwijzen en de territoriale bevoegdheid van elk van deze autoriteiten omschrijven. In dit geval kunnen mededelingen worden toegezonden hetzij direct aan de bevoegde autoriteit van het betrokken gebiedsdeel, hetzij aan de centrale autoriteit, die deze aan de bevoegde autoriteit van het betrokken gebiedsdeel doorzendt en de verzender daarvan in kennis stelt.

Artikel 56

Algemene taken

De centrale autoriteiten zetten een informatiesysteem betreffende de nationale wetten en procedures op en nemen algemene maatregelen om de toepassing van deze verordening te verbeteren en hun onderlinge samenwerking te bevorderen, met inbegrip van de ontwikkeling van grensoverschrijdende, op bemiddeling berustende samenwerkingsverbanden.

Te dien einde wordt gebruik gemaakt van het bij Beschikking 2001/470/EG in het leven geroepen Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken.

Artikel 57

Samenwerking in specifieke gevallen

De centrale autoriteiten werken in specifieke gevallen met elkaar samen, met name teneinde te waarborgen dat de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind daadwerkelijk wordt uitgeoefend. Te dien einde, en overeenkomstig hun wetgeving direct of door tussenkomst van openbare autoriteiten of andere organen optredend:

- a) wisselen zij informatie uit:
 - (i) over de situatie van het kind,
 - (ii) over lopende procedures, of
 - (iii) over beslissingen die betrekking hebben op het kind;

 - b) doen zij passende aanbevelingen, met name teneinde een beschermende maatregel, genomen in de lidstaat waar het kind zich bevindt, in overeenstemming te brengen met een beslissing, gegeven in de lidstaat die in de betrokken zaak ten gronde bevoegd is;

 - c) nemen zij alle noodzakelijke maatregelen om vast te stellen waar het kind zich bevindt, en om de terugkeer van het kind te bewerkstelligen, met inbegrip van de instelling te dien einde van procedures overeenkomstig de artikelen 22, 23 en 24;

 - d) verstrekken zij informatie en verlenen zij bijstand aan personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind dragen en die op hun grondgebied beslissingen willen doen erkennen en ten uitvoer leggen, met name wat betreft het omgangsrecht en de terugzending van het kind;

 - e) ondersteunen zij de communicatie tussen rechterlijke instanties, met name teneinde overeenkomstig artikel 15 een zaak naar een andere rechterlijke instantie te doen verwijzen of teneinde overeenkomstig de artikelen 22, 23 en 24 over gevallen van ontvoering van kinderen te doen beslissen;
- en
- f) bevorderen zij door bemiddeling of anderszins overeenstemming tussen de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind dragen, en organiseren zij daartoe grensoverschrijdende samenwerking.

Artikel 58

Werkwijze

1. Een persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind draagt, kan bij de centrale autoriteit van de lidstaat waar hij of zij zijn of haar gewone verblijfplaats heeft of bij de centrale autoriteit van de lidstaat waar het kind zijn of haar gewone verblijfplaats heeft of op het grondgebied waarvan het zich bevindt, een verzoek om bijstand indienen. Indien in het verzoek om bijstand naar een overeenkomstig deze verordening gegeven beslissing wordt verwezen, voegt de persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt, het relevante certificaat, bedoeld in artikel 44, artikel 46, lid 1, of artikel 47, lid 1, bij het verzoek.
2. Elke lidstaat deelt de Commissie mee welke andere officiële taal of talen van de Europese Unie dan zijn eigen taal of talen hij voor mededelingen aan zijn centrale autoriteit kan aanvaarden.
3. De door de centrale autoriteiten overeenkomstig artikel 57 verleende bijstand is kosteloos.
4. Elke centrale autoriteit draagt haar eigen kosten.

Artikel 59

Vergaderingen

De Commissie roept vergaderingen van de centrale autoriteiten bijeen en maakt daartoe gebruik van het bij Beschikking 2001/470/EG in het leven geroepen Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken.

HOOFDSTUK VI

VERHOUDING TOT ANDERE INSTRUMENTEN

Artikel 60

Verhouding tot andere instrumenten

1. Onverminderd het bepaalde in artikel 63 en in lid 2 van het onderhavige artikel, treedt deze verordening tussen de lidstaten in de plaats van de op het tijdstip van de inwerkingtreding ervan bestaande overeenkomsten tussen twee of meer lidstaten, die betrekking hebben op onderwerpen welke in deze verordening zijn geregeld.
2. a) Finland en Zweden hebben de mogelijkheid te verklaren dat de Overeenkomst van 6 februari 1931 tussen Denemarken, Finland, IJsland, Noorwegen en Zweden houdende internationaal-privaatrechtelijke bepalingen ter zake van huwelijk, adoptie en voogdij, met bijbehorend slotprotocol, in hun onderlinge betrekkingen geheel of gedeeltelijk toepasselijk is in plaats van deze verordening. Een dergelijke verklaring

wordt als bijlage bij deze verordening in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* bekendgemaakt. Voornoemde lidstaten kunnen te allen tijde hun verklaring geheel of gedeeltelijk intrekken.

b) Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit van burgers van de Unie wordt geëerbiedigd.

c) In alle toekomstige overeenkomsten tussen de onder a) genoemde lidstaten worden de bevoegdheidsregels die betrekking hebben op een in deze verordening geregeld onderwerp, in overeenstemming gebracht met de regels van deze verordening.

d) Beslissingen die in een van de Noordse staten die een verklaring als bedoeld onder a) heeft afgelegd, zijn gegeven op een bevoegdheidsgrond die overeenkomt met een van de gronden waarin de hoofdstukken II en III van deze verordening voorzien, worden de in de overige lidstaten overeenkomstig de regels van hoofdstuk IV van deze verordening erkend en ten uitvoer gelegd.

3. Door de lidstaten wordt aan de Commissie:

a) een afschrift toegezonden van de in lid 2, onder a) en c), bedoelde overeenkomsten en van de eenvormige wetten ter uitvoering daarvan;

b) mededeling gedaan van elke opzegging van of wijziging in deze overeenkomsten of eenvormige wetten.

Artikel 61

Verhouding tot bepaalde multilaterale verdragen

In de betrekkingen tussen de lidstaten heeft deze verordening voorrang boven de volgende verdragen, voorzover zij betrekking hebben op onderwerpen die in deze verordening zijn geregeld:

a) het Verdrag van 's-Gravenhage van 5 oktober 1961 betreffende de bevoegdheid der autoriteiten en de toepasselijke wet inzake de bescherming van minderjarigen;

b) het Verdrag van Luxemburg van 8 september 1967 inzake de erkenning van beslissingen betreffende de huwelijksband;

c) het Verdrag van 's-Gravenhage van 1 juni 1970 inzake de erkenning van echtscheidingen en scheidingen van tafel en bed;

d) het Europees Verdrag van 20 mei 1980 betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen;

e) het Verdrag van 's-Gravenhage van 25 oktober 1980 inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen;

en

f) het Verdrag van 's-Gravenhage van 19 oktober 1996 inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen.

Artikel 62

Verdragen met de Heilige Stoel

1. Deze verordening laat onverlet het op 7 mei 1940 te Vaticaanstad ondertekende internationale verdrag (concordaat) tussen de Heilige Stoel en de Portugese Republiek.
2. Elke beslissing ter zake van de nietigverklaring van een huwelijk, gegeven krachtens het in lid 1 genoemde concordaat, wordt in de lidstaten erkend onder de in hoofdstuk IV, afdeling 1, vastgestelde voorwaarden.
3. Het bepaalde in de leden 1 en 2 is tevens van toepassing op de volgende internationale verdragen (concordaten) met de Heilige Stoel:
 - a) het Verdrag van lateranen van 11 februari 1929 tussen de Italiaanse Republiek en de Heilige Stoel, gewijzigd bij de op 18 februari 1984 te Rome ondertekende overeenkomst met bijbehorend protocol;
 - b) de Overeenkomst van 3 januari 1979 tussen de Heilige Stoel en Spanje over juridische kwesties.
4. De in lid 2 voorziene erkenning van beslissingen kan in Italië en in Spanje worden onderworpen aan dezelfde procedures en controles als van toepassing zijn ten aanzien van beslissingen van kerkelijke rechterlijke instanties op grond van de in lid 3 genoemde internationale verdragen met de Heilige Stoel.
5. De betrokken lidstaten:
 - a) zenden de Commissie een afschrift van de in de leden 1 en 3 genoemde verdragen toe;
 - b) doen haar mededeling van elke opzegging van of wijziging in deze verdragen.

HOOFDSTUK VII

OVERGANGSBEPALINGEN

Artikel 63

1. De bepalingen van deze verordening zijn slechts van toepassing op rechtsvorderingen ingesteld, authentieke akten verleden en gerechtelijke schikkingen in de loop van een geding tot stand gekomen na de datum vanaf welke deze verordening overeenkomstig artikel 71 van toepassing is.
2. Beslissingen, gegeven na de datum vanaf welke de onderhavige verordening van toepassing is, naar aanleiding van vóór die datum maar na de datum van inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1347/2000 ingestelde vorderingen, worden overeenkomstig de bepalingen van hoofdstuk IV van de onderhavige verordening erkend en ten uitvoer gelegd, indien de toegepaste bevoegdheidsregels overeenkomen met die waarin wordt voorzien door hoofdstuk II of hoofdstuk III van de onderhavige verordening, door Verordening (EG) nr. 1347/2000 of door een overeenkomst tussen de lidstaat van herkomst en de aangezochte lidstaat die van kracht was toen de vordering werd ingesteld.

3. Beslissingen, gegeven vóór de datum vanaf welke de onderhavige verordening van toepassing is, naar aanleiding van na de datum van inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1347/2000 ingestelde vorderingen, worden overeenkomstig de bepalingen van hoofdstuk IV van de onderhavige verordening erkend en ten uitvoer gelegd, indien zij betrekking hebben op echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk, dan wel, ter gelegenheid van dergelijke vorderingen in huwelijkszaken, op de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen.

4. Beslissingen, gegeven vóór de datum vanaf welke de onderhavige verordening van toepassing is, maar na de datum van inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1347/2000, naar aanleiding van vóór de datum van inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1347/2000 ingestelde vorderingen, worden overeenkomstig de bepalingen van hoofdstuk IV van de onderhavige verordening erkend en ten uitvoer gelegd, indien zij betrekking hebben op echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk, dan wel, ter gelegenheid van dergelijke vorderingen in huwelijkszaken, op de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, en indien de toegepaste bevoegdheidsregels overeenkomen met die waarin wordt voorzien door hoofdstuk II of hoofdstuk III van de onderhavige verordening, door Verordening (EG) nr. 1347/2000 of door een overeenkomst tussen de lidstaat van herkomst en de aangezochte lidstaat die van kracht was toen de vordering werd ingesteld.

HOOFDSTUK VIII

SLOTBEPALINGEN

Artikel 64

Lidstaten met twee of meer rechtsstelsels

Ten aanzien van een lidstaat waar met betrekking tot de onderwerpen die in deze verordening zijn geregeld, twee of meer rechtsstelsels of regelingen van toepassing zijn in verschillende gebiedsdelen:

- a) wordt met de gewone verblijfplaats in die lidstaat de gewone verblijfplaats in een gebiedsdeel bedoeld;
- b) heeft de term "nationaliteit" of, in het geval van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, de term "domicile" (woonplaats) betrekking op het gebiedsdeel dat in de wetgeving van die staat is aangeduid;
- c) wordt met de autoriteit van een lidstaat de autoriteit van het betrokken gebiedsdeel van die staat bedoeld;
- d) worden met de bepalingen van de aangezochte lidstaat de bepalingen van het gebiedsdeel bedoeld waar de kwestie van de bevoegdheid, erkenning of tenuitvoerlegging wordt opgeworpen.

Artikel 65

Inlichtingen betreffende de centrale autoriteiten en het taalgebruik

1. De lidstaten delen de Commissie binnen drie maanden na de inwerkingtreding van deze verordening mee:

- a) de namen, adressen en communicatiemiddelen van de overeenkomstig artikel 55 aangewezen centrale autoriteiten;
 - b) de overeenkomstig artikel 58, lid 2, voor mededelingen aan de centrale autoriteiten aanvaarde talen;
- en
- c) de overeenkomstig artikel 49, lid 2, voor het certificaat betreffende het omgangsrecht aanvaarde talen.

De lidstaten brengen de Commissie op de hoogte van elke wijziging in deze inlichtingen.

De Commissie maakt deze inlichtingen openbaar.

Artikel 66

Wijzigingen in de bijlagen I, II en III

De lidstaten stellen de Commissie in kennis van de teksten tot wijziging van de in de bijlagen I, II en III opgenomen lijsten van rechterlijke instanties en rechtsmiddelen.

De Commissie past de betrokken bijlagen dienovereenkomstig aan.

Artikel 67

Wijzigingen in de bijlagen IV tot en met VII

Elke wijziging in de in de bijlagen IV tot en met VII opgenomen modelformulieren wordt aangenomen volgens de in artikel 68, lid 2, geregelde procedure.

Artikel 68

Comité

1. De Commissie wordt bijgestaan door een comité bestaande uit vertegenwoordigers van de lidstaten en voorgezeten door de vertegenwoordigers van de Commissie.

2. Wanneer naar dit lid wordt verwezen, is de adviesprocedure, geregeld in artikel 3 van Besluit 1999/468/EG, van toepassing, overeenkomstig artikel 7, lid 3, van dat besluit.

3. Het comité stelt zijn reglement van orde vast.

Artikel 69

Intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000

1. Verordening (EG) nr. 1347/2000 wordt ingetrokken met ingang van de datum vanaf welke de onderhavige verordening overeenkomstig artikel 71 van toepassing is.
2. Elke verwijzing naar Verordening (EG) nr. 1347/2000 wordt gelezen als een verwijzing naar de onderhavige verordening, overeenkomstig de concordantietabel in bijlage VIII.

Artikel 70

Wijziging van Verordening (EG) nr. 44/2001

Artikel 5, lid 2, van Verordening (EG) nr. 44/2001 wordt gelezen als volgt:

"2. ten aanzien van onderhoudsverplichtingen: voor het gerecht van de plaats waar de tot onderhoud gerechtigde zijn of haar woonplaats of gewone verblijfplaats heeft, of, indien het een bijkomende eis betreft die is verbonden met een vordering betreffende de staat van personen, voor het gerecht dat volgens zijn eigen recht bevoegd is daarvan kennis te nemen, behalve in het geval dat deze bevoegdheid uitsluitend berust op de nationaliteit van een der partijen, of, indien het een bijkomende eis betreft die is verbonden met een vordering betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, voor het gerecht dat overeenkomstig Verordening (EG) nr. ... van de Raad [betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid]* bevoegd is daarvan kennis te nemen

* PB L ..."

Artikel 71

Inwerkingtreding

Deze verordening treedt in werking op 1 juli 2003.

Deze verordening is van toepassing met ingang van 1 juli 2004, met uitzondering van artikel 65, dat van toepassing is met ingang van 1 juli 2003.

Deze verordening is verbindend in al haar onderdelen en is rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat overeenkomstig het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.

Gedaan te Brussel,
Voor de Raad
De voorzitter

BIJLAGE I

De in de artikelen 26 en 33 bedoelde verzoeken worden ingediend bij de volgende rechterlijke instanties:

- in België, de Rechtbank van eerste aanleg/het "Tribunal de première instance"/het "erstinstanzliches Gericht";
- in Duitsland:
 - in het district van het "Kammergericht" (Berlin), het "Familiengericht Pankow/Weissensee",
 - in de districten van de nog bestaande "Oberlandesgerichte", het "Familiengericht" ter zetel van het betrokken "Oberlandesgericht";
- in Griekenland, de "Μονομελές Πρωτοδικείο";
- in Spanje, de "Juzgado de Primera Instancia";
- in Frankrijk, de president van het "Tribunal de grande instance";
- in Ierland het "High Court";
- in Italië, het "Corte d'appello";
- in Luxemburg, de president van het "Tribunal d'arrondissement";
- in Nederland, de president van de arrondissementsrechtbank;
- in Oostenrijk, het "Bezirksgericht";
- in Portugal, het "Tribunal de Comarca" of het "Tribunal de familia";
- in Finland, het "käräjäoikeus"/"tingsrätt";
- in Zweden de "Svea hovrätt";
- in het Verenigd Koninkrijk:
 - a) in Engeland en Wales, het "High Court of Justice";
 - b) in Schotland, het "Court of Session";
 - c) in Noord-Ierland, het "High Court of Justice";
 - d) in Gibraltar, het "Supreme Court".

BIJLAGE II

Het in artikel 38 bedoelde rechtsmiddel wordt ingesteld bij de volgende rechterlijke instanties:

- in België:
 - a) door de persoon die om uitvoerbaarverklaring heeft verzocht, bij het Hof van beroep/het "Cour d'appel";
 - b) door de persoon jegens wie de tenuitvoerlegging is gevorderd, bij de Rechtbank van eerste aanleg/het "Tribunal de première instance"/het "erstinstanzliches Gericht";
- in Duitsland, het "Oberlandesgericht";
- in Griekenland, het "Εφετείο";
- in Spanje, de "Audiencia Provincial";
- in Frankrijk, het "Cour d'appel";
- in Ierland, het "High Court";
- in Italië, het "Corte d'appello";
- in Luxemburg, het "Cour d'appel";
- in Nederland:

- a) door de verzoeker of door de verweerder die is verschenen, bij het gerechtshof;
- b) door de verweerder tegen wie verstek is verleend, bij de arrondissementsrechtbank;
 - in Oostenrijk, het "Bezirksgericht";
 - in Portugal, het "Tribunal da Relação";
 - in Finland, het "hovioikeus"/"hovrätt";
 - in Zweden, de "Svea hovrätt";
 - in het Verenigd Koninkrijk:
 - a) in Engeland en Wales, het "High Court of Justice";
 - b) in Schotland, het "Court of Session";
 - c) in Noord-Ierland, het "High Court of Justice";
 - d) in Gibraltar: het "Court of Appeal".

BIJLAGE III

Tegen de beslissing, gegeven op het in artikel 39 bedoelde rechtsmiddel, kan:

- in België, Griekenland, Spanje, Frankrijk, Italië, Luxemburg en Nederland slechts beroep in cassatie worden ingesteld;
- in de Bondsrepubliek Duitsland slechts het rechtsmiddel van "Rechtsbeschwerde" worden aangewend;
- in Ierland slechts het rechtsmiddel van beroep over een rechtsvraag bij het "Supreme Court" worden aangewend;
- in Oostenrijk slechts het rechtsmiddel van "Revisionsrekurs" worden aangewend;
- in Portugal slechts het rechtsmiddel van beroep over een rechtsvraag worden aangewend;
- in Finland slechts beroep bij het "korkein oikeus/högsta domstolen" worden ingesteld;
- in Zweden slechts beroep bij het "Högsta domstolen" worden ingesteld;
- in het Verenigd Koninkrijk slechts één enkel rechtsmiddel van hogere voorziening over een rechtsvraag worden aangewend.

BIJLAGE IV

Certificaat betreffende beslissingen in huwelijkszaken, bedoeld in artikel 44

1. Land van herkomst
2. Rechterlijke instantie of autoriteit die het certificaat afgeeft
 - 2.1. Naam
 - 2.2. Adres
 - 2.3. Tel./fax/e-mail
3. Huwelijk
 - 3.1. Vrouw
 - 3.1.1. Volledige naam
 - 3.1.2. Geboorteland en -plaats
 - 3.1.3. Geboortedatum
 - 3.2. Man
 - 3.2.1. Volledige naam

- 3.2.2. Geboorteland en -plaats
 - 3.2.3. Geboortedatum
 - 3.3. Land, plaats (indien bekend) en datum van het huwelijk
 - 3.3.1. Land van het huwelijk
 - 3.3.2. Plaats van het huwelijk (indien bekend)
 - 3.3.3. Datum van het huwelijk
 - 4. Rechterlijke instantie die de beslissing heeft gegeven
 - 4.1. Naam van de rechterlijke instantie
 - 4.2. Plaats van de rechterlijke instantie
 - 5. Beslissing
 - 5.1. Datum
 - 5.2. Referentienummer
 - 5.3. Soort beslissing
 - 5.3.1. Echtscheiding
 - 5.3.2. Nietigverklaring van het huwelijk
 - 5.3.3. Scheiding van tafel en bed
 - 5.4. Is de beslissing bij verstek gegeven?
 - 5.4.1. Neen
 - 5.4.2. Ja¹
 - 6. Namen van de partijen aan wie rechtsbijstand is toegekend
 - 7. Staat tegen de beslissing hoger beroep open volgens de wet van de lidstaat van herkomst?
 - 7.1. Neen
 - 7.2. Ja
 - 8. Datum van het rechtsgevolg in de lidstaat waar de beslissing is gegeven
 - 8.1. Echtscheiding
 - 8.2. Scheiding van tafel en bed
- Gedaan te _____, datum _____ Handtekening en/of stempel

BIJLAGE V

Certificaat betreffende beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, bedoeld in artikel 44

- 1. Land van herkomst
- 2. Rechterlijke instantie of autoriteit die het certificaat afgeeft
 - 2.1. Naam
 - 2.2. Adres
 - 2.3. Tel./fax/e-mail
- 3. Personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen
 - 3.1. Moeder
 - 3.1.1. Volledige naam
 - 3.1.2. Geboortedatum en -plaats
 - 3.2. Vader
 - 3.2.1. Volledige naam
 - 3.2.2. Geboortedatum en -plaats

¹ De in artikel 42, lid 2, bedoelde documenten moeten worden bijgevoegd.

- 3.3. Andere
 - 3.2.1. Volledige naam
 - 3.2.2. Geboortedatum en -plaats
 - 4. Rechterlijke instantie die de beslissing heeft gegeven
 - 4.1. Naam van de rechterlijke instantie
 - 4.2. Plaats van de rechterlijke instantie
 - 5. Beslissing
 - 5.1. Datum
 - 5.2. Referentienummer
 - 5.3. Is de beslissing bij verstek gegeven?
 - 5.3.1. Neen
 - 5.3.2. Ja²
 - 6. Kinderen op wie de beslissing betrekking heeft³
 - 6.1. Volledige naam en geboortedatum
 - 6.2. Volledige naam en geboortedatum
 - 6.3. Volledige naam en geboortedatum
 - 6.4. Volledige naam en geboortedatum
 - 7. Namen van de partijen aan wie rechtsbijstand is toegekend
 - 8. Uitvoerbaarheid en betekening
 - 8.1. Is de beslissing volgens de wet van de lidstaat van herkomst uitvoerbaar?
 - 8.1.1. Ja
 - 8.1.2. Neen
 - 8.2. Is de beslissing betekend aan de partij jegens wie de tenuitvoerlegging wordt gevorderd?
 - 8.2.1. Ja
 - 8.2.1.1. Volledige naam van de partij
 - 8.2.1.2. Datum van de betekening
 - 8.2.2. Neen
- Gedaan te _____, datum _____ Handtekening en/of stempel

BIJLAGE VI

Certificaat betreffende beslissingen inzake het omgangsrecht, bedoeld in artikel 46, lid 1

- 1. Land van herkomst
- 2. Rechterlijke instantie of autoriteit die het certificaat afgeeft
 - 2.1. Naam
 - 2.2. Adres
 - 2.3. Tel./fax/e-mail
- 3. Ouders
 - 3.1. Moeder
 - 3.1.1. Volledige naam
 - 3.1.2. Geboortedatum en -plaats
 - 3.2. Vader

² De in artikel 42, lid 2, bedoelde documenten moeten worden bijgevoegd.

³ Indien de beslissing betrekking heeft op meer dan vier kinderen moet een tweede formulier worden gebruikt.

- 3.2.1. Volledige naam
- 3.2.2. Geboortedatum en -plaats
- 4. Rechterlijke instantie die de beslissing heeft gegeven
 - 4.1. Naam van de rechterlijke instantie
 - 4.2. Plaats van de rechterlijke instantie
- 5. Beslissing
 - 5.1. Datum
 - 5.2. Referentienummer
- 6. Kinderen op wie de beslissing betrekking heeft⁴
 - 6.1. Volledige naam en geboortedatum
 - 6.2. Volledige naam en geboortedatum
 - 6.3. Volledige naam en geboortedatum
 - 6.4. Volledige naam en geboortedatum
- 7. De beslissing is uitvoerbaar volgens de wet van de lidstaat van herkomst.
- 8. De beslissing is niet bij verstek gegeven.
- 9. De kinderen zijn in de gelegenheid gesteld te worden gehoord, tenzij dit vanwege hun leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam werd geacht.
- 10. Regelingen betreffende de uitoefening van het omgangsrecht
 - 10.1. Datum
 - 10.2. Plaats
 - 10.3. Specifieke verplichtingen van de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen met betrekking tot het ophalen en terugbrengen van de kinderen
 - 10.3.1. Aansprakelijkheid voor de vervoerkosten
 - 10.3.2. Overige
 - 10.4. Eventuele beperkingen van de uitoefening van het omgangsrecht
- 11. Namen van de partijen aan wie rechtsbijstand is toegekend

Gedaan te _____, datum _____ Handtekening en/of stempel

BIJLAGE VII

Certificaat betreffende de terugzending, bedoeld in artikel 47, lid 1

- 1. Land van herkomst
- 2. Rechterlijke instantie of autoriteit die het certificaat afgeeft
 - 2.1. Naam
 - 2.2. Adres
 - 2.3. Tel./fax/e-mail
- 3. Personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen
 - 3.1. Moeder
 - 3.1.1. Volledige naam
 - 3.1.2. Geboortedatum en -plaats
 - 3.2. Vader
 - 3.2.1. Volledige naam
 - 3.2.2. Geboortedatum en -plaats
 - 3.3. Andere

⁴ Indien de beslissing betrekking heeft op meer dan vier kinderen moet een tweede formulier worden gebruikt.

- 3.3.1. Volledige naam
- 3.3.2. Geboortedatum en -plaats
- 4. Rechterlijke instantie die de beslissing heeft gegeven
 - 4.1. Naam van de rechterlijke instantie
 - 4.2. Plaats van de rechterlijke instantie
- 5. Beslissing
 - 5.1. Datum
 - 5.2. Referentienummer
- 6. Kinderen op wie de beslissing betrekking heeft⁵
 - 6.1. Volledige naam en geboortedatum
 - 6.2. Volledige naam en geboortedatum
 - 6.3. Volledige naam en geboortedatum
 - 6.4. Volledige naam en geboortedatum
- 7. De kinderen zijn in de gelegenheid gesteld te worden gehoord, tenzij dit vanwege hun leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam werd geacht.
- 8. De beslissing brengt de terugzending van de kinderen met zich.
- 9. Persoon die het gezag over de kinderen heeft
- 10. Namen van de partijen aan wie rechtsbijstand is verleend

Gedaan te _____, datum _____ Handtekening en/of stempel

BIJLAGE VIII

Concordantie met Verordening (EG) nr. 1347/2000

Vervallen artikelen	Overeenkomstige artikelen van de nieuwe tekst
1	1, 2
2	5
3	12
4	
5	6
6	7
7	8
8	9
9	17
10	18
11	16, 19
12	20
13	2, 26
14	26
15	27, 28
16	
17	29

⁵ Indien de beslissing betrekking heeft op meer dan vier kinderen moet een tweede formulier worden gebruikt.

18	30
19	31
20	32
21	33
22	26, 34
23	35
24	36
25	37
26	38
27	39
28	40
29	41
30	52
31	53
32	42
33	44
34	43
35	54
36	60
37	61
38	
39	
40	62
41	64
42	63
43	
44	66, 67
45	68
46	71
bijlage I	bijlage I
bijlage II	bijlage II
bijlage III	bijlage III
bijlage IV	bijlage IV
bijlage V	bijlage V

Consultation sur un avant-projet de proposition de Règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles

Le présent avant-projet de proposition de règlement du Conseil a pour objectif de lancer le débat public sur le futur instrument communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, instrument prévu par le plan d'action de Vienne (point 40 b) et le Programme de reconnaissance mutuelle (point II B 3).

Il importe de noter qu'il s'agit d'un simple document de travail établi par les services de la Commission aux fins de consultation des parties intéressées.

La Commission invite toutes les parties intéressées à lui soumettre des commentaires dûment motivés relatifs aux différentes règles de conflit de lois contenues dans ce document. Des commentaires plus généraux sont également les bienvenus.

La Commission tiendra compte des réactions des parties intéressées au présent document de travail lors de l'élaboration d'une future proposition d'instrument communautaire sur ce sujet.

Les parties intéressées sont priées de soumettre leurs commentaires par écrit, au plus tard le 15 septembre 2002, à l'adresse suivante :

Direction générale Justice et Affaires intérieures,

Unité A3, Coopération judiciaire en matière civile

Commission européenne

Bureau: LX 46 5/152

B-1049 Bruxelles

Fax : + 32 (2) 299 64 57

Courrier électronique : jai-coop-jud-civil@cec.eu.int

Sauf instructions contraires formelles de l'expéditeur, les réponses et observations pourront être diffusées sur le site Internet de la Commission.

Titre premier - Champ d'application

Article premier - Champ d'application

1. Les dispositions du présent règlement sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations non contractuelles.
2. Elles ne s'appliquent pas :
 - a) aux obligations non contractuelles découlant des relations de famille ou de relations assimilées, y compris les obligations alimentaires dans la mesure où des règles spécifiques les gouvernent;

- b) aux obligations non contractuelles relevant du droit des successions;
 - c) aux obligations nées de lettres de change, chèques, billets à ordre ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments dérivent de leur caractère négociable;
 - d) à la responsabilité personnelle légale des associés, des organes et des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables, pour les dettes d'une société, association ou personne morale;
 - e) à la responsabilité du fait de l'exercice de la puissance publique;
 - f) aux obligations non contractuelles entre les constituants, les trustees et les bénéficiaires d'un trust;
 - g) à la preuve et à la procédure, sous réserve de l'article 17.
3. Dans le présent règlement, on entend par "État membre", tous les États membres à l'exception [du Royaume-Uni, de l'Irlande et] du Danemark.

Article 2 - Caractère universel

La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre.

Titre II - Règles uniformes

Chapitre premier Obligations non contractuelles dérivant d'un délit

Article 3 - Règle générale

1. La loi applicable à l'obligation non contractuelle dérivant d'un délit est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quel que soit le ou les pays dans le(s)quel(s) des conséquences indirectes du dommage surviennent, sous réserve du paragraphe 2.
2. Lorsque l'auteur du délit et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du délit, la loi applicable est celle de ce pays.
3. Toutefois, s'il résulte de l'ensemble des circonstances qu'un délit présente des liens substantiellement plus étroits avec un autre pays et qu'il n'existe pas un lien significatif entre ce délit et le pays dont la loi serait applicable en vertu des paragraphes 1 et 2, la loi de cet autre pays s'applique.

Un lien substantiellement plus étroit avec un autre pays peut se fonder notamment sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat ayant un lien avec le délit en question.

Article 4 - Zones non soumises à une souveraineté territoriale

1. Lorsque le dommage survient dans des zones non soumises à la souveraineté territoriale d'un État, la loi applicable est celle du pays dans lequel le moyen de transport ou l'installation ayant un lien avec le délit est immatriculé ou celle dont le moyen de transport ou l'installation bat pavillon ou celle avec lequel le moyen de transport ou l'installation a des liens analogues.

2. S'il n'existe pas de lien avec un pays particulier ou s'il existe un lien avec plusieurs pays, la loi appliquée est celle du pays avec lequel le délit présente les liens les plus étroits.

Article 5 - Responsabilité du fait des produits

1. La loi applicable à l'obligation non contractuelle en cas de dommage causé par un produit est celle du pays dans lequel la personne qui subit directement le dommage a sa résidence habituelle ou son établissement principal, si ce pays est également

- le pays de l'établissement principal de la personne dont la responsabilité est invoquée

ou

- le pays où le produit a été acheté.

2. Dans tous les autres cas, la loi applicable est celle du pays où le délit est survenu.

Article 6 - Concurrence et pratiques déloyales

La loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une concurrence ou de pratiques déloyales est celle du pays où la concurrence ou les pratiques déloyales affectent les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs.

Article 7 - Diffamation

La loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité, ou d'une diffamation, est celle du pays où la personne lésée a sa résidence habituelle au moment de la survenance du délit.

Article 8 - Atteinte à l'environnement

La loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à l'environnement est celle du pays sur le territoire duquel le dommage est survenu ou menace de survenir.

Article 9 - Domaine de la loi applicable à l'obligation non contractuelle dérivant d'un délit

La loi applicable à l'obligation non contractuelle en vertu des articles 3 à 8 et 11 du présent règlement régit notamment :

1. la base, les conditions et l'étendue de la responsabilité, y compris la détermination des personnes engageant leur responsabilité pour les actes qu'elles commettent;
2. les causes d'exonération, ainsi que toute limitation et tout partage de responsabilité;
3. l'existence et la nature des dommages susceptibles de réparation;
4. dans les limites des pouvoirs attribués au tribunal par sa loi de procédure, les mesures que le juge peut prendre pour assurer la prévention, la cessation du dommage ou sa réparation;
5. l'évaluation du dommage dans la mesure où des règles de droit la régissent;
6. la transmissibilité du droit à réparation ;
7. les personnes ayant droit à réparation du dommage qu'elles ont personnellement subi;
8. la responsabilité du fait d'autrui;
9. les prescriptions et les déchéances fondées sur l'expiration d'un délai, y compris le point de départ, l'interruption et la suspension des délais.

Chapitre deux Obligations non contractuelles dérivant d'un fait autre qu'un délit

Article 10 - Détermination de la loi applicable

1. Lorsqu'une obligation non contractuelle dérivant d'un fait autre qu'un délit se rattache à une relation préexistante entre les parties, elle est régie par la loi du pays dont la loi régit cette relation.
2. Sous réserve du paragraphe 1, une obligation non contractuelle fondée sur un enrichissement sans cause est régie par la loi du pays dans lequel l'enrichissement s'est produit.

3. Sous réserve du paragraphe 1, une obligation résultant d'une gestion d'affaires est régie par la loi du pays dans lequel la gestion a été effectuée.

4. Nonobstant les paragraphes 2 et 3, et sous réserve du paragraphe 1, lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la naissance de l'obligation non contractuelle, celle-ci est régie par la loi de ce pays.

Chapitre trois
Règles communes aux obligations non contractuelles
dérivant d'un delit et à celles
dérivant d'un fait autre qu'un delit

Article 11 - Liberté de choix

1. Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle. Ce choix, qui doit être exprès, ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers.

2. Le choix par les parties d'une loi ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation étaient, au moment de la naissance de l'obligation, localisés dans un pays autre que celui dont la loi a été choisie, porter atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par convention, ci-après dénommées "dispositions impératives".

3. Le choix par les parties de la loi d'un pays tiers ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation étaient, au moment de la naissance de l'obligation, localisés dans un ou plusieurs États membres de la Communauté européenne, porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire.

Article 12 - Lois de police

Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge régissant la situation quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle.

Article 13 - Règles de sécurité et de comportement

Quelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de la responsabilité, être tenu compte des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au moment de la naissance de l'obligation non contractuelle.

Article 14 - Action directe contre l'assureur du responsable

1. La personne lésée a le droit d'agir directement contre l'assureur du responsable si un tel droit lui est reconnu par la loi applicable à l'obligation non contractuelle.
2. Si cette loi ne connaît pas ce droit, il peut être exercé s'il est admis par la loi applicable au contrat d'assurance.

Article 15 - Subrogation

1. Lorsqu'en vertu d'une obligation non contractuelle, une personne, le créancier, a des droits à l'égard d'une autre personne, le débiteur, et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier ou encore que le tiers a désintéressé le créancier en exécution de cette obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations.
2. La même règle s'applique lorsque plusieurs personnes sont tenues de la même obligation et que le créancier a été désintéressé par l'une d'elles.

Article 16 - Forme

Un acte juridique unilatéral relatif à une obligation non contractuelle est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit l'obligation non contractuelle en question ou de la loi du pays dans lequel cet acte est intervenu.

Article 17 - Preuve

1. La loi régissant l'obligation non contractuelle en vertu du présent règlement s'applique dans la mesure où, en matière d'obligations non contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve.
2. Les actes juridiques peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis soit par la loi du for, soit par l'une des lois visées par l'article 16, selon laquelle l'acte est valable quant à la forme, pour autant que la preuve puisse être administrée selon ce mode.

Titre III - Dispositions générales

Article 18 – Assimilation à la résidence habituelle

1. Pour les sociétés, associations ou personnes morales, l'administration centrale tient lieu de résidence habituelle.
2. Dans le cas où le fait faisant naître l'obligation non contractuelle a été commis ou subi dans l'exercice d'une activité professionnelle, le principal établissement tient lieu de résidence habituelle. En cas de pluralité d'établissements, l'établissement à l'occasion de l'exploitation duquel le fait dommageable a été commis ou subi tient lieu de résidence habituelle.

Article 19 – Exclusion du renvoi

Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, il entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé.

Article 20 – Ordre public

L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Article 21 – Application dans le temps

Le présent règlement s'applique aux obligations non contractuelles dérivant de faits qui se sont produits après son entrée en vigueur.

Article 22 – Systèmes non unifiés

1. Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière d'obligations non contractuelles, chaque unité territoriale est considérée comme un pays aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement.
2. Un État dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière d'obligations non contractuelles ne sera pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Article 23 - Relations avec d'autres dispositions du droit communautaire

1. Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions contenues dans les traités fondant les Communautés européennes ou dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes et qui :

dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles, ou

édicte des règles qui s'appliquent quelle que soit la loi nationale régissant, en vertu du présent règlement, l'obligation noncontractuelle en question, ou

s'opposent à l'application d'une disposition ou des dispositions de la loi du for ou de la loi désignée par le présent règlement.

2. Le présent règlement n'affecte pas les instruments communautaires qui, dans des matières particulières, et dans le domaine coordonné par lesdits instruments, assujettissent la fourniture de services au respect des dispositions nationales applicables sur le territoire de l'État membre où le prestataire est établi et qui, dans le domaine coordonné, ne permettent de restreindre la libre circulation des services provenant d'un autre État membre que, le cas échéant, sous certaines conditions.

non contractuelle

Article 24 - Relation avec des conventions internationales existantes

Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles les États membres sont parties, au moment de l'adoption du présent règlement, et qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de loi en matière d'obligations non contractuelles.

Titre IV - Clauses finales

Article 25

Le présent règlement entre en vigueur à l'issue d'un délai de six mois après le jour de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres conformément au traité instituant la Communauté européenne.

ANALYSE EN COMMENTAAR

Kristof ROOX: In één vonnis : internationale bevoegdheid, verjaring en interesten onder een CISG-koop¹

I. Inleiding

Het vonnis d.d. 29 januari 2001 van de Rechtbank van Koophandel te Ieper is een mooie illustratie van de wisselwerking tussen de diverse nationale en internationale (verwijzings-) regels die op een internationale koopovereenkomst van toepassing kunnen zijn. De feiten kunnen als volgt worden samengevat. Een Italiaanse fabrikant verkocht en leverde in 1998 diverse koelinstallaties aan een in België gevestigde groothandelaar. Deze laatste weigerde de koopprijs te betalen. De Italiaanse vennootschap stelde daarom een betalingsvordering in voor de Rechtbank van Koophandel te Ieper. De Belgische groothandelaar betwiste de verschuldigde bedragen niet, maar verwees naar problemen die hij in verleden had gekend met koopwaar van de Italiaanse fabrikant. Meer bepaald had de Italiaanse fabrikant hem in 1993 een gebrekkig diepvrieseiland verkocht. Volgens een deskundigenonderzoek - dat was bevolen op vordering van één van de afnemers van de Belgische groothandelaar - was het gebrek technisch en feitelijk toe te rekenen aan de Italiaanse fabrikant. Aangezien de financiële gevolgen van deze gebrekkige levering nog niet waren geregeld, zag de Belgische groothandelaar zijn kans schoon om dit probleem te vereffenen in de procedure die nu door de fabrikant was ingesteld. Hij betaalde de Italiaanse fabrikant gedeeltelijk voor de recente levering, en stelde daarnaast een tegenvordering in om schadevergoeding te bekomen voor de gebrekkige levering uit 1993. Het saldo van de hoofdvordering kon volgens de Belgische groothandelaar dan worden gecompenseerd met het bedrag van de tegenvordering.

II. De internationale bevoegdheid van de Belgische rechtbanken

A. Internationale bevoegdheid die onbetwist bleef

Het is in de eerste plaats opmerkelijk dat de partijen geen aandacht hebben besteed aan de bevoegdheidsproblematiek. De procedure was nochtans ingesteld door een Italiaanse eiseres tegen een Belgische verweerster. Bijgevolg moest de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken worden onderzocht aan de hand van het EEX². Niettegenstaande dit belangrijk bevoegdheids- en executieverdrag op 1 maart 2002 werd vervangen door de

¹ Met dank aan Prof. Dr. Johan Erauw voor zijn kritische lezing van de ontwerp tekst.

² Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Brussel op 27 september 1968, *PB L* 299 van 31 december 1972, aangepast door de Toetredingsverdragen van 9 oktober 1978, 25 oktober 1982 en 26 mei 1989 (hierna "EEX").

Brussel I-Vo³, blijft de interpretatie van het EEX van belang bij de uitleg van de begrippen van deze nieuwe Verordening⁴. Uit het vonnis blijkt dat de betrokken partijen de internationale bevoegdheid van de Belgische rechtbanken niet hebben betwist. Dit komt neer op een stilzwijgende aanvaarding van de bevoegdheid. Dit is mogelijk op basis van artikel 18 EEX (artikel 24 Brussel I-Vo), dat bevoegdheid verleent aan het gerecht van de staat voor wie de verweerder verschijnt tenzij de verschijning enkel tot doel heeft de bevoegdheid te betwisten, of indien er een ander gerecht bestaat dat krachtens artikel 16 EEX (artikel 22 Brussel I-Vo) bij uitsluiting bevoegd is. Rechtbanken moeten dus niet ambtshalve hun bevoegdheid onderzoeken tenzij het een materie betreft die onder de exclusieve bevoegdheidsregels valt. De partijen hebben in het voorliggend geschil wellicht geen aandacht besteed aan de bevoegdheidsproblematiek aangezien de Italiaanse eiseres de vordering had gebracht voor de rechtbank van de woonplaats van de Belgische verweerder. Bijgevolg zijn de Belgische rechtbanken bevoegd krachtens artikel 2 EEX (artikel 2 Brussel I-Vo)⁵.

B. Bevoegdheid op tegeneis

Het is echter niet omdat er voor het *forum rei* wordt gedaagd dat een geschil geen interessante bevoegdheidsvragen meer kan hebben. Het besproken vonnis is hier een mooi voorbeeld van. Er rees geen enkel probleem wat de hoofdvordering van de Italiaanse eiseres betreft. Dit is echter niet het geval voor de tegenvordering van de Belgische verweerder. Artikel 2 EEX kan niet worden toegepast aangezien de verweerder op tegenvordering gevestigd is in Italië. Op het eerste gezicht zou men dan geneigd zijn om bevoegdheid te ontlenen aan artikel 6(3) EEX (artikel 6(3) Brussel I-Vo). Dit artikel bepaalt dat de rechtbank die bevoegd is om kennis te nemen van de hoofdvordering, eveneens bevoegd is om te oordelen over de tegenvordering. Artikel 6(3) EEX en Brussel I-Vo vereisen echter dat de tegenvordering moet voortspuiten uit de overeenkomst of een rechtsfeit waarop de oorspronkelijk eis gegrond is⁶. Dit lijkt in casu niet het geval te zijn aangezien de tegenvordering haar

³ Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB L* 12 van 12 januari 2001,1 (hierna "Brussel I-Vo"). Inhoudelijk bevat de Brussel I-Vo weinig ingrijpende veranderingen t.a.v. het EEX. In de Brussel I-Vo wordt rekening gehouden met een aantal technologische wijzigingen en wordt bepaalde EEX-rechtspraak van het Hof van Justitie geïncorporeerd. De belangrijkste wijziging situeert zich op het vlak van artikel 5(1) EEX (*cf. infra*). Voor een analyse van de Brussel I-Vo, zie COUWENBERG, I. en PERTEGÁS SENDER, M., "Recente ontwikkelingen in het Europees bevoegdheids- en executierecht", in VAN HOUTTE, H. en PERTEGÁS SENDER, M., *Het nieuwe Europese IPR : van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 31-68 ; SCHMIDT, G.E., "De EEX-Verordening: de volgende stap in het Europese procesrecht, *NIPR* 2001, 150 e.v. ; TRAESE, M., "Internationaal Privaatrecht in verordeningen: een verdere stap in de ontwikkeling van een Europees Internationaal Privaatrecht", *A.J.T.* 2000-01, 537 e.v.;

⁴ VANDEKERCKHOVE, K., "Interpretatie van het Europees IPR", in VAN HOUTTE, H. en PERTEGÁS SENDER, M. (eds), *Het nieuwe Europese IPR : van verdrag naar verordening*, Intersentia, Antwerpen, 27.

⁵ Artikel 2 EEX verleent internationale bevoegdheid aan de gerechten van de staat waar de woonplaats of zetel van de verweerder zich bevindt.

⁶ ERAUW, J., "Niet-uitsluitende bevoegdheidsgronden", in VAN HOUTTE, H. EN PERTEGÁS SENDER (ed.), *Europese IPR-Verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 112-114.

oorsprong vindt in een andere koopovereenkomst tussen partijen. Wat de tegenvordering van de Belgische verweerster betreft, kan de internationale bevoegdheid van de Belgische gerechten op het eerste gezicht bijgevolg niet op artikel 6(3) EEX zijn gebaseerd.

Dit zou althans de redenering zijn wanneer men artikel 6(3) EEX niet aan een nader onderzoek zou onderwerpen. In het *Danvaern* arrest van 13 juli 1995 heeft het Hof van Justitie een onderscheid gemaakt tussen vorderingen die zijn ingesteld om een afzonderlijke veroordelende uitspraak te bekomen en vorderingen die louter als verweermiddel worden ingeroepen⁷. De feiten in het *Danvaern* arrest zijn gelijklopend aan de tactiek van de Belgische verweerster in het hier besproken geschil : het betrof ook een tegenvordering die gelijk was aan het bedrag van de hoofdvordering zodat er een gerechtelijke compensatie kon plaatsvinden. Volgens het Hof van Justitie is een tegenvordering die een gerechtelijke compensatie tot doel heeft geen tegenvordering in de zin van artikel 6(3) EEX maar een verweermiddel op hoofdvordering waarvan de gegrondheid valt onder het toepasselijk nationaal recht. Dit betekent dat de vraag of de Rechtbank van Koophandel te Ieper al dan niet bevoegd was om kennis te nemen van de tegenvordering helemaal niet aan de orde is. Deze rechtspraak kan worden bekritiseerd. Het volstaat immers dat een verweerder eender welke tegenvordering instelt, deze herleidt tot het bedrag van de hoofdvordering en vervolgens gerechtelijke compensatie vraagt om te ontsnappen aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 6(3) EEX.

Er bestaat overigens discussie omtrent de interpretatie van artikel 6(3) EEX. Volgens het Rapport Jenard volstaat het dat de tegenvordering verknocht is aan de hoofdvordering⁸. Het gebruik van deze terminologie doet onmiddellijk de vraag rijzen of samenhang in de zin van artikel 22 EEX (artikel 28 Brussel I-Vo)⁹ volstaat. Deze vraag werd spijtig genoeg onbeantwoord gelaten door het Hof van Justitie in het reeds genoemde *Danvaern* arrest. Volgens een letterlijke interpretatie van artikel 6(3) EEX is dit artikel restrictiever dan “samenhang” in artikel 22 (EEX)¹⁰. Advocaat-Generaal Leger was van oordeel dat artikel 6(3) EEX niet kon worden uitgelegd aan de hand van de interpretatie van het begrip samenhang in artikel 22 EEX¹¹. Ook Erauw stelt dat de “gewone samenhang kennelijk niet altijd genoeg is”¹². Gaudemet-Tallon pleit daarentegen voor een teleologische interpretatie van

⁷ H.v.J. 13 juli 1995, , nr. C 341-93, (*Danvaern Production/Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co*), *Jur.* 1995, I, 2053.

⁸ JENARD, P., “Rapport over het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerleggingen van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB. C. 59*, 5 maart 1979, 28. Deze tekst - evenals tal van andere documenten - kan ook worden teruggevonden op de website van het Instituut voor Internationaal Privaatrecht van de Universiteit van Gent (<http://www.ipr.be>).

⁹ Ook deze bepaling werd inhoudelijk niet gewijzigd bij de overgang van het EEX naar de Brussel I-Vo.

¹⁰ Zie ook, HUET, A., noot onder Cass. (Fr.) 18 februari 1994, *J.D.I.* 1995, 151.

¹¹ Zie Adv.-Gen. LEGER in zijn conclusie voor het arrest *Danvaern*, noot nr. 6., nr. 44 e.v.

¹² ERAUW, J., *o.c.*, 113. Zie ook: KROPHOLLER, J., *Europäisches Zivilproceßrecht*, Heidelberg, V. Recht und Wirtschaft, 1996, 150 e.v.

artikel 6(3) EEX¹³. Volgens deze auteur streven artikel 6(3) EEX en artikel 22 EEX dezelfde doelstelling na, met name het centraliseren van met elkaar verbonden vorderingen voor één rechtbank. Samenhang in de zin van artikel 22 EEX tussen hoofd- en tegenvordering volstaat met andere woorden voor haar om artikel 6(3) EEX te kunnen toepassen. Ook in de rechtspraak kan deze opvatting worden teruggevonden¹⁴.

Het is de vraag of deze interpretatie standhoudt in het licht van het *Leathertex* arrest van het Hof van Justitie¹⁵. In dit arrest heeft het Hof geoordeeld dat twee gelijkwaardige contractuele vorderingen die uit dezelfde overeenkomst voortvloeien niet noodzakelijk door één gerecht moeten worden beoordeeld. Het argument van Gaudemet-Tallon om vorderingen voor één rechtbank te centraliseren om een versnippering van bevoegdheden te voorkomen, kan o.i. dan ook niet langer worden gehanteerd om aan artikel 6(3) EEX dezelfde interpretatie te geven dan aan artikel 22 EEX¹⁶. Bovendien heeft het Hof van Justitie in het *Elephanten Schuh* arrest geoordeeld dat artikel 22 EEX niet bevoegdheidstoewijzend is en enkel van toepassing is wanneer samenhangende vorderingen bij de gerechten van twee of meer verdragsluitende staten zijn gebracht¹⁷. Bijgevolg kan de interpretatie van artikel 22 EEX niet worden gehanteerd in het kader van artikel 6(3) EEX aangezien het geschil bij de toepassing van dit artikel slechts hangende is voor het gerecht van één verdragsluitende staat¹⁸. Een ruime interpretatie van artikel 6(3) EEX zou er overigens te vaak op neerkomen dat de eiser op tegenvordering voor zijn eigen rechtbanken kan procederen. Dit strookt niet met de omstandigheid dat de nevenschikte bevoegdheidsgronden in de artikelen 5 en 6 EEX strikt moeten worden geïnterpreteerd, noch met de terughoudendheid van het EEX t.a.v. het *forum actoris*. Een uitspraak van het Hof van Justitie over de interpretatie van artikel 6(3) EEX dringt zich dan ook op.

C. Een eventuele zelfstandige bevoegdheidsgrond voor de tegenvordering

In de hypothese dat er in casu sprake zou zijn van een werkelijke tegenvordering en de andere toepassingsvoorwaarden van artikel 6(3) EEX niet zouden zijn vervuld, rijst de vraag of er wat de tegenvordering betreft bevoegdheid kan worden ontleend aan een andere bevoegdheidsgrond uit het EEX. Artikel 5(1) EEX verleent inzake verbintenissen uit overeenkomst een alternatieve bevoegdheidsgrond door de rechtbanken van de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt bevoegd te

¹³ GAUDEMET-TALLON, H., noot onder H.v.J. 13 juli 1995, *R.C.D.I.P.* 1996, 146-152.

¹⁴ Hof Amsterdam 27 januari 1994, *NIPR* 1994, 307 ; Rb. Maastricht 15 oktober 1992, *NIPR* 1993-94, 273;

¹⁵ H.v.J. 5 oktober 1999, nr. C 420-97 (*Leathertex Divisione Sintetici SpA/Bodetex BVBA*), *T.B.H.* 1999, 170.

¹⁶ Zie ook ANCEL, M., noot onder Cass. (Fr.) 25 januari 2000, *R.C.D.I.P.* 1996, 464-473.

¹⁷ H.v.J. 24 juni 1981, nr. 150/80 (*Elephanten Schuh/Jacqmain*), *Jur.* 1981, 1671.

¹⁸ In deze zin : Cass. (Fr.) 25 januari 2000, *R.C.D.I.P.* 1996, 462-464.

verklaren¹⁹. De bepaling van deze plaats van uitvoering geeft in de praktijk vaak aanleiding tot moeilijkheden. Deze plaats moet immers worden vastgesteld aan de hand van het toepasselijk recht²⁰.

De verbintenis die in casu aan de tegeneis ten grondslag lag, was de leveringsverplichting van de Italiaanse verkoper. Bij gebreke aan aanduiding van de plaats van levering in de overeenkomst, moet de rechter wiens internationale bevoegdheid in vraag wordt gesteld, aan de hand van het recht dat krachtens zijn eigen collisieregels de overeenkomst tussen de partijen beheerst, onderzoeken of de betwiste verbintenis binnen zijn rechtsgebied is uitgevoerd of diende te worden uitgevoerd²¹. Het geschil op tegenvordering betreft een internationale koop van roerende lichamelijke zaken uit 1993. Dit betekent dat de conflictregels van het Verdrag van Den Haag van 15 juni 1955 nog toepasselijk waren²². Overeenkomstig artikel 2, lid 1 van het Verdrag van Den Haag van 1955 wordt een internationale koopovereenkomst beheerst door de interne wet van het door de contracterende partijen aangewezen land. Indien er geen rechtskeuze werd gedaan, wordt de overeenkomst beheerst door de interne wet van het land waar de verkoper zijn gewoon verblijf heeft op het ogenblik dat hij het order ontvangt. In casu zou de toepassing van het Verdrag van Den Haag van 1955 tot gevolg hebben dat de internationale koopovereenkomst wordt beheerst door het Italiaans recht. Belangrijk evenwel is dat het Italiaans recht uniform kooprecht bevat. Het Weens Koopverdrag (“CISG”)²³ is immers op 1 januari 1988 in Italië in werking getreden zodat de “plaats van uitvoering” in het bevoegdheidsonderzoek op tegenvordering moet worden bepaald aan de

¹⁹ Deze bevoegdheidsgrond werd behouden in artikel 5(1) Brussel I-Vo. Verbintenissen uit overeenkomsten kunnen nog steeds voor de rechter van de plaats van uitvoering van de betwiste verbintenis worden gebracht (artikel 5(1)a. Brussel I-Vo). Nieuw is dat het *forum executionis contractus* voor twee overeenkomsten wordt vastgelegd. Voor internationale koopovereenkomsten van roerende goederen wordt dit forum gesitueerd op de plaats waar de goederen volgens de overeenkomst werden geleverd of geleverd hadden moeten worden. De internationale levering van diensten wordt geacht te zijn uitgevoerd op de plaats waar, volgens de overeenkomst, de diensten werden of hadden moeten worden geleverd (artikel 5(1)b. Brussel I-Vo). Als artikel 5(1)b. Brussel I-Vo niet van toepassing is, wordt teruggegrepen naar de hoofdregel (artikel 5(1)c. Brussel I-Vo). Voor interpretatieproblemen in verband met artikel 5(1)b. Brussel I-Vo, zie: SCHMIDT, G.E., “De EEX-Verordening: de volgende stap in het Europese procesrecht, *NIPR* 2001, 153-157).

²⁰ ROOX, K., “De vereenvoudiging van het Belgisch conflictenrecht inzake internationale koopovereenkomsten tengevolge van de opzegging van het Verdrag van Den Haag van 1955”, *A.J.T.* 1999, 143.

²¹ H.v.J. 6 oktober 1976, nr. 12/76, (*Tessili/Dunlop*), *Jur.*1976, 1473, bevestigd in H.v.J. 15 januari 1987, nr. 266/85, (*Shenavai/Kreischer*), *Jur.*1987, 239, H.v.J. 29 juni 1994, nr. 288/92, (*Custom Made/Stawa Metallbau*), *Jur.*1994, I, 2913 en H.v.J. 28 september 1999, nr. C-440/97, (*GIE Groupe Concorde e.a./Kapitein van het schip “Suhadiwarno Panjar” e.a.*), <http://curia.eu.int> of <http://www.ipr.be> ;

²² Verdrag inzake de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet, gesloten te Den Haag op 15 juni 1955. Dit Verdrag is in België van kracht sedert 1 september 1964 (Wet van 21 september 1962, *B.S.*, 29 september 1964), maar werd opgezegd met ingang van 1 september 1999 (zie ROOX, K., *o.c.*, 146).

²³ Verdrag van de Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, gesloten te Wenen op 11 april 1980, bekrachtigd bij wet van 4 september 1996, *B.S.*, 1 juli 1997.

hand van het CISG²⁴. Meer bepaald moet artikel 31 CISG worden toegepast. Uit artikel 31 CISG blijkt dat de goederen haalbaar zijn aangezien de verkoper deze in zijn vestigingsplaats ter beschikking stelt aan de koper. De gezamenlijke toepassing van artikel 5(1) EEX en artikel 31 CISG resulteert dus in de bevoegdheid van de Italiaanse rechtbanken.

Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat het niet uitgesloten is dat de Rechtbank van Koophandel te Ieper niet bevoegd was om kennis te nemen van de tegenvordering van de Belgische groothandelaar. Het is jammer dat de Italiaanse eiseres geen gebruik heeft gemaakt van deze mogelijkheid om de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken te betwisten en de bevoegdheid stilzwijgend heeft aanvaard (artikel 18 EEX). De bevoegdheidsproblematiek had nochtans nuttige inzichten kunnen opleveren, in het bijzonder over de interpretatie van artikel 6(3) EEX dat tot op heden weinig aandacht heeft gekregen in de Belgische rechtspraak en rechtsleer.

III. De niet conforme levering onder het CISG

A. De rechtstreekse en onrechtstreekse toepassing van het CISG

De waarde van het besproken vonnis ligt voornamelijk in een correcte analyse en interpretatie van het toepasselijk recht. Wat de hoofdvordering betreft, stelt de rechtbank terecht dat deze wordt beheerst door het CISG. De vordering heeft immers betrekking op een in 1998 gesloten internationale koopovereenkomst tussen twee partijen die beiden in verschillende CISG-verdragstaten zijn gevestigd²⁵. Bijgevolg is uit hoofde van artikel 1(1)(a) het CISG *rechtstreeks* van toepassing zonder de tussenkomst van een verwijzingsregel. Hierboven werd er reeds op gewezen dat ook de tegenvordering wordt beheerst door het CISG, doch op *onrechtstreekse* wijze via de verwijzingsregels van het Verdrag van Den Haag van 1955. Het vonnis is dan ook een mooie illustratie van de rechtstreekse en eveneens van de onrechtstreekse toepassing van het CISG.

B. De onderzoeks- en klachtplicht van de koper

De tegenvordering van de Belgische verweerster was gebaseerd op de niet conformiteit van het in 1993 geleverde diepvrieseiland. Het CISG verleent in het geval van een gebrekkige levering een hele reeks remedies aan de benadeelde koper. Deze remedies zijn weliswaar afhankelijk van een onderzoeks- en klachtplicht van de koper t.a.v. de verkoper. Krachtens artikel 38 CISG moet de koper bij de ontvangst van de geleverde zaken of zo spoedig mogelijk daarna, de nog niet goedgekeurde zaken op de aanwezigheid van eventuele gebreken onderzoeken. En wanneer hij een tekortkoming constateert, moet hij volgens artikel 39 CISG de verkoper binnen een redelijke termijn daarvan op de hoogte brengen. Indien de koper

²⁴ Artikel 1 (1)(b) CISG bepaalt dat het CISG onrechtstreeks van toepassing kan zijn indien de collisiesregels naar het recht van een verdragstaat verwijzen.

²⁵ Het CISG is in België op 1 november 1997 in werking getreden en in Italië op 1 januari 1998.

de verkoper niet op een tijdige en gepaste wijze op de hoogte brengt van het gebrek, verliest hij het recht om zich te beroepen op de niet conformiteit²⁶.

De Rechtbank van Koophandel te Ieper is tot het besluit gekomen dat de Belgische koper haar onderzoeks- en klachtplicht had nageleefd. (i) *Onderzoeksplicht* : Uit het vonnis kan niet worden afgeleid wanneer de koopwaar werd geleverd. Er is enkel sprake van een factuur van 15 februari 1993. Volgens de rechtbank is het niet duidelijk wanneer het gebrek zich heeft gemanifesteerd, maar er is daarvan voor de eerste maal sprake in een schrijven van 27 oktober 1994 van de Belgische verweerster aan de Italiaanse fabrikant. Dit betekent dat er meer dan anderhalf jaar was verstreken tussen het ogenblik van levering en de datum van de ontdekking van het gebrek. Het is dan ook maar de vraag of de Belgische koper de geleverde goederen wel tijdig en op gepaste wijze heeft gekeurd, aangezien de keuring dient te gebeuren binnen een “gelet op de omstandigheden, zo kort mogelijke termijn”. Volgens de rechtbank kon het gebrek bij een redelijke inspectie in de zin van artikel 38 CISG niet door de koper worden ontdekt aangezien het verborgen bleef en het slechts ingevolge een voortgezet gebruik over een zekere periode aan het licht is gekomen²⁷. (ii) *Klachtplicht* : Verder stelde de rechtbank vast dat de fabrikant in een fax van 16 november 1994 een oplossing had aangeboden en in een fax van 16 februari 1996 bovendien had bevestigd dat hij "sinds het begin" had verkozen om de zaak te regelen. Dit impliceerde volgens de rechtbank dat de Italiaanse fabrikant op de hoogte was gebracht van het gebrek zodra de Belgische groothandelaar er kennis van had gekregen tengevolge van klachten van zijn cliënteel. Gelet op de naleving van de onderzoeks- en klachtplicht onder het CISG was de Belgische verweerster volgens de rechtbank “niet vervallen van haar recht om zich op de niet conformiteit van de in 1993 geleverde koelbanken te beroepen tegenover hoofdeiseres”.

IV. Het recht toepasselijk op de verjaring van de vordering wegens niet conforme levering

A. De verjaring als apart statuut

Niettegenstaande de Belgische verweerster op hoofdvordering haar onderzoeks- en klachtplicht was nagekomen, argumenteerde de Italiaanse fabrikant dat de tegenvordering toch ongegrond was. De tegenvordering wegens niet conforme levering zou immers zijn verjaard aangezien deze slechts op 17 februari 2000 in de procedure op hoofdvordering bij conclusie werd ingesteld (terwijl de gebrekkige koopwaar werd geleverd in 1993).

²⁶ HERBOTS, J.H., “Verplichtingen van de verkoper”, in VAN HOUTTE, H. en PERTEGÁS SENDER (ed.), *Europese IPR-Verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 142 e.v.

²⁷ Zie ook in deze zin: D'ARCY, L., MURRAY, C., EN CLEAVE, B., *Schmitthoff's Export Trade : The law and Practice of International Trade*, Londen, Sweet & Maxwell, 2000, 94 ; BERTRAMS, R. en VAN DER VELDEN, F., *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weense Koopverdrag*, Zwolle, W.E.J. Tsjeeck Willink, 1994, 154 ; VAN DER ZEE, O., *Het nieuwe recht van de internationale koop-Verkoop*, Antwerpen, Maklu, 1993, 32-33;

Ook hier weer rees de vraag aan de hand van welk recht de verjaringsproblematiek moest worden behandeld. Het CISG kon niet worden toegepast. Het CISG bevat enkel regels met betrekking tot de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten en de rechten en verplichtingen van de contractpartijen. De problematiek van de verjaring van vorderingen uit internationale koopovereenkomsten wordt behandeld in een afzonderlijk verdrag, met name de Verjaringsconventie van New York van 1974²⁸. Dit uniform verjaringsverdrag kan, zoals dit het geval is voor het CISG, rechtstreeks van toepassing zijn, of onrechtstreeks via de verwijzingsregels van de aangezochte rechter. Een rechtstreekse toepassing was in casu niet mogelijk. Noch Italië, noch België hebben de Verjaringsconventie geratificeerd. Bijgevolg moest worden onderzocht of de verwijzingsregels van de aangezochte (Belgische) rechter leidden tot het recht van een verdragsluitende staat. Ook dit was niet het geval. Het verjaringsstatuut is naar Belgisch internationaal privaatrecht immers onderworpen aan het recht dat de vordering in materieel opzicht beheerst. De verjaring van contractuele vorderingen wordt met andere woorden beheerst door de *lex contractus*, het recht dat op de overeenkomst van toepassing is²⁹. Dit betekende in casu dat de vraag naar de verjaring van de tegenvordering van de Belgische verweerster wordt beheerst door het Italiaans recht dat via de verwijzingsregels van het verdrag van Den Haag van 1955 de *lex contractus* uitmaakt (*cf. supra*). Ook de Rechtbank van Koophandel te Ieper is tot dit besluit gekomen³⁰, doch zonder zich vragen te stellen bij de Belgische verwijzingsregels inzake de verjaring van een vordering. De rechtbank heeft onmiddellijk teruggегrepen naar het recht dat de koopovereenkomst uit 1993 beheerste zonder de verwijzingsregel te formuleren.

De conflictregel verwees dus naar het Italiaans recht. En omdat Italië de Verjaringsconventie niet heeft geratificeerd was het Italiaans gemeen recht van toepassing; meer bepaald artikel 1495, derde alinea van het Italiaans Burgerlijk Wetboek. Dit artikel bepaalt dat de vordering voor verborgen gebreken verjaart door verloop van één jaar vanaf de levering. De rechtbank

²⁸ Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, gesloten te New York op 14 juni 1974, gewijzigd door het Protocol van Wenen van 11 april 1980, in ERAUW, J., en ROMMELAERE, C., Antwerpen, Kluwer, 2001, 89 (hierna ook “Verjaringsconventie” genoemd). Volgens de artikelen 8 en 10 van de Verjaringsconventie moet de koper de rechtsvordering instellen tegen de verkoper binnen een termijn van vier jaar. Overeenkomstig artikel 9, lid 1 begint deze termijn te lopen bij het opeisbaar worden van de vordering. De Verjaringsconventie is overigens niet alleen van toepassing op vorderingen wegens niet conforme levering, maar op alle vorderingen die tussen de koper en de verkoper van een internationale koopovereenkomst kunnen ontstaan (contractbreuk, beëindiging, ongeldigheid, etc.). Voor een uitstekende bespreking van de Verjaringsconventie, zie BOELE-WOELKI, K., “De verjaring van vorderingen uit internationale koopovereenkomsten”, *Europees Privaatrecht 1996*, GROSHEIDE, F., BOELE-WOELKI, K. (reds.), Koninklijke Vermande, Lelystad, 1997, 99-146.

²⁹ Artikel 10 §1(d) Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, gesloten te Rome op 19 juni 1980, *PB*, L266 van 9 oktober 1980 ; Zie ook: Cass. 14 juli 1898, *Pas.* 1898, I, 274 ; VAN HECKE, G., en LENAERTS, K., *Internationaal Privaatrecht*, Story-Scientia, 1986, 311.

³⁰ Voor een gelijkaardig geschil, zie Antwerpen 20 december 1999, *R.W.* 2000-2001, 525.

is bijgevolg terecht tot het besluit gekomen dat de tegenvordering van de Belgische verweerster was verjaard, aangezien de niet conforme koopwaar werd geleverd in 1993, terwijl de tegenvordering werd ingesteld in 2000.

B. Een oproep tot ratificatie van de Verjaringsconventie

De toepassing van nationaal verjaringsrecht op vorderingen uit internationale koopovereenkomsten kan dus tot onaangename verrassingen en onbillijke resultaten leiden. Dit is te wijten aan de omstandigheid dat diverse rechtsstelsels³¹ in een bijzonder korte verjaringstermijn voorzien die begint te lopen op het ogenblik van de levering van de goederen. Wanneer verborgen gebreken na het aflopen van deze korte termijn worden ontdekt, kan dit ertoe leiden dat de verjaringstermijn reeds is verstreken. Dit is onverzoenbaar met de klacht- en onderzoeksplicht in het CISG. Artikel 39, lid 2 CISG voorziet immers voor de kennisgeving van het gebrek aan conformiteit in een absolute vervaltermijn van twee jaar na de levering. Dit betekent dat een koper die zijn onderzoeks- en klachtplicht onder het CISG strikt naleeft, nog steeds geconfronteerd kan worden met een verjaring van zijn vordering onder het toepasselijk nationaal recht. Deze problemen kunnen enkel worden opgelost door een uniforme regeling van de verjaringstermijnen die aansluit op het uniform kooprecht uit het CISG. Gezien de volledige harmonisatie met het CISG - tot stand gebracht door het Protocol van 11 april 1980 -, zouden alle verdragstaten van het CISG moeten toetreden tot de Verjaringsconventie. Op deze wijze zouden internationale koopovereenkomsten kunnen worden beheerst door twee op elkaar afgestemde eenvormige verdragsregelingen. Het valt te betreuren dat de Verjaringsconventie in België zo goed als geen aandacht heeft gekregen en dat België bij de ratificatie van het CISG niet tegelijkertijd deze conventie en het bijhorend protocol heeft geratificeerd. Deze bijdrage is dan ook een oproep tot spoedige ratificatie van de Verjaringsconventie door België. Ondertussen kunnen partijen de onzekerheid aangaande de toepasselijke nationale verjaringsregels uiteraard opvangen door in de koopovereenkomst het toepasselijk verjaringsrecht aan te duiden. Het is echter weinig waarschijnlijk dat partijen bij het sluiten van de koopovereenkomst er aan denken te anticiperen op de verjaringsproblematiek via een expliciet rechtskeuzebeding.

V. Interesten onder het CISG

In het hier besproken vonnis was er ook discussie gerezen over de verschuldigde interesten. De Italiaanse eiseres vorderde vergoedende interesten à rato van 8% per jaar vanaf de ingebrekestelling van 10 september 1998 en 7% per jaar vanaf de datum van de gedinginleidende dagvaarding. De Italiaanse eiseres had deze vordering blijkbaar gegrond op haar algemene factuurvoorwaarden. Niettegenstaande de materie van de

³¹ De verjaringstermijn in Italië en Duitsland bedraagt bijvoorbeeld respectievelijk 1 jaar en 6 maanden.

interessen aangeraakt wordt in artikel 78 CISG³², kunnen partijen in hun internationale koopovereenkomst de interesten bepalen die verschuldigd zijn bij laattijdige betaling. Artikel 6 CISG voorziet immers dat de partijen de toepassing van het CISG kunnen uitsluiten, afwijken van de bepalingen ervan, of de gevolgen daarvan wijzigen³³. Volgens de Rechtbank van Koophandel te Ieper kon de Italiaanse eiseres de interesten echter niet vorderen op basis van haar algemene voorwaarden aangezien ze niet bewees dat de Belgische verweerster kennis had genomen van deze voorwaarden, laat staan dat zij die had aanvaard.

Dit nam volgens de rechtbank echter niet weg dat de Italiaanse eiseres geen interesten meer kon vorderen op grond van artikel 78 CISG. De rechtbank merkte terecht op dat het CISG de interestvoet niet bepaalt en dat deze naar Belgisch internationaal privaatrecht volgens de *lex contractus* moet worden vastgesteld. Dit betekende in casu dat de interestvoet moest worden bepaald aan de hand van het Italiaans recht. Aangezien de Italiaanse eiseres had nagelaten de Italiaanse wettelijke interestvoet mee te delen, paste de rechtbank de Belgische wettelijke interestvoet toe van 7% per jaar vanaf de ingebrekestelling. Dit lijkt ons niet helemaal correct. Een rechter heeft immers de verplichting zelf de inhoud van het buitenlands recht op te zoeken wanneer de door de partijen verstrekte inlichtingen niet volledig zijn³⁴. Bovendien heeft de rechtbank uit het oog verloren dat interesten onder het CISG verschuldigd zijn vanaf het ogenblik dat de betaling moet gebeuren, en niet vanaf de datum van de ingebrekestelling³⁵. Tenslotte kan de vraag worden gesteld of de interestvoet wel aan de hand van de *lex contractus* moet worden beoordeeld. In het CISG moet immers een onderscheid worden gemaakt tussen interne en externe leemten. Externe leemten betreffen onderwerpen die niet door het CISG worden geregeld, zoals de verjaring van vorderingen uit internationale koopovereenkomsten. Dergelijke leemten moeten worden opgelost aan de hand van het via de verwijzingsregels toepasselijk nationaal recht. Interne leemten betreffen onderwerpen die binnen het toepassingsgebied van het CISG vallen, maar die niet op uitdrukkelijke wijze zijn geregeld, zoals de vraag naar de omvang van de interestvoet. Artikel 7, lid 2 CISG bepaalt dat interne leemten opgelost moeten worden aan de hand van de algemene beginselen waarop het CISG berust. Dit betekent dat aan het begrip “rente” in artikel 78 CISG een transnationale inhoud kan worden gegeven zodat eventueel een internationaal erkende interestvoet kan worden gehanteerd zonder dat er moet worden teruggegrepen naar het nationaal recht³⁶.

³² Artikel 78 CISG : *Indien een partij tekort schiet in de betaling van de prijs of van enig ander achterstallig bedrag, heeft de andere partij recht op rente hierover, onverminderd haar recht op schadevergoeding overeenkomstig artikel 74*” (zie ook voetnoot 21).

³³ Antwerpen 20 december 1999, *R.W.* 2000-2001, 525.

³⁴ Cass. 9 oktober 1980, *Pas.* 1981, I, 159.

³⁵ VAN HOUTTE, H., “Vergoeding wegens laattijdige betaling”, in VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS SENDER (ed.), *Europese IPR-Verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 277-280.

³⁶ Voor een verdere bespreking van deze problematiek, zie o.m. VAN HOUTTE, H., *o.c.*, 279; THIELE, C, “Interest on damages and rate of interest under article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/thiele.html> ;

VI. Besluit

Het hier besproken vonnis is een mooie illustratie van de problemen die kunnen rijzen naar aanleiding van vorderingen uit internationale koopovereenkomsten. In de eerste plaats blijkt dat rechtspractici vaak worstelen met een correcte toepassing van het internationaal procesrecht³⁷. In dit opzicht moet ook niet uit het oog worden verloren dat de Brussel I-Vo op 1 maart 2002 het EEX heeft vervangen. De hier uiteengezette interpretatie van een aantal EEX-bepalingen blijft echter relevant onder de nieuwe Brussel I-Vo. Het vonnis legt bovendien één van de pijnpunten van het CISG bloot. Zelfs wanneer een koper zijn onderzoeks- en klachtplicht onder het CISG naleeft, kan hij nog steeds geconfronteerd worden met de verjaring van zijn vordering. De verjaring valt immers niet onder het CISG, maar - voor zover de Verjaringsconventie niet van toepassing is - onder het nationaal recht dat van toepassing is volgens de verwijzingsregels van de aangezochte rechter. Dit kan tot onbillijke resultaten leiden aangezien diverse rechtsstelsels in een bijzonder korte verjaringstermijn voorzien die niet te verzoenen is met de absolute termijn van twee jaar die artikel 39, lid 2 CISG voorziet, ook voor verborgen gebreken. Partijen bij een internationale koopovereenkomst verkeren dus in de onzekerheid over de vraag of de toe te passen nationale verjaringsregeling de termijn van artikel 39, lid 2 CISG niet frustreert. Een ratificatie van de Verjaringsconventie dringt zich dan ook op. Hierdoor zou het eenvormig kooprecht uit het CISG worden aangevuld met een daarop aansluitende eenvormige verjaringsregeling.

Kristof Roox
Assistent I.P.R.- Universiteit Gent
Advocaat - Crowell & Moring

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/e-text-78.html> BEHR, V., "The Sales Convention in Europe : From Problems in Drafting to Problem in Practice", <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/beh.html> ; FERRARI, F., "Uniform Application and Interest Rates Under the 1980 Vienna Sales Convention", <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/1ferrari.html> ; KONERU, P., "The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles", <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/koneru.html> ; BOELE-WOELKI, K., *o.c.*, 109, voetnoot 47 ;

³⁷ ROOX, K. en ERAUW, J., "Overeenkomsten", in ERAUW, J. e.a., Overzicht van rechtspraak, Internationaal Privaatrecht en nationaliteitsrecht, *T.P.R.* 1998/4, 1470-1490;

Paul TORREMANS: The EU Council Regulation on Insolvency Proceedings: A step in the right direction?

I. Introduction

I.1. A brief historical overview

The final adoption of EU Council Regulation (EC) 1346/2000 on Insolvency Proceedings on 29th May 2000,¹ which will have entered into force on 31st May 2002² by the time this article will be published, was the culmination of almost 40 years of efforts in the area of insolvency and bankruptcy. Soon after its creation the European Economic Community, as it then was, realised the need to deal with insolvency and bankruptcy, as they constituted a potential impediment to the free flow of commerce and the creation of a single market. The gradual creation of a single market gave indeed rise to a situation in which the activities of undertakings had more and more cross-border effects. In such a situation there is also necessarily a risk of insolvency and such an insolvency of an undertaking involved in cross-border trade necessarily has a cross-border impact. Such a cross-border insolvency of an undertaking therefore has an impact on the proper functioning of the internal market. Hence the need for Community action in this area to coordinate the measures that are to be taken regarding the insolvent debtor's assets. In the absence of such coordination undertakings might be confronted with higher risks resulting from potential insolvencies of their cross-border trading partners, than if they simply trade with domestic partners. Such a risk is bound to have a negative effect and can become an impediment to the creation and successful operation of the single market.³

Individual Member-States have domestic insolvency and bankruptcy legislation that is not necessarily uniform in approach and by definition insolvency proceedings have an impact on many other areas of law, such as employment law, social security, tax and revenue laws etc. It should therefore not come as a surprise that any harmonisation of substantial insolvency and bankruptcy laws is almost impossible to achieve. Suffice it to refer to the obvious reluctance of Member States to accept any change via the back door of insolvency to their tax and social security rules. National views in these area are held strongly and Member States also used insolvency law as an economic tool. They were not prepared to give up control over such a useful economic tool.⁴

The option that remained open in the absence of a full scale harmonisation of national insolvency laws was a harmonisation at the level of private

¹ [2000] OJ L160/1.

² Article 47 of the Regulation.

³ See Recitals 2 and 3 to the Regulation.

⁴ See Omar, "New initiatives on Cross-Border Insolvency in Europe", [2000] *Insolvency Lawyer* 211, at 211.

international law rules. But even in the context of private international law insolvency proceedings were seen as a special and particularly complex case. The main effort in the area of private international law became the Brussels Convention 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters⁵, but bankruptcy and insolvency proceedings relating to the winding-up of insolvent companies or other legal persons, judicial arrangements, compositions and analogous proceedings were specifically excluded from its scope.⁶ It was thought better to deal with these matters in a separate convention. Work on such an insolvency proceedings convention started as early as the 1960s and a Preliminary Draft Convention was achieved in 1970⁷. When the United Kingdom, Ireland and Denmark acceded to the Community, further work was undertaken, which resulted in a Draft Convention 1980⁸. This Draft Convention was submitted to the Council of Ministers, but it was so problematic that attempts to secure its adoption were soon abandoned.⁹

A new Committee of Experts was convened by the Council in 1989. Under the dynamic chairmanship of Dr Manfred Balz a new draft was produced, which proved far more satisfactory.¹⁰ This became the EU Insolvency Proceedings Convention 1995¹¹, which was initialled by the Council at its meeting on 25th September 1995 and opened for signature on 23rd November 1995. Member-States were given six months to sign the Convention. In the

⁵ The Convention was amended on several occasions when new Member-States joined the European Union and there is also a parallel Lugano Convention, which brings the EFTA States within the system. A consolidated version can be found at [1998] OJ C27/1. In a latest development the Convention has been replaced by Council Regulation (EC) 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters [2001] OJ L12/1, which will enter into force on 1st March 2002 and which contains the same exclusion clause in its Article 1(2)(b).

⁶ See Article 1 of the Brussels Convention 1968.

⁷ E. Comm. Doc. 3.327/1/XIV/70-F, the Explanatory Report by Noël and Lemontey was published as E. Comm. Doc. 16.775/XIV/70-F. See Noël, "Lignes directives du projet de Convention CEE relative à la faillite" (1975) Rev. Trim. Dr. Eur. 159; Lemontey, "Perspectives d'unification du droit dans le projet de Convention CEE relative à la faillite" (1975) Rev. Trim. Dr. Eur. 172; Hunter, "The Draft Bankruptcy Convention of the European Economic Communities" (1972) 21 I.C.L.Q. 682 and "The Draft EEC Bankruptcy Convention: A Further Examination" (1976) 25 I.C.L.Q. 310.

⁸ E. Comm. Doc. III/D/72/80, see [1982] E.C. Bull. C. Supp. 2/82, at pp. 5-46, the Explanatory Report by Lemontey was published [1982] E.C. Bull. C. Supp. 2/82, at pp. 47-123. See Aminoff, "The EEC Draft Bankruptcy Convention – An Exercise in Harmonising Private international Law" (1990) Leg. Iss. Eur. Int. 121; Daniele, "Les problèmes internationaux de la faillite: heur et malheur du projet de convention communautaire" (1987) Cahiers Dr. Eur. 512; J. Thieme, *Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens*, Mohr-Siebeck (1988), I. Fletcher, *Conflict of Laws and European Community Law*, Kluwer (1982), Chapter 6, pp. 187-249 and D. Beukenhorst, *Het ontwerp Europees faillissementsverdrag: het ontwerp van Verdrag inzake faillissement, akkoord en andere soortgelijke procedures van 1980*, Kluwer (1983).

⁹ For further details concerning these developments see I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), pp. 246-255.

¹⁰ See Balz, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings" (1996) 70 A.B.L.J. 485.

¹¹ 35 I.L.M. 1223 (1996).

absence of all of them signing up to the Convention the project would fail. Fourteen Member States signed the Convention, but the UK failed to do so. Officially the UK refusal was explained by the BSE boycott imposed by the Conservative Government of the time, but it has been suggested that an oversight that resulted in the reluctant inclusion of Gibraltar within the scope of the Convention was the real reason behind it.¹² Be that as it may, the Convention failed and never came into force.

Three years almost to the date after the period during which the Convention had been open for signature had expired Germany and Finland revived the draft. They came up with what became the Initiative of the Federal Republic of Germany and the Republic of Finland with a view to the adoption of a Council Regulation on insolvency proceedings, which was submitted to the Council on 26th May 1999.¹³ The initiative retained all the substantive provisions of the Convention, the main changes being the transformation from a Convention into a Council Regulation. This change in terms of legal instrument used obliterated the lengthy ratification process and as a Regulation the instrument also avoided the phase associated with a Directive where Member States have to bring their internal legislation into line with the Directive. The slightly amended initiative became in the end EU Council Regulation (EC) 1346/2000 on Insolvency Proceedings of 29th May 2000.¹⁴

Before turning to the terms of the Regulation itself, it may be useful after this brief historical introduction to examine the purpose of the Regulation in more detail.

1.2. The Purpose of the Regulation

As the pre-able to the Regulation sets out, the main purpose of the Regulation is to introduce rules for dealing with insolvencies with a cross-border element. These rules are seen as vital if the European Union is to achieve its aim of forming a single legal area based on the ideals of freedom, security and justice.¹⁵ From a more practical point of view it can be said that these ideals underpin the single market and the whole process of economic integration. As indicated above cross-border insolvencies and divergent rules on how to deal with them can constitute an impediment to the operation of the single market. It was therefore seen necessary to improve the framework for dealing with insolvency cases and to speed up insolvency proceedings with cross-border implications. The Regulation sets out to achieve this aim.

The legal basis used is that of Article 65 EC which deals with judicial co-operation in civil matters. This route became available by the introduction of new provisions in the Treaty, which after the adoption of the Treaty of

¹² Ibidem at 249 and 298-301.

¹³ [1999] OJ C221/8.

¹⁴ [2000] OJ L160/1.

¹⁵ Recital 1 of the Regulation.

Amsterdam now form the third pillar on justice and home affairs. Two main advantages are associated with the use of Article 65 EC as a legal basis. First, it eliminates the need for the use of a separate convention. Such a convention needs to be ratified by all Member-States and any updating requires a new convention and again the whole ratification process. This is a slow and cumbersome procedure, which is bound to give rise to delays.¹⁶ The use of a Regulation avoids the need for ratification and facilitates the updating process.¹⁷ The use of a Regulation instead of a Directive, which had been suggested at an earlier stage¹⁸, has the additional advantage that no time is lost with the introduction of national implementation measures by the Member-States. There is also no risk of slightly divergent national implementations. Secondly, a separate convention raised the possibility that it would not apply to any of the Member-States' overseas territories. The EU Convention on Insolvency Proceedings 1995 did not contain a provision that provided clarification on this point and the Gibraltar saga illustrates the problems that may arise as a result. The use of a Regulation adopted on the basis of Article 65 EC means that the standard regime of the Treaty applies and that problems of this nature are avoided. There is however also a major disadvantage that is associated with the use of Article 65 EC as a legal basis. The United Kingdom, Ireland and Denmark secured an opt-out for any measure adopted under this Treaty provision during the negotiations that led to the adoption and eventual ratification of the Treaty of Amsterdam.¹⁹ The German-Finnish Initiative for the adoption of the Regulation therefore excluded those three Member-States from participation in the adoption process of the Regulation.²⁰ The eventual Regulation would also not be binding on them and not applicable to them. This could potentially create problems in case of a cross-border insolvency that extended to these three Member-States and it would clearly reduce the effectiveness of the Regulation and prevent it from reaching its aim in the most satisfactory manner possible. Fortunately the United Kingdom and Ireland decided to exercise their right to opt in to measures adopted under Article 65 EC, which they held under Articles 3 and 4 of the Protocols on their position which the Treaty of Amsterdam annexed to the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community.²¹ That means that the Regulation now applies to all Member-States except Denmark. Denmark did not use the option open to it to inform the Council that it did no longer wish to avail itself of all or the relevant parts of the Protocol²², but it is understood

¹⁶ See the serious doubt expressed in relation to the EU Insolvency Proceedings Convention 1995 by Idot, "La 'faillite' dans la Communauté: Enfin une convention internationale?" (1995) 21 D.P.C.I. 34 (issue 1), at 39-40.

¹⁷ See Recital 8 to the Regulation.

¹⁸ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 301.

¹⁹ See Articles 1 and 2 of the Protocols on the position of Ireland, the United Kingdom and Denmark, which the Treaty of Amsterdam annexed to the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community.

²⁰ Recitals 30 and 31 to the Initiative [1999] OJ C221/11.

²¹ As acknowledged by Recital 32 to the Regulation.

²² As acknowledged by Recital 33 to the Regulation.

that Denmark undertook to put in place national legislation along the lines of the Regulation.²³ If this eventually becomes the case, as it should in the light of the earlier Danish willingness to sign up to the very similar provisions of the EU Insolvency Proceedings Convention 1995, the disadvantage associated with the use of a Regulation adopted on the basis of Article 65 EC will have been overcome.

The Regulation clearly emerged in this context from the recognition that undertakings and especially their cross-border activities can have a profound effect on the operation of the single market and that a set of common rules to deal with them was therefore required. The logic behind the Regulation is therefore similar to that behind many measures in the company law and competition law areas. Insolvency and bankruptcy and their macro-economic market regulating function have an impact on the single market. The logic behind it therefore requires the Regulation to put in place a legal regime that allows for the co-ordination of measures that are taken to deal with an insolvent debtor and his assets that are spread across Member-States. Such a regime can remove or pre-empt any impediments to the single market that cross-border insolvency cases could create²⁴ and in this respect it is similar to the competition law regime put in place by the Community.

Effective co-ordination measures should eliminate any potential incentive for parties in financial difficulties to engage in forum shopping by transferring assets to those Member-States that are perceived to have a more favourable protective regime. Therefore, resorting to judicial proceedings for an insolvent debtor or his creditors is not to be allowed on the basis of the presence of a more favourable legal position outside the most appropriate forum to hear the insolvency case.²⁵ This can only be achieved by a legal regime that co-ordinates proceedings at the supranational level. Community action was therefore required to create a level playing field by removing unequal national barriers to the exercise of rights by any party involved in insolvency proceedings.²⁶ Whilst it is no doubt true to say that the Regulation goes a long way to achieve this aim through the introduction of harmonised jurisdiction and choice of law rules, it can nevertheless be doubted whether private international law measures can achieve this aim entirely. Any choice of law rule and any jurisdiction rule in this area is somehow based on where the debtor and the assets are located. Moving around will therefore still allow a debtor to a very limited extent to influence which court will have jurisdiction and therefore which law applies. Secondary proceedings may even be slightly more prone to this. But this is an inevitable side effect of the fact that a harmonisation of substantive

²³ See the Report by Professor Ian Fletcher at the session of the Clive Schmitthof Symposium on 1st-3rd June 2000 in London, referred to by Omar, "New initiatives on Cross-Border Insolvency in Europe" [2000] *Insolvency Lawyer* 211, at 217, footnote 49.

²⁴ See Recital 3 to the Regulation.

²⁵ See Recital 4 to the Regulation.

²⁶ See Recital 5 to the Regulation.

bankruptcy laws is at present not feasible. The negative impact of this side effect should however be very limited in scope.

The fact that the Regulation restricts itself to private international law measures can as a result of these arguments also be justified by means of the principle of proportionality. The same principle dictates that the special regime put in place by the Regulation should be limited to the opening of insolvency proceedings and to judgments delivered directly on the basis of insolvency proceedings or that are directly connected to such proceedings. It was thought that the aim and purpose of the regulation could be achieved by harmonising jurisdiction rules, hence eliminating forum shopping, giving the appropriate court a uniform choice of law rule and making sure that a judgment obtained via this route can be recognised and enforced easily throughout the Community. There was no need to go beyond that and the substance of national insolvency laws was a matter that could be left to the Member-States.²⁷

The starting points of the Regulation could therefore be summarised as follows. In the absence of a full scale harmonisation of the substantive bankruptcy and insolvency rules of the Member States a common approach to private international law issues concerning international bankruptcies was attempted. The main aim of the regulation is to make sure that each insolvency is dealt with by means of a single procedure, which will have effects across all Member States. This starting point presents a clear link with the principles of unity and universality. A territorially inspired exception has also been included though. This exception applies if the debtor has establishments in other Member States than the one in which the main insolvency proceeding were started. Each such establishment can give rise to a separate insolvency procedure. Such a secondary insolvency procedure has territorial effects. It only affects the assets of the debtor that are located in the territory of the State of the establishment. Even in such a situation the main insolvency proceedings will take the lead, hence the name 'secondary' insolvency²⁸. The regulation reaches its aim mainly through a harmonisation of the rules on jurisdiction and on the recognition and enforcement of foreign bankruptcy judgments. Additionally there are a few harmonised choice of law rules.

I.3. The scope of the Regulation

The scope of the Regulation has been restricted in three ways. First, the Regulation deals with insolvency procedures. Article 1 paragraph 1 puts forward four requirements that need to be met before a procedure becomes an insolvency procedure for the purposes of the Regulation. The procedure

²⁷ See recital 6 to the Regulation.

²⁸ Any other solution would have seriously undermined the effectiveness of the main proceedings and therefore also of the whole system put in place by the Regulation. See I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer Editions Juridique Belgique (1998), at 627.

must be a collective procedure, which is based on the fact that the debtor has become insolvent. The procedure must remove the debtors right to manage and dispose of its assets. These rights are to be transferred to a liquidator. Annex C list the types of persons that can be appointed as liquidator for these purposes and that fit the definition of ‘any person or body whose function is to administer or liquidate the assets of which the debtor has been divested or to supervise the administration of his affairs’²⁹. This means that any procedure, even if collective in nature, that leaves the debtor in full control of his business and estate does not qualify. There has to be at least a partial loss of the debtor’s powers over his affairs³⁰. It is however not sufficient that the procedure at issue is a collective insolvency procedure³¹ which entails the partial or total divestment of the debtor and the appointment of a liquidator for the procedure to qualify as an insolvency procedure for the purposes of the Regulation. Such a procedure should also be officially recognised and legally effective in the Member-State in which the insolvency proceedings are opened. This additional requirement forms a counterbalance for the fact that the Regulation does not require the intervention of a judicial authority in the insolvency proceedings. In this respect any use of the term ‘court’ in the Regulation is said to involve a broad concept³² that includes a person or body empowered by national law to open insolvency proceedings.³³ From a United Kingdom point of view this has resulted in the inclusion within the scope of the Regulation of creditors’ voluntary liquidations if they are confirmed by a court³⁴, since in such a case the procedure is provided for by law and involves official recognition and legal effectiveness, whereas any form of receivership has been excluded from the scope of the Regulation as this type of procedure effectively amounts to remedies invoked by individual creditors, mostly without the form of involvement of a ‘court’ that is required by the Regulation.³⁵ An additional lock is put on the door by Annex A which contains a list of the relevant insolvency proceedings in the various Member-States that meet the requirements³⁶. Any qualifying procedure in the list can now only be brought in cases of cross-border insolvency, if this is done in conformity with the provisions of the Regulation³⁷.

The Regulation does not define the concept of 'insolvency', nor does it define which type of debtor to whom these proceedings can apply. Looking back at the EU Insolvency Proceedings Convention 1995 does not clarify the matter

²⁹ Article 2(b) of the Regulation.

³⁰ I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer Editions Juridique Belgique (1998), at 626.

³¹ See Article 1(1) and Article 2(a) of the Regulation.

³² See Article 2(d) of the Regulation.

³³ Recital 10 to the Regulation.

³⁴ Only with such confirmation will they benefit from the extraterritorial recognition and effectiveness that is provided for by the provisions of the Regulation.

³⁵ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 257-258.

³⁶ See Article 2(a) of the Regulation.

³⁷ See Bogdan, “The EU Bankruptcy Convention” 6 (1997) Int. Insolv. Rev. 114, at 117.

either. It too was silent on this point and even the explanatory report to the Convention only managed to clarify that insolvency implies a situation of financial crisis.³⁸ These issues are left to the non-harmonised domestic bankruptcy or insolvency laws of the Member States. The Member States will therefore continue to define in which circumstances insolvency proceedings can be opened and which debtors, for example only traders and corporate bodies, can be subjected to the proceedings. Differences of approach concerning this point are bound to remain. The only guidance on this point is provided by Recital 9 to the Regulation. This Recital provides that the Regulation should apply to insolvency proceedings irrespective of whether the debtor is a natural person or a legal person, or whether the debtor is a trader or an individual. What this does not mean though is that all these types of debtors should be subject to insolvency proceedings. That decision is a substantive law one with which the Regulation does not deal. All the Regulation does is to specify that its provisions will apply to any debtor if the latter is subject to insolvency proceedings on the basis of the national insolvency laws of the Member-State concerned. What is clear though is that, depending on the provisions of the national insolvency laws of the Member-States, the Regulation potentially applies to natural persons that are private individuals rather than traders. At least some of these debtors could be classified as consumers. And whereas traditionally all private international law instruments in the European Union have given a special regime of protection to consumers this is not the case in this Regulation. No special regime has been provided. It is submitted though that this will hardly matter in practice. Primary jurisdiction is given to the courts of the Member-State where the debtor has the centre of his main interests.³⁹ For a consumer that will almost necessarily correspond to his place of habitual residence which in turn is normally the court to which the consumer is guaranteed access by any special regime of protection. The same applies in terms of applicable law where the court will apply its own law, which is also the consumer's own law in the context of any special regime of protection. The only real potential problem arises in the context of secondary jurisdiction.⁴⁰ A consumer whose national law does not allow for insolvency proceedings to be brought against natural persons that are not traders may escape these proceedings at home, but that impossibility to bring main proceedings is exactly one of the grounds on which secondary proceedings can be opened in another Member-State. It would seem that the consumer may lose out here and be subject to proceedings under an applicable law that is not his home law. This will require though that the consumer has an establishment in the other Member-State concerned and it is hard to see how a secondary residence of an individual that is not a trader could qualify

³⁸ Paragraph 49 at page 33 of the Virgos-Schmit Report. The Virgos-Schmit Report is the report to the EU Insolvency Proceedings Convention 1995, 35 I.L.M. 1223 (1996). Apart from the United Kingdom all Member-States signed the Convention. As a result of the UK's refusal to sign the Convention never entered into force, but later became the basis for the present Regulation. The report to the Convention was never formally approved or published in the Official Journal. It was however circulated as EU Council Document 6500/96, DRS 8 (CFC), dated 3rd May 1996.

³⁹ Article 3(1) of the Regulation.

⁴⁰ Article 3(2) to 3(4) of the Regulation.

as 'any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods'.⁴¹ Only a trader is likely to have such an establishment and any special regime of protection is supposed to apply to consumers rather than to traders. The impact of the lack of such a special regime of protection for consumers in the Regulation is therefore bound to be minimal.⁴²

Coming back to the definition of the concepts of insolvency and debtor, the uncertainty in this area is substantially reduced though by the inclusion of an Annex A in the Regulation. This Annex A contains a list of all national types of proceedings that are to be considered an insolvency proceeding for the purposes of this Regulation. These national regimes will define what is meant by insolvency and which kind of debtors are subject to them. Some problems remain though, if these Annexes cannot be changed easily. For example, Article 8 of the Belgian Bankruptcy Act 1997 introduced a new procedure that leads to the appointment of a temporary administrator. This procedure was not included in Appendix A to the Convention, as it then was, because it did not exist when the list was drafted in 1995, and it would therefore not be covered by the Convention. The new Belgian procedure would therefore be denied any international effectiveness and would be bound not to lead to the beneficial results that were intended in cases where the debtor's activities covered the territory of more than one Member State. The Regulation acknowledges this risk associated with developments in the substantive insolvency laws of the Member-States and Article 45 gives the Council the opportunity to amend the Annexes to the Regulation in the light of such changes in the substantive insolvency laws of one or more Member-States. Such an amendment needs a qualified majority in the Council and any Member-State or the Commission can introduce a proposal for such an amendment. This Article significantly improves the value of the Regulation and allows for it to stay up to date.

This Belgian procedure also brings us to another difficult point. The Regulation does not require that the proceedings lead to the winding up of the debtor's activities and its assets being disposed of to the benefit of the creditors. Proceedings that aim at the continuation of the debtors activities once the financial problems have been sorted out are also covered by the Regulation. It is not entirely obvious how different national proceedings of a different nature will be co-ordinated in practice. It seems logical to assume that any proceeding that aims at the continuation of the business should normally cover the debtor's activities in all Member States, but this may clash with a territorial winding up proceeding that covers the activity in one (other) Member State. The Regulation tries to co-ordinate these proceedings to some extent to avoid these clashes. Article 3, paragraph 4, which will be discussed later in more detail, provides assistance on this point.

⁴¹ Article 2(h) of the Regulation.

⁴² Compare Bogdan, "Consumer Interests and the New EU Bankruptcy Convention" [1997] 5 *Consum.L.J.* 141. This piece was obviously written on the basis of the provisions of the EU Insolvency Proceedings Convention 1995, but the relevant provisions have been retained without change in the Regulation.

Secondly, certain types of companies are excluded from the scope of the Regulation.⁴³ This exclusion covers insurance undertakings, credit institutions, investment undertakings which provide services involving the holding of funds or securities for third parties and collective investment undertakings. This exclusion can be justified by the fact that these entities are subject to strict regulatory regimes under national law, which include procedures for insolvency cases. Many of these undertakings are already regulated by means of specific EU Directives⁴⁴. This regulatory regime often includes specific rules concerning insolvency, as do the special regulatory regimes under national law that apply to other of these undertakings. All these systems rely on the universality principle and the country of the undertaking's main centre of activities is generally in charge of any potential insolvency proceeding in application of the home country control principle⁴⁵. The final aim is therefore not as much to exclude these entities from the scope of the Regulation, but to put in place a tailor-made special regime for them.⁴⁶

Thirdly, the scope of the Regulation has been restricted to the European Union. This is made very clear in paragraph 1 of Article 3. The provisions of the Regulation will only apply to those international insolvency cases where the centre of the debtor's main interests is located in one of the Member States.⁴⁷ The Regulation will not apply in any other circumstances and all cases that fall outside the scope of the Regulation will be governed by the national laws of the Member States. This means in practice that the Regulation will not deal with the insolvency of a foreign company where the only link with the European Union consists of a branch office in one of the Member States. Nor will the Regulation deal with the effects in the other Member States of any national procedure that has been opened in such a case. The Regulation does not deal with the consequences outside the European Union of any insolvency proceeding. The issue whether or not branches or establishments outside the European Union of debtors that have the centre of their main activities in one of the Member States come within the scope of the Regulation is left to the national law of that Member State. A clash with the laws of the countries in which such branches or establishments exist cannot

⁴³ Article 1(2) of the Regulation.

⁴⁴ See more specifically European Parliament and Directive 2001/17/EC of 19 March 2001 on the reorganization and winding-up of insurance undertakings [2001] OJ L110/28 and the Common Position of the Council on the adoption of a Directive concerning the reorganization and winding-up of credit institutions and deposit guarantee schemes adopted on 17th July 2000, [2000] OJ C300/13.

⁴⁵ See e.g. Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council of 20 March 2000 relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions [2000] OJ L126/1, Article 26 and European Parliament and Directive 2001/17/EC of 19 March 2001 on the reorganization and winding-up of insurance undertakings [2001] OJ L110/28.

⁴⁶ The EU Insolvency Proceedings Convention 1995 contained identical language on this point. The comments found at paragraphs 54 to 60 of the Virgos-Schmit Report apply therefore also to the Regulation.

⁴⁷ See Recital 14 to the Regulation

be excluded, assuming that the latter national law applies the unity and universality principles.⁴⁸

I.4. The Regulation and international treaties

There is necessarily an interaction between the regulation and international treaties dealing with certain aspects of cross-border insolvencies. It will be important to see how the Regulation fits in with any existing treaties. Two types of existing treaties can be distinguished in this respect.

Due to the restrictions placed on the scope of the Regulation any treaties concluded between Member States and third countries will remain unaffected. The Regulation explicitly rules out its own application in that context. The situation is different in relation to those treaties that were concluded between Member States. Article 44 of the Regulation stipulates that the Regulation does only replace these treaties in as far as they deal with the same issues that are dealt with in the Regulation. Most of the treaties, such as the ones concluded by Belgium with France, the Netherlands and Austria and that were discussed earlier, will therefore not disappear entirely, but they will become of subsidiary importance. For example, these treaties can still deal with recognition issues in relation to the insolvency proceedings concerning a branch in one of the Member States concerned of a company that has the centre of its main interests outside the European Union. This solution will also apply to the Istanbul Convention, concluded in the context of the Council of Europe⁴⁹. The Regulation will prevail between the Member States.⁵⁰

Even more vital is the interaction between the Regulation and the Brussels Convention 1968 and Council Regulation 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters⁵¹ that will replace it from 1st March 2002.⁵² The starting point is in theory very straightforward. The Regulation is supposed to fill a gap left by the Brussels Convention and their interaction is supposed to be seamless. The Regulation will not deal with any case that comes within the scope of the Brussels Convention on the one hand, but it will deal with any European insolvency related case that falls outside the scope of the Brussels Convention. In practice things are slightly more complicated.

⁴⁸ 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 141.

⁴⁹ The Council of Europe finalised its insolvency convention at Istanbul on 5th June 1990. At the time of writing it seemed unlikely that the Convention will ever gather enough ratifications to enter into force. See Council of Europe, *International Aspects of Bankruptcy*, Council of Europe Press (1991).

⁵⁰ See also Article 38 paragraph 2 of the Istanbul Convention.

⁵¹ [2001] OJ L12/1.

⁵² The relevant provision still reads: 'The Regulation [or Convention as it was] shall not apply to : [...] Bankruptcy, proceedings relating to the winding-up of insolvent companies or other legal persons, judicial arrangements, compositions and analogous proceedings'. The only difference is that it has been renumbered as Article 1(2)(b) (instead of Article 1(2) of the Brussels Convention 1968).

Proceedings related to the winding up of insolvent companies, bankruptcies and similar proceedings are excluded from the scope of the Brussels Convention.⁵³ The Court of Justice has ruled in *Gourdain v Nadler* that this exclusion covers all cases that are based exclusively on the law of bankruptcy and insolvency.⁵⁴ It is nevertheless not very easy to define the bankruptcy and insolvency category that has been excluded. It is helpful though, especially in the light of the fact that each national law defines bankruptcy and insolvency in a slightly different way, that the Court of Justice also made it clear that the scope of the limitations placed on the scope of the Brussels Convention should be given an autonomous interpretation.⁵⁵ The fine detail has been left to the national courts.

The Brussels Convention remains applicable in all cases were the matter is addressed by an agreement between the parties that does not involve any intervention by the courts.⁵⁶ This is also so for any claims that result from the situation of insolvency of a person that is not a trader.⁵⁷

Claims by the liquidator or administrator present more difficulties. These claims can be subdivided in those claims that the debtor could have brought him- or herself on the one hand and the claims that are specifically linked to the insolvency proceedings on the other hand. The latter type of claim falls outside the scope of the Brussels Convention, because the special powers of the liquidator or administrator to bring this kind of claim are based entirely on the law of bankruptcy and insolvency. This category includes for example all actions to undo actions of the debtor in the period immediately preceding the insolvency proceedings and the action to render the directors of the company directly responsible for the debts of the company in case of insolvency.⁵⁸ The provisions of the Brussels Convention will however apply to all those claims which the debtor could have brought him- or herself. Examples of such claims are found in cases where the liquidator or administrator sues a client of the debtor to obtain payment for goods that were sold and delivered to the client before the insolvency proceedings had been initiated⁵⁹ or any claim that arises from the normal continuation of the business by the liquidator or the administrator⁶⁰. The court of appeal in 's Hertogenbosch in the Netherlands rightly ruled that the claim by the liquidator of the debtor against a third party that provided bail for the insolvent debtor also came within the scope of the Brussels Convention,

⁵³ Article 1 paragraph 2(2).

⁵⁴ Case 133/78 *Gourdain v Nadler* (1979) ECR 733.

⁵⁵ Case 133/78 *Gourdain v Nadler* (1979) ECR 733, see also Case 29/76 *LTU v Eurocontrol* (1976) ECR 1541.

⁵⁶ See the Jenard Report to the Brussels Convention (1979) O.J. C59/12.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ See e.g. *Rechtbank van Koophandel Tournai* (Commercial Court Tournai, Belgium), D Series, I-1.2-B5 and *Rechtbank Haarlem* (Court of First Instance Haarlem, the Netherlands), 17th September 1996, (1996) N.I.P.R. 438.

⁵⁹ *Hof Amsterdam* (Court of Appeal Amsterdam, the Netherlands), 14th May 1992, (1992) N.I.P.R. 260; *Cour d'Appel de Paris* (Court of Appeal Paris, France), 14th June 1979, (1980) *Rev. Soc.* 555.

⁶⁰ See *Rechtbank van Koophandel Verviers* (Commercial Court Verviers, Belgium), 14th July 1977, (1978) *Jur. Liège* 278.

because such an agreement could equally have been entered into in the absence of any insolvency proceedings.⁶¹

Claims that are brought against the liquidator or administrator are even more complicated. The issue whether or not they fall within the scope of the Brussels Convention has given rise to a degree of divergence of opinion between the courts of the Member States. Claims such as those that dispute the order of preference given to the claims by the liquidator or administrator clearly find their legal basis entirely in the law of bankruptcy or insolvency and they are therefore covered by the Regulation rather than by the Brussels Convention.⁶² But the conclusion is less obvious in other cases. It is submitted that the test is whether or not the insolvency proceedings are nothing more than the event that triggers a claim that could also have been brought before the institution of the insolvency proceedings.⁶³ The provisions of the Brussels Convention, rather than those of the Regulation, should be applied if that is the case. All these claims are based on commercial transactions that took place before the start of the insolvency proceedings. The following claims will therefore come within the scope of the Brussels Convention. A first example is the claim based on a retention of title clause by the seller that has not been paid.⁶⁴ A second example is the claim for payment of the sale price by the seller against the purchaser that has been subjected to an insolvency proceeding.⁶⁵ Claims against the liquidator or administrator that are based on the continuation by the latter of the normal commercial activities during the insolvency proceedings are different in nature. Nevertheless, the Brussels Convention should be applied to claims that are based on commercial transactions entered into by the liquidator or administrator in their official capacity, for example to purchase raw materials to continue the commercial activities during the insolvency proceedings.⁶⁶

The same debate exists in the area of the recognition and execution of foreign judgments. The provisions of the Brussels Convention will only apply to those judgments that were not the result of an instituting claim that was not an insolvency proceeding.⁶⁷

One can also discern a tendency in the case law to interpret the exclusion of bankruptcy and insolvency related issues from the scope of the Brussels

⁶¹ Hof 's Hertogenbosch (Court of Appeal 's Hertogenbosch, the Netherlands), 16th November 1995, (1996) N.I.P.R. 119.

⁶² See the Virgos-Schmit Report at paragraph 196 on page 122.

⁶³ Compare *David Charles Pollard and Mary Louisa Pollard v Christopher R Ashurst (The trustee in bankruptcy of the estate of David Charles Pollard)*, (2001) 98(3) L.S.G. 42, (2000) 150 NLJ 1787, The Times 29th November 2000, CA and [2000] 2 All ER 772, Ch.D.

⁶⁴ But see contra Cour d'Appel Douai (Court of Appeal Douai, France), 21st June 1991, (1992) J.D.I. 54.

⁶⁵ Rechtbank Rotterdam (Court of First Instance, Rotterdam, the Netherlands), 21st November 1986, (1987) N.I.P.R. 257.

⁶⁶ Cour de Cassation (French Supreme Court), 12th April 1993, (1993) R.C.D.I.P. 67 and (1994) J.D.I. 167.

⁶⁷ Cour de Cassation (French Supreme Court), 12th April 1993, (1993) R.C.D.I.P. 67 and Cour d'Appel de Paris (Court of Appeal Paris, France), 16th March 1979, (1980) R.C.D.I.P. 121.

Convention in a wide sense. It is argued that a narrow interpretation has undesirable effects, because it leads to the application of the Brussels Convention, which leads in turn to several related cases being heard by different courts that will apply different laws to these related issues.⁶⁸

The explanatory report to the EU Insolvency Proceedings Convention 1995 states that there are no gaps or overlaps in scope between the 1995 Convention and the Brussels Convention.⁶⁹ Since the Regulation operates on the basis of exactly the same provisions in this respect, this conclusion should also apply to it. The analysis above demonstrates that this may have been the aim and that this aim is achievable, but the restriction of the scope of the Regulation to strictly intra-community cases is not helpful. Not all these cases fall within the scope of the Brussels Convention. An example is easily found in straightforward bankruptcy and insolvency claims such as that of Japanese curator or administrator who claims the transfer of the money held in the Luxembourg bank account of a Japanese debtor against whom insolvency proceedings have been started in Japan. The Regulation and Article 1 paragraph 2(2) of the Brussels Convention clearly leave a gap in this case and this gap has to be filled by the national laws of the Member-States.

II. Jurisdiction

II.1. Primary jurisdiction

The best way to achieve harmonisation in this area 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.

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 according to which the concept corresponds to the place where the debtor conducts the

⁶⁸ See e.g. *Arbeidshof Antwerpen* (Court of Appeal for Labour Law Antwerp, Belgium), 19th February 1980, (1980) J.T.T 231. This decision excluded the claim by a former employee for the payment of unpaid wages from the scope of the Brussels Convention. The supreme court declined to overrule the decision (Cour de Cassation, 5th October 1982, (1982) Pas. I-183).

⁶⁹ See also Bogdan, "The EU Bankruptcy Convention" 6 (1997) *Int. Insolv. Rev.* 114, at 120.

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'⁷⁰ 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 27th 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.⁷¹ 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.⁷² 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 basis⁷³. It is indeed

⁷⁰ See Bogdan, "The EU Bankruptcy Convention" 6 (1997) *Int. Insolv. Rev.* 114, at 119.

⁷¹ 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.

⁷² 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.

⁷³ I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer Editions Juridique Belgique (1998), at 627.

not conceivable that a debtor will have no centre of main interests⁷⁴. 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.⁷⁵

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 this trading or professional activity.⁷⁶ 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 residence⁷⁷. 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.⁷⁸ In many cases it will still provide an important indication, but it can no longer be the determinative factor.⁷⁹

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

⁷⁴ 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.

⁷⁵ See also Recital 14 to the Regulation.

⁷⁶ See Paragraph 75 of the Virgos-Schmit Report. Article 3(1) of the Regulation was copied without change from the 1995 Convention.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ See Claey's, "De bevoegdheidsregels voor de internationale faillietverklaring naar huidig en toekomstig recht" (1997) 30 TBH 501, at 509.

⁷⁹ See De Wulf and Wautelet, "Aspecten van internationaal privaatrecht" in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 151-152.

office, or the statutory seat for the civil law countries⁸⁰, 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.⁸¹ 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.⁸² 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 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

⁸⁰ 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.

⁸¹ See also Fletcher, "A New Age of International Insolvency – The Countdown Has Begun" [2000] *Insolv. Int.* 57 at 59 (Vol 13 / Issue 8).

⁸² See Paragraph 75 of the Virgos-Schmit Report. Article 3(1) was worded identically in the 1995 Convention.

interpretations of Article 3(1)⁸³, 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.⁸⁴ 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.⁸⁵

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.”⁸⁶ 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.⁸⁷

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.⁸⁸

⁸³ 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).

⁸⁴ See Paragraph 76 of the Virgos-Schmit Report. Article 3(1) was worded identically in the 1995 Convention.

⁸⁵ See Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” 70 (1996) *Am. Bankr. L.J.* 485, at 503-504.

⁸⁶ Recital 15 to the Regulation, *in fine*.

⁸⁷ 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).

⁸⁸ See Recital 16 to the Regulation and Omar, “New initiatives on Cross-Border Insolvency in Europe” [2000] *Insolvency Lawyer* 211, at 214.

II.2. Secondary jurisdiction

Article 3(1) is heavily inspired by the principles of unity and universality. These principles were however not shared by a number of Member-States and hence the need for a compromise. Such a compromise could also address the problems often experienced by the liquidator in a unitary proceedings when dealings with assets abroad. The Regulation therefore allows secondary insolvencies as well as a single primary set of insolvency proceedings. The remainder of Article 3 deals with the issue of the jurisdiction of the courts to open such secondary insolvency proceedings. We will first deal with the proceedings themselves and the jurisdiction points before returning to the obvious problem of the coordination between primary and secondary insolvency proceedings.

These secondary proceedings are by definition territorial proceedings that only include assets that are situated on the territory of the Member-State the court of which is dealing with the secondary proceedings. This obviously raises the issue where assets are located. The national laws of the Member-States did not necessarily have identical rules to determine where certain types of assets are located. The Regulation addresses this point head-on and contains a set of uniform definitions that will allow any party to locate the assets for the purposes of cross-border insolvency jurisdiction. Article 2(g) defines the concept of ‘the Member State in which assets are situated’. For assets that consist of tangible property this will be the Member-State within the territory of which the property is situated.⁸⁹ The location of claims is the territory of the Member-State within the territory of which the third party that is required to meet them has the centre of its main interests, as defined in Article 3(1) of the Regulation. And finally, property or rights, the ownership of or entitlement to which must be registered in a public register are located in the member-State under the authority of which the register is kept. Whilst this will solve most problems, it is to be regretted that no attempt was made to provide a uniform definition of the place where shares or unregistered intellectual property rights are located. In the latter category copyright provides a clear example of the difficulties that remain in the absence of such a uniform definition. Copyright is granted automatically in all countries that are Contracting Parties to the Berne Convention⁹⁰ and is organised on a territorial country-by-country basis. One could argue that each copyright is therefore located in the country where it is automatically granted. This is the approach traditionally associated with tangible property. Alternatively one could rely on the immaterial nature of copyright and argue that it therefore escapes the traditional distinction between tangible and intangible property, which are both forms of material property, and all that flows from that distinction. The key aspect of immaterial rights (be they

⁸⁹ Compare the approach adopted by the Commercial Court in London in *Glencore International AG v Metro Trading International Inc (formerly Metro Bunkering & Trading Co.) and others* [2001] 1 All ER 103, [2001] 1 Lloyd’s Rep 284.

⁹⁰ Or to the TRIPS Agreement as TRIPS members have to implement the provisions of the Berne Convention according to Article 9 TRIPS Agreement.

property rights or not) is that there is nothing tangible about them. They only come to life in the case of copyright through the rightholder exercising his right to authorise or to prohibit certain acts. There is therefore a strong link between the rightholder and the right and one could argue on this basis that copyright (or all copyrights for all countries if one prefers this terminology) is located wherever the rightholder is located. In the context of the Regulation reference could then again be made to the concept of the centre of main interests as defined in Article 3(1). All that can however be concluded in the present circumstances is that in the absence of a harmonised uniform solution in the Regulation, or for that part in the national laws of the Member-States, this point is left to the law of the court that takes jurisdiction. As a result several courts could take jurisdiction because they each locate the copyright, to go back to the example, in their territory. This is a clear failure in the Regulation, which may become increasingly obvious as copyright more and more becomes one of the key assets of many Internet companies and other companies engaged in the entertainment or information trade.

Having defined the concept of the Member-State in which assets are located, this brings us back to the question of jurisdiction. Where, when and under which circumstances can secondary insolvency proceedings be opened?

Secondary insolvency proceedings are not the rule. They can only be opened in the Member-States in which the debtor does not have the centre of its main interests and even then there is an important additional requirement that needs to be met. The opening of secondary insolvency proceedings is only possible if the debtor has an establishment in the Member-State concerned. The presence of an establishment in the Member-State needs to be seen therefore as a threshold upon which the possibility to open secondary proceedings will depend and the concept of an establishment needs to be interpreted accordingly. The only guidance provided by the Regulation on this point is found in Article 2(h). An establishment is defined as “any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods”. There are a number of restrictive aspects contained in this definition. First of all, only a place where the debtor carries out an economic activity will potentially qualify. Secondly, such economic activity should not be of a transitory nature, which means that some form of continuity is required. And thirdly, the cumulative presence of human means and goods in the place of operations is also required.

This is about as far as the text of the Regulation goes, but additional guidance can be found in the Virgos-Schmit Report to the 1995 Convention. That Convention contained the same wording both in Article 3 and in the definition of an establishment. Even though the Report has no specific authority in respect of the Regulation, it provides some form of insight in what the draftsmen’s intentions were. The first point that becomes clear is that the presence of goods in the place of operations needs to be seen in

relation to the economic activity that is carried out in that place.⁹¹ In other words, only goods that are used in such an economic activity are to be taken into account. This combination will make it impossible to open secondary proceedings on the simple basis that the debtor has assets in the jurisdiction.⁹² For example, the presence of a bank account in the jurisdiction will not be sufficient.

The requirement of a non-transitory economic activity linked to a place of operations and human resources and goods also makes it impossible to argue that the conclusion of a number of contracts in the jurisdiction will be sufficient to open a secondary insolvency. This is so despite the Report's clear indication that the concept of an establishment is to be given an autonomous and wide interpretation⁹³, apparently in exchange for the fact that certain Member-States dropped their practice of accepting the mere presence of assets as a sufficient ground to open secondary insolvency proceedings.⁹⁴ An establishment requires some form of organisation of the human means and goods and some form of stability and permanency of the economic activity that is being deployed.⁹⁵ A debtor's holiday home, an individual trade representative or agent or a temporary office dealing with a single transaction whilst using the equipment of a third company therefore do not amount to an establishment. What is effectively required is a place of business⁹⁶, which creates the impression for the creditors of a locally established business operation.⁹⁷ In this sense the external impression is more important than the intentions of the debtor.⁹⁸ It should also be kept in mind that affiliated companies with separate legal personality cannot be seen as establishments of their parent company, as the Regulation treats them as independent debtor and does not allow their inclusion in the insolvency proceedings affecting the parent company.

The Regulation does not specify when the establishment should be in existence, but it seems logical to assume that the requirements for there to be an establishment should be met at the time when the secondary insolvency is opened, as it is de facto a prerequisite for the court that opens the proceedings to have jurisdiction to do so.⁹⁹

⁹¹ Paragraph 70 of the Virgos-Schmit Report.

⁹² See Bogdan, "The EU Bankruptcy Convention" 6 (1997) *Int. Insolv. Rev.* 114, at 119.

⁹³ Paragraph 70 of the Virgos-Schmit Report.

⁹⁴ See also Fletcher, "A New Age of International Insolvency – The Countdown Has Begun" [2000] *Insolv. Int.* 57 at 59 (Vol 13 / Issue 8).

⁹⁵ See Beukenhorst, "Verscheidenheid in Eenheid. Het Europees Faillissementsverdrag" [1997] *S.E.W.* 90, at 93.

⁹⁶ See I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer Editions Juridique Belgique (1998), at 627.

⁹⁷ I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 264.

⁹⁸ Paragraph 71 of the Virgos-Schmit Report.

⁹⁹ Compare De Wulf and Wautelet, "Aspecten van international privaatrecht" in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtig Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 164.

Once the presence of an establishment has been demonstrated outside the Member-State where the debtor's centre of main interests is situated, the court of the Member-State where the establishment is located can open a secondary insolvency, keeping in mind that the effect of this secondary insolvency will be restricted to the assets of the debtor that are situated in the Member-State where the secondary insolvency proceedings are opened.¹⁰⁰ The Regulation contains further rules on secondary proceedings, depending on which one of the two situations in which they can be opened is applicable.

First of all, secondary insolvency proceedings can be opened after the main insolvency proceedings have been opened. In this case the secondary proceedings will necessarily be winding up proceedings.¹⁰¹ Article 2(c) specifies that this involves realising the assets of the debtor. Proceedings that aim at the continuation of the economic activity are not possible in this scenario. What is envisaged is mainly that the liquidator in the main insolvency proceedings can request the opening of secondary insolvency proceedings¹⁰² to facilitate the effective administration of the estate of the debtor. This can cover cases where the estate would be too complex for it to be administered under the main proceedings only or where differences in the legal systems involved are such that difficulties may arise from the extension of effects deriving from the law of the Member-State where the main proceedings have been opened to the other member-States where assets are located that can be administered by means of secondary insolvency proceedings.¹⁰³ Giving this power to the liquidator in the main proceedings involves an interference with and a change to the national insolvency laws of the member-States and the conditions they contain.¹⁰⁴ Besides that secondary proceedings can also be used to protect local interests, for example the advantages enjoyed under local law by local creditors¹⁰⁵. As a result the right to request the opening of these proceedings is not restricted to the liquidator in the main insolvency proceedings. Any other person that is empowered to do so by the national law of the Member-State concerned can also request that secondary insolvency proceedings are opened once the main proceedings have been opened.¹⁰⁶ There is no need to show a special interest.¹⁰⁷ It is interesting to note though that the Regulation does not

¹⁰⁰ See also Idot, "La 'faillite' dans la Communauté: Enfin une convention internationale?" (1995) 21 D.P.C.I. 34 (issue 1), at 47 (based on an early draft of the 1995 Convention).

¹⁰¹ Article 3(3) of the Regulation.

¹⁰² Article 29(a) of the Regulation.

¹⁰³ Recital 19 to the Regulation. Immovable assets that may have to be sold through the intervention of a notary and a change in a public register in some Member-States could provide a good example.

¹⁰⁴ 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 165.

¹⁰⁵ For a critical view on the combination of different proceedings and different insolvency laws and the effect of all this on the principle of equality amongst creditors see U. Weinbörner, *Das Neue Insolvenzrecht mit EU-Übereinkommen*, Rudolf Haufe Verlag (1997), at 216-217.

¹⁰⁶ Article 29(b) of and Recital 18 to the Regulation.

¹⁰⁷ See paragraph 227 of the Virgos-Schmit Report.

specifically give the liquidator in any secondary insolvency proceedings the right to request that further secondary insolvency proceedings be opened.¹⁰⁸ The fact that creditors can request the opening of secondary proceedings and that these proceedings are necessarily liquidation proceedings creates the risk of a potential clash with any attempt under the main proceedings to rescue the business. Creditors could deliberately try to use this tool to kill off the rescue attempt.¹⁰⁹ In an attempt to redress this situation slightly the Regulation gives the relevant courts the power to require the applicant in the secondary insolvency proceedings to make an advance payment to cover the costs and expenses of the proceedings in as far as local law allows this.¹¹⁰ This could prove a deterrent against nuisance applications.

It is also of vital importance to note that in this set of circumstances secondary insolvency proceedings are opened without there being a need for the court opening them to examine whether or not the debtor has become insolvent.¹¹¹ That matter is left exclusively to the court in charge of the main insolvency proceedings and every chance of duplication and contradictory judgments has therefore been excluded. Annex B to the Regulation contains an exhaustive list of the proceedings that can be opened as secondary proceedings in this set of circumstances and they are subject to the rules found in Chapter III of the Regulation.

Secondly, secondary proceedings can also be opened prior to the main insolvency proceedings. Such proceedings then effectively become independent territorial insolvency proceedings. Independent secondary proceedings are however only possible in two well defined sets of circumstances, because they “are intended to be limited to what is absolutely necessary”¹¹². The first of these sets of circumstances arises when the national laws of the Member-State in which the debtor has the centre of its main interests do not allow main proceedings to be opened against the debtor.¹¹³ This can for example be the case if the debtor is a natural person who is not a trader and if the national law concerned stipulates that only traders, legal persons and companies can be the subject of insolvency proceedings. In this example the conditions for the opening of main insolvency proceedings are not, and cannot be, met and the only option left is the opening of independent territorial proceedings in those Member-States where the debtor has an establishment, at least if the conditions under the respective national laws of the latter Member-States for the opening of insolvency proceedings have been met and if these laws do not similarly exclude natural persons that are not traders from the scope of their insolvency laws. The Regulation does not define who can request that

¹⁰⁸ See paragraph 226 of the Virgos-Schmit Report.

¹⁰⁹ I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 263.

¹¹⁰ Article 30 of the Regulation.

¹¹¹ Article 27 of the Regulation. The main proceedings must be recognized in the Member-State where secondary insolvency proceedings are opened.

¹¹² Recital 17 to the Regulation, *in fine*. In practice assets will also be concentrated for distribution rather than to cover costs and fees in the various proceedings.

¹¹³ See Article 3(4)(a) of the Regulation.

independent territorial insolvency proceedings be opened in this set of circumstances. That matter is left to the substantive laws of the Member-State concerned.¹¹⁴

The second set of circumstances in which independent territorial insolvency proceedings become possible stipulates that alternatively independent territorial insolvency proceedings can be opened “where the opening of territorial insolvency proceedings is requested by a creditor who has his domicile, habitual residence or registered office in the Member-State within the territory of which the establishment is situated, or whose claim arises from the operation of that establishment”.¹¹⁵ This severely restricts the number of parties that can apply for proceedings to be opened in this set of circumstances. This stops any abuse of the facility by creditors who simply want to apply disruptive tactics without being able to demonstrate a strong link with the jurisdiction concerned.¹¹⁶

It is therefore clear that independent territorial proceedings are only considered to be necessary in three cases. Obviously, they are necessary if main proceedings simply cannot be opened¹¹⁷. But the protection of local interests may also require them if a creditor who dealt with an establishment and whose claim arises from the operation of the establishment wants to see the establishment dealt with separately. In this case there is no immediate need to oblige such a creditor to seek the opening of main insolvency proceedings abroad. It was also felt that obliging the local creditor to seek the opening of main insolvency proceedings abroad, rather than being able to bring local territorial proceedings, could potentially put an unduly high burden on a (small) party, even if the claim did not arise from the operation of the local establishment. The latter case is only required for small local creditors, but the Regulation applies it to all local creditors. In practice the long term implications of this will not be enormous though, especially as the latter case will often trigger the initiation of main insolvency proceedings by a third party. One does indeed have to keep in mind that only the effects of the secondary insolvency proceedings are subject to territorial restrictions.¹¹⁸ The conditions under which an insolvency claim can succeed and a liquidator can be appointed are not so restricted by the Regulation and are referred back to national law. Most of these national laws will apply their conditions to the debtor as a whole rather than only to an establishment that by definition has no separate legal personality.

¹¹⁴ See Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” 70 (1996) *Am. Bankr. L.J.* 485, at 524.

¹¹⁵ See Article 3(4)(b) of the Regulation.

¹¹⁶ I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 263.

¹¹⁷ Be it for legal reasons, technical delays or because none of those eligible to do so takes the initiative. See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 263.

¹¹⁸ See Article 3(2) of the Regulation.

In the absence of main insolvency proceedings the independent territorial proceedings need not be restricted to liquidation proceedings. They can therefore aim at the continuation of the business. Annex B to the Regulation is therefore not applicable here as the Regulation refers to insolvency proceedings rather than winding-up proceedings. Article 2(a) refers to Annex A for a list of insolvency proceedings. This list is longer than the one contained in Annex B.

II.3. The relationship between the various insolvency proceedings

There is an obvious potential for conflict between the main insolvency proceedings and any secondary insolvency proceedings.¹¹⁹ Suffice it to refer in this respect to the fact that the main insolvency proceedings cover all the debtor's assets in every member-State, which means that there is an overlap in terms of the assets that are to be administered with any local secondary insolvency proceedings that have territorial effect in one Member-State, as the main proceedings are also to have effect where the secondary proceedings have their effect. The Regulation clearly works on the basis that there is ultimately one insolvency that needs to be addressed as a whole. There is no ringfencing of the secondary proceedings that would separate them entirely from the main proceedings. That leaves us with the difficulty to sort out how exactly these various insolvency proceedings are to be allowed to interact and what form of hierarchy, if any, is to be established between them.¹²⁰ Recital 20 to the Regulation confirms this difficulty and points towards a solution with the statement that “[m]ain insolvency proceedings and secondary proceedings can, however, contribute to the effective realisation of the assets only if all the concurrent proceedings pending are coordinated”. The Regulation therefore provides a set of mandatory coordination measures between the various insolvency proceedings. This is one of the key points and strengths of the Regulation.¹²¹ It is also important to keep in mind that the rationale behind the system, its combination of main and secondary proceedings and the coordination of these various proceedings is the effective realisation of the assets and the effective administration of the cross-border insolvency case. The latter is therefore also the ultimate aim.¹²²

¹¹⁹ See also Otte, “Inländischer einstweiliger Rechtsschutz im Inland bei Auslandskonkurs – ein neuer internationaler Justizkonflikt?” 58 (1994) *RabelsZ* 292.

¹²⁰ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 292.

¹²¹ Idot, “La ‘faillite’ dans la Communauté: Enfin une convention internationale?” (1995) 21 *D.P.C.I.* 34 (issue 1), at 51.

¹²² See Idot, “La ‘faillite’ dans la Communauté: Enfin une convention internationale?” (1995) 21 *D.P.C.I.* 34 (issue 1), at 52.

The starting point for the Regulation was the principle of unity and universality.¹²³ This was in a second stage tempered by the introduction of secondary insolvency proceeding. As the main insolvency proceedings are the practical translation of the unity and universality principle and as they cover all assets, including those affected by secondary proceedings, it is indeed logical to set up a hierarchy between the various proceedings and to give priority to the main proceedings over any secondary proceedings.¹²⁴ This key point translates itself in turn into a number of very practical rules that enable that hierarchy to be enforced.

Article 33 is the first of these practical rules that enable the hierarchy between the insolvency proceedings to be enforced. This article allows the liquidator in the main insolvency proceedings to apply to the court that opened the secondary proceedings for a stay of the secondary proceedings. The court may stay the secondary insolvency proceedings as a whole, or it may decide to stay only part of it. Such a stay can be ordered by the court for a period of up to three months, but it can also be renewed for similar periods. This flexible procedure can prove to be particularly useful in the light of the fact that the secondary proceedings are by definition winding up proceedings. If the liquidator in the main proceedings has found a buyer prepared to continue the activities any attempt in secondary proceedings to realise assets could be highly detrimental to the chances of ultimately achieving a successful outcome in the main proceedings. The possibility for the liquidator in the main proceedings to apply for a stay of the secondary proceedings and the liquidation process that comes with it may therefore be a vital tool to ultimately achieve success.¹²⁵ Looked at it from the other side, any abuse of the procedure by the liquidator in the main proceedings, for example because he simply wants to deal alone with the liquidation of the whole business disregarding any special interests of the local creditors of the secondary proceedings, can be prevented by the proviso that the court to which the application is made can “require the liquidator in the main proceedings to take any suitable measures to guarantee the interests of the creditors in the secondary proceedings and of individual classes of creditors”.¹²⁶ This seems to represent an effective deterrent, especially in the light of the fact that any stay is only temporary and that the liquidator will have to return to the court if he wishes to apply for an extension of the stay. At that stage the court will also be able to check whether the liquidator has put any “suitable measures” in place. In conclusion, a stay should normally be granted almost automatically, but ultimately the court needs to be able to impose a sanction if the liquidator does not meet the requirement it imposed that “suitable measures” be put in place. One could therefore have imagined

¹²³ See Claeys, “De bevoegdheidsregels voor de internationale faillietverklaring naar huidig en toekomstig recht” (1997) 30 TBH 501, at 508.

¹²⁴ See De Wulf and Wautelet, “Aspecten van international privaatrecht” in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtig Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 166 and Idot, “La ‘faillite’ dans la Communauté: Enfin une convention internationale?” (1995) 21 D.P.C.I. 34 (issue 1), at 49 and 51.

¹²⁵ See Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 525-526.

¹²⁶ Article 33(1) of the Regulation.

that the only reason why a stay could be refused would be the exceptional scenario in which the liquidator failed to put in place the “suitable measures” requested by the court. The Regulation has not gone down this path though and no sanction is even provided for the exceptional scenario described here. Instead the Regulation provides that there is only one single reason why the almost automatically granted stay may be refused. Such a refusal can according to the text of Article 33 only be based on the fact that “it is manifestly of no interest to the creditors in the main proceedings”.¹²⁷ Whilst it is no doubt true that in such a case the application must be abusive and should be turned down, it remains a mystery why on the one hand the interests of the creditors in the secondary proceedings have to be excluded from the equation and why on the other hand the court dealing with the secondary proceedings is necessarily best placed to judge whether or not the application for a stay of the proceeding pending before it is manifestly of no interest to the creditors in the main proceedings. One could argue in relation to the latter point that the liquidator in the main proceeding is at least as well placed as the court in the secondary proceedings to make this judgment and that ultimately the court in the main proceedings is best placed to make the final judgment. But it was no doubt politically not acceptable to ask the liquidator in the main proceedings to apply to the court before which the main proceedings have been opened for an authorisation to apply to the court before which the secondary proceedings are pending for a stay of the latter proceedings, which would then be granted automatically, since that would involve a court in one Member-State interfering almost directly with proceedings pending before a court in another Member-State. The current solution has the benefit of giving the court before which the secondary insolvency proceedings are pending an emergency brake in cases of abusive applications, but it remains the case that it is not well equipped to operate that emergency brake. It can also not take into account the interest of creditors in its own jurisdiction. This contradicts with the basic rationale for secondary proceedings which involves to a large extent the protection of local creditors and their interests. The latter point is remedied to some extent by the fact that a stay, the grant of which could not be stopped to protect the interests of the creditors in the secondary proceedings, can at least be terminated of its own motion by the court before which the secondary proceedings are pending at the request of a creditor or at the request of the liquidator in the secondary proceedings. When doing so the court must be convinced that the stay is no longer justified, “in particular by the interests of the creditors in the main proceedings or in the secondary proceedings”.¹²⁸ Yet again the creditors in the main proceedings come first and the stay may be terminated if it no longer serves their interests, for example because a continuation of the business no longer looks possible, but the court can also terminate the stay simply because it is no longer justifiable because of the harm it does to the interests of the creditors in the secondary proceedings. Article 33 does not impose the balancing of the interests of the various groups of creditors, but

¹²⁷ Article 33(1) of the Regulation.

¹²⁸ Article 33(2) of the Regulation.

there is little doubt that this will in practice be what the courts will do in such a case.

Whilst a stay is in place in application of Article 33 the liquidator in the main proceedings will have the exclusive power to wrap up the secondary proceedings in any other way than by means of a liquidation, as that part of the process has been stayed at his request. He may exercise this power either himself or through the debtor acting with the consent of the liquidator. In practical terms the exclusive right allows him to use any possibility offered by the law applicable to the secondary proceedings to close them without liquidation.¹²⁹ This may be possible by means of a rescue plan, a composition or any comparable measure. Only the liquidator can propose such a measure.¹³⁰

The second of the practical rules that enable the hierarchy between the insolvency proceedings to be enforced is found in Article 31. This article imposes a duty to cooperate and communicate on the various liquidators. Recital 20 stresses in this respect the primary importance of the liquidators exchanging a sufficient amount of information for the effective realisation of the total assets of the debtor. Article 31(1) builds on these general principles and imposes a duty on the liquidator in the main proceedings and on the liquidators in any secondary proceedings to communicate information to each other. In particular there shall be immediate communication of any information that may be relevant to the other proceedings, such as any information concerning progress made in lodging and verifying claims or such as any information concerning measures aimed at terminating the proceedings. This duty is made subject to one condition. The liquidators are not under a duty to exchange information if to do so would constitute an infringement of any rules restricting the communication of information, for example if confidence would be breached as a result of the communication of a particular piece of information. The one problem that arises from this provision is that it contains no sanction for those situations where there is a failure by a liquidator to live up to the duty to exchange information on an immediate basis. This is left to the national laws of the Member-State concerned, but any sanction under national law may well prove to be a hypothetical sanction.

Article 31(1) adds a duty on the liquidator in the main insolvency proceedings and the liquidators in the secondary insolvency proceedings to cooperate with each other in as far as this proves to be possible under the national laws in application of which they administer the respective insolvency proceedings. Once again the Regulation leaves the sanction for any failure to carry out this duty to the national law concerned.

¹²⁹ See Balz, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings" (1996) 70 A.B.L.J. 485 at 526.

¹³⁰ Article 34 (3) and (1) of the Regulation, see also Idot, "La 'faillite' dans la Communauté: Enfin une convention internationale?" (1995) 21 D.P.C.I. 34 (issue 1), at 51.

The first two paragraphs of Article 31 apply in the same way to all liquidators. The difference in hierarchy becomes clear in the final paragraph of the article. Only the liquidator in the main insolvency proceedings is given the opportunity to interfere directly in the other insolvency proceedings. Recital 20 says explicitly that this is done “in order to ensure the dominant role of the main insolvency proceedings”. In practice the liquidator in any secondary proceedings is under a duty “to give the liquidator in the main insolvency proceedings an early opportunity of submitting proposals on the liquidation or use of the assets in the secondary proceedings”.¹³¹ The provision stops a long way short though of allowing the liquidator in the main proceedings to impose his solution on the liquidator in the secondary proceedings. He can only make a proposal and combine this with the duty on the liquidator in the secondary proceedings to cooperate. This must rule out a refusal to implement the proposal without reason, but the adoption of another solution by the liquidator in the secondary proceedings remains possible as long as he can justify it. It is also not clear what exactly is meant by the term ‘early’. It is therefore clear that the satisfactory implementation of Article 31 will to a large extent depend on the goodwill of those involved, as well as on the necessary degree of flexibility being allowed by national insolvency laws. Despite that this is a vital provision for the success of the system put in place by the Regulation. Cooperation and communication are necessary to realise the assets successfully, but most importantly, since the aim is to satisfy all creditors to the best extent possible, there must be a possibility for the liquidator in the main proceedings to launch proposals that aim to facilitate the achievement of and to safeguard this aim whilst the secondary proceedings with their local focus are carried forward.

Thirdly, the dominance of the main insolvency proceedings is also made clear by the fact that the liquidator in the secondary proceedings is under an obligation to transfer any remaining assets to the liquidator in the main proceedings on an immediate basis once all claims in the secondary insolvency proceedings have been met.¹³² In practice this will often be a symbolic measure¹³³, either because there rarely is a surplus of assets or more importantly because the creditors can introduce their claims in any proceedings anyway.¹³⁴ It should be added though that it may be very costly for the creditors to introduce their claims in every single procedure. That problem is addressed by Article 32 of the Regulation. The liquidators in the main insolvency proceedings and in any secondary insolvency proceedings are given the power to lodge all claims that have already been lodged in their proceedings in any other proceedings. Obviously they can only do so if this is in the interest of the creditors concerned and the creditors are given the right to oppose the move or to withdraw the lodgement of their claim if that

¹³¹ Article 33(3) of the Regulation.

¹³² Article 35 of the Regulation.

¹³³ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 293.

¹³⁴ Article 32 of the Regulation. See also Fletcher, “A New Age of International Insolvency – The Countdown Has Begun” [2000] *Inso. Int.* 57 at 60 (Vol 13 / Issue 8).

is possible under the applicable law.¹³⁵ Additionally, the liquidator in any other proceedings can participate in the insolvency proceedings on the same basis as a creditor.¹³⁶ All this substantially reduces the burden which the multiplicity of insolvency proceedings places on creditors.¹³⁷

At first glance the scope of all these provisions which impose the dominance of the main insolvency proceedings is severely limited by the fact that they only apply in respect of secondary insolvency proceedings, as defined by Article 3(3) of the Regulation. This would seem to exclude all independent territorial insolvency proceedings based on Article 3(4) of the Regulation. This conclusion is however not correct. It is only valid in the obvious case where there are no main insolvency proceedings and where there is no issue of dominance of the main proceedings. As soon as main insolvency proceedings have been opened any independent territorial proceedings become *de facto* secondary proceedings for these purposes.¹³⁸ They are therefore also subject to the hierarchy¹³⁹ that is imposed from that moment onwards.

Fourthly, the dominance factor also surfaces when the two types of insolvency proceedings are of a different nature. There could indeed be a very serious conflict between main insolvency proceedings that aim at the winding-up of the business and secondary proceedings that were started before the main proceedings and that aim at the continuation of the business. The liquidator in the main proceedings would then be under a duty to realise all assets, including those in the Member-State where the liquidator in the secondary proceedings is trying to use the same local assets to continue the business. The Regulation addresses this problem by giving the liquidator in the dominant main insolvency proceedings the power to apply to the court that opened the secondary proceedings under Article 3(2) of the Regulation to have the secondary proceedings converted into winding-up proceedings. This request is to be granted almost automatically. The only condition is that the conversion should be in the interest of the creditors in the main proceedings. The liquidator in the main proceedings will normally find it rather easy to show that this is the case, since in most cases the conversion will lead to there being more assets to realise in order to satisfy the claims of the creditors. Looked at it from the other side, the court will only be able to refuse to order the conversion of the proceedings if there is evidence that it does not serve the interests of the creditors in the main proceedings.

¹³⁵ Article 32(2) of the Regulation.

¹³⁶ Article 32(3) of the Regulation.

¹³⁷ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 292.

¹³⁸ Article 36 of the Regulation.

¹³⁹ Article 36 of the Regulation makes Articles 31 to 35 applicable to these proceedings "in so far as progress of those proceedings so permits" (i.e. final decision in the independent territorial proceedings will not have to be reversed).

Fifthly, the dominance of the main proceedings is also clear from the rule that the decision taken in the context of the main proceedings on the point whether the debtor has become insolvent binds any court before which the opening of secondary proceedings is requested, even if the law that is to be applied¹⁴⁰ by that court would lead to a different conclusion. The decision in the main proceedings is applicable *erga omnes* and any other national concepts of insolvency are put to one side¹⁴¹. It remains to be seen though whether the concept of insolvency will also include for these purposes the question whether a certain category of persons, such as for example natural persons that are not traders, can be subject to insolvency proceedings, i.e. can they be insolvent. In practical terms the question arises whether the national court before which the opening of secondary insolvency proceedings is requested and under the laws of which the debtor-natural person-not trader cannot be declared insolvent and subject to insolvency proceedings is bound by the decision of the court in the main proceedings that the debtor has become insolvent (under the different national law of the court before which the main proceedings are pending).¹⁴² The first indications, for example in Belgium, are that this question will receive a positive answer.¹⁴³

Sixthly, the dominant role that is played by the main insolvency proceedings and the liquidator in these proceedings is reinforced by the fact that the closure of any secondary proceedings by a measure other than the liquidation of the assets cannot in principle become final without the consent of the liquidator in the main insolvency proceedings.¹⁴⁴ Any such closure of the secondary insolvency proceedings by means of a rescue plan, a composition or a comparable measure is therefore subject to the consent of the liquidator in the main insolvency proceedings. The liquidator in the main insolvency proceedings' power of veto is however limited. Even in the absence of his consent the closure of the secondary proceedings can become final if the financial interests of the creditors in the main insolvency proceedings are not affected by the proposed measure. The real purpose of this provision is therefore to enable the liquidator in the main insolvency proceedings to block an unduly favourable settlement that has independently been agreed to by the creditors in the secondary proceedings and that is detrimental for the general body of creditors.¹⁴⁵ Once more the

¹⁴⁰ See Article 4(2) of the Regulation, discussed *infra*.

¹⁴¹ Article 27 of the Regulation.

¹⁴² 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 167-168.

¹⁴³ See I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer Editions Juridique Belgique (1998), at 628.

¹⁴⁴ Article 34(1) of the Regulation. See also Article 34(2), which reinforces the territorial scope of the secondary proceedings by excluding any impact on the debtor's assets outside the territory of the secondary insolvency of any restriction on creditors' rights that results from the application of Article 34(1). Further comments are found in paragraphs 248-251 of the Virgos-Schmit Report.

¹⁴⁵ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 294.

interests of the insolvency case as a whole prevail and the dominance of the main proceedings and their liquidator are used to achieve that aim.

All measures aimed at coordinating the various insolvency proceedings hinge on the main insolvency proceedings. It is the driving force behind this effort.¹⁴⁶ There is no hierarchy between the various secondary proceedings and coordination between them happens via the supremacy of the main insolvency proceedings. Due to their territorial scope there is also no direct need for coordination between the various secondary proceedings. The text of Article 31 of the Regulation makes it clear though that the duty to communicate information and the duty to cooperate also applies to the liquidators of the secondary proceedings amongst themselves.¹⁴⁷ This will be of particular importance in the exceptional scenario where no main insolvency proceedings are opened.¹⁴⁸

III. Choice of Law

III.1. The general rule

The problems associated with cross-border insolvencies cannot simply be solved through the implementation of a set of uniform rules on jurisdiction. The latter can only be a first step. As has already become clear from the several references to it in the discussion concerning the jurisdiction rules, the applicable law is an extremely important element. Ideally therefore there should not only be a harmonisation of the rules on jurisdiction, but also a harmonisation in terms of substantive insolvency law. At present this is however way beyond what can be achieved at European Union level.¹⁴⁹ Instead the Regulation goes for the second best solution of harmonising the choice of law rules. In doing so the intention is clearly that the Regulation's rules refer to the substantive laws of the Member-State the law of which is designated as the applicable law and that any reference to choice of law rules and *renvoi* is excluded.¹⁵⁰ Any other approach would effectively destroy any intended harmonisation of the relevant choice of law rules. The text of the Regulation fails to spell out the exclusion of *renvoi* though. The main aims of the harmonisation of the choice of law rules are on the one hand to improve the predictability of insolvency proceedings, their conduct and their outcome and on the other hand as a result of all this the creation of legal

¹⁴⁶ See Idot, "La 'faillite' dans la Communauté: Enfin une convention internationale?" (1995) 21 D.P.C.I. 34 (issue 1), at 52.

¹⁴⁷ Article 31(1) and (2) of the Regulation.

¹⁴⁸ See also paragraphs 35 and 39 of the Virgos-Schmit Report.

¹⁴⁹ Balz, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings" (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 506.

¹⁵⁰ I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 265-266 and Balz, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings" (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 506-507.

certainty in the area of cross-border insolvency. Recital 23 to the Regulation summarises the approach as follows:

“This Regulation should set out, for the matters covered by it, uniform rules on conflict of laws which replace, within their scope of application, national rules of private international law”.

Before turning to the choice of law rules that have been put in place by the Regulation it is important to set out to which cases these rules will apply. The Regulation only applies to cross-border insolvency cases in the Member-States of the European Union. The harmonisation of choice of law rules is therefore subject to the same limitation in terms of its territorial scope. The harmonised rules will apply to any proceedings before a court of a Member-State, but they do not affect proceedings that may be opened in the courts of third countries. Conflicts between the laws of the Member-States and those of third countries remain possible and the Regulation does not provide a solution. Instead this matter is left to the Member-States and their own existing rules on private international law in this area. The Regulation only deals through its choice of law rules with conflicting laws among Member-States.¹⁵¹ This limitation may make sense for those that see subsidiarity as a sacred cow of EU law, but it is unfortunate from both an insolvency law and a private international law point of view. From a private international law point of view the co-existence of two divergent regimes is undesirable, especially if as here they may affect a single case (i.e. a single cross-border insolvency).¹⁵² From an insolvency law point of view uncertainty is bound to result from the fact that mobile assets that can be moved to a different jurisdiction may at different times be subject to different rules.¹⁵³

The main choice of law rule is contained in Article 4(1) of the Regulation. The starting point is quite simply and was already universally accepted by the Member-States. Each set of insolvency proceedings is governed by the *lex concursus*, or the law of the Member-State within the territory of which such proceedings are opened¹⁵⁴. The *lex concursus* will be the applicable law to all issues affecting the insolvency proceedings and their effects. It is important to note that the choice of law rule does not distinguish between main insolvency proceedings, secondary insolvency proceedings and independent territorial proceedings.¹⁵⁵ The rule simply applies to any insolvency proceedings that are cross-border in nature and that are hence covered by

¹⁵¹ I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 265; Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 507 and paragraph 44 of the Virgos-Schmit Report.

¹⁵² See Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 507.

¹⁵³ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 265.

¹⁵⁴ This could also be described as an application of the *lex fori*.

¹⁵⁵ See also Article 28 of the Regulation.

the provisions of the Regulation. The choice of law rule also applies to each set of insolvency proceedings individually. The law of the place where the main insolvency proceedings have been opened will therefore apply to these main insolvency proceedings, whilst the law of the place where the secondary (or independent territorial) insolvency proceedings have been opened will apply to these latter proceedings.¹⁵⁶ The main success of the Regulation is the fact though that it manages to define in substantial detail which points are covered by the *lex concursus*. Or as Balz puts it:

“The purpose of these rules is to delineate the issues which are properly governed by insolvency law from those that should be treated as nonbankruptcy issues because nonbankruptcy policies should prevail”.¹⁵⁷

A uniform approach in this area must be considered to be a major breakthrough. That approach is based on an initial statement in Article 4(1) that the *lex concursus* applies to the insolvency proceedings and their effects, which is followed up in Article 4(2) by a statement that this covers the conditions for the opening of insolvency proceedings, the conduct of these proceedings, as well as their closure. At the same time the following non-exhaustive list of issues that fall within the scope of the applicable law as determined in Article 4 is provided in this first stage before the Regulation provides exceptions (i.e. issues that are taken out of the scope of the applicability of the *lex concursus*) in its Articles 5 to 15.

The *lex concursus* shall in principle determine *inter alia*¹⁵⁸:

- (a) against which debtors insolvency proceedings may be brought on account of their capacity, i.e. the opening requirements and the question who can be a debtor;
- (b) the assets which form part of the estate and the treatment of assets acquired by or devolving on the debtor after the opening of the insolvency proceedings (is after-acquired property exempted from the estate?);
- (c) the respective powers of the debtor and the liquidator;
- (d) the conditions under which set-offs may be invoked;
- (e) the effects of insolvency proceedings on current contracts to which the debtor is party;
- (f) the effects of the insolvency proceedings on proceedings brought by individual creditors, with the exception of lawsuits pending;
- (g) the claims which are to be lodged against the debtor's estate and the treatment of claims arising after the opening of insolvency proceedings;
- (h) the rules governing the lodging, verification and admission of claims;
- (i) the rules governing the distribution of proceeds from the realisation of assets, the ranking of claims and the rights of creditors who have obtained

¹⁵⁶ Recital 23 to the Regulation.

¹⁵⁷ Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 506.

¹⁵⁸ See Article 4(2) of the Regulation and the way it way in which it was summarised by Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 508.

- partial satisfaction after the opening of insolvency proceedings by virtue of a right in rem or through a set-off;
- (j) the conditions for and the effects of closure of insolvency proceedings, in particular by composition;
- (k) creditors' rights after the closure of insolvency proceedings (or the discharge of the debtor);
- (l) who is to bear the costs and expenses incurred in the insolvency proceedings;
- (m) the rules relating to the voidness, voidability or unenforceability of legal acts detrimental to all the creditors.

This list covers both procedural issues that are indeed normally governed by the *lex fori*, which is also the *lex concursus* and also many substantive insolvency issues. Many of them are straightforward, but in the light of the facts that the laws of the Member-States differ on a number of these points, it is important that the Regulation states clearly that a single law will now apply to them.¹⁵⁹ An example of such a difference is the argument in some jurisdictions that the law governing the debtor's obligation should be applied as the *lex contractus* to the issue of discharge, eventually cumulatively with the *lex concursus*. Article 4 now makes it clear that this is one of the points that are now to be decided exclusively on the basis of the *lex concursus*¹⁶⁰. We will now turn to the issues that have been taken out. These are effectively limitations placed on the scope of the *lex concursus*.

III.2. Security interests

The most important restriction placed on the scope of the *lex concursus* involves security interests. Secured credit is strongly linked to the financial markets and to the *lex rei sitae*. The Regulation recognises that to disregard this traditional strong link in favour of the *lex concursus*, which is not easily determined in advance and may affect the legitimate expectations of credit institutions, would be too disruptive and would not reflect the balance of the interests involved.¹⁶¹

Article 5 therefore adopts the solution that the opening of insolvency proceedings and the application of the *lex concursus* that follows from it will not affect security interests in as far as they take the form of a right in rem. In those cases the possibility of direct access to the collateral is retained. These rights in rem can be in respect of tangible or intangible, movable or immovable assets belonging to the debtor, as long as they are situated in the

¹⁵⁹ For further details see I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 267-269.

¹⁶⁰ See Balz, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings" (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 508, who refers for further details to Nadelmann, "Compositions, Reorganizations and Arrangements in the Conflict of Laws" (1948) 61 Harv. L. Rev. 804.

¹⁶¹ See Omar, "New initiatives on Cross-Border Insolvency in Europe", [2000] *Insolvency Lawyer* 211, at 216.

territory of another Member-State at the time of the opening of the insolvency proceedings. The concept of assets that is used is therefore extremely wide in scope, even if assets located in a third country are not covered. Both creditors' and third parties' rights in rem are covered and such rights can cover either specific assets or collections of indefinite assets as a whole which change from time to time. Tools such as the floating charge are therefore also included.¹⁶²

Two further definitional points arise in relation to Article 5. The Regulation first of all defines the time of the opening of proceedings as "the time at which the judgment opening proceedings becomes effective, whether it is a final judgment or not". Such a precise definition is important to pin assets which can be moved easily down in one location. Locating the assets is further facilitated by the definition of the concept of the Member-State in which the assets are situated. For tangible property this will be the Member-State within the territory of which the property is situated at the relevant time¹⁶³. For property and rights the ownership of or entitlement to which must be entered in a public register this will be the Member-State under the authority of which the register is kept. And finally, for claims this will be the Member-State in the territory of which the third party required to meet them has the centre of its main interests, as defined in Article 3(1) of the Regulation. The problems that arise from these definitions have already been highlighted above.¹⁶⁴

Article 7 of the Regulation expands the exception to reservations of title.¹⁶⁵ "The opening of insolvency proceedings against the purchaser of an asset shall not affect the seller's right based on a reservation of title where at the time of the opening of proceedings the asset is situated in a Member-State other than the State of opening of proceedings."¹⁶⁶ It is therefore clear that the *lex concursus* will not apply to this point, but it is less clear which law will apply. Obviously, the *lex contractus* will apply to the issue whether the contract and the retention of title clause in it are valid and this will have to be taken into account under the *lex situs*. All that is clear is that in a similar way as in Article 5 the application of the *lex concursus* is denied all effect.¹⁶⁷ The exception also applies in the opposite scenario. "The opening of insolvency proceedings against the seller of an asset, after delivery of the asset, shall not constitute grounds for rescinding or terminating the sale and shall not prevent the purchaser from acquiring title where at the time of the opening of the proceedings the asset sold is situated within the territory of a

¹⁶² See paragraph 104 of the Virgos-Schmit Report.

¹⁶³ Compare the approach adopted by the Commercial Court in London in *Glencore International AG v Metro Trading International Inc (formerly Metro Bunkering & Trading Co.) and others* [2001] 1 All ER 103, [2001] 1 Lloyd's Rep 284.

¹⁶⁴ See *supra* ...

¹⁶⁵ Idot, "La 'faillite' dans la Communauté: Enfin une convention internationale?" (1995) 21 D.P.C.I. 34 (issue 1), at 48.

¹⁶⁶ Article 7(1) of the Regulation.

¹⁶⁷ See De Wulf and Wautelet, "Aspecten van international privaatrecht" in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtig Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 187 and paragraph 94 of the Virgos-Schmit Report.

Member-State other than the State of the opening of proceedings.”¹⁶⁸ This latter rule is in fact a uniform substantive rule, rather than a choice of law rule.

The holder of a security interest therefore specifically retains the right to dispose of assets and to obtain satisfaction from the proceeds of or the income from the assets, the exclusive right to have a claim met, the right to demand the assets from anyone having possession or use of the assets concerned, as well as the right *in rem* to the beneficial use of the assets.¹⁶⁹ These rights will in fact remain unaffected by the opening of the insolvency proceedings and application of the *lex concursus*.¹⁷⁰ In describing these rights Article 5(2) of the Regulation also offers some form of a definition of what will amount to a right *in rem*. But the absence of a complete and uniform definition of rights *in rem* must be seen as one of the weak points of the Regulation.¹⁷¹ Any stay issued in insolvency proceedings in another Member-State for example will not affect creditors that have the benefit of a security interest such as a right *in rem*. The latter statements must be qualified slightly though. Security interests are not immune against any claim based on the rules of avoidance. Article 4(2)(m) and the *lex concursus* remain applicable on this point.¹⁷²

This exception covering security interests in assets located in another Member-State than the one in which insolvency proceedings have been opened can be quite disruptive for the liquidator in these proceedings. This disruptive effect can be tempered somewhat if the debtor also had an establishment in the Member-State where the assets covered by the security interests are located. The application of the local law cannot be avoided, but the liquidator in the main insolvency proceedings can request that secondary insolvency proceedings be opened in these Member-States and hence trigger the application of the local insolvency laws.¹⁷³ That local *lex concursus* will then apply because the conditions for the exception in Articles 5 and 7 will no longer be present.

III.3. Set-offs

Set-offs are not exactly another example of a security interest, but the Regulation treats them in a way similar to the way in which security

¹⁶⁸ Article 7(2) of the Regulation.

¹⁶⁹ Article 5(2) of the Regulation. A right, recorded in a public register and enforceable against third parties, under which a right *in rem* can be obtained is also to be treated as a right *in rem* (Article 5(3) of the Regulation).

¹⁷⁰ For further details see Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 508-510.

¹⁷¹ De Wulf and Wautelet, “Aspecten van international privaatrecht” in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtig Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 187.

¹⁷² Articles 5(4) and 7(3) of the Regulation.

¹⁷³ See Article 29(a) of the Regulation and Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 509-510.

interests are treated.¹⁷⁴ In other words, this is another exception limitation on the scope of the *lex concursus*. The exception has a limited scope.¹⁷⁵ It only applies to those cases where the creditor is also simultaneously a debtor to the insolvent estate and where the *lex concursus* would lead to the conclusion that a set-off would not be allowed in this particular case. If in such a situation the law that is applicable to the insolvent debtor's claim, i.e. the law applicable to the claim where the insolvent debtor is the creditor in relation to the other party¹⁷⁶, would allow a set-off then the creditor shall not be denied the right to the set-off of his claim against that of the debtor.¹⁷⁷ It is important to note that the text of Article 6 does not limit its application to the law of a Member-State. The applicable law can therefore also be the law of a third country.¹⁷⁸ But any cumulative application of the laws that apply to all claims involved is also excluded.¹⁷⁹

In all other circumstances the Regulation submits the whole issue of set-offs and the conditions under which they can be invoked to the *lex concursus*.¹⁸⁰ It was felt though that it would be unduly harsh on the creditor to take away the right to a set-off to which he became entitled under the law applicable to the debtor's obligation towards him. The latter aspect may have been an important consideration in entering into what is most likely to be a contractual obligation. Not only would the imposition of a potential *lex concursus* take away the aspect of predictability, it would also fly in the face of the major principle that the parties are allowed to choose the applicable law in contractual matters.¹⁸¹ The chances that creditors would enter into this kind of deals to avoid the application of the *lex concursus* is in any case substantially reduced by the proviso that the exception is subject to the rules on avoidance.¹⁸² Set-offs that are based on contracts entered into in the period immediately before the insolvency proceedings were opened can therefore still be refused in appropriate cases.¹⁸³

¹⁷⁴ Idot, "La 'faillite' dans la Communauté: Enfin une convention internationale?" (1995) 21 D.P.C.I. 34 (issue 1), at 48 and De Wulf and Wautelet, "Aspecten van international privaatrecht" in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtig Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 193.

¹⁷⁵ See Omar, "New initiatives on Cross-Border Insolvency in Europe", [2000] *Insolvency Lawyer* 211, at 216.

¹⁷⁶ See paragraph 108 of the Virgos-Schmit Report.

¹⁷⁷ Article 6(1) of the Regulation.

¹⁷⁸ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 274-275.

¹⁷⁹ De Wulf and Wautelet, "Aspecten van international privaatrecht" in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtig Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 193.

¹⁸⁰ This is an important improvement brought about by the Regulation, as the various legal systems in Europe have very different views on set-offs. Harmonisation of the choice of law rules means that only one identifiable law will apply. See Article 4(2)(d) of the Regulation.

¹⁸¹ See the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations [1980] OJ L266/1 and the consolidated text at [1998] OJ C27/34, especially its Article 3, which applies across the European Union.

¹⁸² Article 6(2) of the Regulation, which refers back to Article 4(2)(m) of the Regulation.

¹⁸³ Balz, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings" (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 510.

It is also important to note that the exception will only allow a creditor to rely on a set-off under a different applicable law. It is therefore restricted to the scenario in which the *lex concursus* would not allow the set-off. It cannot work negatively to deny a creditor a set-off that is available under the *lex concursus*, even if the other law would not allow it.¹⁸⁴

III.4. Payment systems and financial markets

International financial markets and international payment systems rely heavily on the fact that their large numbers of routine transactions are subject to a single (legal) regime that is known in advance by all involved. Fragmentation due to the application of different laws to different aspects or stages of transactions would do considerable harm to these markets and payment systems, for example if a claim and a counterclaim were to be subjected to different legal regimes. The reasonable expectation of all involved is therefore that the law of the country where the financial market or the payment system is operating will apply to all transactions.¹⁸⁵ The Regulation is careful not to upset this delicate system and preserves the exclusive application of the latter law.¹⁸⁶

This is done through Article 9(1) that provides that “the effects of insolvency proceedings on the rights and obligations of parties to a payment or settlement system or to a financial market shall be governed solely by the law of the Member-State applicable to that system or market”.¹⁸⁷ The *lex concursus* is excluded in so far as the law applicable to the system or market is the law of a Member-State. Otherwise the exception does not apply and the *lex concursus* reclaims its dominant role. This is the standard approach taken by the Regulation. On another aspect though the exception goes further than most of the other exceptions. The exception will include the rules on avoidance.¹⁸⁸ Instead of the *lex concursus* the law applicable to the system or market will apply on this point. The only additional restriction that is placed on the scope of this exception is that it applies without prejudice to Article 5 of the Regulation and the special regime for rights in rem put in place by that Article.¹⁸⁹ This reinforced exception clearly leads to one conclusion: “[N]o matter where insolvency proceedings are opened, only one insolvency law applies to the operations of a payment system or a financial

¹⁸⁴ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 274-275.

¹⁸⁵ *Ibidem*, at 277-278.

¹⁸⁶ Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 513.

¹⁸⁷ See also Omar, “New initiatives on Cross-Border Insolvency in Europe”, [2000] *Insolvency Lawyer* 211, at 216.

¹⁸⁸ Article 9(2) of the Regulation.

¹⁸⁹ Article 9(1) of the Regulation.

market, namely, the insolvency law of the Member-State where the system or market is in operation”¹⁹⁰.

III.5. Contracts of employment

Employees are seen as a weaker party in contractual relationships that deserves special protection. Special choice of law rules therefore apply to individual contracts of employment.¹⁹¹ They also have this status of a weaker party in the context of insolvency proceedings. It was therefore thought to be unfair to remove their special protection in terms of choice of law rules.¹⁹² The *lex concursus* is therefore put to one side when it comes to the effects of insolvency proceedings on employment contracts and employment relationships.¹⁹³ These effects shall be governed solely by the law of the Member-State that is the applicable law to the contract of employment.¹⁹⁴ The exception clearly only applies if the applicable law, determined on the basis of the relevant provisions of the Rome Convention 1980¹⁹⁵, is the law of a Member-State. In all other cases the *lex concursus* reclaims its applicability. A second limitation is that the exception only applies to the effect of the insolvency proceedings on the contract of employment, for example to the question whether it will automatically be terminated.¹⁹⁶ All other types of questions, such as the ranking of the employee’s claim for wages that are still to be paid under the contract, are governed by the *lex concursus*.¹⁹⁷

III.6. Contracts relating to immovable property

The debtor may have entered into agreements conferring rights to acquire or make use of immovable property before the opening of the insolvency

¹⁹⁰ Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 513.

¹⁹¹ See Article 6 of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations [1980] OJ L266/1 and the consolidated text at [1998] OJ C27/34.

¹⁹² Consumers are another weaker category that often gets special protective choice of law rules. The Regulation does not contain any special consumer protection rules though. These were apparently rejected during the negotiations that led to the 1995 Convention and the approach was copied into the Regulation. See Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 511.

¹⁹³ See Idot, “La ‘faillite’ dans la Communauté: Enfin une convention internationale?” (1995) 21 D.P.C.I. 34 (issue 1), at 49.

¹⁹⁴ Article 10 of the Regulation, see also Recital 28 to the Regulation.

¹⁹⁵ Articles 3, 6 and 7 of the Rome Convention 1980 on the law applicable to contractual obligations [1980] OJ L266/1 and the consolidated text at [1998] OJ C27/34.

¹⁹⁶ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 278-279, *contra*: Omar, “New initiatives on Cross-Border Insolvency in Europe”, [2000] *Insolvency Lawyer* 211, at 216.

¹⁹⁷ According to paragraph 128 of the Virgos-Schmit Report this type of claim falls squarely within Article 4(2)(h) of the Convention, which has now become Article 4(2)(h) of the Regulation.

proceedings. Irrespective of the law applicable to such contracts the liquidator is normally given the power to decide either to continue or to terminate such executory contracts to which the debtor is a party at the time the insolvency proceedings are opened.¹⁹⁸ Article 4(2)(e) confirms the basic principle that the effects of insolvency proceedings on current contracts is a matter for the *lex concursus*, rather than for the *lex contractus*. This provision is however subject to an exception that is contained in Article 8 of the Regulation.

If the contract conferring the right to acquire or make use of immovable property covers immovable property situated in a Member-State that is not the Member-State in the territory of which the insolvency proceedings have been opened, the effects of the insolvency proceedings on such a contract will be governed exclusively by the law of the Member-State in which the immovable property is situated. The applicability of the *lex concursus* to this point is excluded altogether. The exception covers contracts such as leases and rentals of real property and contracts for the sale of land. It was judged that the link with the soil and the *lex situs* was stronger than the link with the *lex concursus* and the insolvency. This is to some extent tempered by the realisation that the reference to the *lex situs* includes a reference to the insolvency laws of the *lex situs*.

The Regulation's exception only applies if the immovable property is located in another Member-State. If it is located in a third country the *lex concursus* will still apply in application of Article 4(2)(e) of the Regulation, but in practice it may not make any difference. Many insolvency laws will indeed refer to the *lex situs* as far as immovable property is concerned.¹⁹⁹

III.7. Rights subject to registration

Most states keep a public register for interests over immovable property. Similar registers exist for aircraft and ships for example. Such a register and the registration of an asset in it provides a strong link between the asset and the territory of the Member-State under the authority of which the register is kept. For immovables this further strengthens the link with the *lex situs*. Third parties that take an interest in these assets rely also on these registers and should be entitled to continue to do so in case of an insolvency. Article 11 of the Regulation therefore limits the impact of the *lex concursus* in this area. The effects of insolvency proceedings on the rights of the debtor in immovable property, a ship or an aircraft subject to registration in a public register is to be determined by the law of the Member-State under the authority of which the register concerned is kept. A kind of cooperation

¹⁹⁸ See Balz, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings" (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 510.

¹⁹⁹ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 277.

between the liquidator and the official keeping the register that should result in appropriate entries being made in the register to reflect the insolvency proceedings that are taking place in another Member-State is however envisaged.²⁰⁰ The effect of this process on the rights of the debtor remains nevertheless a matter for the law of the Member-State of registration.²⁰¹

III.8. Protection of third party purchasers

The starting point for this exception is the fact that, as seen above, third parties may rely on entries in public registers and are entitled to do so. It is also clear that making entries in all these registers as soon as an insolvency proceeding has been opened will take time, especially in those cases where the register is not kept in the state where the insolvency proceedings are opened. A problem may therefore arise if the debtor disposes of certain assets after the insolvency proceedings have been opened, but before the relevant public register has been amended. The application of the *lex concursus* would penalise the third involved who dutifully checked the register and found no trace of the proceedings. Article 14 of the Regulation tries to remedy this problem by submitting the issue of the validity of the act of disposal to the law of the state within the territory of which the immovable asset is situated or under the authority of which the register is kept, rather than to the *lex concursus*. Article 14 applies to immovable assets, ships or aircraft that are subject to registration in a public register and to securities whose existence presupposes registration in a register laid down by law. The text of the Article also requires that these assets are disposed of for consideration and that the act of disposal takes place after the opening of the insolvency proceedings.

There seems to be a mismatch though between the aims the Article is trying to achieve and its wording, which seems not to have been chosen carefully. Most importantly the aim of the provision suggests that the exception should only apply in those cases where the register involved did not yet contain an entry mentioning the opening of the insolvency proceedings. Surely there is no reason to exempt third parties that are perfectly aware of the proceedings from the effects of the *lex concursus*. However, this is not the approach taken by Article 14, the text of which does not distinguish between the scenario in which an entry in the register exists already and one where such an entry is still lacking.²⁰² Secondly, the wording of Article 14 uses the term “to dispose of”. In combination with the word “purchasers” that appears in the heading

²⁰⁰ Paragraph 128 of the Virgos-Schmit Report.

²⁰¹ I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 280.

²⁰² The Virgos-Schmit Report, when commenting on the identical provision in the 1995 Insolvency Proceedings Convention in its paragraph 140, seems to assume that the distinction exists, but this cannot be accepted on the basis of the text of Article 14. De Wulf and Wautelet, “Aspecten van internationaal privaatrecht” in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtig Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 173-174.

this seems to suggest that Article 14 is not applicable in case the third party only acquired a right in rem. A missing entry in a register referring to the opening of the insolvency proceedings may nevertheless harm an innocent third party in exactly the same way in these circumstances. Leaving the heading on one side, the use of terms such as “disposer à titre onéreux”, “Verfügen” and “beschikken onder bezwarende titel” in other language versions could be seen as an indication that rights in rem were also to be included.²⁰³ This is further supported by the fact that foreign language versions of the title such as “acquèreur”, “Drittwerber”, “verkrijger” and “adquirentes” are also much wider in scope than the term “purchasers”. A final point concerns the use of the word “State” instead of “Member-State”. This must mean that the law governing the validity issue can also be the law of a third country despite the indications that this extension was by no means intended.²⁰⁴

III.9. Community intellectual property rights

Community intellectual property rights²⁰⁵ are a slightly different case. In principle there is no objection to the application to these rights of the *lex concursus*. The Community Trade Mark Regulation even provided for interim measures until the Insolvency Regulation came into force, instead of excluding a Community Trade Mark from the scope of such a Regulation.²⁰⁶ One needs to be clear though about the nature of the intellectual property rights concerned. These rights are granted on a Community wide basis, through a single community office. It would therefore make sense to include them in the main insolvency proceedings, which are by definition community wide in scope. This is indeed the solution adopted by the Regulation.²⁰⁷ It is on the other hand quite hard to see how a single community wide right could usefully be included in secondary insolvency proceedings that are by definition territorially limited in their effects to the territory of a single Member-State. Things are only aggravated by the fact that there may be more than one set of secondary insolvency proceedings. It is surely not possible to include a single community wide right into several territorially limited proceedings, especially if they are liquidation proceedings. Several liquidators would end up trying to sell off a single intellectual property right. Quite sensibly therefore the Regulation stipulates that community

²⁰³ This is also the approach suggested in paragraph 141 of the Virgos-Schmit Report.

²⁰⁴ Article 14 has been copied from the 1995 Insolvency Proceedings Convention and the Virgos-Schmit Report refers in relation to this provision constantly to “a Contracting State” in paragraphs 140 and 141. Such a restriction is not warranted by the text of Article 14.

²⁰⁵ At present only the Community Trade Mark and the Community Plant Variety Right have come into existence. See Council Regulation 40/94/EC on the Community Trade Mark [1994] OJ L11/1 and Council Regulation 2100/94 on Community Plant Variety Rights [1994] OJ L227/1, as amended by Regulation 2506/95/EC [1995] OJ L258/3. The Community Patent and the Community Design Right still only exist in draft and are awaiting adoption. See Commission Proposal for a Council Regulation on the Community Patent COM(2000) 412 final (1st August 2000) and Amended Commission Proposal for a Council Regulation on the Community Design COM(2000) 660 final/2 (23rd November 2000).

²⁰⁶ Article 21(1) of the Community Trade Mark Regulation.

²⁰⁷ Article 12 of the Regulation.

intellectual property rights cannot be included in secondary insolvency proceedings.²⁰⁸

One should keep in mind though that the Insolvency Regulation only applies if the debtor's centre of main interests is located in a Member-State. If this is not the case Article 12 will not apply either. For insolvency cases of debtors that are located outside the European Union, but that may be owners of for example a Community Trade Mark, one will have to fall back on the provisions that were inserted in the intellectual property Regulations, here Article 21 of the Trade Mark Regulation²⁰⁹. All these provisions state that a Community intellectual property right can only be included in the first set of insolvency proceedings that is opened. This also solves the problem, but it is clear that this solution would not have been satisfactory in the context of an Insolvency Regulation, as territorially limited proceedings may be opened first. In the context of the latter Regulation Community intellectual property rights belong in the only set of proceedings that is not limited to the territory of a single Member-State, i.e. the main insolvency proceedings.²¹⁰

III.10. Effects of insolvency proceedings on lawsuits pending

The Member-States of the European Union take very different approaches to the impact of insolvency proceedings on litigation that is pending and to which the debtor is a party. Such a case may be stayed, the liquidator may be allowed to continue the case, the case may be moved to a different court (i.e. the insolvency court)²¹¹, etc. A uniform choice of law rule was therefore in order. It was not evident though that the *lex concursus* should apply to this point as well though, mainly because of the strong link between the issue and the procedural rules of the courts. This is normally a matter for the *lex fori*. As a result the Regulation contains a narrowly circumscribed exemption in favour of the *lex fori*.²¹² All remaining issues are left to the *lex concursus*.

The exception in Article 15 will only apply if a number of requirements are met.²¹³ First, a lawsuit must be pending in a different Member-State than the one in which the insolvency proceedings are pending. Proceedings in third states are not covered and neither are individual enforcement actions. The latter are governed by the *lex concursus* in application of Article 4(2)(f) of the Regulation. Secondly, the lawsuit that is pending in another Member-

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ This provision only applies "until such time as common rules for the Member-States in this field enter into force", but it can be argued that there still are no common rules for cases where the debtor has no center of main interests in any of the Member-States.

²¹⁰ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 280.

²¹¹ In application of the *vis attractiva concursus* principle.

²¹² Article 15 of the Regulation.

²¹³ I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 282.

State must concern an asset or a right of which the debtor has been divested. Assets that are excluded from the effects of the insolvency in application of the *lex concursus* are not taken into account. If these conditions are met the effects of the insolvency proceedings on the lawsuit will be governed exclusively by the law of the Member-State in which the lawsuit is pending. The application of the *lex concursus* is excluded. The law of the Member-State concerned, i.e. its procedural laws and its insolvency laws, will determine the effect of the opening of the insolvency proceedings in another Member-State on the lawsuit. It should be clear though that the law so determined will only deal with the effects of the opening of the insolvency proceedings on lawsuits that are pending within its own jurisdiction.²¹⁴ Lawsuits pending in other Member-States are not affected as they are to be dealt with under a different law in application of the same Article 15.

III.11. Detrimental acts

Paragraph (m) of Article 4(2) of the Regulation is expressly prevented from applying in certain circumstances.²¹⁵ This represents the final limitation placed on the principle that the *lex concursus* is the applicable law under the Regulation. In those circumstances the standard rule that the *lex concursus* supplies the avoidance rule is displaced in favour of the rule of another state.

Article 4(2)(m) itself put in place a harmonised choice of law rule concerning avoidance to deal with the difficulty that Member-States dealt in very different ways indeed with avoidance, be it on the point of the potential impeachment of the insolvent debtor's pre-bankruptcy transactions or on the point of acts carried out once proceedings had been opened.²¹⁶ That harmonised rule leads to the application of the *lex concursus*, but the diversity on this point between Member-States was such that it was felt necessary to limit the Community wide exportation of foreign avoidance systems in special circumstances,²¹⁷ where it would upset legitimate legal expectations.

Article 13 of the Regulation sets out first of all the requirements for these special circumstances to exist. The detrimental act, which is detrimental to all creditors and the avoidance of which is sought, must be subject to the law of a Member-State that is different from the Member-State in which the insolvency proceedings have been opened. The exception does not apply if the applicable law is the law of a third country. In those cases the exception provides for a limited cumulative application of the *lex concursus* and the law governing the detrimental act. This limited cumulative application can only

²¹⁴ Balz, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings" (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 513.

²¹⁵ Article 13 of the Regulation.

²¹⁶ I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 268.

²¹⁷ Balz, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings" (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 512.

take place if an additional requirement is met. The law governing the detrimental act must “not allow any means of challenging that act in the relevant case”²¹⁸. The detrimental act must therefore be valid and unobjectionable from every legal point of view, not just from the point of view of the rules on avoidance of the *lex causae*. If all these conditions are met both laws apply cumulatively and as the *lex causae* does not offer an opportunity to challenge the detrimental act it will effectively work as a defence against the application of the *lex concursus* and the sanction it would normally impose.²¹⁹

Article 13 is subject to strict requirements and is therefore unlikely to apply in many cases. The impact of the exception on the principle in Article 4(2)(m) will therefore remain limited. This is to be welcomed as the express prohibition of the cumulative application of various laws to the issue of avoidance and the adoption of a uniform choice of law rule in favour of the *lex concursus* on this issue is to be seen as one of the major steps forward achieved by the Regulation.²²⁰

IV. Recognition of Foreign Insolvency Proceedings

IV.1. Recognition of insolvency proceedings

The main principle of the Regulation is the immediate and universal recognition in all Member-States of insolvency proceedings that have been opened in accordance with the provisions contained in Article 3 of the Regulation.²²¹ Automatic recognition²²² is the rule and no procedure or formalities are required. In other words, any judgment opening insolvency proceeding will automatically be recognised across the Community from the time when it becomes effective in the Member-State in which the proceedings are opened. The opening judgment must be effective in its home Member-State, but it must not necessarily be a final judgment. In practice the opening of the insolvency proceedings will become effective across the Community at the same moment in time. This is a major improvement brought about by the Regulation, which avoids many difficulties and possible abuses caused previously by delays in the old recognition procedures. For example, the equality amongst creditors would be seriously undermined if creditors lost the power to act individually at different times in

²¹⁸ Article 13 of the Regulation, *in fine*.

²¹⁹ See Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 512.

²²⁰ I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 268-269.

²²¹ Article 16(1) of the Regulation. This does mean though that the proceedings must be proceedings that come within the scope of the Regulation (Judgment from an EU State and in conformity with the annexes to the Regulation). For example, a judgment from a court in the UK appointing a provisional liquidator will not be covered. I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 283-284.

²²² See also Idot, “La ‘faillite’ dans la Communauté: Enfin une convention internationale?” (1995) 21 D.P.C.I. 34 (issue 1), at 50.

different Member-States and if the debtor lost his power to dispose of and control over the assets at different times in different Member-States, as happened in the past.²²³

The automatic character of the recognition is further emphasised by the fact that it will also apply if on account of his capacity insolvency proceedings could not be brought against the debtor in the Member-State where the automatic recognition has its effects. In other words, foreign insolvency proceedings against a non-trader for example will also be recognised automatically in those Member-States under the laws of which no insolvency proceedings can be brought against such a debtor.²²⁴

The effects of this automatic recognition of a judgment opening insolvency proceedings are dealt with in Article 17 of the Regulation. Article 17 works on the basis of the expansion model.²²⁵ The opening of the insolvency proceedings and its effects are expanded in terms of their territorial scope from the territory of the Member-State in the courts of which the proceedings were opened to the territory of all the Member-States, i.e. the territory of the Community as a whole. Article 17 applies this model to the main insolvency proceedings and stipulates that a judgment opening main insolvency proceedings shall instantly “produce the same effects in any other Member-State as under th[e] law of the State of the opening of the proceedings”²²⁶. In practice the effects of the main insolvency proceedings are exported, which means that they will have the effects at Community level and therefore in every single Member-State which they are having in the Member-State where they were opened.²²⁷ These effects are defined by the *lex concursus*, the law of the State where the proceedings are opened, rather than by the law of the recognising Member-States. As there is no harmonisation of substantive insolvency laws this second best solution will not be without problems in practice. Insolvency proceedings opened in other Member-States and automatically recognised in a particular Member-States may well have different effects than similar insolvency proceedings that were opened in the local courts. For example, the powers of the liquidator may be different. Every Member-State will therefore be obliged to know and apply the national insolvency laws of the other Member-States.²²⁸ This will obviously not be the easiest part of the Regulation in terms of correct and smooth implementation.

²²³ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 283.

²²⁴ Article 16(1) of the Regulation, *in fine*.

²²⁵ De Wulf and Wautelet, “Aspecten van internationaal privaatrecht” in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtig Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 153-155.

²²⁶ Article 17(1) of the Regulation.

²²⁷ See Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 514.

²²⁸ See paragraph 151 of the Virgos-Schmit Report.

The principle of automatic recognition applies to all types of insolvency proceedings.²²⁹ Somehow though the interaction between main proceedings and secondary proceedings will also have to be dealt with at this level. The starting point in this respect is that recognition of the judgment opening the main proceedings will not preclude the opening of secondary insolvency proceedings. When such secondary proceedings are opened the effects that result from the automatic recognition of the main insolvency proceedings are suspended in the Member-State in which the secondary insolvency proceedings are opened. The effects of any secondary insolvency proceedings are territorially limited in scope to the territory of the Member-State in which they have been opened. But with that restriction in mind the judgment opening these secondary proceedings is also entitled to automatic and instant recognition in all other Member-States. We will return to this point at a later stage. Suffice it to make two points at this stage. First, automatic recognition of the judgment opening secondary insolvency proceedings in all other Member-States obviously means that the effects of such secondary insolvency proceedings may not be challenged in the courts of those other Member-States, since they are under an obligation to recognise them automatically.²³⁰ Secondly, at the other side of the spectrum territorial limitations also mean that any restriction in the creditors' rights, and in particular a stay or a discharge, will also be limited to the territory of the Member-State where the secondary proceedings concerned have been opened, unless the creditors have agreed otherwise.²³¹

The Regulation only provides one ground that can be relied upon to refuse the automatic recognition of a judgment opening insolvency proceedings. This is the public policy defence contained in Article 26 of the Regulation. This defence is only established if the effects of the recognition of the judgment would be manifestly contrary to the public policy of the Member-State concerned. The use of the term "manifestly" means that this is supposed to be the case only in very exceptional circumstances. What are examined by the court in such a case are the consequences in the jurisdiction of the recognition, rather than the foreign judgment as such and only the public policy of the recognising Member-State can be used as a yardstick in such an examination. Any concept of a European public policy cannot be used, but the Regulation specifies that the Member-State's fundamental principles and the constitutional rights and civil liberties of the individual form part of its public policy.²³² Consequences that flow directly from express provisions of the Regulation cannot therefore offend against the

²²⁹ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 284.

²³⁰ Article 17(2) of the Regulation, first sentence.

²³¹ Article 17(2) of the Regulation, second sentence.

²³² See De Wulf and Wautelet, "Aspecten van international privaatrecht" in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtig Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 155-156.

public policy of any Member-State.²³³ Any attempt to reopen the substantive aspects of the case must be resisted²³⁴ and is not allowed by the Regulation and any challenge to the jurisdiction of the court is to be brought in the courts of the Member-State in which the judgment originates, rather than at the recognition stage²³⁵. This public policy clause is a standard clause in modern private international law instruments, but it is nevertheless one of the weaker points of the Regulation as an unduly wide interpretation covering many of the sensitive areas that are related to insolvency cases by one or more Member-States could substantially undermine the impact of the Regulation. This would especially be the case if Member-States start abusing Article 26 to defend their own peculiar views in this area whenever the Regulation would lead to a different result. A restrictive interpretation of Article 26 is therefore imperative.

Up to now we have primarily looked at the automatic recognition of judgments that opened the insolvency proceedings. The system applies to a wider range of judgments and issues though. There really are three categories to consider. The first category involves judgments through which insolvency proceedings were opened, the appointment of the liquidator and the powers of the liquidator. The second category involves decisions concerning the conduct and the termination of insolvency proceedings. And the third category involves judgments that are directly related to or follow from the insolvency proceedings.

The first category really deals with the primary consequences of the insolvency. This includes substantial and procedural issues such as the appointment of a liquidator and the impossibility for creditor to bring individual actions. As discussed above the automatic recognition principle applies and for example the liquidator will be able to exercise its powers under the *lex concursus* in all other Member-States too. Article 18 adds that this will be so “as long as no other insolvency proceedings have been opened there nor any preservation measure to the contrary has been taken further to a request for the opening of insolvency proceedings in that State”²³⁶. This means in particular that the liquidator will also have the power to remove the debtor’s asset from the Member-State in which they are situated.²³⁷ The liquidator in secondary insolvency proceedings will be able to use its access to the courts for example to reclaim assets that were removed from the jurisdiction after the insolvency proceedings were opened or to bring an avoidance action.²³⁸ Any liquidator, when exercising its powers, will have to comply with the local law of the place where these powers are exercised, especially when realising assets. The *lex concursus* may entitle the liquidator

²³³ Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 519.

²³⁴ See also paragraph 202 of the Virgos-Schmit Report.

²³⁵ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 289 and paragraph 202 of the Virgos-Schmit Report.

²³⁶ Article 18(1) of the Regulation.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ Article 18(2) of the Regulation.

to use coercion or to resolve disputes, but this does not extend to other Member-States, nor does the power to access the debtor's mail and telecommunications as this is a typical example of coercion.²³⁹ Any measures involving coercion will therefore still be subject to the approval of the local court by means of an *exequatur*.²⁴⁰ The imposition upon the liquidator of this extra cost, both in terms of finances and time, and the fact that the liquidator may have to deal with several unknown legal systems, their procedural oddities and different language regimes is clearly a setback on the road to the achievement of the Regulation's main aim. The fact that no further progress could be made on this point is clearly a weak point in terms of the evaluation of the Regulation.

A further example of the relative ease with which the liquidator is to be allowed to operate in the whole of the Community is found in Article 19.²⁴¹ This article dispenses with the need to have the liquidator's appointment approved by the court of the territory where he is to exercise his powers. All that is needed now as evidence of the liquidator's appointment is a certified copy of the original decision by which he was appointed or any other certificate issued by the court that has jurisdiction. The sole additional requirement that can be imposed is a translation in one of the official languages of the Member-State where the liquidator wishes to act. Legalisation of the document or any other formalities are explicitly ruled out. This should greatly enhance the speed and ease with which the liquidator can operate to act on the automatically recognised insolvency judgment.²⁴² The Regulation's provisions are in this sense a mixture of recognition rules and substantive harmonised rules.

The second category of decisions to which the automatic recognition regime applies deals with the conduct and the termination of the insolvency proceedings.²⁴³ Any judgment in this context that is delivered by the bankruptcy-insolvency court the opening judgment of which is recognised will also benefit from the automatic recognition regime.²⁴⁴ Examples of such judgment include the confirmation of a composition or a plan, a decision of discharge and an order enjoining the debtor or a creditor from certain acts.²⁴⁵ The enforcement of such judgments is made subject to the rules contained in Articles 31 to 51 of the Brussels Convention 1968 on

²³⁹ Article 18(3) of the Regulation.

²⁴⁰ 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 158.

²⁴¹ See also Fletcher, "A New Age of International Insolvency – The Countdown Has Begun" [2000] *Insol. Int.* 57 at 60 (Vol 13 / Issue 8).

²⁴² Article 19 of the Regulation.

²⁴³ See Bogdan, "The EU Bankruptcy Convention" 6 (1997) *Int. Insolv. Rev.* 114, at 122.

²⁴⁴ Article 25(1) of the Regulation.

²⁴⁵ 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 157 and Balz, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings" (1996) 70 *A.B.L.J.* 485, at 518.

Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.²⁴⁶ Importantly though the application of Article 34(2) of the Brussels Convention has been excluded.²⁴⁷ This Article refers to Articles 27 and 28 in terms of grounds on which recognition can be refused.²⁴⁸ These did indeed have to be excluded for the purposes of the insolvency Regulation, as the latter operates on the basis that there is only one defence on the basis of which recognition can be refused, i.e. public policy²⁴⁹.

The third category involves judgments that are directly related to or follow from the insolvency proceedings, despite the fact that they do not concern the opening, conduct or termination of the insolvency proceedings.²⁵⁰ An example of such a judgment is a judgment deciding whether a claim should be included in the insolvency or not, and if so which ranking it should get. Such judgments are not necessarily delivered by the insolvency courts, let alone by the court opening the proceedings. The main reason for their inclusion in the Regulation's automatic recognition system is the fact that they are excluded from the scope of the Brussels Convention 1968 and it was thought to be entirely undesirable for there to be any gap in scope between the Regulation's recognition rules and those contained in the Brussels Convention 1968.²⁵¹ Similarly judicial preservation measures taken after the request for the opening of the insolvency proceedings are included in the scope to the automatic recognition regime of the Regulation.²⁵²

All other judgments fall outside the scope of the automatic recognition regime put in place by the Regulation. If they come within the scope of the Brussels Convention 1968, as amended, the latter's recognition rules will be applicable.²⁵³

²⁴⁶ The 1968 Brussels Convention, as amended, is in the process of being replaced by Council Regulation 44/2001/EC on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2001] OJ L12/1. The provisions of the latter will take over when it enters into force on 1st March 2002 (Denmark will for the time being remain bound only by the Brussels Convention though, see Article 1(3) of the Regulation).

²⁴⁷ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 288.

²⁴⁸ Council Regulation 44/2001/EC on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2001] OJ L12/1 is slightly different in this respect. The grounds for refusal of recognition/enforcement are found in Articles 34 and 35. Enforcement shall take place at the request of the interested party, without recourse to Articles 34 and 35. The latter can only be raised when the decision to allow enforcement is appealed. See Articles 41 and 45 of Council Regulation 44/2001/EC on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. It is therefore still important that the insolvency Regulation depart from these provisions in favour of its own more limited approach to grounds for refusal of recognition/enforcement.

²⁴⁹ See Article 26 of the Regulation.

²⁵⁰ Article 25(1) of the Regulation.

²⁵¹ See De Wulf and Wautelet, "Aspecten van internationaal privaatrecht" in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtig Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 157 and Balz, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings" (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 518.

²⁵² Article 25(1) of the Regulation, *in fine*.

²⁵³ Article 25(2) of the Regulation.

The automatic recognition regime put in place by the Regulation also applies to secondary insolvency proceedings, even if this may seem bizarre in combination with their restricted territorial scope.²⁵⁴ Only assets located in the territory of the Member-State in which secondary insolvency proceedings have been opened at that time are affected. This severely limits the practical importance of the rule, even though Article 17(2) adds the important principle that the effects of secondary insolvency proceedings may not be challenged in other Member-States.²⁵⁵

IV.2. Other effects of the recognition of insolvency proceedings

As a result of the automatic nature of the recognition of insolvency proceedings, without their being an immediate need for publicity, there is distinct possibility that creditors will obtain payment on their claims in territories outside the opening state, either by action of the debtor or through the enforcement of a judgment in their favour, or through any other means. This flies in the face of the stay imposed in the main insolvency proceedings and could be seen as a negative consequence that is enhanced by the automatic nature of the recognition regime. The Regulation balances this by means of a substantive law obligation imposed on the creditor to return to the liquidator in the main proceedings the value of what he obtained.²⁵⁶ Creditors who realised payment on a collateral situated outside the opening Member-State are exempt from this obligation.²⁵⁷ A slightly different case is presented by the creditor who received a partial payment in the course of any EU insolvency proceedings. Such a payment need not be returned, but it will mean that such a creditor will only be able to benefit from the realisation of assets in other EU insolvency proceedings when and insofar as other creditors of the same class have obtained an equivalent dividend.²⁵⁸ This restores the equality amongst creditors to a large extent, whilst recognising the fact that both the main and all secondary insolvency proceedings are separate proceedings that may be coordinated, but that do not form one single set of proceedings.²⁵⁹ Obviously this solution relies heavily on the rule that the creditor can file his entire claim in every single set of insolvency proceedings and that the claim stands as it is as long as the creditor does not receive more than the full amount that is due to him.

The publicity issue has also been addressed further. The liquidator in any insolvency proceedings has the opportunity to publish officially the opening

²⁵⁴ Article 16(1) of the Regulation.

²⁵⁵ See De Wulf and Wautelet, "Aspecten van international privaatrecht" in H. Braeckmans, E. Dirix and E. Wymeersch (eds), *Faillissement en Gerechtig Akkoord: Het Nieuwe Recht*, Kluwer (1998), 132, at 158.

²⁵⁶ Article 20(1) of the Regulation.

²⁵⁷ *Ibidem*, in fine. See also Recital 25 to the Regulation.

²⁵⁸ Article 20(2) of the Regulation. This is the equivalent of the hotchpot rule under English insolvency law.

²⁵⁹ See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 289-290 and paragraphs 174-176 of the Virgos-Schmit Report.

of the insolvency proceedings and/or the appointment of a liquidator outside the State in which the insolvency proceedings have been opened.²⁶⁰ In addition Member-States in the territory of which the debtor has an establishment may require in their laws the publication of the opening of main insolvency proceedings in another Member-State.²⁶¹ In most cases liquidators are well advised to seek publicity, as it ensures that all creditors are aware of the proceedings and may come forward, whilst at the same time removing any good faith protection that may exist for creditors that are unaware of the insolvency proceedings²⁶². It is important to note though that any compliance or non-compliance with the publicity rules will have no effect on the automatic recognition regime or on the effects of any insolvency proceedings on the rights and obligations of any of the parties, irrespective of whether they are creditors, debtors or third parties. This rule is subject to one exception.²⁶³ This exception arises when a third party makes payments to the debtor outside the territory of the Member-State in which the insolvency proceedings have been opened. Such a third party will only validly be discharged of his obligations before publication takes place, as in that situation the third party can be presumed to be unaware of the proceedings. The liquidator can rebut the presumption by proving that the third party had knowledge of the proceedings. After publication there will be no valid discharge unless the third party can show that it was not aware of the proceedings despite the publication.²⁶⁴

A similar set of rules²⁶⁵ exists for the registration of the opening of the insolvency proceedings in national public registers, such as the land register or the trade register.²⁶⁶ For the time being there is no central insolvency register for the EU. This was thought to be too costly and complex and its creation was left to the private sector.²⁶⁷

Yet again, this shows the fact that substantive provisions have been added to pure private international law rules to achieve the result that is desired.²⁶⁸

²⁶⁰ Article 21(1) of the Regulation.

²⁶¹ Article 21(2) of the Regulation.

²⁶² See I Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Monographs in Private International Law, Clarendon Press (1999), at 286-287.

²⁶³ See Article 24(1) of the Regulation.

²⁶⁴ Article 24(2) of the Regulation.

²⁶⁵ Article 23 of the Regulation deals with the issue of the cost of publication and registration. Any costs incurred shall be seen as “costs and expenses incurred in the proceedings”.

²⁶⁶ Article 22 of the Regulation.

²⁶⁷ See Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings” (1996) 70 A.B.L.J. 485, at 517-518.

²⁶⁸ See Omar, “New initiatives on Cross-Border Insolvency in Europe”, [2000] *Insolvency Lawyer* 211, at 215.

V. Conclusion

It is submitted that the EU Insolvency Proceedings Regulation goes a long way in achieving a system that is capable of dealing with the modern economic and business reality, even if the main limitation of the Regulation to cross-border insolvency cases in the internal market is a serious and ideally speaking undesirable limitation on the effectiveness of the system contained in the Regulation. A more global approach along these lines would be even better. Purely national approaches of universalism and territoriality simply do not work in a modern international context. Co-operation and a streamlined harmonised approach are required and the Regulation provides a workable model in this respect.

Prof Dr Paul L.C. Torremans
Universiteit Gent and

Professor of Business Law and Director of the Centre for Business Law and
Practice, Department of Law, University of Leeds
Professor elect, School of Law, University of Nottingham

Thomas CHEVALIER: I.P.R.-rechtelijke aspecten van arbitrageovereenkomsten met betrekking tot internationale geschillen, afbakening van het recht van het arbitrale forum en het recht toepasselijk op het geschil zelf

Hoofdstuk 1 : Inleiding

1. Men heeft soms de indruk dat arbitrage van internationale overeenkomsten weinig vragen naar toepasselijk recht stelt. Heel wat geschillen die voor scheidsgerechten komen, worden immers beslecht met niet meer dan een zijdelingse verwijzing naar het recht. Ze draaien rond feiten : wat is er gezegd en wat is er niet gezegd, wat werd er beloofd en wat niet, wat is er uitgevoerd en wat niet,...

Dit betekent echter niet dat internationale handelsarbitrage plaatsgrijpt binnen een juridisch vacuüm. De meeste contracten worden weliswaar gemaakt, uitgevoerd en even snel weer vergeten, maar toch zijn er wetten die elk van deze situaties beheersen.

2. Bij internationale commerciële arbitrage zal er, in tegenstelling tot nationale arbitrage, meestal meer dan 1 rechtssysteem aan te pas komen. Men kan zich inderdaad minstens vijf verschillende rechtssystemen indenken die in de praktijk een rol zullen spelen bij international commerciële arbitrage. Deze zijn : het recht toepasselijk op de bekwaamheid van de partijen om een arbitrageovereenkomst aan te gaan; het recht dat van toepassing is op de arbitrage - overeenkomst; het recht dat van toepassing is op het bestaan en de procedures van het scheidsgerecht (het procedureel recht of de *lex arbitri*); het recht dat van toepassing is op de substantiële

aspecten van het geschil (het materieel recht) en het recht dat van toepassing is op de erkenning en de tenuitvoerlegging.

In deze bijdrage zal ik mij beperken tot een bespreking van het toepasselijk procedureel recht en het toepasselijk materieel recht bij internationale handelsarbitrage.

Hoofdstuk 2 : Het toepasselijk procedureel recht

Afdeling 1 : Algemeen

3. Het recht dat de arbitrale procedure beheerst – ook wel de “lex arbitri” of het toepasselijk procedurerecht genoemd – zal dikwijls verschillen van het recht dat toepasselijk is op het geschil zelf, het zogenaamde substantieel of materieel recht¹. We noemen dit de “autonomie van de arbitrale procedure”².

Zo is het mogelijk dat een scheidsgerecht met zetel in Brussel ertoe gehouden zal zijn om Engels recht toe te passen op de substantiële elementen van het geschil tussen de partijen, daar waar haar eigen procedure vaak beheerst zal worden door het Belgisch recht.

Afdeling 2 : Inhoud van de lex arbitri

4. ERAUW omschrijft de lex arbitri als “het procesrechtsstelsel dat over de arbitrageprocedure waakt en dat bij de gemaakte afspraken, aanvullend, de lacunes opvult”.³

Aangezien de arbitrage - wetgeving van elke staat neigt te verschillen van die van de andere landen, kan het zijn dat een bepaalde staat bepaalde aspecten beschouwt als vallend onder de lex arbitri, terwijl dit niet zo gezien wordt door een ander land. Men zal dan ook voor elk aspect afzonderlijk moeten nagaan door welk arbitragerecht het beheerst wordt⁴.

De lex arbitri kan volgende materies behelzen⁵ : de arbitreerbaarheid (is het geschil wel vatbaar voor arbitrage ?), tijdslimieten binnen dewelke een arbitrale procedure moet ingesteld worden, bewarende maatregelen, het

¹ C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and alternative dispute resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 98; A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 78.

² PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, p. 236 ; Lord DIPLOCK in *Compagnie Tunisienne de Navigation SA v. Compagnie d'Armement Maritime* (1971) geciteerd in A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 78.

³ J. ERAUW, *Belgisch Internationaal Privaatrecht*, Gent, Instituut voor Internationaal Privaatrecht, 2000, p. 405.

⁴ H. VAN HOUTTE, “Arbitrage en toepasselijk recht”, *T.P.R.* 1982, p. 705;

⁵ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 80.

verloop van de arbitrale procedure (m.i.v. regels betreffende het overleggen van documenten, bewijs door getuigen, regels voor de samenstelling van het scheidsgerecht, verwijdering van de arbiters,...), de macht van de arbiters om te beslissen als “amiable compositeurs”, de vorm en de geldigheid van de arbitrale uitspraak, het definitief karakter van de arbitrage, m.i.v. de mogelijkheid om de arbitrale uitspraak aan te vechten in de rechtbanken van de plaats van arbitrage en de bepaling van hoe rechters van een land de arbitrage kunnen begeleiden om haar verder te helpen wanneer de toestemming van de partijen over het verloop van de arbitrage is zoek geraakt⁶.

Men ziet onmiddellijk dat het niet altijd zal gaan om puur procedurele aangelegenheden. Als de *lex arbitri* bijvoorbeeld stipuleert dat een bepaald geschil niet vatbaar is voor arbitrage, dan is dat meer een substantiële kwestie dan een procedurele.

Afdeling 3 Bepaling van de “lex arbitri”

§1. Uiteenzetting van de mogelijkheden

A. Geen juridisch vacuüm

5. Net zoals het contract zelf bestaat de arbitrage niet in een juridisch vacuüm. Ze wordt met name beheerst door de arbitrageregels die de partijen of de arbiters hebben uitgekozen en de *lex arbitri*. Sedert de late jaren negentig bestaat de algemene tendens op zowel nationaal als internationaal vlak erin om een groot gewicht te geven aan de partij - autonomie en te erkennen dat, als de partijen de regels aangenomen hebben van een bepaalde arbitrage-instelling of van Uncitral, ze in zo'n geval gekozen hebben voor een “private codificatie” om hun procedure te beheersen⁷. Niettemin moeten regels, om werkzaam te zijn, steeds geruggensteund worden door het recht. Dit “omkaderend” recht is dan de zogenaamde *lex arbitri*.

De eigenlijke procedure zal een product zijn van de partijen en het scheidsgerecht en de regels die ze aangenomen hebben, al dan niet institutioneel. De *lex arbitri* zorgt dan voor het procedureel kader⁸. Dit dekt een grote lading gaande van de bevoegdheid van de arbiters om “gaten” te vullen tot de bevoegdheid van de lokale rechtbanken om interim - maatregelen of dwangmaatregelen te bevelen of arbitrale uitspraken nietig te verklaren.⁹

⁶ H. VAN HOUTTE, “Arbitrage en toepasselijk recht”, *T.P.R.* 1982, p. 708.

⁷ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 76.

⁸ J. ERAUW, *Belgisch Internationaal Privaatrecht*, Gent, Instituut voor Internationaal Privaatrecht, 2000, p. 405; A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 286-287.

⁹ C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and alternative dispute resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 102-103; M. HUNTER, “The law governing the procedure” in A. - J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration proceedings. The law*

B. Institutionele arbitrage

6. Institutionele arbitrage wordt aangemeld bij een instituut dat dienstverlening presteert op het vlak van arbitrage en wordt daar geadministreerd zoals gerechtelijke procedures in een griffie. De bepaling van de te volgen procedure stelt dan geen problemen omdat gebruik zal gemaakt worden van het reglement van de arbitrage – instelling (bijvoorbeeld de Internationale Chamber of Commerce (Parijs)¹⁰ of het Belgische Cepina)¹¹.

In dat reglement wordt dan de procedure uitgestippeld. Het I.C.C.-reglement bevat bijvoorbeeld volgende afdelingen : schriftelijke kennisgevingen of mededelingen, termijnen (art. 3); verzoek tot arbitrage (art. 4); antwoord op het verzoek, tegenvordering (art. 5);...

7. Bij afwezigheid van een bepaling in het reglement bepalen de I.C.C.-regels dat de procedure zal verlopen volgens de bepalingen die door de partijen of, bij gebreke daarvan, het scheidsgerecht worden vastgesteld, ongeacht of daarbij verwezen wordt naar een op de arbitrage toepasselijk nationaal procesrecht (art. 15.1 I.C.C. - reglement).

Opvallend is dat artikel 15 van het I.C.C.-reglement toelaat om a - nationale procedureregels te smeden die aangepast zijn aan de behoeften van de zaak.

8. Men mag bij dit alles niet uit het oog verliezen dat de partijen en de arbiters weliswaar door artikel 15 I.C.C.-reglement enorm veel vrijheid krijgen, maar dat dit niet belet dat ze nog altijd rekening zullen moeten houden met bepalingen van dwingend recht¹².

Tweede opmerking : in de gevallen waarin de partijen de arbitrage toevertrouwen aan een arbitrage - instelling, zal het niet zo belangrijk lijken om het toepasselijk procedureel recht te bepalen : de procedure wordt immers uitgestippeld door het reglement van die instelling. Als dit toepasselijk recht echter wordt bepaald, zal het toelaten om bepaalde gaten op te vullen of procedurele punten te specificeren daar waar de arbitrageregels van de arbitrage - instelling niets bepalen¹³. Men mag evenmin vergeten dat deze instellingen onmachtig zijn als het op dwanguitvoering aankomt. Ook dat zal een reden zijn om op zoek te gaan naar het toepasselijk procedureel recht¹⁴.

applicable in international arbitration, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 320.

¹⁰ zie website I.C.C. http://www.iccwbo.org/index_court.asp;

¹¹ http://www.cepina.be/reglement_arbitrage.html.

¹² Y. DERAÏNS en E. SCHWARTZ, *A guide to the new ICC rules of arbitration*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 209.

¹³ C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and alternative dispute resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 144; J. ERAUW, *Belgisch Internationaal Privaatrecht*, Gent, Instituut voor Internationaal Privaatrecht, 2000, p. 405.

¹⁴ H. VAN HOUTTE, "Arbitrage en toepasselijk recht", *T.P.R.* 1982, p. 704.

C. Ad hoc arbitrage

9. Ook bij ad hoc arbitrage wordt het verloop van de arbitrale procedure bepaald door de partijen en, daar waar ze in gebreke bleven, de arbiters¹⁵. Dit beginsel van de partij - autonomie vinden we o.a. terug in de Uncitral - modelwet¹⁶ (artikel 19) en in het Europees Verdrag van Genève inzake internationale handelsarbitrage van 21 april 1961¹⁷ (artikel IV.1.b).

Noch de partijen, noch de arbiters zijn hierbij gebonden door de strikte voorschriften van een nationaal procedurerecht¹⁸. Ze kunnen het verloop van de arbitrage aanpassen aan hun behoeften en verwachtingen¹⁹. VERBIST en IMHOOS²⁰ signaleren de verschillende mogelijkheden waarvoor de partijen kunnen kiezen:

de procedureregels van de plaats van arbitrage;
de procedureregels van een ander land;
eigen regels van procedure ontwerpen, dit vereist wel een zeer goede kennis van het verloop van een arbitrale procedure;
modelregels, zoals bijvoorbeeld het Uncitral – arbitragereglement.

Ongeacht wat de partijen of de arbiters bepalen, zal er – zoals reeds gezegd – toch een *lex arbitri* moeten zijn als procedureel kader om de eventuele lacunes op te vullen²¹ en om te bepalen welk gerechtelijk apparaat ondersteuning zal verlenen aan het met dwang doorzetten van sommige aspecten van de arbitrageprocedure²². De vraag is echter welk procedureel recht deze rol zal vervullen.

¹⁵ PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, p. 236-237; H. VAN HOUTTE, "Conduct of Arbitral Proceedings" in P. SARCEVIC (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p. 113; M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'Arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 456.

¹⁶ zie website UNCITRAL : <http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/ml-arb.htm>

¹⁷ J. ERAUW, *Bronnen van Internationaal Privaatrecht, Antwerpen*, Kluwer, 1997, p. 792 e.v.

¹⁸ PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, p. 237.

¹⁹ Artikel 19 UNCITRAL - Modelwet; H. VAN HOUTTE, "Conduct of Arbitral Proceedings" in P. SARCEVIC (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p. 113 .

²⁰ C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and alternative dispute resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 144 -145.

²¹ H. VAN HOUTTE, *The Law of International Trade*, Londen, Sweet and Maxwell, 1995, p. 404; C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and alternative dispute resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 144.

²² C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and alternative dispute resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 102-103; M. HUNTER, "The law governing the procedure" in A. - J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration proceedings. The law applicable in international arbitration*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 320.

D. De Zetelleer

10. Volgens de zetelleer wordt de arbitrage beheerst door het recht van de plaats waar ze gehouden wordt.

De verdedigers van deze visie steunen zich enerzijds op artikel 5.1.d van het Verdrag van New York van 10 juni 1958 betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechtelijke uitspraken²³ (hierna “Het Verdrag van New York”), dat stipuleert dat tenuitvoerlegging van de arbitrale uitspraak zal geweigerd worden als de samenstelling van het scheidsgerecht of de scheidsrechtelijke procedure niet in overeenstemming was met de overeenkomst der partijen, of, bij gebreke van een dergelijke overeenkomst, niet in overeenstemming was met het recht van het land waar de arbitrage heeft plaatsgevonden²⁴.

Anderzijds meent men dat de zetelleer vanuit praktisch en organisatorisch oogpunt de enige mogelijke oplossing is, hoewel men in theorie wel de mogelijkheid erkent om te kiezen voor een vreemd procedureel recht.²⁵ De zetel - theorie wordt vooral verdedigd in Engeland²⁶ en Nederland²⁷.

In België meent VAN HOUTTE dat het onmogelijk is dat de partijen zelf het recht zouden kunnen kiezen dat hun arbitrale procedure beheerst. De auteur wijst erop dat alleen de rechter kan bepalen of hij op grond van het eigen arbitragerecht bevoegd is om in te grijpen²⁸. Volgens hem is elke arbitrage die in België gehouden wordt dan ook onderworpen aan Belgisch recht.²⁹ De auteur fundeert zijn stelling verder op een nogal vreemde manier. Hij verwijst namelijk naar artikel 1723 Ger.W. dat zou stellen dat een uitspraak buitenlands is wanneer zij in het buitenland is gegeven. A contrario zou men dan volgens VAN HOUTTE daaruit kunnen afleiden dat elke arbitrale uitspraak, die in België geveld is, beheerst wordt door het Belgisch arbitragerecht³⁰. In artikel 1723 Ger. W. lezen we echter niets over in het buitenland gegeven uitspraken. Bedoelt de auteur misschien artikel

²³ J. ERAUW, *Bronnen van Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 786 e.v.

²⁴ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 81; F.A. MANN, “England rejects delocalised contracts and arbitration”, *I.C.L.Q.* 1984, p. 193; W. PARK, “The lex loci arbitri and International Commercial Arbitration”, *I.C.L.Q.* 1983, p. 21.

²⁵ Naviera Amazonia Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros de Peru, *Lloyd's Rep.* 1988, p. 116; zie ook M. MUSTILL en S. BOYD, *Commercial Arbitration*, Londen, Butterworths, 1989, p. 64.

²⁶ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 81 e.v.; M. MUSTILL en S. BOYD, *Commercial Arbitration*, Londen, Butterworths, 1989, p. 64.

²⁷ R. VAN DELDEN, *Internationale Handelsarbitrage*, 's Gravenhage, Kluwer - Deventer, 1996, p. 31-32.

²⁸ H. VAN HOUTTE, “Arbitrage en toepasselijk recht”, *T.P.R.* 1982, p. 709-710.

²⁹ H. VAN HOUTTE, “Internationale arbitrage in België” in A. BRAUN, G. FETWEISS en G. FRANCK, *L'Arbitrage*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1983, n° 12, p. 99; zie ook H. VAN HOUTTE, *The Law of International Trade*, Londen, Sweet en Maxwell, 1995, p. 404.

³⁰ H. VAN HOUTTE, “Arbitrage en toepasselijk recht”, *T.P.R.* 1982, p. 709 en dan vooral voetnoot 26.

1719 Ger. W. waar deze bepaling wel voorkomt ? Niettemin lijkt de hele redenering mij toch wat gekunsteld.

Ook bij ERAUW lezen we dat we doorgaans moeten kijken naar de plaats van de arbitrage om het procedurele raamwerk te vinden dat zal zorgen voor de opvulling van eventuele lacunes en bepaling van het gerechtelijk apparaat dat ondersteuning zal verlenen aan het met dwang doorzetten van sommige aspecten van de arbitrageprocedure³¹.

E. Keuze van een vreemd procedureel recht

11. In de doctrine zijn tal van discussies gevoerd over de vraag of een arbitrage die gehouden wordt in een bepaalde staat kan onderworpen worden aan het procedurerecht van een andere staat, dan wel of men steeds moet terugvallen op het recht van de zetel.

MATRAY³² wijst erop dat geen enkele bepaling van het Gerechtelijk Wetboek verhindert dat de partijen zouden verwijzen naar een vreemd procedurerecht. DE BOURNONVILLE³³ en HUYS en KEUTGEN³⁴ zijn dezelfde mening toegedaan. Deze laatsten baseren zich vooral op Franse rechtsleer en rechtspraak, waar deze visie verdedigd wordt op grond van de partij - autonomie³⁵. Verder beweren ze dat dit standpunt gedeeld wordt door het Hof van Cassatie, met name in een arrest van 16 januari 1958³⁶. Dit arrest lijkt mij echter volledig irrelevant voor deze discussie, aangezien het zich mijns inziens nergens uitspreekt over het toepasselijk procedureel recht.

Men mag ook niet vergeten dat het Franse artikel 1494 N.C.P.C. expliciet voorziet in de mogelijkheid om de procedure te onderwerpen aan een vreemd procedurerecht³⁷ (REDFERN en HUNTER wijzen erop dat de mogelijkheid om een vreemd procedureel recht te kiezen eveneens expliciet voorzien wordt in de Florida Arbitration Act 1986, Chap. 684)³⁸.

³¹ J. ERAUW, *Belgisch Internationaal Privaatrecht*, Gent, Instituut voor Internationaal Privaatrecht, 2000, p. 405.

³² L. MATRAY, "Quelques problèmes de l'arbitrage commercial international" in X., *L'arbitrage - Travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, p. 239.

³³ PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, p. 236.

³⁴ M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'Arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 558.

³⁵ J. ROBERT, *L'Arbitrage. Droit interne, droit international privé*, Parijs, Dalloz, 1983, p. 277. PH. FOUCHARD, *L'Arbitrage Commercial International*, Parijs, Dalloz, 1965, 321-327.

³⁶ Cass. 16 januari 1958, *Pas.* 1958, I, p. 505.

³⁷ Artikel 1494 N.C.P.C. : *La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale; elle peut aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure qu'elle détermine. Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.*

³⁸ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 85.

Dit plaatst de Franse visie in een heel ander kader. In België is een dergelijke bepaling niet terug te vinden.

Wat de rol van het recht van de zetel betreft menen HUYS en KEUTGEN dat men pas bij ontstentenis van een keuze door de partijen, zal zoeken naar de stilzwijgende keuze van de partijen en op die manier zal terechtkomen bij het recht van de plaats van arbitrage. Beide auteurs verwijzen uitvoerig naar Franse rechtspraak waar dezelfde redenering gevolgd wordt³⁹; ze menen ook, net zoals de voorstanders van de zetelleer trouwens (zie supra randnr. 10), steun te vinden in artikel 5.1.d van het Verdrag van New York.⁴⁰

12. REDFERN en HUNTER wijzen erop dat men door de mogelijkheid open te laten om te kiezen voor een vreemd procedureel recht de zaken nodeloos ingewikkeld maakt⁴¹. Een dergelijke keuzemogelijkheid zou dan, aldus beide auteurs, tot gevolg hebben dat een arbitrageprocedure die in België gehouden wordt ten gevolge van een akkoord tussen de partijen beheerst wordt door Duits recht. Men zal dan zowel het Duits als het Belgisch recht moeten toepassen, in zoverre in dat laatste dwingende bepalingen terug te vinden zijn (zie infra de interventie van dwingende rechtsregels). Engelse auteurs erkennen immers in theorie wel de mogelijkheid om te kiezen voor een vreemd procedureel recht, maar ze voegen er wel altijd aan toe dat de bepalingen van dwingend recht van de zetel blijven gelden.⁴²

De Franse auteurs die opteren voor de mogelijkheid om een vreemd procedurerecht te kiezen, menen echter dat ook de imperatieve bepalingen van het recht van de zetel opzij geschoven worden ten voordele van de dwingende bepalingen van dat vreemd procedurerecht⁴³.

Een bijkomend probleem zal zich volgens REDFERN en HUNTER echter stellen wanneer men in de loop van de procedure een rechtbank nodig heeft. Tot welke rechtbank zal men zich wenden ? Als men kiest voor de lokale rechtbank moet men zich afvragen hoe deze een arbitrale procedure kan regelen waar ze niet mee vertrouwd is en die eventueel gebaseerd is op totaal andere concepten. Indien men opteert voor de rechtbanken van het (vreemd) procedureel recht, wordt men geconfronteerd met het probleem hoe deze rechtbanken hun bevoegdheid kunnen uitoefenen buiten hun territorium⁴⁴.

³⁹ zie ook PH. FOUCHARD, *L'Arbitrage Commercial International*, Parijs, Dalloz, 1965, 327-329.

⁴⁰ M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'Arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 557.

⁴¹ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 84.

⁴² P. MAYER, "Le pouvoir des arbitres de régler la procédure. Une analyse comparative des systèmes de civil law et de common law", *Rev. Arb.* 1995, p. 179 ; M. MUSTILL en S. BOYD, *Commercial Arbitration*, Londen, Butterworths, 1989, p. 66.

⁴³ J. ROBERT, *L'Arbitrage. Droit interne, droit international privé*, Parijs, Dalloz, p. 275; R. VAN DELDEN, *Internationale Handelsarbitrage*, 's Gravenhage, Kluwer - Deventer, 1996, p. 30.

⁴⁴ M. MUSTILL en S. BOYD, *Commercial Arbitration*, Londen, Butterworths, 1989, p. 64.

Als een bepaald procedurerecht zo aantrekkelijk is voor de partijen dat ze er expliciet voor kiezen, zouden ze beter de arbitrage laten doorgaan in het land van dat specifieke rechtsstelsel. Opteren voor een vreemd procedurerecht brengt immers grote complicaties met zich mee⁴⁵.

In wat bekendstaat als de “Peruviaanse verzekeringszaak” diende het Engelse Hof van Beroep te oordelen over een arbitrage gehouden in Peru, maar volgens de procedureregels van Engels recht. Het Hof lokaliseerde de arbitrage uiteindelijk in Londen, maar oordeelde wel dat een keuze van vreemd procedureel recht in theorie mogelijk is, al voorzag men tal van praktische moeilijkheden⁴⁶.

13. HUYS en KEUTGEN⁴⁷ zien mijns inziens terecht in dat de hele discussie weinig rekening houdt met de arbitrale praktijk en pas problemen zal stellen in de gevallen waarin het door de partijen gekozen procedureel recht zou verschillen van het recht van de plaats van arbitrage. De partijen hebben meestal weinig aandacht voor het recht dat de procedure beheerst.⁴⁸ Zo wijst HASCHER erop dat van alle I.C.C. zaken tussen 1992 en 1994 slechts in 5 tot 10 % van de gevallen in de arbitrageovereenkomst gewag gemaakt wordt van het toepasselijk procedureel recht. Als er dan al over gesproken wordt, stemt de keuze in het algemeen overeen met het recht van de plaats van arbitrage. Slechts in drie gevallen was het anders⁴⁹. Ook MUSTILL en BOYD vestigen er de aandacht op dat een keuze voor een vreemd procedureel recht zeer uitzonderlijk is.⁵⁰

F. De delokalisatie - theorie

14. Voor de praktijk van de internationale handelsarbitrage zou het natuurlijk ideaal zijn, mocht elk land dezelfde arbitragewetgeving hanteren. Dit is echter onmogelijk te realiseren; zelfs een modelwet kan hier geen soelaas bieden om de heel eenvoudige reden dat elke staat haar eigen nationale karakteristieken heeft, haar eigen belangen die moeten verdedigd worden en haar eigen concept van hoe arbitrage op haar grondgebied moet gevoerd worden. Staten met een lange geschiedenis wat arbitrage betreft en met een hoogontwikkeld recht en praktijk zullen niet snel geneigd zijn om gesimplificeerde modellen aan te nemen, die dan op hun beurt nieuwe problemen kunnen doen ontstaan.

⁴⁵ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 84.

⁴⁶ Naviera Amazonia Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros de Peru, *Lloyd's Rep.* 1988, p. 116; zie ook M. MUSTILL en S. BOYD, *Commercial Arbitration*, Londen, Butterworths, 1989, p. 64.

⁴⁷ M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'Arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 556.

⁴⁸ PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Larcier, Brussel, 2000, p. 239.

⁴⁹ D.T. HASCHER, “The Law Governing Procedure : Express or implied choice by the parties - contractual practice” in A.-J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration proceedings. The law applicable in international arbitration*, Den Haag/ Londen/ Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 323.

⁵⁰ M. MUSTILL en S. BOYD, *Commercial Arbitration*, Londen, Butterworths, 1989, p. 64.

15. Toch is het heel vervelend en onpraktisch dat de regulering van internationale handelsarbitrage verschilt van land tot land. Men heeft geprobeerd daar een oplossing voor te vinden en in dit verband zijn er twee ontwikkelingen te signaleren⁵¹.

Een eerste optie bestaat erin dat een staat haar controle op de internationale handelsarbitrage die op haar territorium gevoerd wordt, versoepelt. Dit is de mogelijkheid waarvoor op het eerste gezicht geopteerd wordt in de moderne wetgevingen. In artikel 5 van de Modelwet vinden we de bepaling terug dat de nationale rechtbanken niet zullen tussenkomen in arbitrages, tenzij in de gevallen die de wet bepaalt.

De tweede ontwikkeling, die vooral in de jaren zeventig opgang maakte, kiest ervoor om de internationale handelsarbitrage los te koppelen van controle door de wet van de plaats waar de arbitrage doorgaat. Dit is de zogenaamde delokalisatie - theorie, die impliceert dat er in plaats van een dubbele toetsing, m.n. in de eerste plaats door de *lex arbitri* en vervolgens door de rechtbanken van de plaats van tenuitvoerlegging van de arbitrale uitspraak, slechts één punt van controle is, met name op de plaats waar tenuitvoerlegging van de uitspraak moet gebeuren. Dit zou ertoe leiden dat internationale handelsarbitrage “a-nationaal”, “supra-nationaal”, “transnationaal” of “gedelokaliseerd” wordt.

16. Het vertrekpunt van de delokalisatie - theorie was de partij - autonomie en verder was ze gebaseerd op twee argumenten.

Vooreerst meende men dat internationale handelsarbitrage afdoende gereguleerd werd door haar eigen regels, die ofwel aangenomen waren door de partijen (als een uiting van hun partij -autonomie), ofwel waren ze opgesteld door het arbitrage - tribunaal zelf. Hier zegt men in feite dat internationale commerciële arbitrage zelfregulerend is en dat dit voldoende zou moeten zijn. Het is inderdaad zo dat de partijen meestal een geheel van na te leven procedureregels zullen hebben die moeten gevolgd worden, ongeacht of deze regels eigen zijn aan een arbitrage-instelling dan wel “ad hoc” geformuleerd zijn. Het scheidsgerecht zal dan meestal de bevoegdheid hebben om lacunes te vullen. We kunnen hier als voorbeeld verwijzen naar artikel 15 van het I.C.C.-reglement en de I.C.C. - casuïstiek.

Men mag echter niet vergeten dat de *lex arbitri* wel degelijk bestaat en men zal er niet alleen moeten op terugvallen om lacunes te vullen in de arbitrage - procedure, maar evenzeer om maatregelen, zoals bijvoorbeeld de blokkering van een bankrekening of bewarend beslag op goederen, die het scheidsgerecht oplegt een wettelijke basis te geven. Ook voor een procedure tot nietigverklaring zal men een procedureel recht nodig hebben.

⁵¹A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 89 en p. 286-287.

FOUCHARD stelt hier als oplossing voor om na de de - lokalisatie van de arbitrale procedure en de uitspraak, toch het recht van de zetel toepassen voor de juridische controle en op die manier de procedure als het ware te re - lokaliseren⁵².

Bijkomende opmerking : de lex arbitri zal een nationaliteit geven aan de arbitrale uitspraak, zodat ze bijvoorbeeld zal kunnen gekwalificeerd worden als een Belgische of een Duitse uitspraak, waardoor men eventueel kan terugvallen op verdragen waarbij het land van origine partij is (bvb. de Conventie van New York).

Een tweede argument luidde dat de controle enkel hoorde te komen vanuit de plaats van tenuitvoerlegging van de uitspraak. Dit zou echter betekenen dat de plaats van arbitrage irrelevant is. Dit is niet wenselijk en zowel nationaal als internationaal wordt de nadruk gelegd op de band tussen de plaats van arbitrage en het recht van die plaats. Men vindt dit o.a. terug in de Conventie van New York (artikel 5.1 (a) en (e)) en de Uncitral Modelwet (artikel 36.1.a (i) en (v)).

Enkel België heeft in de wet van 27 maart 1985 uitdrukkelijk geopteerd voor de delokalisatie - theorie door in haar Gerechtelijk Wetboek een vierde lid toe te voegen aan artikel 1717⁵³. Ondertussen is men op zijn stappen teruggekeerd en werd deze bepaling geschrapt.

§2. Interventie van dwingend recht en de procedurele openbare orde.

17. Er zal altijd, zowel bij ad hoc arbitrage als bij institutionele arbitrage, rekening moeten gehouden worden met de dwingende bepalingen van de plaats waar de arbitrage plaatsvindt, teneinde te vermijden dat de arbitrale uitspraak vernietigd of geschorst wordt in de nationale rechtbanken van dat land, wat de efficiëntie van de arbitrale uitspraak in het gedrang zou brengen. Artikel 5.1.e van het Verdrag van New York stipuleert immers dat de erkenning en tenuitvoerlegging van een arbitrale uitspraak geweigerd wordt als “de uitspraak nog niet bindend is geworden voor de partijen of is vernietigd of haar tenuitvoerlegging is geschorst door een bevoegde autoriteit van het land waar of krachtens welk recht die uitspraak werd gewezen”⁵⁴. VAN DELDEN wijst erop dat dit artikel ook ruimte laat voor de visie om te opteren voor een vreemd procedurerecht en aldus de dwingende bepalingen van het recht van de plaats van arbitrage opzij te schuiven. Alleen de

⁵² PH. FOUCHARD noot onder C. app. Paris, 21 februari 1980, *Clunet Journal du Droit International* 1980, p. 676.

⁵³artikel 1717 lid 4 Ger.W. luidde : “*De Belgische rechtbanken kunnen van een vordering tot nietigverklaring slechts kennis nemen wanneer ten minste één partij bij het geschil waarover een scheidsrechtelijke uitspraak werd gedaan, een natuurlijke persoon van Belgische nationaliteit is, of een natuurlijke persoon met verblijfplaats in België, of een rechtspersoon die in België werd opgericht of er een succursale of enige bedrijfszetel heeft.*”

⁵⁴ L. CRAIG, W. PARK en J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, Oceana Publ., 2000, p. 298.

dwingende bepalingen van het gekozen procedureel recht zouden dan van toepassing zijn⁵⁵.

IMHOOS en VERBIST⁵⁶ halen als voorbeelden van imperatieve bepalingen aan : ondertekening van een compromis voor men een arbitrage kan starten (een vereiste in bepaalde Latijns - Amerikaanse landen), soms moet de uitspraak geregistreerd worden op straffe van nietigverklaring, in een aantal landen moet men de procedure houden in de taal van dat land (vb. Saoedië - Arabië),...

18. Deze dwingende bepalingen zullen verschillen van land tot land, maar er zal altijd een soort absoluut minimum zijn, de zogenaamde vereisten van “due process”⁵⁷. DE BOURNONVILLE⁵⁸ en HUYS en KEUTGEN⁵⁹ noemen dit de procedurele openbare orde. Deze verhindert dan de erkenning of tenuitvoerlegging van arbitrale uitspraken voorafgegaan door een procedure waarin men niet de partij - gelijkheid en het recht op hoor en wederhoor heeft gerespecteerd. Men vindt deze principes eveneens terug in artikel 5.1.b van het Verdrag van New York.

Hoofdstuk 3 : Het toepasselijk materieel recht

Afdeling 1 : Het belang van de bepaling door de partijen van het toepasselijk materieel recht

19. Zodra de procedurele vragen opgelost zijn, bestaat de hoofdtaak van het scheidsgerecht erin om het geschil ten gronde te beslechten.

Het is heel goed mogelijk dat het scheidsgerecht hiervoor voldoende heeft aan de overeenkomst tussen de partijen. Deze is vaak erg gedetailleerd (een bouwcontract bijvoorbeeld telt dikwijls verschillende honderden pagina's met gedetailleerde schetsen en specificaties; het bepaalt dan ook heel duidelijk de rechten en plichten van de partijen zodat het eenvoudig is om te bepalen wie moet verantwoordelijk gesteld worden voor het gebrekkig presteren).

Maar, zoals reeds eerder gezegd, een contract bestaat niet in een juridisch vacuüm. Het moet ook op materieel vlak ondersteund worden door een rechtssysteem. Dit noemen we het toepasselijk materieel recht (“the proper law” of the contract). Dit materieel recht beheerst de interpretatie en de geldigheid van het contract, de rechten en plichten van de partijen, de wijze

⁵⁵ R. VAN DELDEN, *Internationale Handelsarbitrage*, 's Gravenhage, Kluwer - Deventer, 1996, p. 30.

⁵⁶ C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and alternative dispute resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 100-101.

⁵⁷ M. HUNTER, “The law governing the procedure” in A.-J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration Proceedings. The law applicable in international arbitration*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 320.

⁵⁸ PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Larquier, Brussel, 2000, p. 239.

⁵⁹ M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'Arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 563.

van uitvoering en de gevolgen van contractbreuk⁶⁰. Wijzigingen in het toepasselijk recht kunnen wijzigingen meebrengen in het contract zelf⁶¹.

Bij nationale transacties zal de bepaling van het toepasselijk materieel recht geen probleem zijn : het zal het recht zijn van de staat waar de contractuele relatie zich afspeelt. Minder evident wordt het wanneer we te maken krijgen met een internationale transactie. Eventueel komen dan twee of meer nationale rechtssystemen in aanmerking om gekwalificeerd te worden als “the proper law of the contract”. Mogelijks zal er dan een contradictie voorkomen tussen die verschillende nationale rechtssystemen.

20. Het kan niet genoeg onderstreept worden hoe belangrijk het is om vooraf het toepasselijk materieel recht te stipuleren. De afwezigheid hiervan zorgt voor een gevaarlijke situatie : het kan niet alleen de afhandeling van disputen bemoeilijken, soms leidt het zelfs tot een nieuw geschil over welk recht toepasselijk is. Van zodra er een onvoorziene situatie opduikt, die niet gedekt wordt door de contractuele bepalingen of als de contractuele bepalingen moeten geïnterpreteerd worden, moet het toepasselijk recht aangewend worden om de lacunes in het contract op te vullen teneinde de draagwijdte te bepalen van de verplichtingen van de partijen. Dit kan eventueel een tijdje duren, met alle kosten van dien.

21. Soms voorzien partijen, die er niet in slagen om een overeenkomst te bereiken aangaande het toepasselijk recht, dat geschillen zullen beslecht worden op basis van de algemene rechtsbeginselen (“general principles of law”) of de zogenaamde Lex Mercatoria⁶². Het gevaar bij dergelijke bepalingen is echter dat een grote mate van onzekerheid blijft bestaan over de inhoud van die beginselen en om die reden heeft men het concept van de Lex Mercatoria steeds met enige vorm van scepticisme bekeken.

Ongeacht of partijen al dan niet een toepasselijk recht zijn overeengekomen, toch zal het scheidsgerecht ook rekening moeten houden met handelsgebruiken (trade practices of usages).

Afdeling 2 : De partij - autonomie

22. Hieronder verstaan we het recht van partijen om het toepasselijk materieel recht te kiezen⁶³. Deze keuze kan expliciet of impliciet zijn. In dit

⁶⁰ Compagnie d'Armement Maritime S.A. v. Compagnie de Navigation S.A. (1971) geciteerd in A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 93.

⁶¹ Denken we maar aan de Kahler v. Midland Ltd. Zaak waar de levering van obligaties aan toonder aan de rechtmatige eigenaar geweigerd werd omdat de Tsjecho - Slowaakse wet een dergelijke levering ondertussen afhankelijk had gesteld van de toestemming van de Centrale Bank, die in deze haar toestemming weigerde te verlenen (Kahler v. Midland Bank Ltd. 1950).

⁶² PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Larcier, Brussel, 2000, p. 231.

⁶³ I.C.C.-uitspraak n° 2119 van 1978, *Journal du droit International* 1979, p. 997; A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 95.

laatste geval blijkt ze uit de termen van het contract en de concrete omstandigheden. Voorwaarde is wel dat deze impliciete rechtskeuze voldoende duidelijk is.

Als de nationale rechtbanken bereid zijn – en de meeste zijn dat ook – om het beginsel van de partij - autonomie te erkennen bij de bepaling van het toepasselijk recht, dan moet a fortiori een scheidsgerecht bereid zijn om dat te doen. De aanstelling van deze scheidsgerechten vloeit immers voort uit de overeenkomst van de partijen. Door het recht dat gekozen werd door de partijen toe te passen, voert het scheidsgerecht die overeenkomst uit⁶⁴. Het scheidsgerecht is dan ook gebonden door de rechtskeuze van de partijen⁶⁵.

23. Het principe van de partij - autonomie wordt aanvaard in de meeste nationale rechtssystemen⁶⁶. We vinden het ook terug in internationale conventies en de meeste arbitragereglementen.

Als relevante voorbeelden kunnen we vermelden :

Het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage, gesloten te Genève op 21 april 1961, artikel VII.1 : “De partijen zijn vrij te bepalen welk recht de scheidslieden moeten toepassen t.a.v. de grond van het geschil.”

Artikel 33.1 van het Uncitral - arbitragereglement⁶⁷ : “Het scheidsgerecht zal de wet door de partijen aangewezen als toepasselijk verklaren voor het voorwerp van het geschil.”

Artikel 17.1 van het I.C.C.-arbitragereglement : “De partijen kunnen de door het scheidsgerecht op het geschil ten gronde toe te passen rechtsregels vrij bepalen.”

Men blijkt het dus unaniem eens te zijn over deze regel. Dit beginsel van partij - autonomie wordt zelfs bestempeld als één van de weinige principes die van algemene of zelfs universele toepassing zijn in het domein van de internationale handelsarbitrage⁶⁸.

⁶⁴ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 95.

⁶⁵ C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and alternative dispute resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 87; L. MATRAY, “Quelques problèmes de l’arbitrage commercial international” in X., *L’arbitrage – Travaux offerts au Professeur Albert Fettweis*, Brussel, Story-Scientia, 1989, p. 303 .

⁶⁶ PH. DE BOURNONVILLE, *L’Arbitrage*, Larcier, Brussel, 2000, p. 231 ; zie ook PH. FOUCHARD, E. GAILLARD en B. GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Parijs, Litec, 1996, n°1422-1424; M. HUYS en G. KEUTGEN, *L’Arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 578-580; J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry (NY), Oceana publ., 1978, p. 75.

⁶⁷ <http://www.uncitral.org/en-index.htm>

⁶⁸ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 96; P. LALIVE geciteerd in J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry New York, Oceana publ., 1978, p. 87.

24. Het scheidsgerecht moet zich wel afvragen of en in welke mate er restricties zijn aan de partij - autonomie. Wat dit betreft moet er rekening mee gehouden worden dat aspecten als bekwaamheid of de mogelijkheid van een partij om op te treden zullen beheerst worden door het recht dat toepasselijk is op de entiteit (fysische persoon of rechtspersoon) en niet door het recht toepasselijk op het contract. Het scheidsgerecht kan ook oordelen dat het toepassingsgebied van het materieel recht beperkt wordt door de tussenkomst van regels van openbare orde en dwingend recht (zie infra randnr. 55).

In het algemeen kan men echter stellen dat de partijkeuze weinig problemen met zich meebrengt zolang ze maar bona fide is en wettelijk⁶⁹.

§1. Welke zijn nu de mogelijkheden ?

25. Een rechtskeuze kan heel eenvoudig geformuleerd zijn. Het volstaat bijvoorbeeld te zeggen : “Deze overeenkomst zal in alle opzichten beheerst worden door Belgisch recht”. De vraag die dan rijst, is wat de partijen kunnen kiezen.

Hierna bespreken we kort enkele opties :

A. Nationaal recht

26. De keuze voor een bepaald nationaal recht zal heel dikwijls voorkomen en is ook heel logisch. Een dergelijk nationaal recht bestaat immers uit een verbonden en onderling samenhangende verzameling van wetten, reguleringen en ordonnanties uitgevaardigd door of namens de staat en geïnterpreteerd en toegepast door de rechtbanken. Dit zorgt voor een volledig en volwaardig juridisch systeem, dat ontworpen is om een antwoord te bieden op elke vraag die kan rijzen.

De redenen om te kiezen voor een bepaald systeem variëren : omwille van de band met de partijen, omdat het gekozen stelsel modern is (ook al is er geen band met één van de partijen),...

De partijen kunnen eender welke nationale wet kiezen of zelfs verschillende nationale wetten die verschillende aspecten van hun overeenkomst beheersen (depeçage)⁷⁰.

⁶⁹ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 97.

⁷⁰ M. BLESSING, “Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law” in A.-J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration Proceedings. The law applicable in international arbitration*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 393. Commissierapport A/40/17, para. 232 geciteerd in H. HOLTZMANN en J. NEUHAUS *A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, Boston, Kluwer Law International, 1989, p. 804-805.

B. De “gecombineerde wetten -” of de “tronc commun”- doctrine.

27. Net zoals de partijen kunnen opteren voor arbitrage als een neutrale manier om hun geschillen op te lossen, kunnen ze kiezen voor neutrale rechtsregels in plaats van hun geschil te onderwerpen aan de toepassing van één enkel nationaal recht. Men tracht dan de gemeenschappelijke onderdelen van de verschillende betrokken rechtssystemen te identificeren en toe te passen op het geschil⁷¹. Hoeft het gezegd dat dit, zoals men ondervonden heeft in de Kanaaltunnel - zaak⁷², veel tijd en geld zal kosten? BLESSING wijst erop dat het enorm moeilijk zal zijn om te bepalen in welke mate twee nationale wetten samenlopen⁷³.

C. De Shari’ah

28. Dit is het Islamitisch recht dat toegepast wordt in moslimlanden op geschillen waarin moslims betrokken zijn. Het omvat niet alleen de Koran, maar ook andere bronnen van Islamitisch recht. De keuze voor deze Shari’ah is in heel wat moslimlanden sterk afgenomen door de opkomst van de Uncitral - regels en de Uncitral - Modelwet.

D. Transnationaal Recht (m.i.v. algemene rechtsbeginselen, internationaal ontwikkelingsrecht, handelsgebruiken, lex mercatoria of Unidroit - Principes)

1. De algemene rechtsbeginselen

29. In sommige rechtskeuze - clausules wordt verwezen naar de algemene rechtsbeginselen. Het meest gekende voorbeeld van een arbitrale uitspraak, die gebaseerd werd op algemene rechtsbeginselen is de Petroleum Development Award⁷⁴, waar de eisers een olieconcessie verworven hadden op grond waarvan zij het exclusieve recht hadden om olie te winnen binnen een bepaald gebied in Abu Dhabi. In 1949 ontstond een geschil tussen de concessiehouder en de Sjeik van Abu Dhabi over de draagwijdte van de concessie.

De zaak kwam voor een scheidsgerecht en dit verwees in zijn uitspraak naar de algemene rechtsbeginselen waarvoor de partijen zouden gekozen hebben. Eigenlijk gebruikte de arbiter in deze zaak het concept van de algemene

⁷¹ voor meer hierover zie R. SAMMARTANO, “Le tronc commun des lois nationales en présence. Réflexions sur le droit applicable par l’arbitrage international”, *Rev. Arb.* 1987, p. 133.

⁷² voor meer over deze zaak zie J. VEEDER, “L’arrêt Channel Tunnel de la Chambre des Lords”, *Rev. Arb.* 1993, p. 705 e.v.

⁷³ M. BLESSING, “Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law” in A.-J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration Proceedings. The law applicable in international arbitration*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 400.

⁷⁴ Petroleum Development (Trucial coast) Ltd. V. The Sheikh of Abu Dhabi van 1951, *I.C.L.Q.* 1952, 247-250.

rechtsbeginselen om de nationale wetgeving opzij te schuiven. Op die manier kwam hij tot een uitspraak die hij als “fair” beschouwde.

Men vindt deze werkwijze ook terug in andere zaken (vb. de Texaco - arbitrage⁷⁵ en de Sapphire - arbitrage⁷⁶). In de meeste gevallen waren ontwikkelingslanden betrokken (Abu Dhabi, Iran, Libië,...) en de arbitrale uitspraken getuigden eigenlijk vaak van een “neo - koloniale” houding ten opzichte van het recht van die landen, dat als onvolwaardig werd beschouwd. Deze praktijk werd dan ook terecht bekritiseerd⁷⁷.

Tenslotte kan men samen met TOOPE opmerken dat hoe meer staten een gesofisticeerd, maar verschillend contractenrecht ontwikkelen, hoe moeilijker het zal worden om zo'n algemene principes uit te werken⁷⁸.

2. Internationaal Ontwikkelingsrecht

30. De inhoud van dit begrip is nogal vaag. Dit recht vindt zijn oorsprong in het VN “Charter of Economic Rights and Duties of States” en het manifesteert zich vooral in internationale handel met ontwikkelingslanden. Een voorbeeld hiervan is het recht van een ontwikkelingsland om vreemde ondernemingen binnen haar jurisdictie te nationaliseren.

3. Handelsgebruiken of usages

Zie infra randnr. 45

4. De Lex Mercatoria

Zie infra randnr. 46-48

5. Unidroit - Principes

Zie infra randnr. 48

E. Billijkheid en goed geweten (“equity and good conscience”) ofwel de bevoegdheid van de arbiters om op te treden als “amiable compositeurs”⁷⁹

31. Als de partijen aan het scheidsgerecht door middel van een billijkheidsclausule expliciet de bevoegdheden van een amiable compositeur toegekend hebben, impliceert dit dat het scheidsgerecht bij de toepassing van een bepaald recht mag afwijken van de strikte toepassing van dat recht als het meent dat dit zou leiden tot een onrechtvaardig resultaat (“an unjust

⁷⁵ Texaco Arbitration van 1980, *Yearbook Commercial Arbitration* VI 1981, p. 89 .

⁷⁶ Sapphire International Petroleum Limited v. The National Iranian Oil Company van 1963, *I.C.L.Q.* 1964, p. 1011-1012.

⁷⁷ M. SOMARAJAH, “The climate of international arbitration”, *Journal of International Arbitration* 1991, p. 47-63.

⁷⁸ S. TOOPE, *Mixed International Arbitration. Studies in Arbitration between States and Private persons*, Cambridge, Grotius Publications, 1990, p. 71.

⁷⁹ zie ook artikel VII.2 van het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage gesloten te Genève op 21 april 1961, artikel 17.3 van het I.C.C. Arbitragereglement en artikel 33.2 van het UNCITRAL-arbitragereglement; I.C.C.-uitspraak n° 3755 van 1988, *Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la C.C.I.* I/2 1990, p. 25.

result⁷⁹). Dergelijke clausules kunnen de arbiters ook toelaten om te oordelen naar billijkheid (ex aequo et bono) zonder dat het toepasselijk recht moet worden bepaald⁸¹.

Afdeling 3 : Bepaling van het toepasselijk materieel recht bij ontstentenis van een keuze door de partijen

§1. Algemeen

32. Als de partijen geen keuze gemaakt hebben, geeft dit problemen om de rechten en plichten van de partijen vast te stellen aangezien er geen wettelijk kader is waarop men kan terugvallen. Eén van de eerste taken van het scheidsgerecht, want deze taak komt op haar schouders te liggen⁸², zal er dan ook in bestaan het toepasselijk materieel recht te bepalen (op voorwaarde dat het nodig is natuurlijk; zoals reeds gezegd hebben arbiters in bepaalde gevallen genoeg aan de feiten of het contract om een uitspraak te doen).

Voor een nationale rechter is het niet moeilijk om dit recht te vinden : hij gebruikt hiervoor zijn IPR, dat deel uitmaakt van het nationaal recht van zijn land en afdwingbaar is zoals elke andere tak van het recht van dat land. De arbiter kan echter niet gelijkgesteld worden met de staatsrechter : hij maakt geen deel uit van het staatsapparaat en is niet gebonden aan een specifiek nationaal rechtssysteem. Er is dan ook geen enkel nationaal recht dat zich aan de arbiter opdringt; alle nationale wetten hebben voor hem dezelfde waarde⁸³.

De arbiter moet, bij ontstentenis van een keuze door de partijen de rechtsregels bepalen die zullen toepasselijk zijn op de grond van het geschil. Dit principe vinden we terug in het I.C.C.-reglement, het Uncitral - arbitragereglement, de Uncitral - Modelwet en het Europees Verdrag van Genève van 21 april 1961 inzake internationale handelsarbitrage (waar België door gebonden is)

Artikel 17.1 I.C.C.-reglement : De partijen kunnen de door het scheidsgerecht op het geschil ten gronde toe te passen rechtsregels vrij bepalen. Indien dergelijk akkoord ontbreekt, past het scheidsgerecht de rechtsregels toe die het geschikt acht.

Artikel VII.1 van het Verdrag van Genève : De partijen zijn vrij te bepalen welk recht de scheidslieden moeten toepassen t.a.v. de grond van het

⁸⁰ M. HULEATT-JAMES en N. GOULD, *International Commercial Arbitration. A handbook*, Londen/New York/ Hong Kong, Lloyd's of London Press Ltd., 1996, p. 17.

⁸¹ C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and alternative dispute resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 88.

⁸² I.C.C.-uitspraak n° 2780 van 1982, *Journal du Droit International* 1984, p. 914; PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, p.232.

⁸³ PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, p.232; H. VAN HOUTTE, *Rechtsvinding bij transnationale handelsarbitrage*, Leuven, KUL, 1977, p. 460.

geschil. Wanneer de partijen niet hebben aangegeven welk recht moet worden toegepast, passen de scheidslieden de wet toe aangewezen door de conflictenregel die ze ter zake passend achten. In beide gevallen houden de scheidslieden rekening met de bedingen van het contract en de handelsgebruiken.

Artikel 33.1 Uncitral - arbitragereglement : Het scheidsgerecht zal de wet aangewezen door de partijen als toepasselijk verklaren voor het voorwerp van het geschil. Indien dergelijke aanwijzing van de partijen ontbreekt, zal het scheidsgerecht de wet bepaald door het conflict van de wettenregels die het geschikt acht aanwijzen.

Artikel 28.2 Uncitral - Modelwet : Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of law rules which it considers applicable.

33. We kunnen nu al opmerken dat telkens verwezen wordt naar regels van conflictenrecht, m.u.v. het I.C.C. reglement dat het aan het scheidsgerecht overlaat om de rechtsregels rechtstreeks (dus niet via conflictenregels) te bepalen. De vraag kan inderdaad gesteld worden of er wel behoefte is aan een systeem van conflictenrecht en of de arbiters niet beter gewoon een directe keuze zouden maken van welk recht toepasselijk is. Hierbij zouden ze zich baseren op hun gezond verstand en ervaring⁸⁴.

Een tweede opmerking is dat nergens bepaald wordt hoe men het toepasselijk recht moet vinden. Men vergenoegt zich ermee te stellen dat de arbiters hiervoor de principes moeten toepassen welke zij geschikt achten. De oorzaak voor deze vaagheid moet vooral gezocht worden in de onmogelijkheid om tot een consensus te komen. Dit is eigenlijk niet verwonderlijk als men ziet wat allemaal vatbaar is voor arbitrage. Het gaat om zeer uiteenlopende materies. Er kan dan ook eenvoudigweg niet één alles - oplossende regel zijn die alle types van contractuele relaties (agentuurovereenkomsten, exclusiviteitcontracten, sommige arbeidsovereenkomsten, joint venture overeenkomsten,...) beheerst.

Een tweede reden voor de vaagheid is dat men de bedoeling heeft gehad om een min of meer volledige vrijheid te geven aan het scheidsgerecht om het toepasselijk recht te kiezen bij afwezigheid van een rechtskeuze door de partijen⁸⁵.

⁸⁴ J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publ., 1978, p. 225.

⁸⁵ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 133.

§2. Overzicht van de mogelijkheden

A. Impliciete of stilzwijgende keuze van de partijen

34. Een impliciete of stilzwijgende rechtskeuze door de partijen betekent dat de keuze kan afgeleid worden uit de bepalingen en de aard van het contract of de omstandigheden van de zaak. Dit zal, naar analogie met artikel 3 van het EVO - Verdrag, enkel aanvaardbaar zijn als de impliciete keuze voldoende duidelijk blijkt⁸⁶.

Men was lange tijd van oordeel dat in de gevallen waar de partijen geen expliciete rechtskeuze hadden gedaan, maar wel de plaats van arbitrage hadden bepaald, men moest aannemen dat de partijen er stilzwijgend voor geopteerd hadden om het recht van het land waar de arbitrage plaats had op hun geschil toe te passen⁸⁷. Men heeft echter ingezien dat een bepaald forum om tal van praktische redenen (geografische ligging, goede reputatie arbiters,...) kan gekozen zijn, redenen die geen verband houden met het recht van dat forum. Deze “qui indicem forum elegit ius” - regel werd dan ook terecht bekritiseerd en de huidige meerderheidsvisie beschouwt dan ook de keuze van de partijen voor een bepaald land als zetel van de arbitrage als niet meer dan één van de elementen die een aanwijzing kunnen zijn van een eventuele impliciete keuze door de partijen⁸⁸.

B. Toepassing van een nationaal conflictensysteem

1. De partijen kozen expliciet voor een bepaald nationaal I.P.R.-systeem

35. De basis hiervoor is opnieuw de partij - autonomie: als de partijen het toepasselijk materieel recht mogen kiezen, kunnen ze eveneens opteren voor een bepaald nationaal I.P.R.⁸⁹. Ook hier zijn de arbiters gebonden door de keuze van de partijen⁹⁰.

⁸⁶ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 129; J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry (NY), Oceana Publ., 1978, p. 181.

⁸⁷ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 130; J. LEW, “Relevance of conflict of law rules in the practice of arbitration” in A.-J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration proceedings. The law applicable in international arbitration*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 453.

⁸⁸ Compagnie d'Armement Maritime S.A. v. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. geciteerd in J. LEW, “Relevance of conflict of law rules in the practice of arbitration” in A.-J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration proceedings. The law applicable in international arbitration*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 453, waarin het Engelse House of Lords de keuze voor een bepaald forum omschreef als “merely another general connecting factor which may be of relevance in the circumstances of the particular case”; A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 129-130.

⁸⁹ J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publ., 1978, p. 230.

⁹⁰ H. VAN HOUTTE, *Rechtsvinding bij transnationale handelsarbitrage*, Leuven, KUL, 1977, p. 446.

Men ziet gemakkelijk in dat dit eigenlijk neerkomt op een nodeloze verspilling van tijd en geld : daar waar de partijen de moeite genomen hebben om het toepasselijk conflictenrecht te bepalen, hadden ze evengoed rechtstreeks het toepasselijk recht kunnen bepalen. Dan was het scheidsgerecht niet verplicht geweest de moeilijke en vooral tijdrovende (en dus kostelijke) oefening te doorstaan om aan de hand van de aangewezen conflictenregels het toepasselijk recht te bepalen.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat men een dergelijke clausules zelden zal terugvinden in de praktijk.⁹¹

2. Het IPR van de zetel

36. In de zogenaamde “klassieke benadering” assimileerde men de arbiter met een nationale rechter en pleitte men ervoor dat deze arbiter, net zoals de rechter, het IPR zou toepassen van de plaats waar hij zetelde.⁹²

De vergelijking tussen de rechter en de arbiter gaat echter niet op : arbiters oefenen hun gezag uit krachtens een overeenkomst tussen de partijen en niet zoals rechters krachtens het staatsgezag⁹³.

Toen arbitrage eind jaren vijftig, begin jaren zestig wereldwijde erkenning kreeg als mechanisme voor geschillenbeslechting in internationale contracten, kwam er steeds meer kritiek op deze benadering. De modernere visie kreeg de bovenhand met de komst van het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage, gesloten te Genève op 21 april 1961. In artikel VII van dit Verdrag krijgen arbiters de vrijheid om de conflictenregels die ze passend achten toe te passen. Ze zijn m.a.w. niet gebonden door het IPR van de zetel en hebben geen *lex fori* zoals een nationale rechter dat wel heeft⁹⁴.

⁹¹ I.C.C.-uitspraak n° 2272 van 1975, *Yearbook International Commercial Arbitration II* 1977, p. 151.

⁹² M. SAUSER - HALL, “L’arbitrage en droit international privé”, *Annuaire de l’Institut de Droit International* 1952, p. 571-572; F.A. MANN, “Lex facit arbitrum” in P. SANDERS (ed.), *Liber amicorum for Martin Domke*, Den Haag, Nijhoff, 1967, p. 157.

⁹³ M. HUYS en G. KEUTGEN, *L’arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 584; H. VAN HOUTTE, *Rechtsvinding bij transnationale handelsarbitrage*, Leuven, KUL, 1977, p. 456.

⁹⁴ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 132; M. BLESSING, “Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law” in A.-J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration Proceedings. The law applicable in international arbitration*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 410; J. LEW, “Relevance of conflict of law rules in the practice of arbitration” in A.-J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration proceedings. The law applicable in international arbitration*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 447-448; J. VAN HOF, *Commentary on the Uncitral Arbitration Rules*, Den Haag, TMC Asser Instituut, 1991, p. 229-230; P. LALIVE, “Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l’arbitre international siégeant en Suisse”, *Rev. Arb.* 1976, p. 159.

Dit is eigenlijk vrij logisch. Stel bijvoorbeeld dat een geschil moet beslecht worden door een Zwitserse arbiter en de zetel werd niet bepaald door de partijen. Omwille van de neutraliteit en de geografische ligging opteert die Zwitserse arbiter ervoor om de arbitrage te laten doorgaan in Griekenland. In zo'n situatie zou een toepassing van Grieks I.P.R. absurd zijn.

Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt nog een verplichte toepassing van het IPR van de plaats van arbitrage voorgeschreven, zoals bijvoorbeeld in de Jemenitische Arbitragewet van 29 maart 1992⁹⁵.

37. Volgens BLESSING moet men wel het IPR van de zetel toepassen als de partijen een specifieke keuze hebben gemaakt voor een bepaalde plaats om er hun arbitrage te laten doorgaan, wanneer duidelijk blijkt dat de keuze voor die locatie moet geïnterpreteerd worden als een keuze voor het IPR van die plaats.⁹⁶

VAN DELDEN⁹⁷ en VAN HOUTTE⁹⁸ halen het voorbeeld aan van de geschillen die bij een nationaal of lokaal scheidsgerecht in een bepaalde vaste zetel gevoerd en beslecht worden (bijvoorbeeld CEPINA in Brussel of de NOFOTA - arbitrages te Rotterdam) . In een dergelijk geval ligt het volgens beide auteurs voor de hand dat arbiters het IPR zullen toepassen van het land waar zich de vaste zetel van het scheidsgerecht bevindt.⁹⁹

Besluit : de meerderheid van de rechtsleer is het er vandaag de dag over eens dat de arbiter niet gebonden is door het IPR van de zetel¹⁰⁰. Dit neemt niet weg dat dit IPR van de zetel nog steeds kan aangewend worden om het toepasselijk recht te vinden.¹⁰¹

⁹⁵ Artikel 45 van de Yemeni Arbitration Act van 29 March 1992, *Journal of International Arbitration* 1994, p. 70 e.v.

⁹⁶ M. BLESSING, "Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law" in A.-J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration Proceedings. The law applicable in international arbitration*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 410.

⁹⁷ R. VAN DELDEN, *Internationale Handelsarbitrage*, 's Gravenhage, Kluwer - Deventer, 1996, p. 33.

⁹⁸ H. VAN HOUTTE, "Arbitrage en toepasselijk recht", *T.P.R.* 1982, p. 714; zie ook H. VAN HOUTTE, *Rechtsvinding bij transnationale handelsarbitrage*, Leuven, KUL, 1977, p. 448.

⁹⁹ R. VAN DELDEN, *Internationale Handelsarbitrage*, 's Gravenhage, Kluwer - Deventer, 1996, p. 33.

¹⁰⁰ L. CRAIG, W. PARK en J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, Oceana Publ., 1990, p. 290.

¹⁰¹ zie bijvoorbeeld I.C.C.-uitspraak n° 5460 van 1987, *ICCA Yearbook Commercial Arbitration XIII* 1988, p. 104; I.C.C.-uitspraak n° 4504 van 1985, *Clunet Journal de Droit International* 1986, p. 1118; I.C.C.-uitspraak n° 4187 van 1982, geciteerd in Y. DERAÏNS en S. JARVIN, "Chroniques des sentences arbitrales", *Clunet Journal du Droit International* 1983, p. 895; I.C.C.-uitspraak n° 2735 van 1976, geciteerd in Y. DERAÏNS en S. JARVIN, "Chroniques des sentences arbitrales", *Clunet Journal du Droit International* 1977, p. 943; I.C.C.-uitspraak n° 2096 van 1972 geciteerd in Y. DERAÏNS, "L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflits des lois intéressés au litige", *Rev. Arb.* 1972, p. 110-112; I.C.C.-uitspraak n° 1813 van 1971 geciteerd in J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry (NY), Oceana Publ., 1978, p. 237-238; I.C.C.-uitspraak n° 1689 van 1970 geciteerd in Y. DERAÏNS, "L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflits des lois intéressés au litige", *Rev. Arb.* 1972, p. 107-109; I.C.C.-uitspraak n° 1592 van 1970 geciteerd in J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry (NY), Oceana Publ., 1978, p. 264; The Alsing Tracking Company

3. Het I.P.R. van de bevoegde rechter

38. Dit is dan de rechter die, als er geen arbitrage zou zijn, bevoegd zou zijn. Men mag arbitrage echter niet zien als een “ersatz” voor de rechter. Dit zou niet alleen strijdig zijn met de aard van internationale handelsarbitrage, bovendien verklaart zich meestal meer dan één rechter bevoegd. Meer dan één I.P.R. zou zich dan opdringen.

Een andere mogelijkheid zou erin bestaan te kijken naar het I.P.R. van de rechter die de uitspraak uitvoerbaar zal verklaren. Men moet immers streven naar de uitvoerbaarheid van de rechterlijke uitspraak (zie o.a. artikel 35 I.C.C.-reglement). Het strookt echter niet met de geest en de contractuele opbouw van de arbitrage dat de arbiter zijn rechtskeuze uitsluitend zou laten bepalen door het recht van de rechter die de uitspraak eventueel zal ten uitvoerleggen. Bovendien is het heel dikwijls onvoorspelbaar in welke landen deze tenuitvoerlegging kan of zal gebeuren¹⁰².

C. Toepassing van a - nationaal I.P.R.

39. Nationale conflictenregels zijn nationaal georiënteerd en ontwikkeld om gebruikt te worden in nationale rechtbanken. Ze zijn vaak weinig geschikt om toegepast te worden op internationale contracten. Het nationaal I.P.R. van een bepaald land, dat een band heeft met de zaak, is inderdaad heel aantrekkelijk (meestal goed ontwikkeld, makkelijk te vinden in wetgeving en rechtspraak, voor onduidelijkheden kan men terugvallen op de rechtsleer, ...), maar het blijft erg nationaal getint.

Door te kiezen voor arbitrage opteren de partijen er eigenlijk voor om de nationale rechtbanken te ontwijken en dus eigenlijk ook de conflictenregels die deze nationale rechtbanken toepassen. Ze doen dit om allerlei redenen : omdat men de zaak wil voorleggen aan specialisten, omwille van de privacy en de discretie die arbitrage meebrengt,...

LEW¹⁰³ meent dan ook dat men het geschil moet “internationaliseren” of “denationaliseren”. In plaats van een nationale wettelijke bepaling toe te passen, moeten de arbiters op zoek gaan naar een algemeen aanvaarde regel. Eventueel komen de partijen uit een land dat een conventie heeft geratificeerd waar men zo’n regel kan vinden.

Limited and the Swedish Match Company v. the Greek State van 1958, *I.C.L.Q.* 1959, p. 320.

¹⁰² H. VAN HOUTTE, *Rechtsvinding bij transnationale handelsarbitrage*, Leuven, KUL, 1977, p. 451; P. LALIVE, “Les règles de conflits appliquées par l’arbitre siegeant en Suisse”, *Rev. Arb.* 1976, p. 162.

¹⁰³ J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publ., 1978, p. 582.

1. Bronnen van dit a - nationaal I.P.R.

40. Conventies, regels van internationale organisaties, e.d.m.

2. Het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage, gesloten te Genève op 21 april 1961

41. In 1961 werd onder auspiciën van de Verenigde Naties het Europees Verdrag inzake de Internationale Handelsarbitrage ondertekend te Genève. Dit was de eerste grote internationale conventie die de problematiek van het toepasselijk recht in internationale handelsarbitrage behandelde. Het Verdrag is van toepassing wanneer een arbitrage - overeenkomst gesloten werd tussen partijen die hun gewoonlijke verblijfplaats of hoofdzetel hebben in één van de lidstaten¹⁰⁴.

Artikel VII van het Verdrag stipuleert : Wanneer de partijen niet hebben aangegeven welk recht moet worden toegepast, passen de scheidslieden de wet toe aangewezen door de conflictenregel die ze ter zake passend achten. In beide gevallen houden de scheidslieden rekening met de bedingen van het contract en de handelsgebruiken.

Deze regel werd overgenomen in het Uncitral - arbitragereglement en in het I.C.C.-reglement (artikel 13, dat ondertussen wel gewijzigd is). Men kan zich echter afvragen wat bedoeld wordt met die “passend geachte conflictenregel”. Zoals gezegd zijn dit niet de conflictenregels van het land waar het scheidsgerecht haar zetel heeft. De vraag is of de arbiters verplicht zijn om een conflictenregel te kiezen, die gevonden wordt in een rechtssysteem waarmee het contract een band heeft. Mag men steunen op een niet bestaand systeem van conflictenrecht ? Wat wordt bedoeld met passend achten ? Het Verdrag beantwoordt deze vragen niet en laat de arbiters vrij. FOUCHARD vat het als volgt samen : “il faut de même laisser l’arbitre régler comme il l’entend le conflit de lois”, hij voegt eraan toe : “en lassaint l’arbitre maître de son système de conflit, on ne lui interdit aucune méthode au profit d’une autre ; suivant les circonstances de l’affaire, il adoptera telle règle de conflit qui lui paraîtra appropriée ; cette règle ne sera d’ailleurs pas nécessairement puisée dans un système de conflit déterminé, l’arbitre pourra au besoin la forger lui-même.”¹⁰⁵

42. De vraag die men zich bij dit alles kan stellen is of het niet beter zou zijn geweest om, in plaats van de ingewikkelde procedure, waarbij men gebruik moet maken van conflictenregels om het toepasselijk recht te vinden, de arbiters de bevoegdheid te geven om rechtstreeks het toepasselijk recht te bepalen.

¹⁰⁴ Artikel I.1.a; de gebonden landen zijn : **België**, Bosnië - Herzegovina, Bulgarije, Burkina Faso, Cuba, Denemarken, Duitse Bondsrepubliek, Frankrijk, Hongarije, Italië, Joegoslavië, Kroatië, Luxemburg, Macedonië, Oekraïne, Oostenrijk, Opper-Volta, Polen, Roemenië, Russische Federatie, Slovenië, Slowaakse Republiek, Spanje, Tsjechische Republiek, Turkije, Wit-Rusland.

¹⁰⁵ PH. FOUCHARD, *L'Arbitrage Commercial International*, Paris, Dalloz, 1965, p. 380.

Als men de arbiter immers de vrijheid geeft om een “gepaste” conflictenregel te kiezen, kunnen ze evengoed rechtstreeks het materieel recht, dat ze toepasselijk achten, bepalen.¹⁰⁶ Dit is de zogenaamde “voie directe” (zie infra randnr. 49).

43. In de praktijk vinden we 6 manieren terug om de bepalingen van het Verdrag van '61 toe te passen.

Toepassing van een conflictensysteem dat passend geacht wordt. Men gebruikt dan dit ene systeem om alle problemen waarmee men geconfronteerd wordt op te lossen¹⁰⁷. Nadeel hiervan is dat zo'n systeem de arbiters bepaalde beperkingen kan opleggen, die de Conventie van '61 net wou vermijden. Dit is waarschijnlijk de reden waarom arbiters veeleer kiezen voor een aparte conflictenregel voor elke vraag van I.P.R. in plaats van zich te beperken tot één enkel I.P.R.-systeem¹⁰⁸.

Toepassing van conflictenregels. In dergelijk geval beschouwt men alle regels van conflictenrecht die zouden kunnen toegepast worden en dan kiest men deze die intrinsiek het meest rechtvaardig en opportuun zijn¹⁰⁹. FOUCHARD noemde dit “la directive qualitative”¹¹⁰.

Toepassing van een conflictenregel die men terugvindt in een internationaal instrument, bijvoorbeeld het Verdrag van Den Haag van 1955 over internationale koop - verkoop van roerende lichamelijke zaken, waar met enige regelmaat naar verwezen wordt door arbiters¹¹¹. Men mag wel niet vergeten dat de arbiters niet verplicht zijn om de conflictenregels te volgen die voorgesteld worden door enige internationale conventie.

Toepassing van een algemeen aanvaarde conflictenregel. In dat geval passen de arbiters de regel toe die volgens hen het meest algemeen aanvaard is in de diverse nationale rechtssystemen.¹¹² Men moet echter opmerken dat geen enkele regel universeel aanvaard is. Sommige I.P.R.-regels zijn vrij frequent

¹⁰⁶ J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publ., 1978, p. 294.

¹⁰⁷ I.C.C.-uitspraak n° 1048 van 1960 geciteerd in J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publ., 1978, p. 301.

¹⁰⁸ J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publ., 1978, p. 302.

¹⁰⁹ I.C.C.-uitspraak n° 1040 van 1959 geciteerd in J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publ., 1978, p. 302-303.

¹¹⁰ PH. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Parijs, Dalloz, 1965, n° 571.

¹¹¹ I.C.C.-uitspraak n° 6281 van 1989, *Clunet Journal du Droit International* 1991, p. 1054 e.v.; zie bijvoorbeeld I.C.C.-uitspraak n° 1717 van 1972, JARVIN en DERAÏNS (eds.), *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Deventer/Boston, p. 191 e.v.

¹¹² I.C.C.-uitspraak n° 1512 van 1971, *Journal du Droit International* 1974, p. 905 e.v.

terug te vinden in een aantal I.P.R.-systemen en die is men gaan beschouwen als algemeen aanvaarde regels¹¹³.

Toepassing van een cumulatieve conflictenregel¹¹⁴. Dit is enigszins te vergelijken met de toepassing van een algemeen aanvaarde conflictenregel. Het impliceert een accumulatie van de relevante regels van conflictenrecht, die men haalt uit de I.P.R.-systemen die een band hebben met het geschil, bijvoorbeeld een conflictenregel die aanvaard is zowel in het rechtssysteem van het land van origine van de partijen en van de arbiter als in het land waar de arbitrage plaatsheeft¹¹⁵.

Accumulatie van relevante aanknopingsfactoren¹¹⁶ : men neemt alle aanknopingsfactoren (plaats van contractssluiting, van uitvoering,...) en men kijkt naar welk land de meeste aanknopingsfactoren wijzen. Het enige dat men eigenlijk hieruit kan afleiden is dat het gebruik van één of ander nationaal I.P.R. niet onontbeerlijk is.

D. Toepassing van een a - nationaal recht op de grond van het geschil
44. In een aantal zaken hebben scheidsgerichten hun uitspraken niet gebaseerd op één enkel nationaal recht maar op handelsgebruiken of usages enerzijds en algemene rechtsbeginselen of Lex Mercatoria anderzijds¹¹⁷.

1. Handelsgebruiken of usages

45. Zowel in de gevallen waar de partijen een rechtskeuze hebben gemaakt als in deze waar dit niet het geval is, moeten de arbiters rekening houden met de relevante handelsgebruiken¹¹⁸.

Op die manier kan men lacunes opvullen in het toepasselijk recht aangezien praktijken in de wereld van de internationale handel zich sneller kunnen ontwikkelen dan de wet. Arbiters mogen echter niet afwijken van de door de partijen gekozen wet op basis van het feit dat ze rekening houden met handelsgebruiken¹¹⁹.

¹¹³ M. BLESSING, "Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law" in A.-J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration Proceedings. The law applicable in international arbitration*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 412.

¹¹⁴ I.C.C.-uitspraak n° 2438 van 1975, *Journal du Droit International* 1976, p. 969 en I.C.C.-uitspraak n° 1434 van 1975, *Journal du Droit International* 1976, p. 978.

¹¹⁵ H. VAN HOUTTE, "Arbitrage en toepasselijk recht", *T.P.R.* 1982, p. 715.

¹¹⁶ I.C.C.-uitspraak n° 1846 van 1972 geciteerd in J. LEW, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Dobbs Ferry (NY), Oceana Publ., 1978, p. 342.

¹¹⁷ I.C.C.-uitspraak n° 3131 van 1979, *ICCA Yearbook Commercial Arbitration IX* 1984, p. 109; C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and alternative dispute resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 90.

¹¹⁸ Artikel 17.2 I.C.C.-reglement; Artikel 33.3 Uncitral-arbitragereglement; Artikel 28 Uncitral - Modelwet; Artikel VII.1 van het Europees Verdrag van Genève van 1961 inzake internationale handelsarbitrage.

¹¹⁹ C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and alternative dispute resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 90.

Een van de meest gekende voorbeelden van handelsgebruiken zijn de INCOTERMS, een privé - codificatie van de Internationale Kamer van Koophandel die erop gericht is te voorzien in een stel internationale regels ter verklaring van de meest gebruikte termen in het internationaal handelsverkeer¹²⁰.

2. De Lex Mercatoria en de algemene rechtsbeginselen.

46. De Lex Mercatoria is al sedert de jaren '60 het voorwerp geweest van menig verhitte discussie in de rechtsleer, alhoewel men tot op heden nog niet gekomen is tot een omschrijving die duidelijk het concept bepaalt en waar iedereen zich mee kan verzoenen.

In een poging tot definitie omschrijft DE BOURNONVILLE de Lex Mercatoria als een geheel van principes, instellingen, en regels, die geput worden uit alle bronnen die geleidelijk de structuren en het juridisch functioneren van de verzameling actoren van het internationaal handelsrecht bepaald hebben en dat nog steeds doen.¹²¹

Er zijn twee onmiddellijke voordelen verbonden aan dergelijke rechtsregels. Ten eerste reflecteren ze noodzakelijkerwijs noden en belangen van de zakenwereld; ten tweede zijn ze van uniforme toepassing en zo vermijdt men de grillen van de verschillende rechtsstelsels. Bij de enen¹²² oogst de Lex Mercatoria enorme bijval; anderen¹²³ staan er eerder sceptisch tegenover of doen het af als een anachronisme; nog anderen gedragen zich openlijk vijandig¹²⁴.

47. Wat is nu die Lex Mercatoria ?

Volgens GOLDMAN¹²⁵, die zonder twijfel één van de grootste verdedigers van de Lex Mercatoria kan genoemd worden, zijn haar belangrijkste kenmerken de normale en spontane aard. Volgens hem kunnen internationale handelsrelaties zonder probleem beheerst worden door a - nationale gewoontes, algemene rechtsbeginselen en internationale arbitrale casuïstiek. Deze regels zouden dan voortdurend aangevuld worden met principes die groeien binnen de internationale handel. Meestal gaat het om een gebruik dat zich ontwikkelt in een specifieke tak van de handel. Basisregels van de Lex Mercatoria zijn dan : “pacta sunt servanda”, “rebus sic stantibus”, het

¹²⁰ J. ERAUW, *Bronnen van Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 274.

¹²¹ PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Larcier, Brussel, 2000, p. 233.

¹²² B. GOLDMAN, “La Lex Mercatoria dans les contrats d'arbitrage internationaux : Réalité et perspectives”, *Clunet Journal du droit international* 1979, p. 475.

¹²³ M. MUSTILL, “The new Lex Mercatoria : the First Twenty-five years”, *Arb. Int.* 1988, p. 86.

¹²⁴ F.A. MANN, The proper law in the Conflicts of Laws, *I.C.L.Q.* 1987, 437-448; S. TOOPE, *Mixed International Arbitration. Studies in Arbitration between States and Private persons*, Cambridge, Grotius Publications, 1990, p. 96.

¹²⁵ B. GOLDMAN, “La Lex Mercatoria dans les contrats d'arbitrage internationaux : Réalité et Perspectives”, *Clunet Journal du Droit International* 1979, p. 21.

principe van de uitvoering te goeder trouw, “exceptio non adimpleti contractus”,...¹²⁶

48. In de casuïstiek van de arbitrage kunnen slechts weinig uitspraken teruggevonden worden die gebaseerd zijn op Lex Mercatoria alleen, zonder dat daar enig nationaal rechtssysteem aan te pas komt. Tegen sommige van deze uitspraken werden verzoeken tot vernietiging ingediend voor nationale rechtbanken. Britse en Franse rechtbanken hebben dergelijke moties verworpen, stellende dat arbiters hun beslissingen mogen baseren op internationaal aanvaarde rechtsprincipes of Lex Mercatoria. We kunnen hier het arrest vermelden van het Franse Hof van Cassatie in de zogenaamde Valencia-zaak.¹²⁷

Wat de bepaling van de Lex Mercatoria of van de algemene rechtsbeginselen met betrekking tot de internationale koop/verkoop van goederen betreft, zullen de arbiters vaak terugvallen op:¹²⁸

het Verdrag van de Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, gesloten te Wenen op 11 april 1980 (CISG)¹²⁹ de UNIDROIT Principes van Internationale Commerciële Contracten^{130 131}.

Verder kan men ook kijken naar de extensieve literatuur over de Lex Mercatoria en de arbitrale casuïstiek.

Toch stellen zich nog problemen in verband met de Lex Mercatoria : vooreerst is er geen duidelijke consensus aangaande de bronnen, ten tweede is het onduidelijk in welke gevallen ze zal toegepast worden en ten derde is er gebrek aan inhoud. Eigenlijk zijn er slechts een aantal grondregels en daar

¹²⁶ zie bijvoorbeeld I.C.C.-uitspraak n° 8365 van 1996, *Journal du Droit International* 1997, p. 1078 e.v.; A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 120.

¹²⁷ Cour de Cassation, 22 oktober 1991, *Rev. Arb.* 1992, 457-461.

¹²⁸ C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and Alternative Dispute Resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 88 e.v..

¹²⁹ I.C.C.-uitspraak n° 6281 van 1989, *Clunet Journal du Droit International* 1991, p. 1054 e.v.; I.C.C.-uitspraak n° 7152 van 1992, *Clunet Journal du Droit International* 1992, p. 1006; I.C.C.-uitspraak n° 6653 van 1993, *Clunet Journal du Droit International* 1993, p. 1040.

¹³⁰ in mei 1994 publiceerde een werkgroep van UNIDROIT deze principes. In de preambule lezen we : “*They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by “general principles of law”, the “lex mercatoria”, or the like. They may provide a solution to an issue raised when it proves impossible to establish the relevant rule of the applicable law. They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. They may serve as a model for national and international legislators.*”

¹³¹ I.C.C.-uitspraak nr. 10346 van 2000, Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la C.C.I. XII/2 2001, p. 106; I.C.C.-uitspraak nr. 10335 van 2000, Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la C.C.I. XII/2 2001, p. 102; I.C.C.-uitspraak nr. 9797 van 2000, Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la C.C.I. XII/2 2001, p. 88 ; I.C.C.-uitspraak nr. 9651 van 2000, Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la C.C.I. XII/2 2001, p. 67; I.C.C.-uitspraak nr. 8547 van 1999, Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la C.C.I. XII/2 2001, p. 56; voor meer hierover : H. VAN HOUTTE, “*The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*”, *Arb. Int.* 1995, p. 381-382.

stopt het ook. Er is geen verdere uitwerking en daardoor is het belang en de rol ervan ook beperkt¹³².

E. De Directe Weg

49. De bedoeling lijkt dus te zijn (zoals reeds eerder gezegd en eveneens volgend uit de lezing van de Conventie van Genève van '61, de Uncitral - Modelwet, het Uncitral - Arbitragereglement en het I.C.C.-reglement) om het scheidsgerecht een min of meer absolute vrijheid te geven om het toepasselijk recht te bepalen in de afwezigheid van enige rechtskeuze door de partijen.

De vraag die men zich echter kan stellen is of ze nog steeds moet handelen via conflictenregels. Uiteindelijk zoekt de arbiter het recht dat hij toepasselijk acht en of dit nu gebeurt via de toepassing van regels van conflictenrecht of langs een directe weg, speelt eigenlijk geen rol¹³³.

Ontdaan van elke band met de Staat is de arbiter niet verplicht zich te plaatsen binnen het kader van een conflict tussen nationale wetten om het toepasselijk materieel recht te bepalen¹³⁴.

In Frankrijk trekt men de redenering door tot in haar logische consequenties: men laat er elke verwijzing naar conflictenrecht vallen. Artikel 1496 van de Franse Nouveau Code de Procédure Civile stipuleert: "L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisis; à défaut d'un tel choix conformément à celles qu'il estime appropriées."

Dit impliceert twee zaken. Een internationaal scheidsgerecht heeft geen verplichting om haar keuze van het toepasselijk recht te baseren op nationale regels van conflictenrecht. Ze is evenmin verplicht om te kiezen voor een rechtssysteem. Ze kan namelijk kiezen voor aparte rechtsregels die ze toepasselijk acht.

Nederland is Frankrijk hierin gevolgd. In artikel 1054 Rv. lezen we : "Ingeval de partijen een rechtskeuze hebben gedaan, beslist het scheidsgerecht naar de door de partijen aangewezen regelen des rechts. Indien een dergelijke rechtskeuze niet heeft plaatsgevonden, beslist het scheidsgerecht volgens de regelen des rechts die het in aanmerking acht te komen."

In Zwitserland lezen we in artikel 187 eerste lid I.P.R.G. :

¹³² A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 120.

¹³³ A. REDFERN en M. HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration*, Londen, Sweet and Maxwell, 1999, p. 133.

¹³⁴ PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, p. 232; PH. FOUCHARD, E. GAILLARD en B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Parijs, Litec, 1996, p. 880 e.v.; M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'Arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, p. 566-569.

“Das scheidsgerecht entscheidet die Streitsache nach dem von den Parteien gewählten Recht oder, bei fehlen einer Rechtswahl, nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt.”

VAN DELDEN¹³⁵ merkt hier op dat de Franse en de Nederlandse regel nog steeds zeer subjectief zijn. Volgens hem is de Zwitserse regel de beste : ze zorgt immers voor een enigszins objectief richtsnoer, m.n. de leer van de nauwste binding die ook al terug te vinden is in artikel 4, lid 2 van het Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO) gesloten te Rome op 19 juni 1980¹³⁶ en in heel wat arbitrale uitspraken¹³⁷.

Ook het nieuwe I.C.C.-reglement opteert in artikel 17.1 voor de directe weg : Indien dergelijk akkoord [van de partijen aangaande het toepasselijk recht] ontbreekt, past het scheidsgerecht de rechtsregels toe die het geschikt acht.

50. Deze directe methode zal de arbiter nopen om in essentie de aard en de karakteristieken van het contract in acht te nemen (zie ook artikel 17.2 I.C.C.-reglement : in alle gevallen houdt het scheidsgerecht rekening met de bepalingen van de overeenkomst) om te oordelen aan het recht van welk land dit contract moet onderworpen worden¹³⁸.

Opmerking : de Uncitral Modelwet is nog niet zo liberaal. Zij vereist nog steeds dat men het toepasselijk materieel recht bepaalt via de aanwending van conflictenregels (zie artikel 28.2). Dit wordt betreurd, maar men ziet het niet echt als een nadeel omdat de arbiters die de “voie directe” mogen toepassen waarschijnlijk eveneens een aantal aanknopingsfactoren in overweging zullen nemen zodat er niet zoveel verschil zal zijn met de methode die artikel 28.2 voorstelt; bovendien vereist artikel 28 van de Uncitral - Modelwet enkel de toepassing van conflictenregels en niet van een systeem van conflictenrecht¹³⁹.

§3. De praktijk

51. Gepubliceerde arbitrale uitspraken geven blijk van een grote variëteit van methoden gebruikt door internationale arbiters om de toepasselijke rechtsregels te bepalen. Alles hangt eigenlijk af van de bijzondere omstandigheden van de zaak en van de arbiters. Soms is het helemaal niet

¹³⁵ R. VAN DELDEN, *Internationale Handelsarbitrage*, 's Gravenhage, Kluwer-Deventer, 1996, p. 34-35.

¹³⁶ J. ERAUW, *Bronnen van Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 245 e.v.

¹³⁷ zie bijvoorbeeld I.C.C.-uitspraak n° 6500 van 1992, *Clunet Journal du Droit International* 1992, p. 1014; I.C.C.-uitspraak n° 6283 van 1990, *ICCA Yearbook International Commercial Arbitration XVII* 1992, p.178

¹³⁸ PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Brussel, Larciere, 2000, p. 232.

¹³⁹ M. BLESSING, “Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law” in A.-J. VAN DEN BERG (ed.), *Planning efficient arbitration Proceedings. The law applicable in international arbitration*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 437.

duidelijk waarom arbiters een bepaalde conflictenregel passend geacht hebben. Men moet echter uitgaan van hun expertise en integriteit. Het grootste bezwaar tegen deze grote vrijheid voor de arbiters is eigenlijk de onzekerheid die zal heersen over de uitkomst van de zaak. Daarom opteren sommigen ervoor om het I.P.R. van de zetel toe te passen. De bezwaren hiertegen zijn gekend, maar het blijft een ultiem vangnet als de rest faalt. In de meeste gevallen maken de arbiters gebruik van de volgende methoden om de toepasselijke rechtsregels te bepalen....¹⁴⁰

A. Toepassing van de conflictregels van de landen die een band hebben met het geschil dat onderworpen is aan arbitrage, met inbegrip van het conflictenrecht van de zetel.

52. Volgens dit principe maakt het scheidsgerecht gebruik van de conflictenregels van de rechtssystemen die een band hebben met het geschil (regels van de landen vanwaar de partijen komen, van de plaats waar de arbitrage gevoerd wordt¹⁴¹, van de landen waar het contract getekend is of uitgevoerd¹⁴², e.d.m.) om het toepasselijk recht te bepalen.

B. Zich baseren op de algemene principes van internationaal privaatrecht

53. Bij deze methode worden enkele gemeenschappelijke of algemeen aanvaarde principes gedistilleerd uit de belangrijkste gehelen van conflictenrecht. Zo werd meermaals gesteld dat de overeenkomst geregeerd wordt door het recht van het land, waarmee deze overeenkomst de nauwste binding had¹⁴³. Er bestaat echter geen eensgezindheid over de relevante criteria om deze aanknoping te appreciëren. Eén keer was dit bijvoorbeeld de karakteristieke prestatie¹⁴⁴; een andere keer de bestemming van de levering¹⁴⁵; nog een andere keer wegen de arbiters de verscheidene aanknopingspunten zorgvuldig tegen elkaar af om het zwaartepunt van de overeenkomst te vinden (cumulatieve toepassing van de verschillende IPR systemen)¹⁴⁶.

¹⁴⁰ C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and Alternative Dispute Resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 88 e.v.

¹⁴¹ I.C.C. - uitspraak n° 4187 van 1982 geciteerd in Y. DERAÏNS en S. JARVIN, "Chroniques des sentences arbitrales", *Journal du Droit International Clunet* 1983, p. 895; I.C.C. - uitspraak n°2735 van 1976 geciteerd in Y. DERAÏNS en S. JARVIN, "Chroniques des sentences arbitrales", *Journal du Droit International Clunet* 1977, p. 943.

¹⁴² I.C.C.-uitspraak n° 6268 van 1990, *ICCA Yearbook International Commercial Arbitration XVI* 1991, p. 119; I.C.C.-uitspraak n° 5865 van 1989, *The International Court of Arbitration Bulletin* 1990, p. 23.

¹⁴³ H. VAN HOUTTE, "Arbitrage en toepasselijk recht", *T.P.R.* 1982, p. 715.

¹⁴⁴ I.C.C.-uitspraak n° 4650 van 1985, *ICCA Yearbook International Commercial Arbitration XII* 1987, p. 111; I.C.C. - uitspraak n° 2879 van 1978, *Journal du Droit International* 1979, p. 989.

¹⁴⁵ I.C.C.-uitspraak n° 2119 van 1978, *Journal du Droit International* 1979, p. 997.

¹⁴⁶ I.C.C. - uitspraak 2438 van 1975, *Journal du Droit International* 1976, 969; I.C.C.-uitspraak n° 1434 van 1975, *Journal du Droit International* 1976, p. 978.

Deze methode heeft als nadeel dat ze simplificerend werkt¹⁴⁷. De hierboven vermelde principes stemmen niet altijd overeen met de in beschouwing genomen regels van conflictenrecht. Dit verklaart waarom scheidsgerichten, om hun keuze te motiveren, terugvallen op internationale conventies zoals: het Europees verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, gesloten te Rome op 19 juni 1980¹⁴⁸ (ondanks het feit dat arbitrage - overeenkomsten uitdrukkelijk uitgesloten zijn uit het toepassingsgebied van EVO – zie artikel 1.2.d), het Verdrag inzake de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet, ondertekend te Den Haag op 15 juni 1955¹⁴⁹, het Verdrag inzake internationale koop van roerende lichamelijke zaken, gesloten te Den Haag op 22 december 1986¹⁵⁰.

C. De directe weg (“la voie directe” of the “direct way”)

54. Deze methode houdt in dat het scheidsgerecht rechtstreeks het geschil oplost, zonder eerst de vraag te stellen naar de toepasselijke regels van conflictenrecht¹⁵¹.

Hierbij stelt ze een aanknopingsfactor vast, die ze beschouwt als doorslaggevend, tussen het contract en de wet die ze beslist toe te passen. Deze factor kan bestaan uit de plaats van de karakteristieke prestatie, het zwaartepunt van het contract, de plaats van de uitvoering van het contract, de vestigingsplaats van de verkoper,... . In een aantal arbitrale uitspraken kiest men voor de objectieve situs van het contract.¹⁵² Dit is dan ofwel de plaats van contractssluiting ofwel de plaats van uitvoering.

¹⁴⁷ C. IMHOOS en H. VERBIST, *Arbitration and Alternative Dispute Resolution*, Genève, International Trade Center, 2001, p. 89.

¹⁴⁸ I.C.C.-uitspraak n° 6500 van 1992, *Clunet Journal du Droit International* 1992, p. 1014; I.C.C.-uitspraak n° 6283 van 1990, *ICCA Yearbook International Commercial Arbitration XVII* 1992, p.178; zie ook J. ERAUW, *Belgisch Internationaal Privaatrecht*, Gent, Instituut voor Internationaal Privaatrecht, 2000, p. 406 die deze toepassing van het EVO - verdrag een goede zaak noemt “omdat het zozeer is geïnspireerd op het Europees algemeen aanvaard recht van IPR inzake contracten”.

¹⁴⁹ zie bijvoorbeeld I.C.C.-uitspraak n° 5885 van 1989, *Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la C.C.I.* I/2 1990, p. 23; I.C.C.-uitspraak n° 5713 van 1989, *Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la C.C.I.* I/2 1990, p. 24; I.C.C.-uitspraak n° 6281 van 1989, *Clunet Journal du Droit International* 1991, p. 1054 e.v.

¹⁵⁰ I.C.C.-uitspraak n° 6527 van 1991, *ICCA Yearbook International Commercial Arbitration XVIII* 1993, p. 44.

¹⁵¹ I.C.C.-uitspraak n° 4132 van 1983, *Journal du Droit International* 1983, p. 891; J.-J. ARNALDEZ, noot onder I.C.C.-uitspraak n° 8365 van 1996, *Journal du Droit International* 1997, p. 1080.

¹⁵² I.C.C.-uitspraak nr. 5865 van 1989, *Journal du Droit International* 1998, p. 1008; I.C.C.-uitspraak nr. 5717 van 1988, *Bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la C.C.I.* I/2 1990, p. 22.

§4. De interventie van regels van openbare orde en van dwingend recht (lois d'application immédiate)

55. De arbiters moeten niet alleen de dwingende regels toepassen van het toepasselijk materieel recht (als onderdeel van dat recht), ze zullen ook oog moeten hebben voor vreemde regels van dwingend recht en openbare orde.

De arbiter zal rekening moeten houden met de openbare orde van de Staten die een band hebben met het geschil. Dit zal vooral van belang zijn m.o.o. de eventuele tenuitvoerlegging van de arbitrale uitspraak. Het Verdrag van New York stipuleert immers in artikel 5.2.b dat tenuitvoerlegging geweigerd wordt als de bevoegde autoriteit van het land waar de erkenning en tenuitvoerlegging wordt verzocht, constateert dat dit strijdig zou zijn met de openbare orde van zijn land.

In wat bekend raakte als de Audi - NSU - zaak werd de tenuitvoerlegging gevorderd in België van een arbitrale uitspraak gewezen in Zwitserland. De zaak kwam bij het Hof van Cassatie terecht, dat weigerde de tenuitvoerlegging te verlenen. Het Hof meende namelijk dat het strijdig was met onze openbare orde dat men de plaats van uitvoering van het contract door veinzing in Zwitserland situeerde om zo te ontsnappen aan de (strengere) Belgische wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop¹⁵³.

Met het oog op de efficiëntie van een uitspraak zal de arbiter eveneens geconfronteerd worden met de noodzaak om net zoals de overheidsrechter respect te tonen voor regels die vanuit een vreemd rechtsstelsel op het specifieke geval met nadruk de toepassing opeisen van een dwingende regel¹⁵⁴. Zoniet loopt men het risico dat de uitspraak het voorwerp zal worden van een vordering tot nietigverklaring¹⁵⁵.

De arbitrale praktijk geeft dan ook blijk van de uiterst complexe situatie waarbij de arbiter er tegelijkertijd naar streeft om het contract en de partijwil te respecteren enerzijds en zich anderzijds bezighoudt met de doeltreffendheid van de uitspraak¹⁵⁶. Dit zal volgens DE BOURNONVILLE tot gevolg hebben dat hij zich niet altijd strikt zal houden aan de toepassing van de lex contractus en, naargelang de omstandigheden, rekening zal houden met een dwingende bepaling die niet voortkomt uit het toepasselijk materieel recht.¹⁵⁷

¹⁵³ Cass. 28 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, p. 1303 ; *Pas.* 1979, I, p. 1260; *Yearbook Commercial Arbitration V* 1980, p. 257-259.

¹⁵⁴ J. ERAUW, *Belgisch Internationaal Privaatrecht*, Gent, Instituut voor Internationaal Privaatrecht, 2000, p. 407; zie ook art. 7 EVO.

¹⁵⁵ PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, p. 235.

¹⁵⁶ L. MATRAY, "Quelques problèmes de l'arbitrage commercial international" in *L'arbitrage - Travaux offerts au professeur Fettweis*, Brussel, Story - Scientia, 1989, p. 306.

¹⁵⁷ PH. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, p. 235.

Conclusie : de arbiters zullen flexibel moeten zijn en anticiperen op de toepassing van regels van dwingend recht (*lois d'application immédiate*) en openbare orde komend uit verschillende nationale rechtsstelsels waar men tenuitvoerlegging of nietigverklaring van hun uitspraak kan/zal vorderen.

Tenslotte moet opgemerkt worden dat de arbiters private gedingbeslissers zijn en blijven. Dit heeft tot gevolg dat als hun beschikking vrijwillig door de partijen wordt ten uitvoer gelegd, er geen rechterlijke controle aan te pas zal komen en dus ook geen regels van openbare orde of dwingend recht¹⁵⁸.

Hoofdstuk 4 : Besluit

56. Bij internationale handelsarbitrage zal de eigenlijke procedure het product zijn van de partij - autonomie en het scheidsgerecht. De *lex arbitri* of het toepasselijk procedureel recht zorgt dan zowel bij institutionele als bij ad hoc arbitrage voor het procedureel kader. Over de mogelijkheid om te kiezen voor een vreemd procedureel recht, m.n. een procedureel recht dat verschillend is van het recht van de zetel, bestaat grote discussie. Men lijkt het erover eens dat deze optie in theorie mogelijk is. Vooral Engelse, Nederlandse en een aantal Belgische auteurs als ERAUW en VAN HOUTTE geven echter de voorkeur aan het territorialiteitsprincipe (procedureel recht van de plaats van arbitrage), niet in het minst omwille van de talrijke praktische moeilijkheden die rijzen wanneer men kiest voor een vreemd procedureel recht.

In Frankrijk opteert men uitdrukkelijk in artikel 1494 N.C.P.C. voor de mogelijkheid om de arbitrage te onderwerpen aan een vreemd procedureel recht. Belgische auteurs als MATRAY, HUYS, KEUTGEN en DE BOURNONVILLE volgen dezelfde lijn.

Toch is dit alles weinig relevant voor de praktijk, die uitwijst dat de partijen zeer zelden aandacht zullen hebben voor het recht dat de arbitrale procedure beheerst. Als er dan al eens verwezen wordt naar het toepasselijk procedureel recht, valt deze keuze in de meeste gevallen samen met het recht van de plaats van arbitrage.

57. Ook wat het materieel recht betreft, speelt de partij - autonomie een belangrijke rol : de partijen kunnen zelf kiezen welk recht zal moeten toegepast worden. Om te komen tot een beslissing aangaande het toepasselijk materieel recht in afwezigheid van enige rechtskeuze door de partijen, is het scheidsgerecht gemachtigd, tenzij anders bepaald wordt door de regels waaronder het werkt, om gelijk welk systeem van rechtsregels te kiezen dat de partijen zelf zouden kunnen overeengekomen zijn of zelfs geen systeem. Als het erop aankomt te bepalen hoe het tribunaal tot haar besluit moet komen, kan men geen algemene regel identificeren. Om die reden kan men zeggen dat de nationale I.P.R. systemen gefaald hebben : ze zijn er niet

¹⁵⁸ J. ERAUW, *Belgisch Internationaal Privaatrecht*, Gent, Instituut voor Internationaal Privaatrecht, 2000, p. 409.

in geslaagd te zorgen voor consistente, overtuigende en geharmoniseerde oplossingen. Ze zijn er ook niet in geslaagd om de internationale handelsgemeenschap rechtszekerheid en voorspelbaarheid te geven. De arbiters zijn in tegenstelling tot rechters niet verplicht het IPR toe te passen van de plaats waar de arbitrage plaatsgrijpt. De huidige tendens geeft de tribunalen een grote vrijheid, maar legt er toch de nadruk op dat ze werken volgens toepasselijke regels van conflictenrecht, zie bijvoorbeeld artikel VII van het Verdrag van Genève van 1961 en de Uncitral - Modelwet (artikel 28). Sommige nationale wetten (vb. Franse, Zwitserse en Nederlandse) brengen dit tot de logische consequenties : ze laten de verwijzing naar conflictenregels achterwege en laten het over aan het scheidsgerecht om rechtstreeks het toepasselijk recht te bepalen. Dit is de zogenaamde “voie directe.” Deze methode is mijns inziens aan te bevelen. Als men de oplossing van een geschil kan toevertrouwen aan een scheidsgerecht, kan dit tribunaal ook vertrouwd worden om de toepasselijke rechtsregels te bepalen waarop het haar beslissing zal baseren. Als de partijen dit niet zien zitten, hebben ze, zoals supra is gebleken, zelf het wapen in handen om hieraan te verhelpen, namelijk door een rechtskeuze te maken. Dit zal veel kosten en moeite besparen.

Thomas CHEVALIER
Student derde licentie rechten
Universiteit Gent