

# Tijdschrift@ipr.be

TIJDSCHRIFT VOOR INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT



# Revue@dipr.be

REVUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

2011/3

**Redactie – Rédaction:**

Frans Bouckaert (emerit. KU Leuven)

Johan Erauw (U Gent)

Marc Fallon (UC Louvain la Neuve)

Erna Guldix (VU Brussel)

Johan Meeusen (U Antwerpen)

Marta Pertegás Sender (U Antwerpen)

Paul Torremans (U Nottingham en U Gent)

Hans van Houtte (KU Leuven)

Herman Verbist (U Gent)

Nadine Watté (UL Bruxelles)

Patrick Wautelaet (U Liège)

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

Cedric Vanleenhove (U Gent)

Jonas Malfliet (U Gent)

**Uw bijdragen**

Bijdragen voor het tijdschrift kunnen via e-mail worden toegezonden op het adres: [tijdschrift@ipr.be](mailto:tijdschrift@ipr.be). Het tijdschrift werkt met “peer review”. Publicatie gebeurt alleen na controle door de redactieraad.

**Vos contributions**

Vos contributions pour la revue peuvent être envoyées à l'adresse suivante: [revue@dipr.be](mailto:revue@dipr.be). La revue fonctionne selon le système de “peer review”. La publication est soumise à l'accord du comité de rédaction.

**Citeerwijze**

Tijdschrift@ipr.be 2011/3

**Mode de citation**

Revue@dipr.be 2011/3

## **INHOUD/CONTENU**

### **RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE**

Hof van Justitie, zaak C 139/10, Prism Investments BV/Jaap Anne van der Meer, arrest van 13 oktober 2011

UK Supreme Court, Jivraj v Hashwani, arrest van 27 juli 2011

Cour de Cassation française, arrêt du 27 septembre 2011

Rechtbank van eerste aanleg Brussel, vonnis van 19 september 2011

Rechtbank van eerste aanleg Gent, vonnis van 30 juni 2011

Rechtbank van eerste aanleg Gent, vonnis van 24 maart 2011

Rechtbank van eerste aanleg Gent, vonnis van 9 september 2010

Rechtbank van eerste aanleg Mechelen, vonnis van 16 maart 2010

Rechtbank van eerste aanleg Mechelen, vonnis van 3 november 2009

### **RECHTSLEER/DOCTRINE**

Charline Daelman - The Interaction between Human Rights and Private International Law

### **ACTUALITEIT**

### **ACTUALITÉ**

### **ERRATUM**



# INHOUDSOPGAVE/TABLE DES MATIÈRES

<b>RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE .....</b>	<b>3</b>
Hof van Justitie, zaak C 139/10, Prism Investments BV/Jaap Anne van der Meer, arrest van 13 oktober 2011 ....	3
Exequatur – Rechtsmiddel tegen beslissing – Artikel 45 Brussel I Verordening – Uitvoering door verrekening in land van herkomst geen grond voorzien in artikel 34 en 35 – Weigering of intrekking niet mogelijk.....	3
Exequatur – Recours contre la décision – Article 45 règlement Bruxelles I – Exécution par voie de compensation dans le pays d'origine pas de motif prévu aux articles 34 et 35 – Impossibilité de refus ou révocation .....	3
UK Supreme Court, Jivraj v Hashwani, arrest van 27 juli 2011 .....	12
Joint venture overeenkomst – Arbitragebeding – Keuze voor arbiters uit een bepaalde religieuze groep – Engelse Employment Equality Regulations 2003 niet van toepassing want arbiter geen werknemer .....	12
Contrat de joint venture – Clause d'arbitrage – Choix pour des arbitres d'un certain groupe religieux – Employment Equality Regulations 2003 anglaise pas applicable car un arbitre n'est pas un employé.....	12
Cour de Cassation française, arrêt du 27 september 2011.....	38
Internationaal goederenvervoer – Toepassing van het CMR-verdrag – Artikel 30 – De termijnen voor het maken van voorbehoud.....	38
Transport international de marchandises – Application de la convention CMR – Article 30 – Les délais de protestation .....	38
Rechtbank van eerste aanleg Brussel, vonnis van 19 september 2011 .....	44
Erkenning van Kameroens huwelijk – Artikel 27 WIPR – Geen schijnhuwelijk – Artikel 18 WIPR – Geen wetsontduiking .....	44
Reconnaissance d'un mariage camerounais – Article 27 CDIP – Pas de mariage blanc – Article 18 CDIP – Pas de fraude à la loi.....	44
Rechtbank van eerste aanleg Gent, vonnis van 30 juni 2011 .....	47
Betwisting van vaderschap van Nederlandse man – Internationale bevoegdheid – Artikel 61 WIPR – Toepasselijk recht – Artikel 62 WIPR – Toepassing van het Nederlands recht – Geen toepassing van artikel 19 WIPR.....	47
Contestation de paternité d'un homme hollandaise – Compétence internationale – Article 61 CDIP – Droit applicable – Article 62 CDIP – Application du droit hollandaise – Pas d'application de l'article 19 CDIP	47
Rechtbank van eerste aanleg Gent, vonnis van 24 maart 2011 .....	52
Toepasselijk recht – Toepassing van Turks recht – Betwisting van vaderschap .....	52
Droit applicable – Application du droit turc – Contestation de paternité .....	52
Rechtbank van eerste aanleg Gent, vonnis van 9 september 2010 .....	56
Toepasselijk recht – Betwisting van vaderschap – Artikel 62, § 1 WIPR – Turks recht – Uitzonderingsclausule van artikel 19 WIPR niet van toepassing – Heropening van de debatten.....	56
Droit applicable – Contestation de paternité – Article 62, § 1 CDIP – Droit turc – Clause d'exception de l'article 19 CDIP pas applicable – Réouverture des débats.....	56
Rechtbank van eerste aanleg Mechelen, vonnis van 16 maart 2010 .....	61
Begrip nationaliteit – Dubbele nationaliteit – Meest effectieve nationaliteit – Artikel 3 § 2 WIPR – Keuze voor de Nederlandse nationaliteit – Weigering tot erkenning van de verstoting – Artikel 57 WIPR .....	61
Notion nationalité – Double nationalité – La nationalité la plus effective – Article 3 § 2 CDIP – Choix pour la nationalité Néerlandaise - Refus de reconnaissance de la répudiation – Article 57 CDIP .....	61
Rechtbank van eerste aanleg Mechelen, vonnis van 3 november 2009 .....	66

Erkenning van een Marokkaans huwelijk – Artikel 27 WIPR – Verstoting – Artikel 57 WIPR – Bigamie – Dubbele nationaliteit – Onderzoek naar de meest effectieve nationaliteit – Artikel 3, §2 WIPR – Heropening van de debatten .....	66
Reconnaissance d'un mariage marocain – Article 27 CDIP – Répudiation – Article 57 CDIP – Bigamie – Double nationalité – Recherche sur la nationalité la plus effective – Article 3, §2 CDIP – Réouverture des débats.....	66
<b>RECHTSLEER/DOCTRINE.....</b>	<b>70</b>
Charline Daelman - The Interaction between Human Rights and Private International Law .....	70
<b>ACTUALITEIT .....</b>	<b>74</b>
Editie 2011 van “Bronnen van Internationaal Privaatrecht” .....	74
Voorstel van verordening voor een Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen .....	74
Voorstel van verordening voor een facultatief gemeenschappelijk Europees kooprecht .....	74
Nieuwe Europese richtlijn consumentenrechten goedgekeurd door de Raad .....	74
Nieuwe IPR-wet in Polen .....	74
Turkije en Benin toegetreden tot het Weens Koopverdrag (CISG) .....	74
Nieuw ICC Arbitragereglement.....	75
OHADA - Nieuw uniform handelsrecht.....	75
<b>ACTUALITÉ .....</b>	<b>76</b>
Edition 2011 de “Bronnen van Internationaal Privaatrecht” .....	76
Proposition de règlement portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires.....	76
Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente .....	76
Nouvelle directive européenne sur les droits des consommateurs.....	76
Nouvelle loi sur le droit international privé en Pologne .....	76
La Turquie et le Bénin adhérés à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM).....	76
Nouveau Règlement d'arbitrage d'ICC .....	77
OHADA – Nouveau droit de commerce uniforme .....	77
<b>ERRATUM .....</b>	<b>77</b>

## **RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE**

### **Hof van Justitie, zaak C 139/10, Prism Investments BV/Jaap Anne van der Meer, arrest van 13 oktober 2011**

*Exequatur – Rechtsmiddel tegen beslissing – Artikel 45 Brussel I Verordening – Uitvoering door verrekening in land van herkomst geen grond voorzien in artikel 34 en 35 – Weigering of intrekking niet mogelijk*

*Exequatur – Recours contre la décision – Article 45 règlement Bruxelles I – Exécution par voie de compensation dans le pays d'origine pas de motif prévu aux articles 34 et 35 – Impossibilité de refus ou révocation*

In zaak C 139/10,  
betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU,  
ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij beschikking van 12 maart 2010,  
ingegeven bij het Hof op 17 maart 2010, in de procedure

**Prism Investments BV**

tegen

**Jaap Anne van der Meer**, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Arilco Holland BV,

**Wijst HET HOF (Vierde kamer),**

samengesteld als volgt: J. C. Bonichot, kamerpresident, K. Schiemann, L. Bay Larsen, C. Toader (rapporteur) en E. Jarašiūnas, rechters,  
advocaat-generaal: J. Kokott,  
griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,  
gezien de stukken en na de terechtzitting op 10 februari 2011,

gelet op de opmerkingen van:

- J. A. van der Meer, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Arilco Holland BV, vertegenwoordigd door J. A. M. A. Sluysmans, advocaat,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. M. Wissels, B. Koopman en M. Noort als gemachtigden,
- de Belgische regering, vertegenwoordigd door J. C. Halleux als gemachtigde,
- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek en J. Vláčil als gemachtigden,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en J. Kemper als gemachtigden,

- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Falk en K. Petkovska als gemachtigden,
- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door L. Seeboruth als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door M. Wilderspin en R. Troosters als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 juni 2011,

### **het navolgende Arrest**

#### **Overwegingen van het arrest**

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 45 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 handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1).
2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen Prism Investments BV (hierna: "Prism Investments"), een vennootschap naar Nederlands recht, en J. A. van der Meer, curator in het faillissement van Arilco Holland BV (hierna: "Arilco Holland"), een Nederlandse dochteronderneming van de vennootschap naar Belgisch recht Arilco Opportune NV (hierna: "Arilco Opportune"), betreffende de tenuitvoerlegging in Nederland van een door een Belgische rechterlijke instantie uitgesproken beslissing houdende veroordeling tot betaling van een geldsom.

#### **Toepasselijke bepalingen**

3. De punten 16 en 17 van de considerans van verordening nr. 44/2001 luiden:
 

"(16) Op grond van het wederzijds vertrouwen in de rechtsbedeling is het gewettigd de in een lidstaat gegeven beslissingen van rechtswege te erkennen zonder dat daarvoor, behoudens bij betwisting, nog een procedure moet worden gevuld.

(17) Eveneens op grond van dit wederzijds vertrouwen moet de procedure om een in een lidstaat gegeven beslissing in een andere lidstaat uitvoerbaar te verklaren, doeltreffend en snel zijn. De verklaring van uitvoerbaarheid van een beslissing moet daarom vrijwel automatisch, zonder dat het gerecht ambtshalve een van de in deze verordening genoemde gronden voor niet-uitvoering kan aanvoeren, worden afgegeven, na een eenvoudige formele controle van de overgelegde documenten."
4. In hoofdstuk III van verordening nr. 44/2001, dat de artikelen 32 tot en met 56 omvat, zijn de regels inzake de erkenning en de tenuitvoerlegging van in een andere lidstaat gegeven beslissingen neergelegd.
5. Artikel 34 van dezelfde verordening bepaalt:

Een beslissing wordt niet erkend indien:

- 1) de erkenning kennelijk strijdig is met de openbare orde van de aangezochte lidstaat;
- 2) het stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk, niet zo tijdig en op zodanige wijze als met het oog op zijn verdediging nodig was, aan de verweerde tegen wie verstek werd verleend, betekend of meegedeeld is, tenzij de verweerde tegen de beslissing geen rechtsmiddel heeft aangewend terwijl hij daartoe in staat was;
- 3) de beslissing onverenigbaar is met een tussen dezelfde partijen in de aangezochte lidstaat gegeven beslissing;
- 4) de beslissing onverenigbaar is met een beslissing die vroeger in een andere lidstaat of in een derde land tussen dezelfde partijen is gegeven in een geschil dat hetzelfde onderwerp betreft en op dezelfde oorzaak berust, mits deze laatste beslissing voldoet aan de voorwaarden voor erkenning in de aangezochte lidstaat.

6. Artikel 35 van deze verordening luidt:

“1. De beslissingen worden tevens niet erkend, indien de afdelingen 3, 4 en 6 van hoofdstuk II zijn geschonden, of indien het in artikel 72 bedoelde geval zich voordoet.

2. Bij de toetsing of de in het vorige lid genoemde bevoegdheidsregels niet zijn geschonden, is het aangezochte gerecht of de aangezochte autoriteit gebonden aan de feitelijke overwegingen op grond waarvan het gerecht van de lidstaat van herkomst zijn bevoegdheid heeft aangenomen.

3. Onverminderd lid 1 mag de bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat van herkomst niet worden getoetst. De bevoegdheidsregels betreffen niet de openbare orde als bedoeld in artikel 34, punt 1.”

7. De tenuitvoerleggingsprocedure is geregeld in afdeling 2 van hoofdstuk III van verordening nr. 44/2001, die de artikelen 38 tot en met 52 omvat.

8. Artikel 38, lid 1, van voormelde verordening bepaalt:

“De beslissingen die in een lidstaat gegeven zijn en daar uitvoerbaar zijn, kunnen in een andere lidstaat ten uitvoer worden gelegd, nadat zij aldaar, ten verzoeken van iedere belanghebbende partij, uitvoerbaar zijn verklaard.”

9. Artikel 40, lid 3, van de verordening bepaalt het volgende:

“Bij het verzoek worden de in artikel 53 genoemde documenten gevoegd.”

10. Artikel 41 van dezelfde verordening luidt:

“De beslissing wordt uitvoerbaar verklaard zodra de formaliteiten van artikel 53 vervuld zijn, zonder toetsing uit hoofde van de artikelen 34 en 35. De partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, wordt in deze stand van de procedure niet gehoord.”

11. In artikel 43 van verordening nr. 44/2001 is het volgende bepaald:

“1. Elke partij kan een rechtsmiddel instellen tegen de beslissing op het verzoek om een verklaring van uitvoerbaarheid.

2. Het rechtsmiddel wordt bij het in bijlage III bedoelde gerecht ingesteld.

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

4. Indien de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, niet verschijnt voor het gerecht dat over het door de verzoeker ingestelde rechtsmiddel oordeelt, is artikel 26, leden 2 tot en met 4, van toepassing, ook wanneer de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, geen woonplaats heeft op het grondgebied van een der lidstaten.

5. Een rechtsmiddel tegen de verklaring van uitvoerbaarheid moet worden ingesteld binnen één maand na de betekening daarvan. Indien de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd woonplaats heeft in een andere lidstaat dan die waar de verklaring van uitvoerbaarheid is gegeven, is de termijn waarbinnen het rechtsmiddel moet worden ingesteld, twee maanden met ingang van de dag waarop de beslissing aan de partij in persoon of aan haar woonplaats is betekend. Deze termijn mag niet op grond van de afstand worden verlengd.”

12. Artikel 44 van genoemde verordening bepaalt:

“Tegen de op het rechtsmiddel gegeven beslissing kunnen slechts de in bijlage IV genoemde middelen worden aangewend.”

13. Artikel 45 van de verordening luidt als volgt:

“1. De verklaring van uitvoerbaarheid wordt door het gerecht dat oordeelt over een rechtsmiddel, bedoeld in de artikelen 43 of 44, slechts op een van de in de artikelen 34 en 35 genoemde gronden geweigerd of ingetrokken. Het gerecht doet onverwijd uitspraak.

2. In geen geval wordt overgegaan tot een onderzoek van de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing.”

14. In afdeling 3 van hoofdstuk III van verordening nr. 44/2001, die de artikelen 53 tot en met 56 bevat, staan gemeenschappelijke bepalingen voor de erkenning en de tenuitvoerlegging.

15. Artikel 53 van dezelfde verordening bepaalt:

“1. De partij die een beroep doet op de erkenning of om een verklaring van uitvoerbaarheid verzoekt, moet een expeditie van de beslissing overleggen, die voldoet aan de voorwaarden nodig voor haar echtheid.

2. De partij die om een verklaring van uitvoerbaarheid verzoekt, moet bovendien het in artikel 54 bedoelde certificaat overleggen, onverminderd artikel 55.”

16. Artikel 54 van de verordening luidt als volgt:

“Het gerecht of de bevoegde autoriteit van een lidstaat waar een beslissing is gegeven, geeft ten verzoke van elke belanghebbende partij een certificaat af volgens het modelformulier in bijlage V bij deze verordening.”

### **Hoofdgeding en prejudiciële vraag**

17. In 1990 heeft de Finse bank LSP aan Arilco Opportune een bedrag van 11 500 000 EUR geleend. Arilco Opportune heeft dat bedrag aan haar Nederlandse dochteronderneming Arilco Holland geleend. Deze laatste heeft vervolgens hetzelfde bedrag overgedragen aan meerdere vennootschappen naar Nederlands recht, waaronder Prism Investments. Deze heeft een bedrag van 1 048 232,30 EUR ontvangen.

18. Bij vonnis van 14 januari 2002 van de Rechtbank van Koophandel te Brussel (België) is Arilco Opportune veroordeeld tot betaling aan LSP van het in 1990 geleende bedrag. Arilco Opportune heeft die uitspraak aangevochten bij het Hof van Beroep te Brussel. In deze laatste procedure heeft Arilco Holland incidenteel beroep ingesteld, onder meer strekkende tot veroordeling van Prism Investments, haar het bedrag van 1 048 232,30 EUR terug te betalen. Bij arrest van 5 december 2006 heeft het Hof van Beroep te Brussel onder meer dat verzoek ingewilligd.

19. Bij vonnis van de Rechtbank 's-Hertogenbosch (Nederland) van 1 augustus 2007 is Arilco Holland in staat van faillissement verklaard met benoeming van J. A. van der Meer tot curator.

20. Deze laatste heeft op 3 september 2007 de voorzieningenrechter in de Rechtbank 's-Hertogenbosch op basis van artikel 38 van verordening nr. 44/2001 verzocht het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 5 december 2006 uitvoerbaar te verklaren voor de veroordeling van Prism Investments tot betaling van het bedrag van 1 048 232,30 EUR. Dat verzoek is bij beschikking van 20 september 2007 toegewezen.

21. Prism Investments heeft daarop bij de Rechtbank 's-Hertogenbosch krachtens artikel 43 van verordening nr. 44/2001 de uitvoerbaarverklaring aangevochten. Zij heeft onder meer betoogd dat aan de beslissing van de Belgische rechter in België reeds uitvoering was gegeven bij wege van verrekening.

22. Bij beschikking van 22 juli 2008 heeft de Rechtbank 's-Hertogenbosch het verzoek van Prism Investments afgewezen, onder meer met de overweging dat ingevolge artikel 45 van verordening nr. 44/2001 een verklaring van uitvoerbaarheid slechts op een van de in de artikelen 34 en 35 van die verordening genoemde gronden kan worden ingetrokken. Volgens deze rechterlijke instantie behoort het verweer dat aan de betrokken verplichtingen is voldaan, niet tot die gronden en kan het dus niet in de beschouwing worden betrokken in het kader van de procedure waarin wordt opgekomen tegen de uitvoerbaarverklaring, maar pas in het latere stadium van de tenuitvoerlegging zelf.

23. Prism Investments heeft die beschikking aangevochten voor de Hoge Raad der Nederlanden. Ter ondersteuning van haar beroep tot cassatie heeft zij betoogd dat de



uitvoerbaarverklaring kennelijk in strijd was met de openbare orde als bedoeld in artikel 45 van verordening nr. 44/2001, in verbinding met artikel 34, aanhef en sub 1, daarvan, nu de betrokken veroordeling was uitgewerkt doordat daaraan in België was voldaan en voor tenuitvoerlegging in Nederland geen rechtsgrondslag bestond.

24. In de verwijzingsbeschikking oordeelt de Hoge Raad dat die argumenten ongegrond zijn. Het verweer dat reeds is voldaan aan de in een andere lidstaat gegeven beslissing valt niet onder de weigeringsgronden van de artikelen 34 en 35 van voormelde verordening, met name niet onder de weigeringsgrond betreffende de openbare orde.

25. Volgens de Hoge Raad rijst echter de vraag of artikel 45 van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd, dat de rechter die moet beslissen op het rechtsmiddel bedoeld in artikel 43 of 44 van die verordening, de verklaring van uitvoerbaarheid kan weigeren of intrekken op andere dan de in de artikelen 34 en 35 genoemde gronden. Meer in het bijzonder vraagt hij zich af of het verweer dat in de lidstaat van herkomst van de rechterlijke beslissing reeds uitvoering aan die beslissing is gegeven, niet alleen in het kader van een geschil over de tenuitvoerlegging daarvan, maar ook reeds in de procedure van uitvoerbaarverklaring kan worden gevoerd.

26. Gelet op een en ander heeft de Hoge Raad besloten, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende vraag te stellen:

“Verzet artikel 45 [van verordening nr. 44/2001] zich ertegen dat de rechter die oordeelt over een rechtsmiddel, bedoeld in artikel 43 of 44 van die verordening, de verklaring van uitvoerbaarheid weigert of intrekt op een andere dan een in de artikelen 34 en 35 van de verordening genoemde grond die is aangevoerd tegen de tenuitvoerlegging van de uitvoerbaar verklaarde beslissing en die zich heeft voorgedaan nadat deze beslissing was gegeven, zoals de grond dat is voldaan aan die beslissing?”

### **Beantwoording van de prejudiciële vraag**

27. Voor de beantwoording van de prejudiciële vraag moet er om te beginnen op worden gewezen dat, zoals blijkt uit de punten 16 en 17 van de considerans van verordening nr. 44/2001, het stelsel van erkennung en tenuitvoerlegging waarin deze verordening voorziet op het wederzijds vertrouwen in de rechtsbedeling binnen de Europese Unie berust. Dat vertrouwen verlangt niet alleen dat in een lidstaat gegeven rechterlijke beslissingen in een andere lidstaat van rechtswege worden erkend, maar ook dat de procedure om die beslissingen in die andere lidstaat uitvoerbaar te verklaren, doeltreffend en snel is.

28. Een dergelijke procedure dient luidens punt 17 van de considerans van genoemde verordening slechts te bestaan in een eenvoudige formele controle van de documenten die voor de uitvoerbaarverklaring in de aangezochte lidstaat moeten worden overgelegd.

29. Daartoe moet overeenkomstig artikel 53 van verordening nr. 44/2001 de partij die om een verklaring van uitvoerbaarheid verzoekt, een expeditie van de beslissing die voldoet aan de voorwaarden nodig voor haar echtheid en een certificaat van de autoriteiten van de lidstaat van herkomst overleggen. Ingevolge artikel 40, lid 3, van die verordening dient zij die documenten bij haar verzoekschrift te voegen.



30. Voorts blijkt uit artikel 41 van die verordening dat de autoriteiten van de aangezochte staat in een eerste stadium van de procedure alleen dienen na te gaan of die formaliteiten voor de afgifte van de verklaring van uitvoerbaarheid van die beslissing vervuld zijn. In die procedure kunnen zij bijgevolg geen onderzoek instellen naar feitelijke elementen of elementen rechtens van de zaak die in de beslissing waarvan de tenuitvoerlegging wordt gevraagd is beslecht.

31. Dat het hier een beperkte controle betreft vindt zijn rechtvaardiging in het doel van die procedure, dat er niet in bestaat een nieuwe procedure in te leiden, maar veeleer, op basis van het wederzijds vertrouwen in de rechtsbedeling in de lidstaten, erin toe te stemmen dat de beslissing die is gegeven door een rechterlijke instantie van een andere lidstaat dan de aangezochte lidstaat in deze laatste staat wordt uitgevoerd doordat zij in de rechtsorde van deze laatste wordt opgenomen. Dankzij deze procedure kan een beslissing die in een andere dan de aangezochte lidstaat is gegeven in deze laatste lidstaat de gevolgen sorteren die een binnenlandse executoriale titel heeft.

32. Overeenkomstig artikel 43 van verordening nr. 44/2001 kan de uitvoerbaarverklaring van een beslissing die afkomstig is uit een andere lidstaat dan de aangezochte lidstaat worden aangevochten. De redenen die daarvoor kunnen worden aangevoerd worden uitdrukkelijk genoemd in de artikelen 34 en 35 van verordening nr. 44/2001, waarnaar artikel 45 van die verordening verwijst.

33. Die lijst, waarvan de vermeldingen volgens vaste rechtspraak restrictief moeten worden uitgelegd (zie arrest van 28 april 2009, Apostolides, C 420/07, Jurispr. blz. I 3571, punt 55), is uitputtend.

34. In casu volgt uit de verwijzingsbeschikking dat de grond die door verzoekster in het hoofdgeding voor intrekking van de verklaring van uitvoerbaarheid wordt aangevoerd, te weten dat de beslissing is uitgevoerd in de lidstaat van herkomst, dat wil zeggen België, niet valt onder de gronden die door het gerecht van de aangezochte staat, in casu het Koninkrijk der Nederlanden, kunnen worden geverifieerd. De omstandigheid dat dat middel niet is aangevoerd voor de Belgische rechter is in dat verband irrelevant.

35. Voor het overige is, zoals de advocaat-generaal in punt 47 van haar conclusie opmerkt, het argument dat verzoekster in het hoofdgeding tegen de uitvoerbaarverklaring aanvoert ontleend aan de beweerde voldoening van de litigieuze vordering door verrekening. In zijn schriftelijke opmerkingen bestrijdt Van der Meer, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Arilco Holland, die verrekening uitvoerig. De vraag of aan de voorwaarden voor die verrekening is voldaan zal dus niet snel en niet gemakkelijk kunnen worden beantwoord en er zou een omvangrijke procedure noodzakelijk kunnen zijn ter opheldering van de feiten betreffende de schuldvordering waarmee de betrokken verrekening kan hebben plaatsgevonden, hetgeen moeilijk te verenigen zou zijn met de doelstellingen van verordening nr. 44/2001.

36. De regering van het Verenigd Koninkrijk merkt op dat, om de bereiking van de doelstellingen van de exequaturprocedure te waarborgen, de betrokken beslissing hoe dan ook uitvoerbaar moet zijn niet alleen op het moment waarop de aanvankelijke beslissing wordt gegeven, maar ook op het moment waarop de uitvoerbaarverklaring in de aangezochte lidstaat is uitgesproken. Het zou in strijd zijn met de doelstellingen van verordening nr. 44/2001 en met de letter van artikel 38 van die verordening indien het gerecht van die Staat een



uitvoerbaarverklaring zou moeten handhaven ofschoon de betrokken beslissing in de lidstaat van herkomst is uitgevoerd en daar niet meer kan worden uitgevoerd.

37. Dienaangaande moet worden opgemerkt dat op grond van geen bepaling van verordening nr. 44/2001 uitvoerbaarverklaring van een reeds uitgevoerde beslissing kan worden geweigerd of ingetrokken, daar een dergelijke omstandigheid niet meebrengt dat die beslissing geen executoriale titel – een kenmerk van die rechterlijke handeling – vormt.

38. Wanneer de beslissing daarentegen niet uitvoerbaar is in de lidstaat van herkomst, kan in de aangezochte lidstaat geen uitvoerbaarverklaring worden afgegeven. Volgens de rechtspraak van het Hof is de uitvoerbaarheid van de betrokken beslissing in de lidstaat van herkomst immers een voorwaarde voor de tenuitvoerlegging van die beslissing in de aangezochte lidstaat (zie arrest van 29 april 1999, Coursier, C 267/97, Jurispr. blz. I 2543, punt 23). De erkenning dient in beginsel weliswaar tot gevolg te hebben dat de beslissingen het gezag en het effect worden verleend die zij genieten in de lidstaat waar zij zijn gegeven (zie arrest van 4 februari 1988, Hoffmann, 145/86, Jurispr. blz. 645, punten 10 en 11), maar dat is nog geen reden om aan een beslissing bij de tenuitvoerlegging ervan rechten toe te kennen die deze in de lidstaat van herkomst niet heeft of gevolgen die een soortgelijke, rechtstreeks in de aangezochte lidstaat gegeven beslissing niet zou hebben (zie reeds aangehaald arrest Apostolides, punt 66).

39. Zoals de advocaat-generaal in punt 18 van haar conclusie heeft opgemerkt, ontneemt de uitvoering van een rechterlijke beslissing die beslissing geenszins haar uitvoerbaarheid, en brengt zij evenmin mee dat aan de beslissing bij de uitvoerbaarverklaring in een andere lidstaat rechtsgevolgen worden toegekend die zij in de lidstaat van herkomst niet zou hebben. De erkenning van de gevolgen van een dergelijke beslissing in de aangezochte lidstaat, het doel van de procedure van uitvoerbaarverklaring, betreft de specifieke kenmerken van de betrokken beslissing. De feitelijke elementen en elementen rechtens met betrekking tot de uitvoering van de eruit voortvloeiende verplichtingen blijven daarbij buiten beschouwing.

40. Een dergelijke grond kan daarentegen aan het onderzoek door de executierechter van de aangezochte lidstaat worden onderworpen. Wanneer die beslissing eenmaal in de rechtsorde van de aangezochte lidstaat is opgenomen, gelden daarvoor volgens vaste rechtspraak immers de nationale bepalingen van die laatste Staat betreffende de tenuitvoerlegging op gelijke wijze als voor beslissingen die door een nationale rechter zijn gegeven (zie arresten van 2 juli 1985, Deutsche Genossenschaftsbank, 148/84, Jurispr. blz. 1981, punt 18, en 3 oktober 1985, Capelloni en Aquilini, 119/84, Jurispr. blz. 3147, punt 16, en arrest Hoffmann, reeds aangehaald, punt 27).

41. De Duitse regering merkt op dat het om redenen van proceseconomie mogelijk zou moeten zijn dat gezien de concentratie van verweren die berusten op het argument dat de betrokken beslissing is uitgevoerd, in de rechtsmiddelpoedure tegen de uitvoerbaarverklaring de bijkomende fase van de procedure van uitvoerbaarverklaring in de lidstaat van tenuitvoerlegging achterwege kan blijven. Anders zal na formeel onderzoek weliswaar de uitvoerbaarverklaring worden afgegeven, maar zal de gedwongen tenuitvoerlegging vervolgens moeten worden onderbroken. Door deze concentratie van verweren enkel in de rechtsmiddelpoedure tegen de uitvoerbaarverklaring wordt die procedure doeltreffender en wordt vermeden dat de schuldenaar in een positie raakt waarin een beslissing die hem tot betaling van zijn schuld veroordeelt uitvoerbaar wordt verklaard hoewel zij niet meer ten uitvoer kan worden gelegd.

42. In de punten 27 tot en met 30 van het onderhavige arrest is echter uiteengezet dat aangezien de procedure van uitvoerbaarverklaring bestaat in een formele controle van de door de verzoekende partij overgelegde documenten, een middel dat wordt opgeworpen tot staving van een rechtsmiddel in de zin van artikel 43 of 44 van verordening nr. 44/2001, zoals het middel dat de bestreden beslissing is uitgevoerd in de lidstaat van herkomst, de kenmerken van die procedure zou veranderen en de termijn zou verlengen, in strijd met het in punt 17 van de considerans van die verordening geformuleerde doel van doeltreffendheid en snelheid.

43. Blijkens het voorgaande moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 45 van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat de rechter die moet beslissen op het rechtsmiddel bedoeld in artikel 43 of 44 van die verordening een verklaring waarbij een beslissing uitvoerbaar wordt verklaard weigert of intrekt op een andere grond dan de in de artikelen 34 en 35 van de verordening genoemde gronden, zoals de grond dat die beslissing in de lidstaat van herkomst is uitgevoerd.

## Kosten

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

Dictum

## Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 45 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 handelszaken, moet aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat de rechter die moet beslissen op het rechtsmiddel bedoeld in artikel 43 of 44 van die verordening een verklaring waarbij een beslissing uitvoerbaar wordt verklaard weigert of intrekt op een andere grond dan de in de artikelen 34 en 35 van de verordening genoemde gronden, zoals de grond dat die beslissing in de lidstaat van herkomst is uitgevoerd.

## UK Supreme Court, Jivraj v Hashwani, arrest van 27 juli 2011

*Joint venture overeenkomst – Arbitragebeding – Keuze voor arbiters uit een bepaalde religieuze groep – Engelse Employment Equality Regulations 2003 niet van toepassing want arbiter geen werknemer*

*Contrat de joint venture – Clause d'arbitrage – Choix pour des arbitres d'un certain groupe religieux – Employment Equality Regulations 2003 anglaise pas applicable car un arbitre n'est pas un employé*

In *Jivraj v. Hashwani* the parties had stipulated in their arbitration agreement that all arbitrators shall be members of the Ismaili community, a part of the Shia Islam. The English Appeals Court considered arbitrators to be employees of the parties. So a term in an arbitration agreement providing that all arbitrators shall have a particular religious belief was seen as discriminatory under employment regulations because the arbitrators' belief was found to be an occupational requirement in the particular case. As a result of this decision many authors now question the validity of nationality stipulations in arbitration clauses or using such requirements for the appointment of arbitrators. The wider implications of this case, however, now turn on the nature of the relationship between the parties and the arbitral tribunal. Is it a labour contract or a contract for remunerated services indeed? Or does the status of arbitrators look more like that of judges? An important literature is already available on these themes. Google up this case for many comments. (JE)

Trinity Term [2011] UKSC 40  
On appeal from: [2010] EWCA Civ 712

### JUDGMENT

Jivraj (Respondent) v Hashwani (Appellant)

Jivraj (Appellant) v Hashwani (Respondent)

before

Lord Phillips, President

Lord Walker, Lord Mance, Lord Clarke, Lord Dyson

JUDGMENT GIVEN ON 27 July 2011

Heard on 6 and 7 April 2011

Appellant Respondent

Michael Brindle QC Rhodri Davies QC  
Brian Dye Schona Jolly  
(Instructed by Zaiwalla and Co)  
(Instructed by Hill Dickinson LLP)

Appellant Respondent

Rhodri Davies QC Michael Brindle QC  
Schona Jolly Brian Dye  
(Instructed by Hill Dickinson LLP)  
(Instructed by Zaiwalla and Co)

Intervener (The London Court of International Arbitration)

Intervener (The International Chamber of Commerce)

Laurence Rabinowitz QC Thomas Linden QC

Christopher Style QC, Christopher McCrudden

Toby Landau QC, Paul Key, David Craig  
(Instructed by Linklaters LLP)

(Instructed by Allen & Overy LLP)

Intervener (His Highness Prince Aga Khan  
Shia Imami Ismaili, International Conciliation and Arbitration Board)

Rabinder Singh QC, Aileen McColgan  
(Instructed by Clifford Chance LLP)

**LORD CLARKE, with whom Lord Phillips, Lord Walker and Lord Dyson agree**

*Introduction*

1. On 29 January 1981 Mr Jivraj and Mr Hashwani entered into a joint venture agreement (“the JVA”), containing an arbitration clause which provided that, in the event of a dispute between them which they were unable to resolve, that dispute should be resolved by arbitration before three arbitrators, each of whom should be a respected member of the Ismaili community, of which they were both members. The principal question in this appeal is whether that arbitration agreement became void with effect from 2 December 2003 under the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003 (SI 2003/1660) (“the Regulations”) on the ground that it constituted an unlawful arrangement to discriminate on grounds of religion when choosing between persons offering personal services.

*The JVA*

2. The JVA was established to make investments in real estate around the world. By article 9 it is expressly governed by English law. Article 8 provides, so far as material, as follows:

“(1) If any dispute difference or question shall at any time hereafter arise between the investors with respect to the construction of this agreement or concerning anything herein contained or arising out of this agreement or as to the rights liabilities or duties of the investors or either of them or arising out of (without limitation) any of the businesses or activities of the joint venture herein agreed the same (subject to sub-clause 8(5) below) shall be referred to three arbitrators (acting by a majority) one to be appointed by each party and the third arbitrator to be the President of the HH Aga Khan National Council for the United Kingdom for the time being. All arbitrators shall be respected members of the Ismaili community and holders of high office within the community.

(2) The arbitration shall take place in London and the arbitrators' award shall be final and binding on both parties.”



The Ismaili community comprises Shia Imami Ismaili Muslims. It is led by the Aga Khan, whose title is the hereditary title of the Imam of the Ismaili community.

### *The disputes*

3. During the 1980s the joint venture came to comprise substantial business interests, first in Canada and later in the United States, Pakistan and the United Kingdom, with investments in properties, hotels and the oil industry. By late 1988 Mr Jivraj and Mr Hashwani had agreed to part company. On 30 October 1988 they entered into an agreement under which they appointed a three man conciliation panel (“the panel”) for the purpose of the division of the joint venture assets. Each member of the panel was a respected member of the Ismaili community. The panel operated between October 1988 and February 1990 and many of the assets were divided between the parties in accordance with its directions. It was however unable to resolve all the issues between the parties. The parties then agreed to submit the remaining issues to arbitration or conciliation by a single member of the Ismaili community, namely Mr Zaher Ahamed. He issued a determination in December 1993, whereafter he had further exchanges with the parties until 1995, when he declared himself defeated.

4. The principal matters which remained in dispute were, on the one hand, a claim by Mr Hashwani that there remained a balance due to him and, on the other hand, a claim by Mr Jivraj that Mr Hashwani had failed to declare certain tax liabilities which left Mr Jivraj with a potential for secondary liability. These matters remained in dispute for some years. Then, on 31 July 2008, Messrs Zaiwalla & Co, acting on behalf of Mr Hashwani, wrote to Mr Jivraj asserting a claim for US\$1,412,494, together with interest, compounded quarterly from 1994, making a total of US\$4,403,817. The letter gave notice that Mr Hashwani had appointed Sir Anthony Colman as an arbitrator under article 8 of the JVA and that, if Mr Jivraj failed to appoint an arbitrator within seven days, steps would be taken to appoint Sir Anthony as sole arbitrator. The letter added that Mr Hashwani did not regard himself as bound by the provision that the arbitrators should be members of the Ismaili community because such a requirement “would now amount to religious discrimination which would violate the Human Rights Act 1998 and therefore must be regarded as void”. It is common ground, on the one hand, that Sir Anthony Colman is not a member of the Ismaili community and, on the other hand, that he is a retired judge of the Commercial Court with substantial experience of the resolution of commercial disputes, both as a judge and as an arbitrator.

5. Mr Jivraj's response to the letter was to start proceedings in the Commercial Court seeking a declaration that the appointment of Sir Anthony was invalid because he is not a member of the Ismaili community. Mr Hashwani subsequently issued an arbitration claim form seeking an order that Sir Anthony be appointed sole arbitrator pursuant to section 18(2) of the Arbitration Act 1996 (“the 1996 Act”). The application was made on the basis that the requirement that the arbitrators be members of the Ismaili community, although lawful when the agreement was made, had been rendered unlawful and was void because it contravened the Regulations.

### *The Regulations*



6. The Regulations were made in the exercise of powers conferred by the European Communities Act 1972 following the making of the Council Framework Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 (OJ 2000 L303, p 16) (“the Directive”) which, by article 1, was itself made for the purpose of establishing:

“a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the member states the principle of equal treatment.”

7. The Regulations (as amended by section 77(2) of the Equality Act 2006) provide, so far as material, as follows:

“2 *Interpretation* ...

(3) In these Regulations ... references to ‘employer’, in their application to a person at any time seeking to employ another, include a person who has no employees at that time; ‘employment’ means employment under a contract of service or of apprenticeship or a contract personally to do any work, and related expressions shall be construed accordingly ...;

3 *Discrimination on grounds of religion or belief*

(1) For the purposes of these Regulations, a person ('A') discriminates against another person ('B') if –

(a) on the grounds of the religion or belief of B or of any other person except A (whether or not it is also A's religion or belief), A treats B less favourably than he treats or would treat other persons;

6 *Applicants and employees*

(1) It is unlawful for an employer, in relation to employment by him at an establishment in Great Britain, to discriminate against a person –

(a) in the arrangements he makes for the purpose of determining to whom he should offer employment;

(b) in the terms on which he offers that person employment; or

(c) by refusing to offer, or deliberately not offering, him employment.

7 *Exception for genuine occupational requirement*

(1) In relation to discrimination falling within regulation 3 (discrimination on grounds of religion or belief) –

(a) regulation 6(1)(a) or (c) does not apply to any employment ... where paragraph (2) or (3) applies.

(2) This paragraph applies where, having regard to the nature of the employment or the context in which it is carried out -



(a) being of a particular religion or belief is a genuine and determining occupational requirement;

(b) it is proportionate to apply that requirement in the particular case; and

(c) either – (i) the person to whom that requirement is applied does not meet it, or (ii) the employer is not satisfied, and in all the circumstances it is reasonable for him not to be satisfied, that that person meets it, and this paragraph applies whether or not the employer has an ethos based on religion or belief.

(3) This paragraph applies where an employer has an ethos based on religion or belief and, having regard to that ethos and to the nature of the employment or the context in which it is carried out -

(a) being of a particular religion or belief is a genuine occupational requirement for the job;

(b) it is proportionate to apply that requirement in the particular case; and

(c) either – (i) the person to whom that requirement is applied does not meet it, or (ii) the employer is not satisfied, and in all the circumstances it is reasonable for him not to be satisfied, that that person meets it.”

### *The Directive*

8. It is common ground that the Regulations must, so far as possible, be construed to give effect to the objective of the Directive which they were designed to implement: see *eg Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA* (Case C-106/89) [1990] ECR I-4135 and *Litster v Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* [1990] 1 AC 546. It is also common ground that, although the arbitration agreement was on any view lawful when it was made, it became subject to the provisions of the Regulations, insofar as they applied to it.

9. The Directive provides, so far as material, as follows:

#### *“Article 1*

##### *Purpose*

The purpose of this Directive is to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the member states the principle of equal treatment.

#### *Article 2*

##### *Concept of discrimination*

(1) For the purposes of this Directive, the 'principle of equal treatment' shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever on any of the grounds referred to in article 1.

...

### *Article 3*

#### *Scope*

(1) Within the limits of the areas of competence conferred on the Community, this Directive shall apply to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies, in relation to

(a) conditions for access to employment, to self-employment or to occupation, including selection criteria and recruitment conditions, whatever the branch of activity and at all levels of the professional hierarchy, including promotion;

(b) access to all types and to all levels of vocational guidance, vocational training, advanced vocational training and retraining, including practical work experience;

(c) employment and working conditions, including dismissals and pay;

(d) membership of, and involvement in, an organisation of workers or employers, or any organisation whose members carry on a particular profession, including the benefits provided for by such organisations."

10. As Moore-Bick LJ, giving the judgment of the Court of Appeal, observed at para 8, the Directive is concerned with discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age and sexual orientation. It is therefore much wider in its scope than the Regulations, which are concerned only with discrimination on the grounds of religion or belief. The explanation lies in the fact that the United Kingdom had already introduced legislation dealing with discrimination on most of the other grounds covered by the Directive in connection with employment and occupation.

Discrimination on the grounds of sex was rendered unlawful by the Sex Discrimination Act 1975 ("the SDA 1975"), discrimination on the grounds of race by the Race Relations Acts 1968 and 1976, discrimination on the grounds of disability by the Disability Discrimination Act 1995. Legislation dealing with discrimination on the grounds of age, sexual orientation and religion or belief was still required to ensure compliance with the Directive. The Regulations deal with discrimination on the grounds of religion or belief. The Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003 (SI 2003/1661) provided for discrimination on the grounds of sexual orientation, and discrimination on the grounds of age was subsequently covered by the Employment Equality (Age) Regulations 2006.

11. Again as observed by the Court of Appeal (at para 9), the form of the Regulations follows closely that of the earlier legislation, in particular in defining "employment" as including a contract personally to do work of any kind.

Moreover, the language of regulation 6 is identical to, or differs in no significant respect from, that used in the other legislation dealing with discrimination. It follows that the Regulations must be understood as complementing all the other legislation prohibiting discrimination.

12. This uniformity of the law relating to the areas in which discrimination is forbidden has now been reinforced by the Equality Act 2010 (“the EA”), which applies to all of the cases protected by the earlier legislation. The EA is, among other things, an Act “to reform and harmonise equality law and restate the greater part of the enactments relating to discrimination”. The Regulations were amongst those enactments restated by the EA. They were revoked by section 211 and Schedule 27, Part 2. The revocation took effect on 1 October 2010. The current law is therefore as stated in the Act rather than the Regulations. It was not however suggested in the course of the argument that any of the issues in this appeal is affected by the revocation of the Regulations.

#### *First instance*

13. Both parties’ applications were determined by David Steel J (“the judge”) on 26 June 2009: see [2009] EWHC 1364 (Comm), [2010] 1 All ER 302. In the meantime on 11 March 2009, which was before the applications were heard, the solicitors for Mr Jivraj wrote an open letter to the solicitors for Mr Hashwani offering him the option of pursuing his claim in the High Court on the basis that Mr Jivraj would not seek a stay on the basis of the arbitration clause. Mr Hashwani did not accept the offer.

14. It was submitted before the judge on behalf of Mr Hashwani that the term requiring arbitrators to be members of the Ismaili community was invalid by reason of one or more of the following: the Regulations, the Human Rights Act 1998 (“the HRA”), or public policy at common law. The judge held (i) that the term did not constitute unlawful discrimination on any of those bases and, specifically, that arbitrators were not “employed” within the meaning of the Regulations; (ii) that if, nonetheless, appointment of arbitrators fell within the scope of the Regulations, it was demonstrated that one of the more significant characteristics of the Ismaili sect was an enthusiasm for dispute resolution within the Ismaili community, that this was an “ethos based on religion” within the meaning of the Regulations and that the requirement for the arbitrators to be members of the Ismaili community constituted a genuine occupational requirement which it was proportionate to apply within regulation 7(3); and (iii) that, if that was also wrong, the requirement was not severable from the arbitration provision as a whole, so that the whole arbitration clause would be void. The judge ordered Mr Hashwani to pay Mr Jivraj’s costs and refused Mr Hashwani’s application for permission to appeal.

#### *The Court of Appeal*

15. On 7 October 2009 Sir Richard Buxton granted permission to appeal limited to the issues on the Regulations and on severance. Permission was refused on the HRA and public policy issues. The issues in the Court of Appeal were therefore these:

- i) Are arbitrators persons who are under a contract to do work so as to fall within the Regulations and, if so, do parties who make an arbitration agreement specifying religious

qualifications for eligible arbitrators thereby make an arrangement for the purpose of determining to whom they should offer employment or do they agree to offer, or deliberately not to offer, employment within the meaning of the Regulations?

ii) If so, in the circumstances, did the requirement for all the arbitrators to be members of the Ismaili community constitute a genuine occupational requirement (“GOR”) which it was proportionate to apply within regulation 7(3)?

iii) If not, did the whole arbitration agreement fail or was only the discriminatory provision void?

16. The unanimous judgment of the Court of Appeal, which comprised Moore- Bick and Aikens LJJ and Sir Richard Buxton, was handed down on 22 June 2010: see [2010] EWCA Civ 712, [2010] ICR 1435. The Court of Appeal reached a different conclusion from the judge on the principal points. It held that the appointment of an arbitrator involved a contract for the provision of services which constituted “a contract personally to do any work”, and therefore satisfied the definition of “employment” in regulation 2(3). It followed that the appointor was an “employer” within the meaning of regulation 6(1) and that the restriction of eligibility for appointment as an arbitrator to members of the Ismaili community constituted unlawful discrimination on religious grounds, both in making “arrangements ... for the purpose of determining to whom he should offer employment” contrary to regulation 6(1)(a), and by “refusing to offer, or deliberately not offering” employment contrary to regulation 6(1)(c). The Court of Appeal further held that being a member of the Ismaili community was not “a genuine occupational requirement for the job” within the meaning of the exception in regulation 7(3). It is submitted on behalf of Mr Jivraj that both those conclusions were wrong.

17. Finally the Court of Appeal held that, although there would be no difficulty in operating the agreement if the offending requirement was struck out, so doing would render the agreement substantially different from that originally intended, the term was void in its entirety under paragraph 1(1) of Schedule 4 to the Regulations and Mr Hashwani’s nomination of an arbitrator was invalid. It is submitted on behalf of Mr Hashwani that both the judge and the Court of Appeal were wrong on this point, which I will call “the severance issue”.

18. A further point arises out of the Court of Appeal’s order on costs if its judgment is upheld on each of the above points.

### *Employment*

19. The reasoning of the Court of Appeal was straightforward: see paras 15-17. In short the Court of Appeal drew attention to the wide terms of articles 1 and 3 of the Directive. In particular it noted at para 15 that the recitals to the Directive and the structure and language of article 3(1) as a whole indicate that it is concerned with discrimination affecting access to the means of economic activity, whether through employment, self-employment or some other basis of occupation, access to vocational guidance and training (which can be expected to provide a means of access to economic activity), conditions of employment (which affect those who have gained access to a means of economic activity) and membership of bodies

whose purpose is to affect conditions of recruitment or employment or to regulate access to a particular form of economic activity, such as professional bodies that directly or indirectly control access to the profession or a significant means of obtaining work.

20. The Court of Appeal then said at para 16:

“The paradigm case of appointing an arbitrator involves obtaining the services of a particular person to determine a dispute in accordance with the agreement between the parties and the rules of law, including those to be found in the legislation governing arbitration. In that respect it is no different from instructing a solicitor to deal with a particular piece of legal business, such as drafting a will, or consulting a doctor about a particular ailment or an accountant about a tax return. Since an arbitrator (or any professional person) contracts to do work personally, the provision of his services falls within the definition of ‘employment’, and it follows that his appointor must be an employer within the meaning of regulation 6(1)...”

21. In paras 16 and 17 it placed reliance on three cases. It relied upon *von Hoffmann v Finanzamt Trier* (Case C-145/96) [1997] All ER (EC) 852 as showing that arbitrators had been treated as providing services for VAT purposes. It also referred to domestic regulations relating to goods and services. It further derived support from *Kelly v Northern Ireland Housing Executive* [1999] 1 AC 428 and from *Percy v Board of National Mission of the Church of Scotland* [2005] UKHL 73, [2006] 2 AC 28. It recognised that those cases were addressing slightly different points but concluded that they illustrate the width of the expression “a contract personally to do any work” in the various discrimination statutes. It concluded thus in para 17:

“They confirm our view that the expression is apt to encompass the position of a person who provides services as an arbitrator, and why we think the judge was wrong to hold that the nature of the arbitrator’s function takes his appointment outside the scope of the 2003 Regulations. Moreover, a contract of that kind, once made, is a contract of employment within the meaning of the 2003 Regulations.

It follows, therefore, that for the purposes of the 2003 Regulations a person who has entered into a contract under which he is to obtain such services is an employer and the person engaged to provide them is an employee.”

22. The critical question under this head is whether the Court of Appeal was correct to form a different view from the judge on this point. In my opinion it was not. As the Court of Appeal correctly observed at para 15, the meaning of article 3 of the Directive has not been considered by the Court of Justice, and is to be interpreted in the light of the recitals and given its natural meaning consistent with the EC Treaty and the existing case law of the court.

23. It is common ground, at any rate in this class of case, that there is a contract between the parties and the arbitrator or arbitrators appointed under a contract and that his or their services are rendered pursuant to that contract. It is not suggested that such a contract provides for “employment under a contract of service or of apprenticeship”. The question is whether it provides for “employment under ... a contract personally to do any work”. There is in my opinion some significance in the fact that the definition does not simply refer to a contract to do work but to “employment under” such a contract. I would answer the question in the negative on the ground that the role of an arbitrator is not naturally described as employment under a contract personally to do work. That is because his role is not naturally

described as one of employment at all. I appreciate that there is an element of circularity in that approach but the definition is of “employment” and this approach is consistent with the decided cases.

24. Given the provenance of the Regulations, it is appropriate to consider first the decisions of the Court of Justice. The most important of these is perhaps *Allonby v Accrington and Rossendale College* (Case C-256/01) [2004] ICR 1328, where the Court of Justice followed the principles laid down in *Lawrie-Blum v Land Baden-Wurttemberg* (Case C-66/85) [1987] ICR 483 and in *Kurz v Land Baden-Wurttemberg* (Case C-188/00) [2002] ECR I-10691. In *Lawrie-Blum*, which was concerned with the free movement of “workers” under what was then article 48 of the Treaty, Advocate General Lenz said at para III 2(b) of his opinion that the term worker covers any employed person who is not self-employed. The court said at para 17:

“That concept [ie of ‘worker’] must be defined with objective criteria which distinguish the employment relationship by reference to the rights and duties of the persons concerned. The essential feature of an employment relationship, however, is that for a certain period of time a person performs services for and under the direction of another person in return for which he receives remuneration.”

25. In *Kurz* the court said at para 32 that it was settled case law that the concept of worker has a specific Community meaning and must not be interpreted narrowly. The court then repeated the essential feature of the relationship identified in the above passage from *Lawrie-Blum*.

26. In *Allonby* the court addressed an equal pay claim by a college lecturer who had been dismissed by the college and then re-engaged, ostensibly as a selfemployed sub-contractor supplied by an agency. For the purposes of article 141(1) of the EC Treaty, the court drew a clear distinction between “workers” and “independent suppliers of services”. It discussed the concept of worker within the meaning of article 141(1) between paras 62 and 72, which included the following:

“62. The criterion on which article 141(1) EC is based is the comparability of the work done by workers of each sex: see, to that effect, *Defrenne v Sabena* (No 2) (Case 149/77) [1978] ECR 1365, 1377, para 22. Accordingly, for the purpose of the comparison provided for by article 141(1) EC, only women and men who are workers within the meaning of that article can be taken into consideration.

63. In that connection, it must be pointed out that there is no single definition of worker in Community law: it varies according to the area in which the definition is to be applied: *Martinez Sala v Freistaat Bayern* (Case C-85/96) [1998] ECRI-2691, 2719, para 31.

64. The term ‘worker’ within the meaning of article 141(1) EC is not expressly defined in the EC Treaty. It is therefore necessary, in order to determine its meaning, to apply the generally recognised principles of interpretation, having regard to its context and to the objectives of the Treaty.

65. According to article 2 EC, the Community is to have as its task to promote, among other things, equality between men and women. Article 141(1) EC constitutes a specific expression of the principle of equality for men and women, which forms part of the

fundamental principles protected by the Community legal order: see, to that effect, *Deutsche Post AG v Sievers* (Cases C-270 and 271/97) [2000] ECR I-929, 952, para 57. As the court held in *Defrenne v Sabena* (Case 43/75) [1976] ICR 547, 566, para 12, the principle of equal pay forms part of the foundations of the Community.

66. Accordingly, the term ‘worker’ used in article 141(1) EC cannot be defined by reference to the legislation of the member states but has a Community meaning. Moreover, it cannot be interpreted restrictively.

67. For the purposes of that provision, there must be considered as a worker a person who, for a certain period of time, performs services for and under the direction of another person in return for which he receives remuneration see, in relation to free movement of workers, in particular *Lawrie-Blum* ... para 17, and *Martinez Sala*, para 32.

68. Pursuant to the first paragraph of article 141(2) EC, for the purpose of that article, ‘pay’ means the ordinary basic or minimum wage or salary and any other consideration, whether in cash or in kind, which the worker receives directly or indirectly, in respect of his employment, from his employer. It is clear from that definition that the authors of the Treaty did not intend that the term ‘worker’, within the meaning of article 141(1) EC, should include independent providers of services who are not in a relationship of subordination with the person who receives the services (see also, in the context of free movement of workers, *Meeusen v Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep* (Case C-337/97) [1999] ECR I-3289, 3311, para 15).

69. The question whether such a relationship exists must be answered in each particular case having regard to all the factors and circumstances by which the relationship between the parties is characterised.

70. Provided that a person is a worker within the meaning of article 141(1) EC, the nature of his legal relationship with the other party to the employment relationship is of no consequence in regard to the application of that article: ...

71. The formal classification of a self-employed person under national law does not exclude the possibility that a person must be classified as a worker within the meaning of article 141(1) EC if his independence is merely notional, thereby disguising an employment relationship within the meaning of that article.”

27. On the basis of those materials I would accept Mr Davies’ submission that the Court of Justice draws a clear distinction between those who are, in substance, employed and those who are “independent providers of services who are not in a relationship of subordination with the person who receives the services”. I see no reason why the same distinction should not be drawn for the purposes of the Regulations between those who are employed and those who are not notionally but genuinely self-employed. In the light of *Allonby*, there can be no doubt that that would be the correct approach to the near identical definition in section 1(6) of the Equal Pay Act 1970 and must remain the correct approach to the definition of employment in section 83(2) of the EA, which provides, so far as relevant:

“‘Employment’ means – (a) employment under a contract of employment, a contract of apprenticeship or a contract personally to do work; ...”

That definition is almost identical to the definition in regulation 2(3) of the Regulations and, since it applies to equal pay issues by virtue of sections 83(4), 80(2) and 64 of the EA, it must equally apply to the Regulations.

28. In my opinion there is nothing in the domestic authorities which requires the court to come to any different conclusion. The problem with some of them is that they do not refer to the jurisprudence of the Court of Justice. However, the most recent decision of the House of Lords does. In *Percy v Board of National Mission of the Church of Scotland* [2006] 2 AC 28 the House of Lords considered a sex discrimination claim brought by a woman who was a minister of the Church of Scotland. The issue was whether she was employed within the meaning of section 82(1) of the SDA 1975. The House held that she was. Lord Hoffmann dissented on the basis that she was the holder of an office but had no doubt (at para 66) that, if the arrangement had been contractual, it would plainly have been a contract of service.

29. Lord Hoffmann said at para 73 that the term “workers” is a term of art in Community law which was defined by the Court of Justice in the passage from para 17 of *Lawrie-Blum* quoted at para 24 above. Lord Hope of Craighead said much the same at para 126, where he also noted that the same approach was taken in *Allonby*.

30. Baroness Hale of Richmond referred at para 141 to para A[4] of *Harvey on Industrial Relations and Employment Law*, which stated that:

“the distinction is between those who work for themselves and those who work for others, regardless of the nature of the contract under which they are employed.”

She then referred at para 143 to the decision of the Court of Appeal in Northern Ireland in *Perceval-Price v Department of Economic Development* [2000] IRLR 380, where it was held that three full-time judicial office holders, namely a fulltime chairman of industrial tribunals, a full-time chairman of social security appeal tribunals and a social security commissioner were workers for the purposes of almost identical provisions.

31. In para 145, after quoting the definition of an employment relationship in *Lawrie-Blum*, Baroness Hale noted that, in giving the judgment of the court in Perceval-Price, Sir Robert Carswell LCJ said that the objective of the relevant EC legislation was to give protection against inequality and discrimination to those who might be vulnerable to exploitation. He also said that the concept of a worker should be construed purposively by reference to this objective. Baroness Hale then quoted this extract from the judgment of Sir Robert Carswell:

“All judges, at whatever level, share certain common characteristics. They all must enjoy independence of decision without direction from any source, which the respondents quite rightly defended as an essential part of their work. They all need some organisation of their sittings, whether it be prescribed by the president of the industrial tribunals or the court service, or more loosely arranged in collegiate fashion between the judges of a particular court. They are all expected to work during defined times and periods, whether they be rigidly laid down or managed by the judges themselves with a greater degree of flexibility. They are not free agents to work as and when they choose, as are self-employed persons. Their office accordingly partakes of some of the characteristics of employment . . .”

32. At para 146 Baroness Hale continued:

“I have quoted those words at length because they illustrate how the essential distinction is, as *Harvey* says, between the employed and the self-employed. The fact that the worker has very considerable freedom and independence in how she performs the duties of her office does not take her outside the definition. Judges are servants of the law, in the sense that the law governs all that they do and decide, just as clergy are servants of God, in the sense that God's word, as interpreted in the doctrines of their faith, governs all that they practise, preach and teach. This does not mean that they cannot be ‘workers’ or in the ‘employment’ of those who decide how their ministry should be put to the service of the Church.”

33. Some consideration was recently given to the position of part-time judges by this court in *O'Brien v Ministry of Justice* (Note) [2010] UKSC 34, [2010] 4 All ER 62 where the court considered Percy in some detail in a judgment of the court given by Lord Walker. At para 25 it referred to the same passage in *Lawrie-Blum* as having laid down the relevant principle and at para 26 it referred to the speech of Baroness Hale and approved the passage quoted above from the judgment of Sir Robert Carswell in *Perceval-Price*.

34. As I read *Percy*, it sought to apply the principles identified by the Court of Justice, as indeed did this court in *O'Brien* [2010] 4 All ER 62. The essential questions in each case are therefore those identified in paras 67 and 68 of *Allonby* [2004] ICR 1328, namely whether, on the one hand, the person concerned performs services for and under the direction of another person in return for which he or she receives remuneration or, on the other hand, he or she is an independent provider of services who is not in a relationship of subordination with the person who receives the services. Those are broad questions which depend upon the circumstances of the particular case. They depend upon a detailed consideration of the relationship between the parties. As I see it, that is what Baroness Hale meant when she said that the essential difference is between the employed and the self-employed. The answer will depend upon an analysis of the substance of the matter having regard to all the circumstances of the case. I would not accept the Court of Appeal's analysis (at para 21) of Baroness Hale's speech in this regard.

35. There have been a number of domestic cases which say that the question is whether the dominant purpose of the contract is the execution of personal work or labour: see eg *Quinnen v Hovells* [1984] ICR 525, *Mirror Group Newspapers Ltd v Gunning* [1986] 1 WLR 546, especially per Oliver LJ at 551H and Balcombe LJ at 556H; *Kelly v Northern Ireland Housing Executive* [1999] 1 AC 428 and *Percy* [2006] 2 AC 28 per Lord Hope at para 113, where he referred to two other cases in the Court of Appeal, namely *Patterson v Legal Services Commission* [2004] ICR 312 and *Mingeley v Pennock (trading as Amber Cars)* [2004] ICR 727. Mr Michael Brindle QC also referred on behalf of the respondent to two earlier cases which focus on the question whether a contract is one “personally to execute any work or labour”: see *Tanna v Post Office* [1981] ICR 374 and *Hugh-Jones v St John's College, Cambridge* [1979] ICR 848. However, none of these cases considered the approach in the decisions of the Court of Justice referred to above.

36. In particular, the cases did not focus on the fact that the “employment” must be *employment under* a contract of employment, a contract of apprenticeship or a contract personally to do work. (My emphasis). Given the importance of the EC perspective in construing the legislation, including the Regulations, the cases must now be read in the light of those decisions. They show that it is not sufficient to ask simply whether the contract was a



contract personally to do work. They also show that dominant purpose is not the test, or at any rate not the sole test.

37. That is not to say that the question of purpose is irrelevant but the focus is on the contract and relationship between the parties rather than exclusively on purpose. Elias J, sitting as President of the Employment Appeal Tribunal, recognised some of the difficulties in *James v Redcats (Brands) Ltd [2007]* ICR 1006. He discussed the relevance of dominant purpose in this context by reference to the cases at paras 53 to 68. At para 59, after quoting from the judgment of Balcombe LJ in *Gunning* [1986] 1 WLR 546, he said that the dominant purpose test is really an attempt to identify the essential nature of the contract. In the context of the case he was considering he posed the question whether it was in essence to be located in the field of dependent work relationships or whether it was in essence a contract between two independent business undertakings.

38. At paras 67 and 68, after referring to a number of cases and observing at para 65 that the description of the test as one of identifying the dominant purpose was perhaps not an altogether happy one, he said this:

“67. An alternative way of putting it may be to say that the courts are seeking to discover whether the obligation for personal service is the dominant feature of the contractual arrangement or not. If it is, then the contract lies in the employment field; if it is not - if, for example, the dominant feature of the contract is a particular outcome or objective - and the obligation to provide personal service is an incidental or secondary consideration, it will lie in the business field.

68. This is not to suggest that a tribunal will be in error in failing specifically to apply the ‘dominant purpose’ or indeed any other test. The appropriate classification will in every case depend upon a careful analysis of all the elements of the relationship, as Mr Recorder Underhill QC pointed out in *Byrne Bros (Formwork) Ltd v Baird* [2002] ICR 667. It is a fact sensitive issue, and there is no shortcut to a considered assessment of all relevant factors. However, in some cases the application of the ‘dominant purpose’ test may help tribunals to decide which side of the boundary a particular case lies.”

39. It is noteworthy that the European cases were not cited in many of the cases, including that before Elias J. In the light of the European cases, dominant purpose cannot be the sole test, although it may well be relevant in arriving at the correct conclusion on the facts of a particular case. After all, if the dominant purpose of the contract is the execution of personal work, it seems likely that the relationship will be, in the words of *Allonby* [2004] ICR 1328, para 67, a case in which the person concerned performs services for and under the direction of the other party to the contract in return for remuneration as opposed to an independent provider of services who is not in a relationship of subordination with him or it. This may not be so however because, although the dominant purpose of the contract may be personal work, it may not be personal work under the direction of the other party to the contract. All will depend upon the applications of the principles in *Allonby* to the circumstances of the particular case.

40. If the approach in *Allonby* is applied to a contract between the parties to an arbitration and the arbitrator (or arbitrators), it is in my opinion plain that the arbitrators’ role is not one of employment under a contract personally to do work. Although an arbitrator may be providing services for the purposes of VAT and he of course receives fees for his work, and

although he renders personal services which he cannot delegate, he does not perform those services or earn his fees for and under the direction of the parties as contemplated in para 67 of Allonby. He is rather in the category of an independent provider of services who is not in a relationship of subordination with the parties who receive his services, as described in para 68.

41. The arbitrator is in critical respects independent of the parties. His functions and duties require him to rise above the partisan interests of the parties and not to act in, or so as to further, the particular interests of either party. As the International Chamber of Commerce (“the ICC”) puts it, he must determine how to resolve their competing interests. He is in no sense in a position of subordination to the parties; rather the contrary. He is in effect a “quasi-judicial adjudicator”: *K/S Norjarl A/S v Hyundai Heavy Industries Co Ltd* [1992] QB 863, 885.

42. In England his role is spelled out in the 1996 Act. By section 33, he has a duty to act fairly and impartially as between the parties and to adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case so as to provide a fair means of determination of the issues between the parties. Section 34 provides that, subject to the right of the parties to agree any matter, it is for the arbitrator to decide all procedural matters. Examples of the width of those powers can be seen in the particular examples in section 34(2). Section 40 provides that the parties shall do all things necessary for the proper and expeditious conduct of the arbitration, which includes complying with any order of the arbitrator, whether procedural or otherwise. Once an arbitrator has been appointed, at any rate in the absence of agreement between them, the parties effectively have no control over him. Unless the parties agree, an arbitrator may only be removed in exceptional circumstances: see sections 23 and 24. The court was referred to many other statutory provisions in other parts of the world and indeed many other international codes, including the UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Model Law on International Commercial Arbitration 1985, the ICC Rules and the London Court of International Arbitration (“the LCIA”) Rules to similar effect.

43. The Regulations themselves include provisions which would be wholly inappropriate as between the parties and the arbitrator or arbitrators. For example, regulation 22(1) provides:

“Anything done by a person in the course of his employment shall be treated for the purposes of these Regulations as done by his employer as well as by him, whether or not it was done with the employer’s knowledge or approval.”

It is evident that such a provision could not apply to an arbitrator.

44. In this regard an arbitrator is in a very different position from a judge. The precise status of a judge was left open by this court in *O’Brien* [2010] 4 All ER 62, in which the court referred particular questions to the Court of Justice: see para 41.

However, as Sir Robert Carswell said in *Perceval-Price* [2000] IRLR 380 and Lord Walker said in *O’Brien* (at para 27), judges, including both recorders and all judges at every level are subject to terms of service of various kinds. As Sir Robert put it, although judges must enjoy independence of decision without direction from any source, they are in other respects not free agents to work as and when they choose, as are self-employed persons.

45. In both those cases the court was considering the relationship between the relevant department of state and the judges concerned. It was not considering the relationship between the judges and the litigants who appear before them. Here, by contrast, the court is considering the relationship between the parties to the arbitration on the one hand and the arbitrator or arbitrators on the other. As I see it, there is no basis upon which it could properly be held that the arbitrators agreed to work under the direction of the parties as contemplated in para 67 of *Allonby* [2004] ICR 1328. Further, in so far as dominant purpose is relevant, I would hold that the dominant purpose of appointing an arbitrator or arbitrators is the impartial resolution of the dispute between the parties in accordance with the terms of the agreement and, although the contract between the parties and the arbitrators would be a contract for the provision of personal services, they were not personal services under the direction of the parties.

46. In reaching this conclusion it is not necessary to speculate upon what the position might be in other factual contexts. It was submitted that the effect of the decision of the Court of Appeal is that a customer who engages a person on a oneoff contract as, say, a plumber, would be subject to the whole gamut of discrimination legislation. It would indeed be surprising if that were the case, especially given the fact that the *travaux préparatoires* contained no such suggestion: see the impact assessment in the Commission's Proposal for the Directive 1999/0225 (CNS), Brussels 1999, which was concerned solely with the position of enterprises of various types. There was no consideration of the effect on individual choice by customers. See also a memorandum from the Commission's Director General for Employment and Social Affairs to the EU Committee of the House of Lords dated 9 February 2000 to much the same effect.

This is not to say that the Regulations may not apply in the case of the plumber, solicitor, accountant or doctor referred to by the Court of Appeal in para 16. As already stated, all will depend upon the application of the principles in *Allonby* to the particular case. As I see it, the problem with the approach adopted by the Court of Appeal is that it focuses only on the question whether there is a contract to do work personally, whereas it is necessary to ask the more nuanced questions identified in *Allonby*.

47. In para 19 the Court of Appeal relied in support of its more general approach upon the opinion of Advocate General Maduro in *Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v Firma Feryn NV* (Case C- 54/07) [2008] ICR 1390. It said this in paras 19 and 20:

“19. That the choice of a solicitor, plumber or arbitrator, whether on religious, racial or any other grounds, should fall foul of regulation 6(1) of the 2003 Regulations, even if made entirely privately, may strike some people as surprising. However, in [the *Firma Feryn* case] Advocate General Maduro expressed the opinion, at para 14, that the Directive must be understood in the framework of a wider policy to foster conditions for a socially inclusive labour market and to ensure the development of democratic and tolerant societies which allow the participation of all persons irrespective of racial or ethnic origin. That case arose out of a statement by a company that supplied and fitted up-and-over garage doors that it would not employ immigrants as fitters because its customers were unwilling to have them in their homes. One can well see why a public statement of that kind might be regarded as discriminatory: it was liable to deter potential applicants for employment and thereby militate against a socially inclusive labour market. The court itself did not expressly adopt the Advocate General's expression of opinion; rather it confined itself to holding, at para 25, that

a general statement of the kind under consideration constituted direct discrimination because it was likely to deter some potential applicants and thus hinder their access to the labour market. None the less, the Advocate General's view of the broad policy objective of the Directive is in our opinion supported by the recitals. It is also one which is essentially incompatible with an acceptance of the right to discriminate between any providers of services on the basis of race, sex, religion or any of the other grounds covered by the Directive.

20. Mr. Davies sought to meet that broad analysis by saying that the primary concern of the Directive is access to employment and economic activity, not private choices by consumers between those who have already gained access to the market. The language of article 3 could be construed in that more limited way, but the expression 'access to employment, to self-employment or to occupation' is capable of a broader interpretation consistent with the policy objectives we have described. In any event, we are concerned with the language of domestic legislation, which is not restricted by the scope of the Directive and which is underpinned by broadly the same policy considerations as those identified by Advocate General Maduro in the *Firma Feryn* case, whether it was introduced before or after the publication of the Directive."

48. I would not accept that analysis. The *Firma Feryn* case was not relied upon in the course of the oral argument in the Court of Appeal. It was referred to in answer to a letter from the Court of Appeal asking questions on the assumption that an engagement to provide services gave rise to an employment relationship under the Regulations. The case concerned conventional employment relationships and did not discuss at all the extension of discrimination law to one-off contracts for services. The Court of Justice held that a racially discriminatory statement by an employer as to its recruitment policy could constitute direct discrimination even if there was no actual "victim". There was no actual victim because there was no evidence that anyone who might have lost out as a result of the policy had actually applied, or would have applied, for a position with that employer. The Advocate General thus expressed his opinion in a case which was squarely concerned with employment and not with the boundary between employment and self-employment and in which no reference was made to *Lawrie-Blum* [1987] ICR 483, *Kurz* [2002] ECR I-10691 or *Allonby* [2004] ICR 1328.

49. Some reliance was placed upon the reference to the "conditions for access to employment, to self-employment or to occupation, including selection criteria and recruitment conditions" in article 3(1)(a) of the Directive. In para 20 the Court of Appeal gave a wide construction to that provision, rejecting the submission made by Mr Davies that it related to barriers to entry to trades, professions and occupations. It did so on the same footing as before, namely that a wide meaning should be given to the terms of the Directive and, in any event, to the Regulations.

However, I would accept Mr Davies' submission that the expression "access ... to self-employment or to occupation" means what it says and is concerned with preventing discrimination from qualifying or setting up as a solicitor, plumber, greengrocer or arbitrator. It is not concerned with discrimination by a customer who prefers to contract with one of their competitors once they have set up in business. That would not be denying them "access ... to self-employment or to occupation". I see no reason to give a different meaning to the Regulations from that given to the Directive.

50. For these reasons I prefer the conclusion of the judge to that of the Court of Appeal. I agree with the judge that the Regulations are not applicable to the selection, engagement or appointment of arbitrators. It follows that I would hold that no part of clause 8 of the JVA is invalid by reason of the Regulations and would allow the appeal on this ground.

*Genuine occupational requirement*

51. If the above conclusion is correct, this point does not arise but it was fully argued and I will briefly consider it. The question considered by the judge was whether, if regulation 6(1)(a) or (c) would otherwise apply, it is prevented from applying by regulation 7(1) and (3). It will be recalled that, by regulation 7(1), regulations 6(1)(a) and (c) do not apply where regulation 7(3) applies and that regulation 7(3) provides:

“This paragraph applies where an employer has an ethos based on religion or belief and, having regard to that ethos and to the nature of the employment or the context in which it is carried out—

- (a) being of a particular religion or belief is a genuine occupational requirement for the job;
- (b) it is proportionate to apply that requirement in the particular case; and
- (c) either—
  - (i) the person to whom that requirement is applied does not meet it, or
  - (ii) the employer is not satisfied, and in all the circumstances it is reasonable for him not to be satisfied, that that person meets it.”

52. Those provisions were made in accordance with the exceptions in relation to occupational requirements made by article 4 of the Directive, which provides:

“1. Notwithstanding article 2(1) and (2), member states may provide that a difference of treatment which is based on a characteristic related to any of the grounds referred to in article 1 shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate.”

2. Member states may maintain national legislation in force at the date of adoption of this Directive or provide for future legislation incorporating national practices existing at the date of adoption of this Directive pursuant to which, in the case of occupational activities within churches and other public or private organisations the ethos of which is based on religion or belief, a difference of treatment based on a person’s religion or belief shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of these activities or of the context in which they are carried out, a person’s religion or belief constitute a genuine, legitimate and justified occupational requirement, having regard to the organisation’s ethos. This difference of treatment shall be implemented taking account of members states’ constitutional provisions and principles, as well as the general principles of Community law, and should not justify discrimination on another ground.

....”

53. It is common ground that, as the judge said at para 40, a rigorous and strict approach must be adopted to the question whether the particular exception applies: *Stadt Halle v Arbeitgemeinschaft Thermische Restabfall-und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (Case C-26/03) [2005] ECR I-1 and *Marleasing* [1990] ECR I-4135.

54. Although some reliance was placed in the course of argument on regulation 7(2), I shall focus first on paragraph (3). Since 1 October 2010 the provisions of regulation 7 have been replaced by those of Schedule 9 of the EA. Regulation 7(3) has been replaced by paragraph (3) of that Schedule, which provides:

“A person (A) with an ethos based on religion or belief does not contravene a provision mentioned in paragraph 1(2) by applying in relation to work a requirement to be of a particular religion or belief if A shows that, having regard to that ethos and the nature or context of the work –

(a) it is an occupational requirement,

(b) the application of the requirement is a proportionate means of achieving a legitimate aim, and

the person to whom A applies the requirement does not meet it (or A has reasonable grounds for not being satisfied that the person meets it). “

It was not suggested that there is any significant difference between that paragraph and regulation 7(3).

55. There are four relevant requirements under regulation 7(3). The issue between the parties centres upon whether the second requirement is satisfied. The requirements are (1) that the employer should have an ethos based on religion or belief; (2) that, having regard to that ethos and to the nature of the employment or the context in which it is carried out, being of a particular religion or belief is a genuine requirement for the job; (3) that, having regard to that ethos and to the nature of the employment or the context in which it is carried out, it is proportionate to apply that requirement on the facts; and (4) that the person to whom the requirement is applied, who here must be Sir Anthony Colman, does not meet the requirement.

56. As to (1) it is not (and could not be) suggested here that Mr Jivraj and Mr Hashwani did not have such an ethos. As to (3), it is not in dispute that, if requirement (2) is satisfied, so that being an Ismaili is a genuine occupational requirement, it is or would be proportionate to apply it. As to (4), it is plain that Sir Anthony Colman does not meet the requirement in the JVA that the arbitrators should be members of the Ismaili community. The essential issue between the parties is whether requirement (2) is satisfied. The question is therefore whether, having regard to the Ismaili ethos and to the nature of the employment or the context in which it is carried out, being of the Ismaili religion or belief is a genuine requirement for the job. The judge held that this requirement was satisfied whereas the Court of Appeal held that it was not.

57. Our attention was drawn on behalf of Mr Jivraj to what is said to be an important difference between paragraphs (2) and (3) of regulation 7. Paragraph (2) is concerned with the case where the employer does not have a particular ethos based on religion or belief but

wishes to recruit a worker who does have such an ethos. In that event, for the exception to apply, being of the particular ethos or belief must be a “genuine and determining occupational requirement”. By contrast, where (as here) the employer has an ethos based on religion or belief, it is sufficient under paragraph (3) that being of a particular religion or belief is “a genuine occupational requirement for the job.”

58. Mr Davies submits that the difference between the two cases is this. In the first case the question is whether being of a particular religion or belief is a “genuine and determining occupational requirement”. That is to say it must be an essential requirement for the job. Whether it is or not is an objective question which the court can readily decide. In the second case, on the other hand, the question for the court is subjective, namely whether it is a genuine requirement for the job in the eyes of the employer or employers. This, Mr Davies suggests, reflects the sensible principle that it is not for the court to sit in judgment over matters of religion or belief. By contrast, Mr Brindle disputes the idea that the test is entirely subjective. Regulation 7(3) requires that being of a particular religion or belief is not only genuine but also, as paragraph 2 of article 4 of the Directive shows, “legitimate and justified”. It follows that it is not sufficient that the employer has a genuine belief that the particular religion or belief is required. The requirement must also be legitimate and justified. It would be remarkable, in his submission, if the justification could be found in the personal opinions of the *prima facie* discriminator.

59. I agree with Mr Davies that it is not for the court to sit in judgment on matters of religion or belief. However, I also agree with Mr Brindle that the test for justifying *prima facie* discrimination cannot be entirely subjective. This is because the Regulations must be construed consistently with the Directive. It seems to me to be reasonably clear that paragraph 1 of article 4 of the Directive is the source of paragraph (2) of regulation 7 because they both refer to a genuine and determining occupational requirement. In these circumstances paragraph 2 must be the source of paragraph (3) of the regulation, with the result that the expression “genuine occupational requirement” must (either alone or together with proportionality in requirement (3)) have been intended to reflect the expression “genuine, legitimate and justified occupational requirement” in paragraph 2 of article 4 of the Directive. If the legitimacy or justification of a requirement were assessed purely by reference to the subjective view of the employer, they would add nothing to the stipulation that a requirement be genuine. In my view, whether or not a particular religion or belief is a legitimate and justified requirement of an occupation is an objective question for the court. This is not however as strict a test as that applied under regulation 7(2), namely that a particular religion or belief is an essential requirement for the job. As I see it, the question is simply whether in all the circumstances of the case the requirement that the arbitrators should be respected members of the Ismaili community was, not only genuine, but legitimate and justified.

60. I do not agree with Mr Brindle that the requirement that arbitrators be Ismailis cannot be objectively justified. His submission that an English law dispute in London under English curial law does not require an Ismaili arbitrator takes a very narrow view of the function of arbitration proceedings. This characterisation reduces arbitration to no more than the application of a given national law to a dispute.

61. One of the distinguishing features of arbitration that sets it apart from proceedings in national courts is the breadth of discretion left to the parties and the arbitrator to structure the process for resolution of the dispute. This is reflected in section 1 of the 1996 Act which provides that: “the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only

to such safeguards as are necessary in the public interest". The stipulation that an arbitrator be of a particular religion or belief can be relevant to this aspect of arbitration. As the ICC puts in its written argument:

"The raison d'être of arbitration is that it provides for final and binding dispute resolution by a tribunal with a procedure that is acceptable to all parties, in circumstances where other fora (in particular national courts) are deemed inappropriate (eg because neither party will submit to the courts or their counterpart; or because the available courts are considered insufficiently expert for the particular dispute, or insufficiently sensitive to the parties' positions, culture, or perspectives)."

62. Under section 34 of the 1996 Act (referred to above) the arbitrators have complete power over all procedural and evidential matters, including how far the proceedings should be oral or in writing, whether or not to apply the strict rules of evidence, whether the proceedings should be wholly or partly adversarial or whether and to what extent they should make their own inquiries. They are the sole judges of the evidence, including the assessment of the probabilities and resolving issues of credibility.

63. In paras 41 to 44 of his judgment [2010] 1 All ER 302 the judge made detailed findings which seem to me to be relevant to this question. I refer to only some of them. In para 41 he described the history and development of the Ismaili Community. He noted from the summary on the website of the Aga Khan Development Network that in the early part of the 20th century Aga Khan III introduced a range of "organisational forms that gave Ismaili communities the means to structure and regulate their own affairs". He added that those forms were established against the background of "the Muslim tradition of a communitarian ethic on the one hand, and responsible individual conscience with freedom to negotiate one's own moral commitment and destiny on the other".

64. At para 42 the judge quoted extensively from the same summary which included this:

"Spiritual allegiance to the Imam and adherence to the Shia Imami Ismaili tariqah (persuasion) of Islam according to the guidance of the Imam of the time, have engendered in the Ismaili community an ethos of self-reliance, unity, and a common identity."

He noted that in 1986 the present Aga Khan:

"promulgated a Constitution that, for the first time, brought the social governance of the world-wide Ismaili community into a single structure with built-in flexibility to account for diverse circumstances of different regions. Served by volunteers appointed by and accountable to the Imam, the Constitution functions as an enabler to harness the best in individual creativity in an ethos of group responsibility to promote the common well-being."

Like its predecessors, the present constitution is founded on each Ismaili's spiritual allegiance to the Imam of the time, which is separate from the secular allegiance that all Ismailis owe as citizens to their national entities. The guidance of the present Imam and his predecessor emphasised the Ismaili's allegiance to his or her country as a fundamental obligation. These obligations discharged not by passive affirmation but through responsible engagement and active commitment to uphold national integrity and contribute to peaceful development."

65. In para 43 the judge quoted from a paper presented to the Council of Europe in March 2009 by the Director of International Training with the secretariat of the Aga Khan which included the following:

“Under the Constitution, the Imam has also established ... National and International Conciliation and Arbitration Boards to encourage amicable resolution of conflicts through impartial conciliation, mediation and arbitration, a service which is being increasingly used, in some countries, even by non-Ismailis. In fulfilling the mandate to sustain social, economic, cultural and civil society development, the Imamat collaborates with national governments, regional and international institutions as well as civil society organisations. This paper highlights the work of the Conciliation and Arbitration Boards established under the Ismaili Constitution and more particularly the training programmes that have been conducted for them over the last decade, indicating some of the best practices.

Over the centuries, Ismaili communities in various parts of the world, have been conducting their own ADR processes based on the ethics of the faith as guided by the Imams of the Time. ... [The Aga Khan] was concerned about the massive costs of litigation faced by members of the Ismaili community in various parts of the world. Not only were the legal costs very high, but the legal procedures, in many countries, were particularly lengthy and did not always result in outcomes that conformed with the principles of natural justice. The Aga Khan was concerned about compliance with the ethics of the faith which promote a non-adversarial approach to dispute resolution in keeping with the principles of negotiated settlement (*sulh*) enshrined in the Holy Qur'an.

The study indicated that a majority of the cases were in the field of family disputes and that the national courts in the countries, where the disputants were settled, were not always able to comprehend the inter-generational attitudinal issues involved, let alone being able to resolve them. This syndrome is very much in keeping with the notion of the “limited remedial imagination” that Menkel-Meadow attributes to the adversarial system which focuses on a zero-sum numbers game where the “winner takes all”. It was therefore decided by the Imam, in consultation with the leaders of the various Ismaili communities worldwide, to build on the community's existing tradition of settling disputes amicably within the ethics of Islam and to establish Conciliation and Arbitration Boards at various levels of social governance in the Ismaili communities throughout the world. It was also felt that the system should be such that the first submission of an issue to an arbitral or mediational body should ensure the highest degree of proficiency, probity and fairness so that the number of cases which go for appeal would be minimal and that the process would be seen as being equitable, fair and cost effective.

The Aga Khan's advice was that such a system should endeavour to resolve disputes within the community without the disputants having to resort to unnecessary litigation which is time consuming, expensive and destructive. The Aga Khan saw the amicable resolution of disputes, without resorting to a court of law and within the ethics of the faith, as an important aspect of the improvement of the quality of life of the Ismailis globally. Consequently, the Ismaili Constitution of 1986 made provision for the establishment of the Conciliation and Arbitration Boards.”

66. The judge then in para 44 set out part of article XIII of the Constitution which set up a National Conciliation and Arbitration Board for all types of dispute, which provided by article 13.5:

“Each National Conciliation and Arbitration Board shall upon the application of any Ismaili assist him to settle any differences or disputes with another party residing in the area of jurisdiction of the National Conciliation and Arbitration Board in relation to any of the matters mentioned in article 13.1(a).”

Article 13.1(a) provided that the Board was:

“to assist in the conciliation process between parties in differences or disputes arising from commercial, business and other civil liability matters, domestic and family matters, including those relating to matrimony, children of a marriage, matrimonial property, and testate and intestate succession;”

67. In these circumstances the judge held that the provision in the JVA which provided that the arbitrators should be respected members of the Ismaili community and holders of high office within the community was a GOR within regulation 7(3). He did so on the basis that the material set out above showed that, as he put it at para 45, one of the more significant and characteristic spirits of the Ismaili sect was an enthusiasm for dispute resolution contained within the Ismaili community. He said that he had no difficulty in determining this spirit to be an “ethos based on religion”. He also relied upon the terms of the arbitration clause itself and the engagement by both sides of members of the Ismaili community to perform mediation and conciliation services from 1988 until 1994.

68. In my opinion the judge was justified in concluding that the requirement of an Ismaili arbitrator can be regarded as a genuine occupational requirement on the basis that it was not only genuine but both legitimate and justified, so that requirement (2) was satisfied. As to requirement (3), the judge said at para 46 that, had proportionality been a live issue, having regard to the parties’ freedom in section 1 of the 1996 Act (quoted above) he would have held that article 8 of the JVA was proportionate.

69. The reasoning of the Court of Appeal [2010] ICR 1435 is set out in their para 29 as follows:

“The judge's findings about the nature and ethos of the Ismaili community were not challenged, but in our view he failed to pay sufficient regard to the other requirements of regulation 7(3), in particular, to whether, having regard to the ethos of that community and the nature of the arbitrator's function, being an Ismaili was a genuine occupational requirement for its proper discharge. If the arbitration clause had empowered the tribunal to act *ex aequo et bono* it might have been possible to show that only an Ismaili could be expected to apply the moral principles and understanding of justice and fairness that are generally recognised within that community as applicable between its members, but the arbitrators' function under clause 8 of the joint venture agreement is to determine the dispute between the parties in accordance with the principles of English law. That requires some knowledge of the law itself, including the provisions of the Arbitration Act 1996, and an ability to conduct the proceedings fairly in accordance with the rules of natural justice, but it does not call for any particular ethos.

Membership of the Ismaili community is clearly not necessary for the discharge of the arbitrator's functions under an agreement of this kind and we are unable to accept, therefore, that the exception provided in regulation 7 of the 2003 Regulations can be invoked in this case.”

70. I prefer the approach of the judge. For the reasons given earlier, I am not persuaded that the test is one of necessity. The question is whether, in all the circumstances the provision that all the arbitrators should be respected members of the Ismaili community was legitimate and justified. In my opinion it was. The approach of the Court of Appeal seems to me to be too legalistic and technical.

The parties could properly regard arbitration before three Ismailis as likely to involve a procedure in which the parties could have confidence and as likely to lead to conclusions of fact in which they could have particular confidence.

71. For these reasons I would, if necessary, have allowed the appeal on the basis that article 8 was a GOR within regulation 7(3). This conclusion makes it unnecessary to consider whether it also satisfied regulation 7(2).

#### *Severance and costs*

72. In these circumstances, neither the severance issue raised by Mr Hashwani nor the appeal on costs advanced by Mr Jivraj arises and I say nothing about them.

#### *Reference to the Court of Justice*

73. I would not refer any of the questions which arise in this appeal to the Court of Justice. On the first question, the only questions of EC law which arise relate to the true construction of the Directive. The Court of Justice has resolved those issues in a number of cases, notably *Allonby* [2004] ICR 1328. To my mind the principles are now acte clair. On the second question, the principal issue between the parties relates to the application of the relevant principles to the facts. As to the correct construction of regulation 7(3), I have accepted Mr Brindle's submission that it does not involve a wholly subjective question on the ground that the relevant provision must be not only genuine, but also legitimate and justifiable. In these circumstances, I see no basis for a reference in relation to GOR, which was in any event not determinative of the appeal.

#### *CONCLUSION*

74. I would allow the appeal.

#### **LORD MANCE**

##### *The first point*

75. I have read and agree entirely with the judgment of Lord Clarke on the first point: that is, whether the arbitrators contemplated by article 8 of the Joint Venture Agreement are persons who would be engaged in "employment under ... a contract personally to do work" within the meaning of regulation 2 of the Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003, interpreted in the light of Council Directive 2000/78/EC to which the Regulations aim to give effect.

76. The conclusion that they would not be is, I think, unsurprising for all the reasons that Lord Clarke gives. I note that as long ago as 1904 (RGZ 59, 247), the German Reichsgericht identified the particular nature of an arbitral contract, in terms which I think have a relevance to arbitration generally, when it said (in translation), that:

“It does not seem permissible to treat the arbitrator as equivalent to a representative or an employee or an entrepreneur. His office has .... an entirely special character, which distinguishes him from other persons handling the affairs of third parties. He has to decide a legal dispute in the same way as and instead of a judge, identifying the law by matching the relevant facts to the relevant legal provisions. The performance expected from him is the award, which constitutes the goal and outcome of his activity. It is true that the extent of his powers depends on the arbitration agreement, which can to a greater or lesser extent prescribe the way to that goal for him. But, apart from this restriction, his position is entirely free, freer than that of an ordinary judge”.

77. A more modern source, Gary B Born's authoritative work on *International Commercial Arbitration* (2009), convincingly discusses the general international legal understanding of the nature of an arbitrator's engagement in the following passage (Vol I, pp 1607-1609):

“There is also debate about how to characterize the arbitrator's contract, particularly in civil law jurisdictions where the characterization of contracts is often essential to determining their effects. Some commentators consider the arbitrator's contract to be an agency agreement, where the arbitrator serves as the parties' agent. Other authorities have suggested treating the arbitrator's contract as an agreement for the provision of services. A third approach has been to regard the arbitrator's contract as a *sui generis* or hybrid form of agreement, not being categorizable in conventional terms and instead giving rise to a unique set of rights and duties.

The proper analysis is to treat the arbitrator's contract as a *sui generis* agreement. That is in part because this characterization accords with the specialized and distinct nature of the arbitrator's mandate: as noted above, that mandate differs in fundamental ways from the provision of many other services and consists in the performance of a relatively *sui generis* adjudicatory function. It is therefore appropriate, and in fact necessary, that the arbitrator's contract be regarded as *sui generis*.

At the same time, there are no other satisfactory characterizations of an arbitrator's contract. It makes no sense to treat the arbitrator's contract as an agency agreement. Under most legal systems, that characterization would require the arbitrator to follow the parties' directions and to provide the parties with information and an accounting – all of which can only with difficulty, if at all, be assimilated to the adjudicative role of an arbitrator.

Moreover, the role of an agent is inconsistent with the arbitrator's adjudicative function – which is precisely to be independent of the parties. This was underscored by a French appellate decision, which held that an agreement for the parties' ‘representatives’ to resolve their dispute could not be an arbitration agreement:

‘A stipulation of that kind is incompatible with the actual concept of arbitration, since the arbitrators, though appointed by the parties, can under no circumstances become their

representatives. That would imply, in particular, that they represent the parties and account for their functions. Such a role, and the obligations it entails, are alien to the functions of an arbitrator, which are judicial in nature.'

Equally, regarding the arbitrator as a service provider, like an accountant, investment banker, lawyer, or other professional, ignores the essential adjudicative character of his or her mandate. Arbitrators do not merely provide the parties with a service, but also serve a public, adjudicatory function that cannot be entirely equated with the provision of service in a commercial relationship. The proper analysis is therefore to regard the arbitrator's contract as a *sui generis* agreement specifying the terms on which this adjudicative function is to be exercised vis-à-vis particular parties and on particular terms."

78. Both these citations catch and support the essence of Lord Clarke's distinction between persons under the direction of another and arbitrators who perform an independent role, free of such control.

### *The second point*

79. As Lord Clarke notes at para 51, the second point does not in these circumstances arise, since the whole situation falls outside the scope of regulation 2. To ask how the exception permitted by regulation 7(3) and article 4(2) of the Directive might apply, when by definition it cannot, may risk giving a slightly false impression about the scope of the exception in situations to which it is potentially applicable.

80. The reasons which can, as Lord Clarke demonstrates, be given for concluding that the exception would not apply to a considerable extent duplicate those given for concluding that regulation 2 does not apply. They are in particular that the arbitrators would not be under the direction of the parties: see paras 61 et seq. Accordingly, it may be appropriate to say a few words about the application of the exception in a situation in which the regulation would apply.

81. If one takes a situation which is within regulation 2, say the engagement by the Ismaili community, or by any other organisation whose ethos is based on religion or belief, of an employed lawyer to undertake English law work, I would expect it to be much more difficult to maintain as valid a restriction to members of the Ismaili community or of the other religious or faith-based organisation.

82. Many English as well as other lawyers believe in, are trained in and are familiar with techniques for the amicable resolution of disputes, including conciliation, mediation and arbitration. The value of alternative dispute resolution, particularly mediation, is also recognised at the European legal level (see eg Directive 2008/52/EC of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters and Council of Europe Recommendation No R(2002)10 on civil mediation). A religious or faith-based community's or organisation's power first to select and then to direct its own employed lawyers would be a secure means of ensuring that its employed lawyers valued, understood and prioritised the handling of English law work so far as possible on a non-confrontational basis, using alternative dispute resolution procedures wherever possible. A refusal to employ anyone other than a member of the particular religion or faith would in that context seem unlikely to be justified or proportionate.

## Cour de Cassation française, arrêt du 27 septembre 2011

*Internationaal goederenvervoer – Toepassing van het CMR-verdrag – Artikel 30  
– De termijnen voor het maken van voorbehoud*

*Transport international de marchandises – Application de la convention CMR –  
Article 30 – Les délais de protestation*

REPUBLIC FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant:

Statuant sur le pourvoi formé par la société Papeteries Sill, société par actions simplifiée, dont le siège est 146 quai de Jemmapes, BP 248, 75464 Paris cedex 10,

contre l'arrêt rendu le 30 juin 2010 par la cour d'appel de Douai (chambre 2, section 1), dans le litige l'opposant à la société Dachser France, autrefois dénommée société Transports Graveleau, société par actions simplifiée, dont le siège est avenue de l'Europe BP 7, 85130 La Verrie,

défenderesse à la cassation;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt;

Vu la communication faite au procureur général;

LA COUR, en l'audience publique du 12 juillet 2011, où étaient présents: Mme Favre, président, M. Potocki, conseiller rapporteur, M. Gérard, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre;

Sur le rapport de M. Potocki, conseiller, les observations de la SCP Laugier et Caston, avocat de la société Papeteries Sill, de la SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, avocat de la société Dachser France, l'avis de M. Le Mesle, premier avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Papeteries Sill a confié à la société Transports Graveleau, devenue la société Dachser France, des transports à destination de plusieurs clients situés au Luxembourg et en Espagne; que faisant valoir le refus ou la non livraison de certaines marchandises, la société Papeteries Sill a adressé des réclamations sous forme de factures à la société Transports Graveleau, qui en a refusé le paiement et a demandé le règlement du prix des prestations qu'elle avait effectuées;

**Sur le second moyen, en ce qu'il fait grief à l'arrêt d'avoir confirmé le jugement en ce qu'il condamne la société Papeteries Sill à payer à la société Dachser France la somme de 15 693,61 euros:**

Attendu que la société Papeteries Sill fait grief à l'arrêt d'avoir confirmé le jugement en ce qu'il la condamne à payer à la société Dachser France la somme de 15 693,61 euros, alors, selon le moyen, *qu'une cour d'appel, qui décide qu'une demande dont elle est saisie est irrecevable, excède ses pouvoirs en statuant au fond de ce chef; qu'en confirmant le jugement "en ce qu'il a débouté la société Papeteries Sill de ses demandes", tout en déclarant ces demandes irrecevables, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et a violé l'article 564 du code de procédure civile;*

Mais attendu que l'arrêt ne déclare irrecevable que les demandes de la société Papeteries Sill; que le moyen, qui manque en fait, est mal fondé;

**Et sur le premier moyen, pris en sa troisième branche:**

Attendu que ce moyen n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi;

**Mais sur le même moyen, pris en sa deuxième branche, qui est recevable:**

Vu l'article 30, paragraphe 1, de la Convention de Genève du 19 mai 1956, dite CMR;

Attendu que pour écarter les demandes de la société Papeteries Sill, l'arrêt retient qu'en vertu de l'article 30, paragraphes 1 et 3, de la CMR, celles-ci sont irrecevables, à défaut de réserves écrites dans un délai de sept ou vingt et un jours;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'article 30, paragraphe 1, de la CMR dispose seulement qu'en cas de pertes ou avaries, à défaut de constat contradictoire ou de réserves, la marchandise est présumée avoir été reçue dans l'état décrit dans la lettre de voiture, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

**Sur le même moyen, pris en sa quatrième branche:**

Vu l'article 30, paragraphes 1 et 3, de la Convention de Genève du 19 mai 1956, dite CMR;

Attendu que pour écarter les demandes de la société Papeteries Sill, l'arrêt retient que les factures émises par cette société n'ont pas été établies dans le délai requis par l'article 30 de la CMR;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans préciser, pour chaque facture, si la réclamation portait sur une perte ou une avarie ou encore sur un retard de livraison ainsi que le délai dans lequel chacune de ces factures avait été émise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision;



**Sur le même moyen, pris en sa cinquième branche, qui est recevable:**

Vu l'article 30, paragraphe 3, de la Convention de Genève du 19 mai 1956, dite CMR;

Attendu que pour déclarer, en vertu de l'article 30, paragraphe 1 et 3, de la CMR, la société Papeteries Sill irrecevable, à défaut de réserves écrites dans un délai de 7 ou 21 jours, l'arrêt retient que les factures de la société Papeteries Sill font allusion à des livraisons non faites;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions de l'article 30, paragraphe 3, de la CMR ne s'appliquent qu'en cas de retard dans la livraison et non en cas de défaut de livraison, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

**Et sur le second moyen, en ce qu'il a débouté la société Papeteries Sill de ses demandes:**

Vu l'article 564 du code de procédure civile;

Attendu qu'une cour d'appel qui décide qu'une demande dont elle est saisie est irrecevable, excède ses pouvoirs en statuant ensuite au fond de ce chef;

Attendu que pour confirmer le jugement en ce qu'il a débouté la société Papeteries Sill de ses demandes, l'arrêt retient que la société Papeteries Sill doit être déclarée irrecevable;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

**PAR CES MOTIFS**, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche du premier moyen:

CASSE ET ANNULE, sauf en ce que, confirmant le jugement, il a condamné la société Papeteries Sill à payer à la société Transports Graveleau la somme de 15 693,61 euros, l'arrêt rendu le 30 juin 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Douai; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Douai, autrement composée;

Condamne la société Dachser France aux dépens;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-sept septembre deux mille onze.

**MOYENS ANNEXES** au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Laugier et Caston, avocat aux Conseils pour la société Papeteries Sill

## **PREMIER MOYEN DE CASSATION**

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement en ce qu'il a débouté la société PAPETERIES SILL de ses demandes, "mais pas sur les motifs adoptés", d'AVOIR déclaré, en vertu de l'article 30 paragraphes 1 et 3 de la CMR, la société PAPETERIES SILL irrecevable, à défaut de réserves écrites dans un délai de 7 ou 21 jours, et d'AVOIR confirmé le jugement en ce qu'il avait condamné la société PAPETERIES SILL à payer à la société DACHSER FRANCE la somme de 15.693,61 € en principal avec intérêts au taux légal à compter du 12 septembre 2007, et la somme de 1.000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile;

### **AUX MOTIFS QUE**

la société de transport fait remarquer à juste titre que la société appelante ne précise pas vraiment le fondement de son action, même lorsqu'elle est interpellée;

qu'on croit lire que ses réclamations sont liées à des difficultés de livraison;

que les parties s'accordent sur l'application de la CMR;

que les factures de la société PAPETERIES SILL font allusion à des livraisons non faites et à des retours de la marchandise sans l'accord de l'appelante, à des manquants à la livraison, à des refus de la marchandise par le client pour livraison tardive;

que, seules, les pièces 39, 40, 41, 42 concernent des produits arrivés en mauvais état;

qu'à juste titre, le tribunal a considéré que la prescription applicable d'un an a bien été interrompue par les factures envoyées par la société PAPETERIES SILL et qui constituent de vraies réclamations, la société de transport en ayant accusé réception par son courrier du 26 juin 2006;

que cela dit, la société de transport fait valoir que n'ont pas été respectées les prescriptions de l'article 30 paragraphes 1 et 3 qui prévoient en cas de perte ou d'avarie que des réserves soient faites au transporteur dans les 7 jours à dater de la livraison, ou en cas de retard à la livraison dans le délai de 21 jours à dater de la mise de la marchandise à disposition du destinataire;

que la société appelante ne répond pas vraiment sur cet argument, seulement en faisant observer qu'elle a établi des factures pour chaque transport litigieux; mais que ces factures, autre qu'elles ne peuvent constituer les réserves en question, n'ont pas été établies dans le délai requis par l'article 30 de la CMR;

que la conséquence est que faute de ces réserves, le destinataire est présumé avoir reçu la marchandise dans l'état décrit dans la lettre de voiture sauf preuve contraire qui ne peut être trouvée dans une facturation unilatérale;

que de même, le retard ne peut donner lieu à indemnisation que si des réserves ont été formulées;

qu'ainsi, la décision mérite, mais pour d'autres motifs, confirmation sur le débouté de la société PAPETERIES SILL, qui doit être déclarée irrecevable;

1°) ALORS QUE la société DACHSER FRANCE n'invoquait dans ses conclusions une absence de réserves rendant irrecevables les demandes indemnитaires de la société PAPETERIES SILL que pour ce qui concerne les retards à la livraison, par application du paragraphe 3 de l'article 30 de la convention du 19 mai 1956 dite CMR, et non pour les pertes ou avaries; qu'en déclarant irrecevables faute de réserves l'ensemble des demandes indemnитaires de la société PAPETERIES SILL, tandis qu'elle relevait que certaines de ces demandes étaient motivées par "des produits arrivés en mauvais état" la Cour d'appel a méconnu les termes du litige et a violé l'article 4 du Code de procédure civile;



2°) ALORS QUE l'article 30, paragraphe 1, de la Convention de Genève du 19 mai 1956 dite CMR, ne fait pas de la formulation de réserves, en cas de perte ou avaries, une condition de recevabilité d'une demande d'indemnisation, mais dispose qu'en l'absence de réserves le destinataire "est présumé, jusqu'à preuve contraire, avoir reçu la marchandise dans l'état décrit dans la lettre de voiture"; qu'en déclarant irrecevables par application de ce texte, faute de réserves, les demandes indemnитaires formulées par la société PAPETERIES SILL au titre des marchandises arrivées en mauvais état, la Cour d'appel a violé l'article 30, paragraphe 1, de la Convention de Genève du 19 mai 1956, dite CMR;

3°) ALORS QUE l'article 30 de la Convention de Genève du 19 mai 1956, dite CMR, exige seulement que les réserves soient formulées par écrit, sans imposer de forme particulière que doit revêtir cet écrit; que, dès lors, la Cour d'appel qui, pour déclarer irrecevables les demandes de la société PAPETERIES SILL, a retenu que les factures émises par cette société: "ne peuvent constituer les réserves en question" sans dire pourquoi il en serait ainsi, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des paragraphes 1 et 3 de la Convention de Genève du 19 mai 1956, dite CMR;

4°) ALORS QUE les réserves doivent être formulées en cas de pertes ou d'avaries non apparentes dans un délai de 7 jours à dater de la livraison, et, en cas de retard de livraison, dans un délai de 21 jours à dater de la mise de la marchandise à la disposition du destinataire; qu'en se bornant à énoncer, pour déclarer irrecevables les demandes de la société PAPETERIES SILL, que les factures émises par cette société "n'ont pas été établies dans le délai requis par l'article 30 de la CMR", sans préciser, pour chaque facture, la nature du grief – perte ou avarie, ou retard de livraison – et le délai dans lequel elle a été émise, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 30, paragraphes 1 et 3 de la Convention de Genève du 19 mai 1956, dite CMR;

5°) ALORS QUE les dispositions de l'article 30, paragraphe 3, de la Convention de Genève du 19 mai 1956, dite CMR, ne s'appliquent qu'en cas de retard dans la livraison, et non en cas de défaut de livraison;

Qu'en énonçant que "le retard ne peut donner lieu à indemnisation que si des réserves ont été formulées" pour déclarer irrecevables par application de ce texte l'ensemble des demandes indemnитaires de la société PAPETERIES SILL, tout en relevant que certaines de ces demandes étaient afférentes à des "livraisons non faites", la Cour d'appel a violé l'article 30, paragraphe 3, de la convention du 19 mai 1956 dite CMR.

## **SECOND MOYEN DE CASSATION**

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement en ce qu'il a débouté la société PAPETERIES SILL de ses demandes, "mais pas sur les motifs adoptés", d'AVOIR déclaré, en vertu de l'article 30 paragraphes 1 et 3 de la CMR la société PAPETERIES SILL irrecevable, à défaut de réserves écrites dans un délai de 7 ou 21 jours, et d'AVOIR confirmé le jugement en ce qu'il condamne la société PAPETERIES SILL à payer à la société DACHSER FRANCE la somme de 15.693,61 € en principal avec intérêts au taux légal à compter du 12 septembre 2007, et la somme de 1.000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile;



## AUX MOTIFS QUE

la société de transport fait remarquer à juste titre que la société appelante ne précise pas vraiment le fondement de son action, même lorsqu'elle est interpellée; qu'on croit lire que ses réclamations sont liées à des difficultés de livraison; que les parties s'accordent sur l'application de la CMR;

que les factures de la société PAPETERIES SILL font allusion à des livraisons non faites et à des retours de la marchandise sans l'accord de l'appelante, à des manquants à la livraison, à des refus de la marchandise par le client pour livraison tardive; que seules les pièces 39, 40, 41, 42 concernent des produits arrivés en mauvais état;

qu'à juste titre, le tribunal a considéré que la prescription applicable d'un an a bien été interrompue par les factures envoyées par la société PAPETERIES SILL et qui constituent de vraies réclamations, la société de transport en ayant accusé réception par son courrier du 26 juin 2006;

que cela dit, la société de transport fait valoir que n'ont pas été respectées les prescriptions de l'article 30 paragraphes 1 et 3 qui prévoient en cas de perte ou d'avarie que des réserves soient faites au transporteur dans les 7 jours à dater de la livraison, ou en cas de retard à la livraison dans le délai de 21 jours à dater de la mise de la marchandise à disposition du destinataire;

que la société appelante ne répond pas vraiment sur cet argument, seulement en faisant observer qu'elle a établi des factures pour chaque transport litigieux; mais que ces factures, outre qu'elles ne peuvent constituer les réserves en question, n'ont pas été établies dans le délai requis par l'article 30 de la CMR;

que la conséquence est que faute de ces réserves, le destinataire est présumé avoir reçu la marchandise dans l'état décrit dans la lettre de voiture sauf preuve contraire qui ne peut être trouvée dans une facturation unilatérale;

que de même, le retard ne peut donner lieu à indemnisation que si des réserves ont été formulées;

qu'ainsi, la décision mérite, mais pour d'autres motifs, confirmation sur le débouté de la société PAPETERIES SILL, qui doit être déclarée irrecevable;

ALORS QU'une Cour d'appel, qui décide qu'une demande dont elle est saisie est irrecevable, excède ses pouvoirs en statuant au fond de ce chef; qu'en confirmant le jugement "en ce qu'il a débouté la société PAPETERIES SILL de ses demandes", tout en déclarant ces demandes irrecevables, la Cour d'appel a excédé ses pouvoirs et a violé l'article 564 du Code de procédure civile.

## **Rechtbank van eerste aanleg Brussel, vonnis van 19 september 2011**

*Erkenning van Kameroens huwelijk – Artikel 27 WIPR – Geen schijnhuwelijk – Artikel 18 WIPR – Geen wetsontduiking*

*Reconnaissance d'un mariage camerounais – Article 27 CDIP – Pas de mariage blanc – Article 18 CDIP – Pas de fraude à la loi*

Inzake

Verzoekende partijen:

**De heer Y**, geboren te [...] op [...], van Belgische nationaliteit, wonende te Zemst, [...], en

**Mevrouw X**, geboren te [...] op [...], van Kameroense nationaliteit wonende te [...] - Kameroen, met – als – huidige – keuze - van woonplaats voor onderhavige procedure ten kantore van Mr. Bertrand Vrijens te Gent, [...],

met als raadsman:

Mr. Bertrand Vrijens, advocaat met kantoor te Gent,

\* \* \*

Gelet op het hierbijgevoegd inleidend verzoekschrift, neergelegd ter griffie op 1 juli 2009;

Gelet op de mededeling aan het Openbaar Ministerie op datum van 6 juli 2009;

Gelet op het schriftelijk advies van het Openbaar Ministerie van 19 oktober 2010;

Gelet op de besluiten van verzoekers, neergelegd ter griffie op 26 mei 2011;

Gehoord de raadsman van verzoekende partijen in Raadkamer ter terechting van de 7de kamer van 28 juni 2011, alsmede eerste verzoeker in persoon;

Gehoord het mondeling advies van het Openbaar Ministerie op 28 juni 2011, waarop verzoekers de gelegenheid hadden te repliceren;

Vervolgens werd de zaak in beraad genomen op 28 juni 2011.

\* \* \*

Verzoekers zijn op 14 december 2007 in het huwelijk getreden te [...] (Republiek Kameroen);

Eerste verzoeker heeft een visum gezinsherening aangevraagd, hetwelk werd geweigerd door de DVZ;

Bij brief van 16 juni 2009 heeft de ambtenaar van Burgerlijke stand van de gemeente Zemst de overschrijving van het huwelijk geweigerd;



De vordering van verzoekers strekt ertoe hun in [...] afgesloten - huwelijk in België te horen erkennen;

Verzoekers vragen dan ook dat zou worden geoordeeld dat de weigeringsbeslissing van de ambtenaar van burgerlijke stand ongegrond is en dat deze gehouden is het huwelijk over te schrijven in de registers van de burgerlijke stand;

Tevens vorderen verzoekers dat voor recht zou worden gezegd dat de DVZ dient over te gaan tot erkenning van hun huwelijk en tot afgifte van een visum op basis van dit huwelijk;

Wat het laatste onderdeel betreft, dient er te worden op gewezen dat de rechtbank niet bevoegd is in de plaats van een andere overheid een beslissing te nemen of deze een beslissing op te dringen; Tegen de beslissingen van de DVZ kan een geëigend beroep worden ingesteld;

De rechtbank is wel bevoegd om het huwelijk te doen erkennen, waarbij de beslissing van de rechtbank dan een declaratief karakter heeft, hetgeen inhoudt dat de Belgische overheden deze beslissing dienen te respecteren; De rechtbank is niet bevoegd om specifiek één overheid (in casu, volgens het verzoek van verzoekers de FOD Binnenlandse Zaken) te bevelen om het huwelijk te erkennen;

De vordering strekkende tot afgifte van een visum bekritiseert een administratieve beslissing, waaromtrent de bevoegdheid bij de uitvoerende macht ligt, en waarbij noch artikel 570 Ger. Wb., noch de artikelen 23 en 27 WIPR de burgerlijke rechtbank de bevoegdheid geven om een beslissing tot weigering van de afgifte van een visum, te vernietigen en om zich in de plaats te stellen van het daartoe in de Wet van 15 december 1980 aangeduide bestuur;

Deze rechtbank is bevoegd om van de vordering, betrekking hebbend op de erkenning van het huwelijk kennis te nemen (artikelen 27 en 31 Wb. IPR), de vordering is tevens op regelmatige wijze ingeleid (art. 23Wb. IPR);

Artikel 27§1 Wb. IPR bepaalt onder welke voorwaarden een buitenlandse authentieke akte in België door alle overheden dient te worden erkend;

Het Burgerlijk Wetboek bepaalt onder Titel V, Hoofdstuk 1 de hoedanigheden en de voorwaarden vereist om een huwelijk te mogen aangaan; artikel 146 bis B.W. stelt aldus dat er geen huwelijk is wanneer, ondanks de gegeven formele toestemmingen, blijkt dat de intentie van minstens één van de echtgenoten kennelijk niet gericht is op het tot standbrengen van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van gehuwde;

Artikel 18 Wb. IPR omschrijft het begrip "wetsontduiking";

Vooreerst merkt de rechtbank op dat er geen argumenten worden aangehaald die kunnen doen twijfelen aan de rechtsgeldigheid - naar het recht van de Republiek Kameroen - van het aldaar afgesloten huwelijk;

Na onderzoek van de overige gegevens verstrekt door verzoekers, blijkt dat er in hunnen hoofde geen wetsontduiking kan worden weerhouden;



Integendeel blijkt uit deze gegevens dat verzoekers wel degelijk een duurzame levensgemeenschap willen tot stand brengen, die niet louter de bedoeling heeft, het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van gehuwde;

In het bijzonder, op grond van de bijkomende stukken die verzoekers hebben voorgelegd, blijkt dat zij intensief contact houden en dat het wel degelijk hun bedoeling is om hun huwelijk te bestendigen;

Het verzoek van verzoekers tot erkenning van hun huwelijk is derhalve gegrond;

De rechbank is wel van oordeel dat er geen aanleiding is om de Belgische Staat te veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding; De rechbank laat verzoekers in hun eigen kosten;

## **OM DEZE REDENEN, DE RECHTBANK**

Gelet op de wet op het gebruik van de talen in gerechtszaken, zoals gewijzigd;

Gehoord de heer J. Vanaudenhoven, substituut-procureur des Konings, in zijn mondeling advies gegeven in Raadkamer op 28 juni 2011;

Rechtsprekende in eerste aanleg;

Gelet op de wet op het gebruik van de talen In gerechtszaken, zoals gewijzigd;

Alle andersluidende en meer omvattende besluiten om hogervermelde redenen van de hand wijzend als niet terzake en/ of overbodig;

Verklaart het verzoek van verzoekers ontvankelijk en gegrond in de hierna volgende mate:

Zegt voor recht dat het huwelijk van verzoekers rechtsgeldig werd afgesloten te [...] (Kameroen) op 14 december 2007 en dat dit huwelijk dient te worden erkend in België, en bijgevolg dient te worden overgeschreven in de Registers van de Burgerlijke Stand;

Wijst verzoekers af van het meer en/of anders gevorderde;

Laat verzoekers in hun kosten, begroot op 52,00 EUR rolstelling;

Gedaan in de raadkamer van de zevende burgerlijke kamer van de rechbank van eerste aanleg te Brussel op datum van 19 september 2011,

waar aanwezig waren en zitting namen:

- de heer D. Vanderwaeren, alleenrechtsprekend rechter,
- mevrouw C. Vanachter, griffier.

## **Rechtbank van eerste aanleg Gent, vonnis van 30 juni 2011**

*Betwisting van vaderschap van Nederlandse man – Internationale bevoegdheid – Artikel 61 WIPR – Toepasselijk recht – Artikel 62 WIPR – Toepassing van het Nederlands recht – Geen toepassing van artikel 19 WIPR*

*Contestation de paternité d'un homme hollandaise – Compétence internationale – Article 61 CDIP – Droit applicable – Article 62 CDIP – Application du droit hollandaise – Pas d'application de l'article 19 CDIP*

In de zaak van:

**X**, piloot, van Nederlandse nationaliteit, wonende te Dubai (Verenigde Arabische Emiraten), [...] (postadres: X, [...], Dubai (UAE)),

**Eiser**, vertegenwoordigd door Mr. Jan De Meyer, advocaat te Gent, en Mr. Vincent De Donder, advocaat te Dendermonde,

**Y**, zonder beroep, wonende te Lochristi, [...],

**eerste verweerster**, vertegenwoordigd door Mr. Geert Suy, advocaat te Aalst, en Mr. Hilde Van den Bossche, advocaat te Aalst,

**Z**, advocaat te Zomergem, in haar hoedanigheid van voogd ad hoc over de **minderjarige A**, geboren te Dendermonde op [...] 2010 en wonende op het adres van de eerste verweerster, daartoe aangesteld bij beslissing van de voorzitter van deze rechtbank d.d. 31 januari 2011,

**tweede verweerder q.q.**, verschijnend in persoon,

vonnist de rechtbank als volgt,

De partijen werden gehoord in raadkamer op 5 mei 2011 en de stukken werden ingezien, inzonderheid:

- de dagvaarding van 14 februari 2011
- het schriftelijk advies van eerste substituut-procureur des Konings Guy Baesen neergelegd ter terechting van 19 mei 2011.

De partijen hebben niet gerepliceerd op dit advies en de zaak werd in beraad genomen op de terechting van 16 juni 2011.

## **Voorwerp van de vordering**

1. De eiser heeft de Nederlandse nationaliteit en de eerste verweerster de Belgische. Zij zijn op 10 juli 1999 gehuwd te Maastricht (Nederland).

Zij hebben achtereenvolgens in Nederland en Dubai gewoond. In februari 2008 is de eerste verweerster verhuisd naar haar huidig adres in Lochristi. De eiser is op dit Belgisch adres nooit ingeschreven in het bevolkingsregister (hij is overigens nooit in België gedomicilieerd geweest).

Op [...] 2010 is de eerste verweerster te Dendermonde bevallen van een dochter A.

2. De eiser vordert te horen zeggen voor recht dat hij niet de vader is van A.
3. De eerste verweerster betwist deze vordering niet.

De voogd ad hoc gedraagt zich naar het oordeel van de rechtkbank.

## **Beoordeling**

### **Internationale bevoegdheid van de rechtkbank**

De Belgische rechter is bevoegd om kennis te nemen van de vordering overeenkomstig artikel 61 WIPR, gezien het kind A haar gewone verblijfplaats in België heeft.

Deze rechtkbank is tevens territoriaal bevoegd, gezien de verweerster en A in het arrondissement Gent wonen.

## **Toepasselijk recht**

Krachtens artikel 62 §1 WIPR worden vorderingen tot vaststelling of betwisting van het vaderschap van een persoon beheerst door het recht van de staat waarvan hij de nationaliteit heeft bij de geboorte van het kind.

Ter zake had de eiser de Nederlandse nationaliteit op het ogenblik van de geboorte van A, zodat het Nederlands recht dient toegepast.

Overeenkomstig artikel 1:199 van het Nederlands BW is de vader van een kind de man: “a. die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren, is gehuwd (...”).

Nu A is geboren tijdens het huwelijk van de eiser en de eerste verweerster, is de eiser haar juridische vader.

(Dat van dit vaderschap geen melding werd gemaakt in de geboorteakte van A, opgesteld door de ambtenaar van de burgerlijke stand te Dendermonde, doet hieraan geen afbreuk. In tegenstelling tot deze ambtenaar en eensluidend met het advies van het openbaar ministerie, is ook deze rechtkbank van oordeel dat er ter zake geen

redenen zijn om op grond van artikel 19 WIPR het Nederlands recht ter zijde te schuiven en het Belgisch recht toe te passen. Er is immers geen sprake van een KENNELIJK zeer zwakke band van deze zaak met het Nederlands recht.

Artikel 19 WIPR betreft een uitzonderingsclausule die restrictief dient toegepast (zie o.a. ERAUW, J. e.a., *Handboek Belgisch internationaal privaatrecht*, Kluwer, 2006, 294 (randnummer 307): “(...) In de Memorie van Toelichting wordt gevraagd dat deze rechterlijke vrijheid met terughoudendheid zou gehanteerd worden. De Raad van State had inderdaad ook in zijn advies omtrent de bepaling enerzijds de gedachte van een verzachting of exceptie aanvaard, maar heeft anderzijds toch aangedrongen om niet de regels aan te tasten en niet tot rechtsonzekerheid aanleiding te geven. De rechtstak is al complex en de uitwijkingsclausule mag geen veelvuldig gebruikte techniek worden; ze wordt achter de hand gehouden voor een uitzonderingsgeval. (...)”).

Tevens dient verwezen naar de Circulaire van 23 september 2004 betreffende de aspecten van de wet van 16 juli 2004 houdende het WIPR die betrekking hebben op het personeel statuut (B.S. 28 september 2004 (tweede uitgave)) waarin wordt vermeld:

“(...) De uitzonderingsclausule (van artikel 19 WIPR) strekt hoofdzakelijk tot matiging van een te strikte toepassing van een verwijzingsregel. Volgens de Memorie van Toelichting kan de clausule de rechter helpen een billijke oplossing te geven aan moeilijkheden die voortvloeien uit een gebrek aan coördinatie tussen de verschillende nationale stelsels. Naar luid van paragraaf 2 kan zij niet ertoe leiden dat wordt afgezien van een recht dat specifiek is aangewezen via een laddersysteem dat erop is gericht het recht aan te wijzen dat, gelet op de inhoud ervan, beantwoordt aan de verwachtingen van de wetgever (zoals inzonderheid het geval is in de artikelen 35, 62 §1 tweede lid en 64). Uit de restrictieve bewoordingen van deze bepaling blijkt het streven van de wetgever om voor deze bepaling te voorzien in de zeer uitzonderlijke toepassing ervan. De behoefte aan de verdere, handhaving van de grootst mogelijke rechtszekerheid en de beoordelingsbevoegdheid die de toepassing van de uitzonderingsclausule vereist, veronderstellen normaal gezien dat het de rechter is die de clausule kan toepassen. (...)”.

Ter zake kan geenszins sprake zijn van een uitzonderlijke situatie in de zin van artikel 19 WIPR: er worden geen elementen aangereikt waaruit eventuele moeilijkheden zouden blijken voortvloeiend uit een gebrek aan coördinatie tussen de verschillende nationale stelsels; evenmin bestaat gevaar voor rechtsonzekerheid, nu de verwijzingsregel van artikel 62 WIPR zeer duidelijk is; tenslotte bestaat geen probleem m.b.t. de voorspelbaarheid van het toepasselijk recht zoals bedoeld in artikel 19 §1 tweede lid WIPR.)

Overeenkomstig artikel 1:200 van het Nederlands BW kan voormeld vaderschapsvermoeden van artikel 1:199.a van zelfde wetboek, worden betwist door de moeder, de vader en het kind. De vordering van de vader tot ontkenning van zijn vaderschap dient ingeleid binnen het jaar nadat hij bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is van het kind. Ter zake heeft de eiser zijn vordering binnen voormelde termijn ingeleid, zodat zijn vordering ontvankelijk is.



Rest dan de vraag of de eiser bewijst dat hij niet de biologische vader is van A. Deze vraag dient positief beantwoord zoals blijkt uit volgende stukken van de eiser:

- het proces-verbaal van gerechtsdeurwaarder De Wilde d.d. 28 november 2008 opgemaakt in toepassing van artikel 1016bis Ger.W., waaruit het overspel blijkt van de eerste verweerster met B (stuk 3 van de eiser)
- het uittreksel uit het bevolkingsregister d.d. 12 januari 2011 waaruit blijkt dat voormalde B sedert 6 mei 2010 op het adres van de eerste verweerster is ingeschreven (stuk 5 van de eiser)
- de e-mail van de eerste verweerster aan de eiser d.d. 25 januari 2011 luidend als volgt: “*X, bij deze wil ik u mede delen dat ik bevallen ben op [...] van een dochter A. Dit zal ook aan uw advocaat officieel bericht worden. Y*” (stuk 6 van de eiser)
- het niet-betwiste feit dat de eiser en de eerste verweerster sedert 2008 feitelijk gescheiden leven en nooit meer zijn herenigd.

Daarenboven erkent de eerste verweerster expliciet dat A is geboren uit de feitelijke relatie tussen de eerste verweerster en B en dat laatstgenoemde zal overgaan tot erkenning van A.

De vordering van de eiser is dan ook gegrond.

## Gerechtskosten

Nu de vordering gegrond werd verklaard en enkel is genoodzaakt door het gedrag van de eerste verweerster (en B), dient zij veroordeeld tot betaling van de gerechtskosten, inclusief de aan de eiser toekomende rechtsplegingsvergoeding (de eiser is immers vertegenwoordigd door een advocaat en is de in het gelijk gestelde partij).

De eiser vraagt de rechtsplegingsvergoeding te bepalen op het basisbedrag (hetzij na indexatie € 1.320,00).

De eerste verweerster vraagt deze vergoeding te bepalen op het minimumbedrag (hetzij na indexatie € 82,50) gezien (1) zij actueel geen inkomsten heeft, (2) het geding een “heel eenvoudige procedure” betreft en (3) zij de vordering nooit heeft betwist.

Rekening houdend met de concrete prestaties van eisers raadslieden, nl.

- opstellen van het (1) verzoekschrift tot aanstelling van een voogd ad hoc evenals van de (2) dagvaarding,
- aanwezigheid op de terechting van 24 februari 2011, waar de eerste verweerster niet is verschenen en de zaak werd uitgesteld naar 5 mei 2011 om de partijen op te roepen in toepassing van artikel 735 §5 Ger.W. gelet op de onsplitsbaarheid van het geschil,
- aanwezigheid op de terechting van 5 mei 2011 waar de eerste verweerster de vordering niet betwistte,

zou de toekenning van rechtsplegingsvergoeding aan het basistarief leiden tot een kennelijk onredelijke situatie, zodat het gepast voorkomt het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding te bepalen op € 500,00 (de eerste verweerster bewijst niet dat zij geen inkomsten heeft - in ieder geval woont zij kostendelend samen met B die blijkens stuk 5 van de eiser oogarts is - evenmin kan onderhavige procedure met internationaal karakter worden aangezien als een “zeer eenvoudige procedure”).

**OP DEZE GRONDEN,  
DE RECHTBANK, op tegenspraak,**

met inachtneming van de artikelen 2 en 41 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtzaken en het advies van het openbaar ministerie,

verklaart de vordering ontvankelijk en gegrond als volgt.

**Zegt voor recht dat X, geboren te [...] (Suriname) op [...] 1957, NIET de vader is van A, geboren op [...] 2010 te Dendermonde en aldaar ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand van het jaar 2010 onder nummer [...].**

Bepaalt dat voormeld kind voortaan niet meer de naam van de eiser mag dragen.

Verstaat dat verder zal worden gehandeld overeenkomstig artikel 333 BW inzake de melding aan de burgerlijke stand.

Verwijst de eerste verweerster in de betaling van de gerechtskosten en bepaalt deze als volgt:

aan de zijde van de eiser:

- rolrecht aanstelling voogd ad hoc € 52,00
- dagvaarding en rolrecht € 224,11
- rechtsplegingsvergoeding € 500.00

aan de zijde van de eerste verweerster en de voogd ad hoc op € 0,00 (nul euro).

Aldus, in tegenwoordigheid van eerste substituut-procureur des Konings Guy Baesen behandeld in raadkamer en uitgesproken op de openbare terechting van de derde burgerlijke kamer van de rechtsbank van eerste aanleg te Gent op dertig juni tweeduizend en elf.

Heeft de zaak volledig behandeld en erover geoordeeld: alleenspreekend rechter Katrien De Wilde bijgestaan door griffier Michel Verloove.

## **Rechtbank van eerste aanleg Gent, vonnis van 24 maart 2011**

*Toepasselijk recht – Toepassing van Turks recht – Betwisting van vaderschap*

*Droit applicable – Application du droit turc – Contestation de paternité*

[zie de zaak van 9 september 2010]

In de zaak van:

**Y**, chauffeur, wonende te Brussel, [...],

**eiser,**

vertegenwoordigd door Mr. Katrien Van der Straeten, advocaat te Dendermonde, [...],

**tegen:**

**X**, kelner, wonende te Gent, [...],

**verweerster**, verschijnend in persoon,

Advocaat te Gent, in haar hoedanigheid van voogd ad hoc over de **minderjarige A** ( $\circ$  2001), wonende te Gent, [...], daartoe aangesteld bij beslissing van 6 november 2009 van de voorzitter van deze rechtbank,

**verweerster q.q.**, verschijnend in persoon

vonnist de rechtbank als volgt.

De rechtbank hoorde de partijen in raadkamer op 10 februari 2011 en nam inzage van de stukken, waaronder:

- het tussenvonnis van 24 juni 2011<sup>1</sup>
- het schriftelijk advies van eerste substituut-procureur des Konings Guy Baesen neergelegd ter terechting van 24 februari 2011.

De partijen hebben niet gerepileerd op dit advies en de zaak werd in beraad genomen op de terechting van 10 maart 2011.

---

<sup>1</sup> De rechtbank deelde ons mee dat verkeerdelyk verwezen werd naar tussenvonnis van 24/6/2011, maar dat het om het vonnis van 9/9/2010 gaat, zoals elders in ons Tijdschrift.

## **Beoordeling**

1. In het tussenvonnis van 24 juni 2010 werd bepaald dat eisers vordering tot ontkenning van zijn vaderschap over A (° 2001) die werd geboren tijdens zijn huwelijk met de verweerster, dient beoordeeld naar Turks recht overeenkomstig artikel 62 §1 WIPR.

Het Turks burgerlijk wetboek bepaalt onder:

- artikel 285 dat de echtgenoot vermoed wordt de vader te zijn van het kind dat tijdens of binnen 300 dagen na beëindiging van het huwelijk wordt geboren
- artikel 286 dat de echtgenoot voormeld vaderschapsvermoeden kan weerleggen door een rechtszaak te richten tegen moeder en kind (ook het kind kan dit)
- artikel 287 dat de echtgenoot/het kind dient te bewijzen dat de echtgenoot niet de vader is van het kind, verwekt tijdens het huwelijk of dat werd geboren binnen de 180 dagen na het huwelijk of binnen de 300 dagen na de beëindiging van het huwelijk
- artikel 288 dat de echtgenoot/het kind geen verder bewijs dient te leveren indien het kind is verwekt voor het huwelijk of tijdens het gescheiden leven van de echtgenoten - het vaderschapsvermoeden blijft evenwel van kracht indien er geloofwaardig bewijs is van geslachtsgemeenschap tussen de echtgenoten tijdens de zwangerschap
- artikel 289 dat de echtgenoot voormelde procedure tot betwisting van vaderschap dient te beginnen binnen een vervaltermijn van één jaar, nadat hij kennis heeft gekregen van de geboorte van het kind én van het feit dat hij de vader niet is, of tot de wetenschap is gekomen dat de moeder geslachtsgemeenschap heeft gehad met een andere man ten tijde van de zwangerschap en in ieder geval binnen de vijf jaar na de geboorte van het kind; indien er een gerechtvaardigde reden bestaat voor de overschrijding van voormelde termijn, vangt de termijn van één jaar aan nadat die reden is vervallen.

Bij arrest van het Turks Grondwettelijk Hof d.d. 25 juni 2009 (rolnummer 2008/30 - vonnisnummer 2009/96, gepubliceerd in het Turks Staatsblad (Resmî Gazete) van 7 oktober 2009, rubriek 27369) ) werd de bepaling 'in ieder geval binnen de vijf jaar na de geboorte van het kind' vermeld in artikel 289 Turks BW ongrondwettelijk verklaard.

Derhalve dient met deze ongrondwettelijke bepaling geen rekening te worden gehouden ter beoordeling van de ontvankelijkheid van de vordering.

## **2. Ontvankelijkheid van de vordering.**

De eiser stelt dat hij minder dan een jaar voor de inleiding van zijn vordering bij dagvaarding van 29 januari 2010 kennis heeft gekregen van het feit dat hij de vader niet is van A. De verweerster beaamt dit.

De vordering is dan ook tijdig ingesteld, zodat ze ontvankelijk is.

### **3. Ten gronde**

Uit de voorgelegde stukken kan niet worden afgeleid of A werd verwekt tijdens het gescheiden leven van partijen. Wél zijn de partijen het eens dat zij geen geslachtsgemeenschap hebben gehad tijdens de zwangerschap van de verweerster die heeft geleid tot de geboorte van A (de verweerster betwist de vordering van de eiser overigens niet).

Gezien de eiser zijn vordering derhalve niet bewijst, dient - eensluidend met het advies van het openbaar ministerie - ingegaan op zijn subsidiaire vraag om zijn vordering door alle middelen van recht te bewijzen, inzonderheid door een expertise zoals hierna bepaald.

**OP DEZE GRONDEN,  
DE RECHTBANK, op tegenspraak,**

met inachtneming van de artikelen 2 en 41 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtzaken,

verklaart de vordering ontvankelijk.

Vooraleer er nader over te oordelen:

stelt aan als deskundige: Prof. Dr. De Paepe, Dienst medische genetica, Universitair Ziekenhuis Gent, Poly II, te 9000 Gent, De Pintelaan 185, met opdracht advies te verlenen over de vraag of HY, geboren te [...] (Turkije) op [...] de vader is, kan zijn of niet kan zijn van A, geboren op [...] 2001 te Gent en aldaar ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand van het jaar 2001 onder nummer [...] na vergelijkend onderzoek op DNA-materiaal.

Stelt vast dat er geen redenen zijn tot het houden van een installatievergadering, zoals bedoeld in artikel 972 Ger.W. en dat geen der partijen daar overigens ook om verzocht heeft, zodat als volgt dient gehandeld:

- de deskundige zal zelf plaats, dag en uur bepalen waarop zij haar werkzaamheden zal aanvatten en zal dit per aangetekende brief met ontvangstbewijs meedelen aan de partijen en bij gewone brief aan hun raadslieden, tenzij de deskundige door partijen wordt vrijgesteld van de verplichting om per aangetekende post te corresponderen, - de deskundige zal in de loop van de opdracht zelf bepalen of het noodzakelijk is om al dan niet een beroep te doen op technische raadgevers,
- de deskundige zal zelf aan de partijen een raming overmaken van de algemene kostprijs van het deskundigenonderzoek of minstens van de manier waarop haar kosten en ereloon en deze van de eventuele technische raadgevers zullen berekend worden,
- het bedrag van het voorschot dat door de eiser ter griffie dient te worden geconsigneerd, wordt bepaald op € 630,00 en dient binnen de dertig dagen vanaf heden overgeschreven op de rekening van de griffie van de rechtbank van eerste aanleg te Gent met nummer 679-2008469-84 met vermelding van het AR nummer én de namen van de partijen; de deskundige zal zelf de redelijke termijn bepalen waarbinnen partijen hun opmerkingen kunnen laten gelden op haar voorverslag,



- de termijn voor het neerleggen van het eindverslag wordt bepaald op 5 maanden vanaf de datum waarop de deskundige haar werkzaamheden zal hebben aangevat, onverminderd toepassing van artikel 972bis §2 Ger.W. (“Indien alle partijen of hun raadslieden om uitstel verzoeken, dan moet de deskundige dit toestaan. In alle andere gevallen kan hij het uitstel weigeren of toestaan en geeft hij de rechter bij gewone brief kennis van zijn beslissing.”)

Houdt de beslissing over de gedingkosten aan.

Verwijst de zaak naar de bijzondere rol van de derde kamer van deze rechtbank, zowel ten gronde als wat het toezicht op het deskundigenonderzoek betreft.

Houdt de uitspraak over de gerechtskosten aan.

Aldus, behandeld en uitgesproken in tegenwoordigheid van eerste substituut-procureur des Konings Guy Baesen, in de openbare terechting van de derde burgerlijke kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Gent op vierentwintig maart tweeduizend en elf.

Heeft de zaak volledig behandeld en erover geoordeeld: alleenspreekend rechter Katrien De Wilde bijgestaan door griffier Michel Verloove.

## **Rechtbank van eerste aanleg Gent, vonnis van 9 september 2010**

*Toepasselijk recht – Betwisting van vaderschap – Artikel 62, § 1 WIPR – Turks recht – Uitzonderingsclausule van artikel 19 WIPR niet van toepassing – Heropening van de debatten*

*Droit applicable – Contestation de paternité – Article 62, § 1 CDIP – Droit turc – Clause d’exception de l’article 19 CDIP pas applicable – Réouverture des débats*

[Zie de zaak van 24 maart 2011]

In de zaak van:

**Y**, chauffeur, wonende te Brussel, [...]

**eiser**, vertegenwoordigd door Mr. Katrien Van der Straeten, advocaat te Dendermonde, [...]

**tegen:**

**X**, kelner, wonende te Gent, [...]

**verweerster**, verschijnend in persoon

Advocaat te Gent, in haar hoedanigheid van voogd ad hoc over de **minderjarige A** (°2001), wonende te Gent, [...], daartoe aangesteld bij beslissing van 6 november 2009 van de voorzitter van deze rechtbank

**verweerster q.q.**, verschijnend in persoon

vonnist de rechtbank als volgt.

De rechtbank hoorde de partijen op de openbare terechting van 29 april 2010 en nam inzage van de stukken, waaronder:

- de dagvaarding betekend op 29 januari 2010
- het schriftelijk advies van eerste substituut-procureur des Konings Guy Baesen neergelegd ter terechting van 27 mei 2010.

De partijen hebben niet gerepliceerd op dit advies en de zaak werd in beraad genomen op de terechting van 10 juni 2010.

## **Voorwerp van de vordering - standpunt van de partijen**

1. De eiser heeft de Turkse nationaliteit en de verweerster de Belgische.

Zij zijn gehuwd te Assenede op 20 juli 2000 maar leefden reeds feitelijk gescheiden sedert eind 2000.

Op oktober 2001 is de verweerster bevallen van A, zodat de eiser als echtgenoot van de moeder geacht wordt de vader te zijn van A (artikel 285 van het Turks BW en artikel 315 van het Belgisch BW).

Voormeld huwelijk werd nietig verklaard bij arrest van het hof van beroep te Gent d.d. 16 oktober 2008 (overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand op 6 april 2009).

2. De eiser vordert te horen zeggen voor recht dat hij niet de vader is van A, dat A niet behoort tot zijn familie en derhalve ook niet zijn naam mag dragen. Subsidiair vraagt hij een voorafgaande expertise om de rechtbank te adviseren over de vraag of hij al dan niet de vader kan zijn van A.

3. De verweerster gaat akkoord met deze vordering.

4. De voogd ad hoc gedraagt zich naar het oordeel van de rechtbank.

## **Beoordeling**

### *A. Internationale bevoegdheid van de rechtbank*

De Belgische rechter is bevoegd om kennis te nemen van de vordering overeenkomstig artikel 61 WIPR, gezien A. haar gewone verblijfplaats in België heeft.

Deze rechtbank is tevens territoriaal bevoegd, gezien de verweerster en A in het arrondissement Gent wonen.

### *B. Toepasselijk recht*

1. Overeenkomstig artikel 62 §1 WIPR worden vorderingen tot betwisting van het vaderschap van een persoon beheerst door het recht van de staat waarvan hij de nationaliteit heeft bij de geboorte van het kind.

Ter zake had de eiser de Turkse nationaliteit op het ogenblik van de geboorte van A (en dit trouwens tot op heden), zodat het Turks recht dient toegepast.

De eiser stelt evenwel dat ter zake de uitzonderingsclausule van artikel 19 WIPR speelt en derhalve Belgisch recht dient toegepast, gezien onderhavige zaak kennelijk slechts een zeer zwakke band heeft met Turkije en zeer nauw verbonden is met België, wat volgens hem blijkt uit volgende gegevens:

- de eiser verblijft al sedert 10 augustus 1999 in België eerst in Assenede en Gent om vanaf 16 april 2002 ingeschreven te worden in Brussel, waar hij tot op heden woont,



- de verweerster heeft de Belgische nationaliteit en heeft altijd in België gewoond tot op heden,
- A heeft de Belgische nationaliteit, is in België geboren en heeft altijd in België gewoond tot op heden.

Subsidiair voor zover de rechtbank zou oordelen dat de uitzonderingsclausule van artikel 19 WIPR ter zake niet geldt en derhalve het Turks recht dient toegepast, vraagt hij de heropening van het debat om hem toe te laten zijn standpunt naar Turks recht uiteen te zetten.

## 2. Artikel 19 WIPR bepaalt:

### §1

Het door deze wet aangewezen recht is uitzonderlijk niet van toepassing wanneer uit het geheel van de omstandigheden kennelijk blijkt dat het geval slechts een zeer zwakke band heeft met de Staat waarvan het recht is aangewezen maar zeer nauw is verbonden met een andere Staat. In dit geval wordt het recht van deze andere Staat toegepast.

Bij de toepassing van het eerste lid wordt inzonderheid rekening gehouden met:

- de nood aan voorspelbaarheid van het toepasselijk recht, en
- de omstandigheid dat de betrokken rechtsverhouding geldig tot stand kwam volgens de regels van het internationaal privaatrecht van Staten waarmee die rechtsverhouding verbonden was bij haar totstandkoming.

### §2

Paragraaf 1 is niet van toepassing in geval van rechtskeuze door de partijen overeenkomstig deze wet, of in geval de aanwijzing van het toepasselijk recht steunt op de inhoud ervan.

Dit artikel betreft een uitzonderingsclausule die restrictief dient toegepast (zie o.a. ERAUW, J. e.a., Handboek Belgisch internationaal privaatrecht. Kluwer, 2006, 294 (randnummer 307)): '(...) In de Memorie van Toelichting wordt gevraagd dat deze rechterlijke vrijheid met terughoudendheid zou gehanteerd worden. De Raad van State had inderdaad ook in zijn advies omrent de bepaling enerzijds de gedachte van een verzachting of exceptie aanvaard, maar heeft anderzijds toch aangedrongen om niet de regels aan te tasten en niet tot rechtsonzekerheid aanleiding te geven. De rechtstak is al complex en de uitwijkingsclausule mag geen veelvuldig gebruikte techniek worden; ze wordt achter de hand gehouden voor een uitzonderingsgeval. (...)').

Tevens dient verwezen naar de Circulaire van 23 september 2004 betreffende de aspecten van de wet van 16 juli 2004 houdende het WIPR die betrekking hebben op het personeel statuut (B.S. 28 september 2004 (tweede uitgave)) waarin wordt vermeld:

'(...) De uitzonderingsclausule (van artikel 19 WIPR) strekt hoofdzakelijk tot matiging van een te strikte toepassing van een verwijzingsregel. Volgens de Memorie van Toelichting kan de clausule de rechter helpen een billijke oplossing te geven aan moeilijkheden die



voortvloeien uit . een gebrek aan coördinatie tussen de verschillende nationale stelsels. Naar luid van paragraaf 2 kan zij niet ertoe leiden dat wordt afgezien van een recht dat specifiek is aangewezen via een laddersysteem dat erop is gericht het recht aan te wijzen dat, gelet op de inhoud ervan, beantwoordt aan de verwachtingen van de wetgever (zoals inzonderheid het geval is in de artikelen 35, 62 §1 tweede lid en 64). Uit de restrictieve bewoordingen van deze bepaling blijkt het streven van de wetgever om voor deze bepaling te voorzien in de zeer uitzonderlijke toepassing ervan. De behoefte aan de verdere handhaving van de grootst mogelijke rechtszekerheid en de beoordelingsbevoegdheid die de toepassing van de uitzonderingsclausule vereist, veronderstellen normaal gezien dat het de rechter is die de clausule kan toepassen. (...)').

Ter zake kan geenszins sprake zijn van een uitzonderlijke situatie in de zin van artikel 19 WIPR: er worden geen elementen aangereikt waaruit eventuele moeilijkheden zouden blijken voortvloeiend uit een gebrek aan coördinatie tussen de verschillende nationale stelsels; evenmin bestaat gevaar voor rechtsonzekerheid, nu de verwijzingsregel van artikel 62 WIPR zeer duidelijk is; tenslotte bestaat geen probleem m.b.t. de voorspelbaarheid van het toepasselijk recht zoals bedoeld in artikel 19 §1 tweede lid WIPR.

3. Er zijn dan ook geen redenen om af te wijken van de verwijzingsregel van artikel 62 §1 WIPR, zodat de vordering naar Turks recht dient beoordeeld.

De eiser legt onder zijn stuk 2 de ter zake van toepassing zijnde Turkse wetsartikelen voor, maar vraagt dat indien wordt geoordeeld tot toepassing van het Turks recht, het debat te heropenen om de partijen toe te laten over de inhoud van dit recht standpunt in te nemen. Op dit verzoek kan worden ingegaan.

**OP DEZE GRONDEN,**

**DE RECHTBANK, op tegenspraak,**

met inachtneming van de artikelen 2 en 41 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtzaken,

Verklaart zich bevoegd om kennis te nemen van de vordering.

Bepaalt dat de vordering naar Turks recht dient beoordeeld.

Vooraleer nader te oordelen:

Heropent het debat om partijen toe te laten standpunt in te nemen over de vordering naar Turks recht en bepaalt daartoe overeenkomstig artikel 775 Ger.W. dat:

- de eiser een conclusie zal neerleggen ter griffie en minstens dezelfde dag meedelen aan de andere partijen tegen uiterlijk dinsdag 2 november 2010
- de verweerster en de voogd ad hoc een conclusie kunnen neerleggen en minstens dezelfde dag meedelen aan de andere partijen tegen uiterlijk maandag 6 december 2010.

Bepaalt dat conform artikel 775 Ger.W. de conclusies die buiten voormelde termijnen werden neergelegd, ambtshalve uit het debat zullen verwijderd worden.



Stelt de zaak voor pleidooien op de openbare terechting van deze rechtbank en kamer van donderdag 13 januari 2011 om 9 uur.

Houdt de uitspraak over de kosten aan.

Aldus, behandeld en uitgesproken in tegenwoordigheid van eerste substituut-procureur des Konings Guy Baesen, in de openbare terechting van de derde burgerlijke kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Gent op negen september tweeduizend en tien.

Heeft de zaak volledig behandeld en erover geoordeeld: alleensprekend rechter Katrien De Wilde, bijgestaan door griffier Rita De Coninck.

## **Rechtbank van eerste aanleg Mechelen, vonnis van 16 maart 2010**

*Begrip nationaliteit – Dubbele nationaliteit – Meest effectieve nationaliteit – Artikel 3 § 2 WIPR – Keuze voor de Nederlandse nationaliteit – Weigering tot erkenning van de verstoting – Artikel 57 WIPR*

*Notion nationalité – Double nationalité – La nationalité la plus effective – Article 3 § 2 CDIP – Choix pour la nationalité Néerlandaise – Refus de reconnaissance de la répudiation – Article 57 CDIP*

[Zie de zaak van 3 november 2010 heropening van de debatten]

Inzake:

Inzake het beroep tegen de weigering van de gemachtigde van de minister van migratie- en asielbeleid d.d. 5 maart 2009 om de visumaanvraag van mevrouw Y [...] op grond van haar huwelijk met de heer X [...] in te willigen, en aldus het op 09.05.2008 afgesloten huwelijk te [...] (Marokko) te erkennen, huwelijks gesloten zijnde tussen volgende verzoekers:

**De heer X [...], geboren te [...] (Marokko) op [...], van Nederlandse en Marokkaanse nationaliteit, en wonende te [...]**

en

**Mevrouw Y [...] geboren te [...] (Marokko) op [...] van Marokkaanse nationaliteit, keuze van woonst doend op het bovenstaand adres van de heer X [...]**

beiden hebbende als advocaat: meester P. Masureel, advocaat te Brussel, er kantoorhoudende;

\* \* \* \*

Gelet op het vonnis van deze rechtbank - anders samengesteld - van 3 november 2009, waarbij de heropening van de debatten werd bevolen om de daarin aangehaalde redenen, en de in het vonnis vermelde gedingstukken;

Gezien de kennisgeving bij gerechtsbrief van 17 november 2009;

Gezien de stukken van verzoekers;

Gehoord in raadkamer op de zitting van 16 februari 2010 eerste verzoeker en zijn advocaat;

Gehoord in dezelfde zitting mevrouw G. Van den Brande, substituut-procureur des Konings, in haar negatief advies, waarop repliek.

\* \* \* \*

## **Beoordeling**

1. De rechtbank, thans anders samengesteld, herneemt de zaak en verwijst naar hetgeen reeds werd uiteengezet in het vonnis van 3 november 2009.

Bij voormeld vonnis heeft de rechtbank het volgende overwogen:

- de vordering van verzoekers wordt ingesteld overeenkomstig de bepalingen van artikel 23 van het Wetboek Internationaal Privaatrecht (hierna afgekort als “WIPR”);
- de erkenning van buitenlandse authentieke akten wordt beheerst door artikel 27 WIPR, en de Dienst Vreemdelingenzaken beschikt over een eigen bevoegdheid om buitenlandse huwelijksakten of echtscheidingsakten direct of indirect te erkennen;
- het vermoeden wordt gehanteerd dat in het buitenland de juiste documenten werden gevraagd aan de echtgenoten, teneinde te voldoen aan de buitenlandse vormvereisten bij het sluiten van het huwelijk;
- de artikelen 18 en 21 WIPR dienen in acht te worden genomen. De Dienst Vreemdelingenzaken baseerde zich op artikel 21 WIPR en ging ervan uit dat de heer X [...] nog steeds gehuwd zou zijn, ingevolge een eerder huwelijk afgesloten te [...] (Marokko)] op 29 november 2002 met mevrouw B [...]. Hierdoor zou het nieuwe huwelijk met mevrouw Y [...] niet door de Belgische autoriteiten kunnen erkend worden gelet op het verbod inzake polygaam huwelijk.
- het eerste huwelijk zou op 21 september 2007 ontbonden geweest zijn door een echtscheiding (of “verstoting”) met compensatie (“Khol'a”). De Dienst Vreemdelingenzaken heeft de bevoegdheid om na te gaan of de heer X [...] celibatair was, en mocht te dien einde op indirecte wijze nagaan of de scheidingsakte van 21 september 2007 in België kon erkend worden.

Thans stelt zich nog steeds de vraag of al dan niet voldaan is aan de bepalingen van artikel 57 WIPR, krachtens hetwelk een in het buitenland opgestelde akte die de wilsverklaring van de man om het huwelijk te ontbinden vaststelt (waarmee de scheiding met compensatie wordt gelijkgesteld) toch in België erkend wordt indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- de homologatie door een rechter van de staat waarin zij is opgemaakt;
- geen van de echtgenoten had de nationaliteit van een staat die deze vorm van huwelijksontbinding niet kent;
- geen van de echtgenoten had op het tijdstip van de homologatie zijn gewone verblijfplaats in een staat die deze vorm van huwelijksontbinding niet kent;
- de vrouw heeft de ontbinding van het huwelijk op ondubbelzinnige wijze en zonder dwang aanvaard;
- er bestaat tegen de erkenning geen weigeringsgrond als bedoeld in artikel 25 WIPR.

Waar de Dienst Vreemdelingenzaken meende dat niet voldaan was aan deze voorwaarden omdat de heer X [...] de Nederlandse nationaliteit bezat en de Nederlandse staat deze vorm van huwelijksontbinding niet kent, wees de rechtbank in het voormeld vonnis reeds op het feit dat de heer X [...] naast de Nederlandse, tevens de Marokkaanse nationaliteit bezat. Volgens artikel 3 § 2 WIPR dient voor een persoon met de dubbele nationaliteit, de nationaliteit in acht dient genomen te worden van de staat waarmee de persoon, alle omstandigheden in acht genomen, de nauwste banden heeft.

Door de rechtbank werd dan de heropening van de debatten bevolen teneinde de heer X [...] toe te laten aan te tonen:

- dat de heer X [...] op het ogenblik van de ontbinding van het eerste huwelijk, de nauwste banden had met Marokko en niet met Nederland;
- waar zowel de heer X [...] als mevrouw B [...] hun gewone verblijfplaats hadden op 5 oktober 2007, zijnde de datum van de homologatie van de scheidingsakte;
- dat mevrouw B [...] de ontbinding van het huwelijk op ondubbelzinnige wijze en zonder dwang heeft aanvaard.

2. Namens verzoekers werden ter zitting van 16 februari 2010 bijkomende stukken neergelegd.

Teneinde na te gaan met welke staat de heer X [...] op het ogenblik van de ontbinding van zijn eerste huwelijk de nauwste banden had (met name de Nederlandse of de Marokkaanse), dient inzonderheid rekening te worden gehouden met diens gewone verblijfplaats.

Onder '*gewone verblijfplaats*' dient de plaats te worden begrepen waar een natuurlijke persoon zich hoofdzakelijk heeft gevestigd, zelfs bij afwezigheid van registratie en onafhankelijk van een verblijfs- of vestigingsvergunning. Om deze plaats te bepalen wordt rekening gehouden met omstandigheden van persoonlijke of professionele aard die duurzame banden met de plaats aantonen of wijzen op de wil om die banden te scheppen. De criteria die in aanmerking moeten worden genomen, zijn een concentratie van belangen van de persoon, samen met een zekere verblijfsduur of een intentie tot stabiele vestiging. Dit begrip werd ontleend aan de definitie die de Raad van Europa voorstelt in zijn Resolutie 72 van 18.01.1972 betreffende de eenmaking van de juridische begrippen "woonplaats" en "verblijfplaats". (DE LAET, K., 'De erkenning van vreemde echtscheidingen in Europese en islamitische landen', C.A.B.G. 2004/4, p. 68, voetnoot 187).

De heer X [...] legt een afschrift uit de basisadministratie persoonsgegevens van de gemeente Amsterdam van 29 december 2009 voor, waarop vermeld staat dat hij op 21 april 2004 vertrokken is naar een onbekend adres. Tevens legt hij een administratief getuigschrift voor van de Caïd (stadchef) van het arrondissement [...] (Marokko) van 14 januari 2010, waarop vermeld staat dat de heer X [...] voor zijn verlating van Marokko verbleef op een adres te Tanger, en dat hij daar tevens verblijft wanneer hij in het grondgebied Marokko binnengaat.



Uit deze stukken kan aldus geenszins afgeleid worden waar de heer X [...] effectief verbleef ten tijde van de ontbinding van het eerste huwelijk en de homologatie van de scheidingsakte.

In de door verzoekers voorgelegde afgevaardigde volmacht van [...] betreffende de echtscheiding in kwestie, staat vermeld dat de heer X [...] verblijft in Nederland. Ter zitting van 16 februari 2010 stelde de raadsman van verzoekers evenwel dat dit een vergissing betreft.

Op het getuigschrift van woonst van de heer X [...] van 13 juli 2009 staat vermeld dat hij sinds 29 december 2006 over de Nederlandse nationaliteit beschikt. Hieruit kan afgeleid worden dat de heer X [...] alleszins omstreeks deze datum de wil had om duurzame banden met Nederland te scheppen.

De rechtbank meent dat op basis van de voorliggende stukken geenszins met zekerheid kan gesteld worden waar de heer X [...] ten tijde van de ontbinding van het eerste huwelijk en de homologatie van de scheidingsakte zijn gewone verblijfplaats had. Wel had hij kennelijk, zeker omstreeks december 2006, de wil om duurzame banden met Nederland te scheppen. Alleszins blijkt uit geen enkel stuk dat de heer X [...] zijn gewone verblijfplaats in Marokko had.

Indien op grond van de bovenvermelde criteria niet kan worden bepaald welke nationaliteit de meest effectieve is, dient de ambtenaar van de burgerlijke stand te verwijzen naar de door de persoon gemaakte keuze, bij voorbeeld ingeval een persoon met verschillende nationaliteiten zich heeft laten inschrijven in het bevolkingsregister onder één van die nationaliteiten. (DE LAET, K., o.a 2004/4, p. 69).

Zowel het getuigschrift van woonst betreffende de inschrijving van de heer X [...] te Mechelen van 30 oktober 2008 als dit van 13 juli 2009 vermelden dat de heer X [...] de Nederlandse nationaliteit heeft. Bij zijn inschrijving in het bevolkingsregister heeft de heer X [...] dus kennelijk gekozen voor de Nederlandse nationaliteit.

Op basis van de thans voorliggende elementen dient de rechtbank te besluiten dat de heer X [...] ten tijde van de ontbinding van het huwelijk de nauwste banden had met Nederland, althans had hij er kennelijk nauwere banden mee dan met Marokko.

Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat niet voldaan is aan één van de voorwaarden van artikel 57 WIPR, aangezien de heer X [...] de nationaliteit bezat van een staat, met name de Nederlandse, die de huwelijksontbinding door echtscheiding met compensatie ("Khol'a") niet kent.

Bij gebreke aan erkenning van de ontbinding van het eerste huwelijk van de heer X [...] met vrouw B [...] kan, ingevolge het verbod op een dubbel huwelijk dat vastgelegd is in artikel 147 van het Belgisch burgerlijk wetboek en in artikel 391 van het Belgisch strafwetboek, het tweede huwelijk van de heer X [...] afgesloten te [...] (Marokko)] op 9 mei 2008 met vrouw Y [...] niet erkend worden.

De vordering van verzoekers dient dan ook te worden afgewezen als ongegrond.



**OM DEZE REDENEN,  
DE RECHTBANK,**

Vermeldende de toepassing van de artikelen 2, 34, 36, 37, 40 en 41 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken en van de wetten van 26 juni 2000 en 30 juni 2000 betreffende de invoering van de euro en de in uitvoering hiervan genomen Koninklijke Besluiten van 20 juli 2000;

Rechtsprekend op tegenspraak en in eerste aanleg;

Herneemt de zaak;

Het vonnis van 3 november 2009 verder uitwerkend,

Gelet op het ongunstig advies van mevrouw G. Van den Brande, substituut- procureur des Konings, op de zitting van 16 februari 2010,

Verklaart het verzoek ontvankelijk doch ongegrond;

Laat de kosten van het geding ten laste van verzoekers.

Aldus uitgesproken in openbare zitting op zestien maart tweeduizend en tien, waar zitting hadden:

Mevrouw J. Bouriet, alleenzetelend rechter  
Mevrouw H. Van de Put, eerste substituut-procureur des Konings  
Mevrouw E. Verbinnen, griffier

## **Rechtbank van eerste aanleg Mechelen, vonnis van 3 november 2009**

*Erkenning van een Marokkaans huwelijk – Artikel 27 WIPR – Verstoting – Artikel 57 WIPR – Bigamie – Dubbele nationaliteit – Onderzoek naar de meest effectieve nationaliteit – Artikel 3, §2 WIPR – Heropening van de debatten*

*Reconnaissance d'un mariage marocain – Article 27 CDIP – Répudiation – Article 57 CDIP – Bigamie – Double nationalité – Recherche sur la nationalité la plus effective – Article 3, §2 CDIP – Réouverture des débats*

[zie de zaak van 16 maart 2010 uitspraak van de heropening van debatten]

Inzake:

Inzake het beroep tegen de weigering van de gemachtigde van de minister van Migratie- en asielbeleid dd. 05.03.2009 om de visumaanvraag van mevrouw Y [...] op grond van haar huwelijk met de heer X [...] in te willigen, en aldus het op 09.05.2008 afgesloten huwelijk te [...] (Marokko) te erkennen, huwelijks gesloten zijnde tussen volgende verzoekers:

**De heer X** [...] geboren te [...] (Marokko) op [...] van Nederlandse en Marokkaanse nationaliteit, en wonende te [...]

en

**Mevrouw Y** [...] geboren te [...] (Marokko) op [...] van [...] nationaliteit, keuze van woonst doend op het bovenstaand adres van de heer X [...],

de eerste verschijnend in persoon;

de tweede niet verschijnend;

beiden hebbende als advocaat: meester P. Masureel, advocaat te Brussel, er kantoorhoudende;

\* \* \* \*

Gelet op het eenzijdig verzoekschrift, neergelegd ter griffie van deze rechtbank op 20.07.2009;

Gezien de oproeping bij gerechtsbrief d.d. 20.07.2009;

Gezien de stukken van verzoekers;

Gehoord in raadkamer op de zitting van 20.10.2009 eerste verzoeker en zijn advocaat;

Gehoord in dezelfde zitting mevrouw L. Meheus, substituut-procureur des Konings in haar negatief advies.

## **Beoordeling**

1. Overeenkomstig art. 27§1 W.I.P.R. kan, ingeval de overheid weigert de geldigheid van een akte te erkennen, beroep worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg, onverminderd artikel 21, overeenkomstig de procedure bedoeld in artikel 23.

Overeenkomstig de bepalingen van art. 23§ 3 W.I.P.R. wordt de vordering ingesteld en behandeld volgens de procedure bedoeld in de artikelen 1025 tot 1034 van het Gerechtelijk Wetboek; de verzoeker moet woonplaats kiezen in het rechtsgebied van de rechtbank; de rechter moet op korte termijn uitspraak doen.

2. De nodige stukken werden door verzoekers neergelegd, nl. de uitgifte van de huwelijksakte dd. 09.05.2008 en de vertaling van de akte in het Frans met de vereiste legalisatie of apostille (zie art. 24 en 30 W.I.P.R.).

De weigering van gemachtigde van de minister van Migratie- en asielbeleid dd. 05.03.2009 werd eveneens neergelegd in de Franse taai.

3. De erkenning van buitenlandse authentieke akten wordt beheerst door art. 27 W.I.P.R. waarin is bepaald dat een dergelijke akte “*in België door alle overheden [wordt] erkend zonder dat een beroep moet worden gedaan op enige procedure indien haar rechtsgeldigheid wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijke recht, en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 en 21*”.

Het argument van verzoekers, dat de dienst Vreemdelingenzaken sowieso het buitenlandse huwelijk had moeten erkennen, omdat de ambtenaar van de burgerlijke stand in Mechelen het huwelijk reeds eerder ontkend heeft, is foutief.

Elke overheid in België beschikt tot op heden over een eigen bevoegdheid om buitenlandse huwelijksakten/echtscheidingsakten direct of indirect te erkennen.

Dit leidt inderdaad regelmatig tot tegenstrijdige beslissingen, maar bij gebreke aan centrale autoriteit terzake zullen de betrokkenen een beroep moeten doen op art. 23 W.I.P.R. om de erkenning van de buitenlandse akte af te dwingen.

4. Om een buitenlandse huwelijksakte te kunnen erkennen, moet in eerste instantie de rechtsgeldigheid van de akte worden vastgesteld overeenkomstig het krachtens dit wetboek toepasselijk recht.

Op de formaliteiten bij het sluiten van een huwelijk is het recht van de plaats van de huwelijkssluiting van toepassing (art. 47 W.I.P.R.).

Aangezien het voor de Belgische rechter moeilijk is om de buitenlandse vormvereisten te kennen (vele vormvereisten zijn immers niet in wetten terug te vinden, maar louter in bijkomende reglementen en/of besluiten) is het aangewezen om een vermoeden te hanteren dat in het buitenland de juiste documenten werden gevraagd aan de echtgenoten (zie Jinske Verhellen, “*Drie jaar Wetboek IPR: een verkennende analyse van vragen uit de praktijk*”, Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht, jaargang 2008, Themanummer IPR, p. 32).

5. In tweede instantie moeten de artikelen 18 en 21 W.I.P.R. in verband met respectievelijk wetsontduiking en de openbare orde in acht worden genomen.

In casu beroept de Dienst Vreemdelingenzaken zich op het art. 21 W.I.P.R. daar deze dienst er van uitgaat dat de man, ingevolge een eerder huwelijk, nog steeds gehuwd zou zijn, zodat het nieuwe huwelijk niet zou kunnen erkend worden, gelet op het verbod inzake polygaam huwelijk.

De Dienst Vreemdelingenzaken gaat er in casu van uit dat het om een polygaam huwelijk in hoofde van de man zou gaan, om reden dat - steeds volgens de dienst vreemdelingenzaken - een eerdere Marokkaanse ontbinding van het eerdere huwelijk niet door de Belgische autoriteiten zou kunnen erkend worden.

De heer X [...] blijkt inderdaad eerder gehuwd te zijn in [...] op 29.11.2002 met een dame [...]. Dit huwelijk zou op 21.09.2007 ontbonden geweest zijn door een echtscheiding (volgens de dienst vreemdelingenzaken: "verstoting") met compensatie (Khol'a).

6. Het is zonder enige twijfel correct dat het verbod op bigamie onze internationale openbare orde raakt.

De dienst Vreemdelingenzaken heeft, met het oog op de erkenning van het nieuwe huwelijk van de heer X [...] sowieso de bevoegdheid om na te gaan of de heer X [...], op het ogenblik van de nieuwe huwelijksluiting, celibatair was.

Te dien einde mocht de Dienst Vreemdelingenzaken op indirekte wijze nagaan of de scheidingsakte dd. 21.09.2007, waaruit de celibataire status van de heer X [...] moest blijken, in België erkend kon worden.

Volgens de bepalingen van art. 57 W.I.P.R. kan een in het buitenland opgestelde akte die de wilsverklaring van de man om het huwelijk te ontbinden vaststelt (de scheiding met compensatie (Khol'a) wordt hiermee gelijkgesteld) toch in België erkend worden indien aan volgende voorwaarden is voldaan:

- homologatie door een rechter van de staat waarin zij is opgemaakt;
- geen van de echtgenoten had de nationaliteit van een staat die deze vorm van huwelijksontbinding niet kent;
- geen van de echtgenoten had op het tijdstip van de homologatie zijn gewone verblijfplaats in een staat die deze vorm van huwelijksontbinding niet kent;
- de vrouw heeft de ontbinding van het huwelijk op ondubbelzinnige wijze en zonder dwang aanvaard;
- er bestaat tegen de erkenning geen weigeringsgrond als bedoeld in art. 25 W.I.P.R.,

In casu meende de Dienst Vreemdelingenzaken dat niet voldaan was aan deze voorwaarden omdat de heer X [...] de Nederlandse nationaliteit bezat en de Nederlandse staat deze vorm van huwelijksontbinding niet kent.



De rechtbank meent dat deze visie niet zonder meer kan bijgetreden worden.

Uit de stukken blijkt immers dat de heer X [...] naast de Nederlandse nationaliteit ook de Marokkaanse nationaliteit bezat (zie scheidingsakte, zie nieuwe huwelijksakte).

Tevens blijkt dat de heer X [...], op datum van zijn nieuwe huwelijk in Marokko verbleef (zie huwelijksakte).

Volgens art. 3§2 W.I.P.R. zal voor een natuurlijke persoon die de dubbele nationaliteit heeft (en indien de Belgische nationaliteit niet één van deze twee nationaliteiten is) de nationaliteit van de staat waarmee de persoon, alle omstandigheden in acht genomen, de nauwste banden heeft als nationaliteit weerhouden worden.

Hierbij zal inzonderheid rekening gehouden worden met de gewone verblijfplaats van deze persoon.

Gelet op al het hogervermelde is het wenselijk dat de heer X [...] aantoont:

- dat hij, op het ogenblik van de ontbinding van het eerste huwelijk, de nauwste banden had met Marokko en niet met Nederland;
- waar zowel hij als mevrouw gewone verblijfplaats hadden op datum van 05.10.2007, zijnde de datum van de homologatie van de scheidingsakte,
- mevrouw B [...] de ontbinding van het huwelijk op ondubbelzinnige wijze en zonder dwang aanvaard.

Te dien einde worden de debatten heropend op onder vermelde datum.

**OM DEZE REDENEN,  
DE RECHTBANK,**

Vermeldende de toepassing van de artikelen 2, 9, 30, 34, 35, 36, 37, 40 en 41 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken en van de wetten van 26 juni 2000 en 30 juni 2000 betreffende de invoering van de euro en de in uitvoering hiervan genomen Koninklijke Besluiten van 20 juli 2000,

Beveelt de heropening van de debatten op de zitting van dinsdag 1 december 2009 om 14.00 uur (zaai 20), teneinde verzoekers toe te staan de hoger gevraagde bewijzen bij te brengen;

Houdt de beslissing nopens de kosten aan;

Aldus uitgesproken in openbare terechting op drie november tweeduizend en negen, waar zitting hadden: de heer R. Hobin, alleen zetelend rechter, mevrouw G. Van den Brande, substituut-procureur des Konings, mevrouw E. Verbinnen, griffier,



# RECHTSLEER/DOCTRINE

## Charline Daelman - The Interaction between Human Rights and Private International Law

Note under ECtHR 3 May 2011, Negrepontis-Giannisis v. Greece

*Charline Daelman, PhD Researcher Institute For Human Rights*

### 1) Facts

Nikolaos Negrepontis-Giannisis, the applicant in this case, is a Greek national born in 1964 and currently living in Athens. During his studies in the 80's, he lived with his uncle, Michaïl Negrepontis-Giannisis, an orthodox minister, in the United States. Michaïl and Nikolaos initiated proceedings for his uncle to adopt him in 1984. During this process, Michaïl expressed his willingness for adoption so that he would have a legal heir. The adoption order was made by a court in Michigan on 28 June 1984. Nikolaos returned to Greece in the following year. Up until the return of Michaïl to Greece in 1996, both the applicant and his uncle visited each other on a regular basis. Only two years after moving back to Greece, Michaïl died in Athens (§§ 1-15).

Following an application by Nikolaos, the Athens Court of First Instance held that the American adoption order was not contrary to public policy or *contra bonos mores* (immoral). Therefore it declared the order final and legally enforceable in Greece as of 24 December 1999. As the applicant's surname originally was Giannisis, he began the proceedings to change his name shortly after this judgement. On 4 August 2001, Michaïl received a positive decision from the prefect of Athens, which allowed him to add his adoptive father's surname, Negrepontis, to his original surname (§§ 16-17).

The recognition however, had negative implications for the succession rights of the brother and sisters of Michaïl, as Nikolaos would become the only legal heir. Therefore, in the years following the decision of the Court of First Instance and the prefect of Athens, members of the Negrepontis family brought court proceedings challenging the recognition of the adoption. The Athens Court of First Instance rejected the application on 25 April 2002, holding that Greek law did not prohibit adoption by a monk. However, on 18 December 2003, the Court of Appeal overturned that decision as monks were prohibited from carrying out legal acts, such as adoption, which related to secular activities, as this was incompatible with monastic life and contrary to the principles of Greek public policy. On 22 February 2006 the applicant lodged an appeal, on points of law, to a division of the Court of Cassation. The appeal was dismissed, stressing that the adoption order had implications in terms of inheritance rights. Therefore, the division of the Court of Cassation decided to refer the question whether adoption by a monk was contrary to Greek public policy, to the full Court of Cassation. On 15 May 2008, the full Court of Cassation, ruled in the affirmative and based its decision on canon law texts from the seventh and ninth centuries. Nonetheless, there were dissenting judges expressing the view that there was no provision in Greek law which expressively barred monks from adopting (§§ 18-31).

## 2) Decision of the European Court of Human Rights

### Violation of Article 8

According to the applicant, the refusal to recognise the adoption in Greece and the need to change his last name again to the original, amounted to interference with his private and family life. He was of the opinion that he had such a strong family relationship with his adoptive father that it should fall within the protection provided for by Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR).

The respect for private and family life is not an absolute right. Any interference by a public authority is forbidden unless it is “in accordance with the law”, pursues one or more “legitimate aims” as mentioned in Article 8 § 2 ECHR, and is “necessary in a democratic society” in order to achieve them. Therefore, the European Court of Human Rights (ECtHR) will first look at the question whether there is an interference in the private and family life of the applicant. If so, it will investigate whether this interference can be justified.

This specific case deals with two adults who expressed their willingness to conduct an adoption procedure and who were both well aware of the consequences thereof. The adoptive father had even expressed his explicit wish to have a legitimate son who would inherit his property. Therefore the ECtHR did not see any reason to deny that there was a genuine relationship between the applicant and his adoptive father that amounted to a “family life”. As a consequence, there could be no doubt that the Greek authorities had interfered with the private and family life of the applicant by refusing the recognition of the adoption. As for this matter, the ECtHR referred to its previous ruling (ECtHR, 28 June 2007, *Wagner and J.M.W.L. v. Luxemburg*), in which it confirmed that the refusal of the Luxembourg authorities to recognise a foreign adoption, constitutes an interference with the right to respect for private and family life (§§ 54-60). This last judgement could imply that every refusal of national authorities to recognise foreign adoption orders, is *in se* an interference with the private and family life of the persons involved. Although there might be an interference, this does not necessarily mean that there is a violation of Article 8 ECHR as the interference may be justifiable (§§ 55-60).

After establishing that there was interference, the ECtHR scrutinised whether this interference was justified or not. As mentioned above, any acceptable interference should be “in accordance with the law”. The ECtHR acknowledged that the Greek Court of Cassation based its judgement on certain articles of the Greek Civil Code to refuse the recognition of the American adoption order. These articles stress that foreign judgements and orders can only be enforceable in Greece if they are not in conflict with public policy or immoral (*contra bonos mores*). The problem however, does not lie with these articles as such but with the articles on which the Court of Cassation based its reasoning to claim that an adoption by a monk conflicts with public policy. The ECtHR observed that these articles had a purely ecclesiastical character and dated from the seventh and ninth centuries. However, national legislation was passed in 1982 recognising the right of monks to marry and there was no domestic legislation refusing them to adopt. In the *travaux préparatoires* of the law of 1982 it was stated explicitly that the prohibition for monks to marry had no social relevance. In this specific case, the adoption order was already valid for 24 years and the adoptive father had expressed his wish to have a legitimate son who would inherit his property (§§ 66-75).

In the end, the ECtHR was of the opinion that the motives of the Greek Court of Cassation to refuse the recognition of the foreign adoption order, did not respond to a pressing social need. Even if there was a legitimate aim, the refusal and denial of the adoptive status of the applicant was, according to the ECtHR, disproportional as it completely denied the applicant's status as adoptive son. Therefore, the ECtHR decided that there was a violation of Article 8 ECHR (§ 76).

#### Violation of Article 8 in conjunction with Article 14

The applicant was of the opinion that because the Greek authorities deprived him from his succession rights, he was the victim of a discrimination since a biological child of his uncle would have maintained its rights (§ 77).

The ECtHR reiterated that a difference in treatment - such as for example the difference in the treatment of the applicant, as an adopted child, compared with a biological child - was discriminatory if it had no objective and reasonable justification (§ 81 with reference to ECtHR, 18 July 1994, *Karlheinz Schmidt v. Germany*, § 24). Furthermore, the ECtHR referred to a previous ruling (ECtHR, 13 July 2004, *Pla and Puncernau v. Andorra*, § 61) in which the ECtHR ruled that an adoptive child found itself in the same legal position as a biological child (§§ 81-82).

The ECtHR established that, since 1982, monks had been allowed to marry and found a family and that the law entailing such rule had been enacted prior to the applicant's adoption in 1984. Hence, a biological child of Michaïl could not have been deprived of his or her succession rights. As the Greek authorities could not provide for reasons that justified this difference in treatment, the ECtHR decided that there was a violation of Article 8 ECHR taken in conjunction with Article 14 ECHR (§§ 83-84).

#### Violation of Article 6

The applicant also claimed that because of the refusal of the Greek authorities to acknowledge the foreign adoption order, his right to a fair trial had been violated (§ 85).

Although the ECtHR acknowledged that the Greek authorities have the competence to judge whether a foreign adoption order is indeed in conflict with Greek public policy and can therefore deny the approval of it. However, the interpretation of the Greek Court of Cassation cannot be made in an arbitral and disproportional manner. Therefore, the ECtHR decided that, taking into account the character of the texts on which the Greek Court of Cassation based itself to deny the approval of the adoption order, the principle of proportionality had not been respected. As a result, there was a violation of Article 6 ECHR (§§ 89-92).

#### Violation of Article 1 of Protocol No. 1

The refusal to acknowledge the adoption order was, according to the applicant, a violation of his right to protection of his property, as the denial of his status as adoptive son had consequences on his ability to inherit the legacy of his adoptive father (§ 93).

Referring to its reasoning under the treatment of the possible violation of Article 8 ECHR, the ECtHR found that the Greek authorities could not provide evidence that there had been a justifiable interference with the applicant's right to the peaceful enjoyment of his possessions. Therefore, the ECtHR was of the opinion that the decision of the Greek Court of Cassation, which led to the deprivation of the applicant's status as heir, was a violation of Article 1 of Protocol No. 1.

### 3) Evaluation

The *Negrepontis-Giannisis v. Greece* judgement is a good example of the augmentation of interaction between several domains of international law, in this specific case human rights and private international law. As a consequence of globalisation dynamics, several international law domains intertwine increasingly. The ECtHR is faced with these new developments and the challenges they bring.

At the ECtHR, a trend is emerging to extend its competence by giving a broader interpretation to the articles of the ECHR. We have seen this trend for example in the case of *Sidabras en Dziautas v. Lithuania* (ECtHR, 27 July 2004), in which the ECtHR decided that the denial of a right to work had such severe implication on one's private and family life that it violated Article 8 ECHR. In that case, it became clear how a broad interpretation of the right to respect for private life, which is in essence a civil right, lead to an inclusion of the right to work, an economic right. In the specific case of *Negrepontis-Giannisis v. Greece*, we see the same trail of reasoning; the denial to recognise a foreign adoption, normally an explicit matter of private international law, had such implications on Article 8 ECHR that there was a violation of a person's human rights. As a consequence, yet another element needs to be taken into account for the recognition of foreign acts and judgements, namely when this recognition may touch upon the fundamental human rights of an individual.

The question raises here whether the ECtHR goes too far and whether by interpreting the articles of the ECHR more broadly, the ECtHR deviates too much from its core competences and scope, ie the actual fundamental rights. Another way of looking at it, is that by adopting a broader interpretation, the ECtHR is merely making use of the principle of "evolutive interpretation". According to this principle, the ECHR is a "living" instrument that needs to be interpreted in the light of the present circumstances. In this way, the ECtHR keeps up pace with the changes in society and adapts itself, so that the ECHR maintains its relevance and efficiency. Therefore, more similar cases should be expected in the future if the ECtHR wants to deal with the trend of interaction and globalisation adequately. In doing so, the ECtHR should nonetheless always take into account the subsidiarity principle and avoid mutation into a fourth court instance.

## **ACTUALITEIT**

### **Editie 2011 van “Bronnen van Internationaal Privaatrecht”**

De nieuwe editie van “Bronnen van Internationaal Privaatrecht”, samengesteld door J. Erauw en J. De Meyer, kan u [hier](#) bestellen.

Dit boek biedt u een verzameling van de voor de praktijk meeste nuttige bronnen van internationaal privaatrecht, waaronder

- alle van kracht zijnde Belgische regels en Europese stukken;
- de voor België relevante internationale overeenkomsten, telkens voorzien van de actuele stand van de ratificaties;
- de uitvoerige memorie van toelichting bij het Wetboek van Internationaal Privaatrecht;
- de voor de praktijk nuttige omzendbrieven;
- een chronologische rangschikking en een systematische inhoudstafel die het boek gemakkelijk te consulteren maken.

### **Voorstel van verordening voor een Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen**

Op 25 juli stelde de Europese Commissie een verordening voor tot invoering van een Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen, om de inning van grensoverschrijdende schuldvorderingen in burgerlijke en handelszaken te vergemakkelijken. U vindt het voorstel [hier](#) in het Engels en [hier](#) in het Frans.

### **Voorstel van verordening voor een facultatief gemeenschappelijk Europees kooprecht**

Op 11 oktober stelde de Europese Commissie een verordening voor tot invoering van een facultatief gemeenschappelijk Europees kooprecht (Common European Sales Law of CESL). U vindt het voorstel [hier](#) in het Engels en [hier](#) in het Frans. [Hier](#) wordt het initiatief toegelicht en worden voor elke lidstaat de voornaamste gevolgen samengevat.

### **Nieuwe Europese richtlijn consumentenrechten goedgekeurd door de Raad**

Op 10 oktober keurde de Raad van Ministers de nieuwe Europese richtlijn consumentenrechten goed. Na publicatie hiervan in het Publicatieblad hebben de lidstaten twee jaar om deze richtlijn te implementeren in hun nationale wetgeving. Het voorstel van richtlijn vindt u [hier](#), en de voornaamste wijzigingen vindt u in de [persmededeling](#).

### **Nieuwe IPR-wet in Polen**

Op 16 mei is de nieuwe Poolse IPR-wet in werking getreden. De wet is – weliswaar in het Pools – [hier](#) te consulteren.

### **Turkije en Benin toegetreden tot het Weens Koopverdrag (CISG)**

Het Weens Koopverdrag is op 1 augustus 2011 in werking getreden ten aanzien van Turkije, en zal op 1 augustus 2012 in werking treden ten aanzien van Benin.

## **Nieuw ICC Arbitragereglement**

Op 1 januari 2012 treden de nieuwe arbitrageregels van de Internationale Kamer van Koophandel (ICC) in werking. U vindt de regels [hier](#) terug; zij zijn eveneens opgenomen in het hierboven vermelde boek “Bronnen van Internationaal Privaatrecht” van J. Erauw en J. De Meyer.

## **OHADA - Nieuw uniform handelsrecht**

Op 15 december 2010 heeft OHADA (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*) de nieuwe *Acte Uniforme Portant Sur Le Droit Commercial Général* aangenomen. Deze uniforme wet werd op 15 februari 2011 gepubliceerd in het *Journal Officiel* van OHADA en vindt u [hier](#) terug. Zij vervangt de *Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général* van 17 april 1997.

OHADA verenigt zestien Franstalige landen in Centraal-Afrika, en heeft als doelstelling het oprichten van een stabiel en doorzichtig juridisch en economisch kader voor de Centraal-Afrikaanse regio.

## **ACTUALITÉ**

### **Edition 2011 de “Bronnen van Internationaal Privaatrecht”**

La nouvelle édition de “Bronnen van Internationaal Privaatrecht”, composée par J. Erauw et J. De Meyer, est disponible sur [ce lien](#).

Ce livre vous offre une collection de sources de droit international privé, utile pour la pratique :

- tous les règles belges et européens en vigueur ;
- les conventions internationales importantes pour la Belgique, y compris l'état des ratifications ;
- l'exposé des motifs accompagnant le Code de droit international privé ;
- les circulaires utiles pour la pratique ;
- une table des matières systematique et une table des matières chronologique, afin de facilement trouver les sources applicables.

### **Proposition de règlement portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires**

Le 25 juillet, la Commission européenne a proposé un règlement portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale. Vous pouvez consulter la proposition [sur ce site](#).

### **Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente**

Le 11 octobre, la Commission européenne a proposé un règlement relatif à un droit commun européen de la vente (Common European sales Law ou CESL). Vous pouvez consulter la proposition [sur ce site](#), et [ici](#) vous trouvez une explication de l'initiative et les conséquences primordiales pour chaque état membre.

### **Nouvelle directive européenne sur les droits des consommateurs**

Le 10 octobre, le Conseil des Ministres a adopté la nouvelle directive européenne sur les droits des consommateurs. Après publication dans le Journal officiel, les états membres auront deux ans pour transposer la directive en droit national. Vous pouvez consulter la proposition de directive [ici](#), et vous trouvez un résumé des changements dans le [communiqué de presse](#).

### **Nouvelle loi sur le droit international privé en Pologne**

Le 16 mai, la nouvelle loi polonaise sur le droit international privé est entrée en vigueur. La loi est disponible [ici](#) (en polonais).

### **La Turquie et le Bénin adhérés à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM)**

La CVIM est entrée en vigueur le 1 août en Turquie, et entrera en vigueur le 1 août 2012 en Bénin.



## **Nouveau Règlement d'arbitrage d'ICC**

Le 1 janvier 2012, le nouveau Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (ICC) entre en vigueur. Vous pouvez consulter le Règlement [ici](#); il est également incorporé dans le livre mentionné ci-dessus "Bronnen van Internationaal Privaatrecht" de J. Erauw et J. De Meyer.

## **OHADA - Nouveau droit de commerce uniforme**

Le 15 décembre 2010 l'OHADA (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*) a adopté le nouvel *Acte Uniforme Portant Sur Le Droit Commercial Général*. Cet acte uniforme est promulgué le 15 février 2011 dans le *Journal Officiel de l'OHADA* et peut être consulté [sur ce lien](#). Il remplace l'*Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général* de 17 avril 1997.

L'OHADA réunie seize pays francophones en Afrique centrale, et a comme objectif de créer un cadre juridique et économique transparent et stable dans ladite région.

## **ERRATUM**

Het arrest van het hof van beroep van Brussel op pagina 89 van *Tijdschrift@ipr.be* 2011/2 was niet van 19 juli 2010, maar van 14 juli 2010.

L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles à la page 89 du *Revue@dipr.be* n'était pas de 19 juillet 2010, mais de 14 juillet 2010.