

The uln Commercial Law Review is the marketplace for news, information and updates believed relevant and of interest for the practice and businesses of the united-legal.network.eeig, their clients and business partners. uln Commercial Law Review is distributed free of charge, and further information about us and any of the articles and information published may be obtained from either the uln secretary in Cologne, Germany or directly from the author. Even though the information contained in this uln Commercial Law Review has been compiled carefully, no warranty is made as to the correctness and accuracy thereof, and nothing contained herein shall constitute any form of legal advice.

Content:

Commercial Arbitration and the State Courts

Gunnar Nerdrum, Tromsø, Norway,

Jetzt gilt sie: Die Reform des deutschen Klassikers - der GmbH

Nicolas Meyer, Köln/Cologne, Germany

Globalization and the legal profession

Gaetano Sardo, Milano, Italy

Preuves et informations illégalement recueillies (en particulier à charge d'un travailleur) : la Belgique n'est pas les Etats-Unis (ni Pyong-Yang)

Yves Rosenoer, Etienne Piret, Brussels

Commercial Arbitration and the State Courts

Introduction

Commercial disputes are most often referred to arbitration, at least when the parties are located in different countries. Like football players the business people prefer to play on their own homefield. As the two parties have each one their homefield, they often agree on a "neutral" one.

Beside this psychological element one of the arguments for the choice of arbitration is that both of the parties want the state courts to be kept off the disputes. The ordinary state court procedures are often considered rigid and lengthy and not

compatible with the practical touch of an efficient businessman. And what businessman does not consider himself "effective" when entering into a contract?

And then a dispute arises...

The parties run to arbitration, just to see that the state courts are there, staying behind, controlling, but also supporting. The main idea with this article is to show that arbitration is in fact in close interaction with the state courts.

The importance of the place of arbitration

The state courts competent are those being established on the place that has been fixed as the place of arbitration. This place determines that the law of that country is to be applied as for procedural questions, and for any question to be referred to the state courts. The courts competent are the courts with jurisdiction on that place. The parties can freely agree on the material law of another country to be applied on the substance of the matter. But compulsory rules as for procedure in a given country have to be observed.

An example from Norway

To take an example: I am actually defending a Russian enterprise being in dispute with a Norwegian one. The parties made "compromises" when drafting the contract. They agreed upon Russian material law, use of the English language, and arbitration in Oslo.

That means that Norwegian procedural law is to govern the case and the Oslo courts to assist. The Norwegian act on arbitration is based on the UNCITRAL model law, and consequently it is similar to the statutes in a number of countries being recognized in the "UNCITRAL family".

The UNCITRAL model law

According to these provisions the courts have large competences. So if a party does not appoint an arbitrator, the court has the authority to do that. The same rule applies if it turns out that the chairman of the tribunal has not been appointed questions of an arbitrator being biased is finally to be decided by the courts if an arbitrator does not carry out his tasks, each of the parties can claim his withdrawal before the courts as an arbitral tribunal has no authority to compel an unwilling witness to appear, it can demand the courts to take the testimony the tribunal has the authority to decide interim measures. But for the execution of any such decision the tribunal

needs the assistance of the courts. The validity of the arbitral award may be brought before the courts. They are not to scrutinize the award as for potential errors in facts or in law. But the courts assess whether the award and the whole procedure has been in accordance with the agreement between the parties, and – generally – in accordance with the compulsory legal requirements in that country.

Finally, judicial execution of the award is to be carried out according to the ordinary procedure for execution of judicial decisions. Execution may be denied on reasons similar to the reasons for the courts to invalidate arbitral awards. The same reasons are also vested for refusal of recognition and execution of foreign arbitral awards according to the New York Convention of 1958 ratified by almost all countries of the world.

Conclusion

The courts support the arbitral tribunals with authority to rubber-stamp on decisions on which the tribunals lack authority. The courts also control the activity of the arbitrators.

An effective use of arbitration depends therefore upon an effective and trustful interaction between the bodies of arbitration and the state courts.

Gunnar Nerdrum

Advocate before the Supreme Court of Norway
Ancien avocat à la Cour de Paris

Jetzt gilt sie: Die Reform des deutschen Klassikers - der GmbH

Seit dem 01.11.2008 gilt das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), welches an dieser Stelle (vgl. CLR 2007/ Vol. 2) schon im Detail vorgestellt wurde. Heute soll im Wesentlichen auf die Unterschiede zwischen dem seinerzeit diskutierten Reformentwurf sowie der jetzt in Kraft getretenen gesetzlichen Regelung eingegangen werden.

Die Intention der Reform war die Erleichterung und Beschleunigung von Unternehmensgründungen, so dass neben die bewährte GmbH mit einem Mindeststammkapital von EUR 25.000,00 jetzt die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (§5a GmbHG) getreten ist, die eine Einstiegsvariante der

GmbH darstellt und für Existenzgründer interessant ist, die zu Beginn ihrer Tätigkeit wenig Stammkapital haben.

Während bei der ersten Vorstellung des Gesetzentwurfes noch davon ausgegangen wurde, dass diese Unternehmergesellschaft eine eigene Gesellschaftsform darstellt, ist jetzt klargestellt, dass es sich hierbei nicht um eine neue Rechtsform handelt, sondern um eine GmbH, die mit nur einem Euro Mindestkapitaleinsatz gegründet werden kann. Das Besondere daran ist, dass diese Gesellschaftsform einer Pflicht zur Rücklagenbildung unterliegt, was zur Folge haben soll, dass auf diese Weise das Mindeststammkapital der normalen GmbH nach und nach angespart wird.

Diese Gesellschaftsform, die insbesondere als Antwort auf die britische Limited gesehen wird, hat jedoch auch – wie eben auch die Limited - immer das Manko, dass eine praktisch ohne Stammkapital gegründete Gesellschaft ständig mit einem Bein in der Überschuldung steht und sich im Grunde sofort nach Gründung mit dem Gedanken einer Insolvenzantragstellung auseinandergesetzt werden müsste.

Von einer Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne ist nämlich dann auszugehen, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (§ 19 Abs. 2 S. 1 Insolvenzordnung). Nach heutiger Rechtslage ist eine positive Fortführungsprognose für das Unternehmen grundsätzlich nicht mehr geeignet, eine Überschuldung von vorne herein auszuschließen. Da eine Überschuldung zur Insolvenzantragspflicht gem. § 15 Abs. 1 S. 1 Insolvenzordnung mit Strafbarkeitsfolgen bei deren Verletzung und ggf. einer Schadenersatzpflicht der Geschäftsführer verbunden ist, ist die oben aufgestellte Prämisse, dass sich in einer Gesellschaft ohne Stammkapital sehr schnell mit dieser Thematik zu beschäftigen ist, so fernliegend nicht.

Der Gesetzgeber hat diese Problematik gesehen und hat als Warnfunktion eine Einberufungspflicht bei drohender Zahlungsunfähigkeit vorgesehen, wobei also bei drohender Zahlungsunfähigkeit der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft die Versammlung der Gesellschafter unverzüglich einzuberufen ist, während bei der "normalen" GmbH gem. § 49 Abs. 3 GmbHG eine Versammlung unverzüglich einberufen werden muss, wenn sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des

Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. Da jedoch auch bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit die Information der Gesellschafter grundsätzlich zu spät kommen dürfte, darf zu Recht bezweifelt werden, dass es diese gesetzliche Norm schafft, den Geschäftsführern einer Unternehmergeellschaft wirklich zu helfen.

Auch sie sollten sich daher an den Grundsatz des vielzitierten sorgfältig handelnden Kaufmanns halten, der zudem – für alle GmbHs – in § 49 Abs. 2 GmbHG normiert ist, nämlich dass dann eine Gesellschafterversammlung einzuberufen ist, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint.

Während ansonsten im Reformentwurf noch davon ausgegangen wurde, dass das Mindeststammkapital einer normalen GmbH auf EUR 10.000,00 gesenkt wird, ist diese Absenkung im letztlich beschlossenen Gesetz nicht mehr vorgesehen. Es bleibt also, wie bislang bei der normalen GmbH, bei einem Mindeststammkapital von EUR 25.000,00. Allerdings sind Rechtsunsicherheiten, die bislang im Bereich der Kapitalaufbringung bestanden, nunmehr durch eine klare gesetzliche Regelung, gerade auch hinsichtlich der verdeckten Sacheinlage (§ 19 Abs. 4 GmbHG), beseitigt. Während bei der Diskussion des Reformentwurfs im CLR 2007/ Vol 2 noch davon ausgegangen wurde, dass bei einfachen Standardgründungen (d.h. Bargründungen mit max. drei Gesellschaftern) ein Mustergesellschaftsvertrag bereit gestellt wird, der nicht mehr durch einen Notar zu beurkunden ist, ist auch insoweit eine Änderung gegenüber dem seinerzeitigen Entwurf erfolgt. So kann die Gesellschaft zwar jetzt gem. § 2 Abs. 1 a GmbHG in einem vereinfachten Verfahren durch Verwendung eines Musterprotokolls gegründet werden, wenn sie höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer hat, doch ist auch dieses notariell zu beurkunden.

Das Fazit jedoch bleibt das gleiche wie vor zwei Jahren. Die Reform des GmbHG war überfällig. Die Gesellschaftsform der GmbH wurde modernisiert und zwar insbesondere die Möglichkeiten der Sitzverlegung, die Transparenz bei Gesellschaftsanteilen, die Regulierung des Eigenkapitalersatzrechts und die Bekämpfung von Missbräuchen betreffend. So wird auch in der Zukunft die wichtigste Gesellschaftsform weiterhin die klassische GmbH sein.

Bei den ausländischen haftungsbeschränkten Gesellschaften, insbesondere der britischen Limited, zeigt sich mehr und mehr, dass diese auf dem deutschen Markt praktisch als glaubwürdige Geschäftspartner ausscheiden. Dies liegt sogar weniger an der jeweiligen Gesellschaftsform an sich, als vielmehr an denen, die sich ihrer bedienen. Und genau dies könnte die Stärke der Unternehmergeellschaft werden. Während diejenigen, die obskure Online-, Spiel- und Ahnenforschungsgesellschaften in Gestalt einer Limited gründen, um größtmöglichen Gewinn in kürzester Zeit zu generieren und nicht die Absicht haben, auf dem Markt zu bleiben, könnte die Unternehmergeellschaft mit ihrer Pflicht zur Ansparung von Rücklagen tatsächlich die Gesellschaftsform für diejenigen sein, der ernsthaft eine gute Idee umsetzen will, ohne das Kapital zu haben. Da sich diese Idealperson jedoch in der Minderheit befinden dürfte, dürfte auch die Anzahl der Unternehmergeellschaften überschaubar bleiben.

Summary

Reformation of the German Limited Liability Company Law (GmbHG).

Beside the classic GmbH with its required equity of EUR 25,000 the law now allows the foundation of a GmbH with an initial capital of EUR 1 but with the obligation to accrue their profit up to an equity of a classic GmbHG. It is the German answer to the British Limited.

Nicolas Meyer
Rechtsanwalt, Köln

Globalization and the legal profession

The word "globalization" seems to have been one of the most fortunate of the end of the last century. Its success and its popularity continue in this century. The effect is the dilation and overuse of its meaning, to the point where it risks becoming a general word, to which the most varied meanings can be attributed.

Directives on the matter of global trade were mentioned way back in the Bretton Woods agreements (1945). Discussion continued in relation to the influence of big companies and transnational banks on international economic order until the 1970s. Then the phenomenon of the territorial

dispersion of economic and manufacturing activities was noted, as a consequence of the large-scale migrations of people and capitals which created the phenomenon of global integration.

To offer a colourful idea of the picture, it has been said that “the beating of a butterfly’s wings in the Amazon Basin would be sufficient to cause a tornado in Texas¹”.

I prefer not to offer definitions. It can however be useful, limiting the topic to the effects of the phenomenon of market expansion in the economic and financial sector on the legal profession, to remember that “global” is an adjective which refers to the “globe”, meaning the planet. Simplifying it, “globalization” is generally used to mean the complex of the economic market and financial phenomena which concern the entire economy of the planet, the effects of which occur simultaneously on the main world markets. Technological development and the dissemination of the markets, social transformations, world migrations (of people and capitals), the speed of telecommunications and transport, can be indicated as contributing factors to the phenomenon of globalization, the “geography” of which is subject to considerable influence by the effects of concentration and dispersion of the new planetary economy.

On one hand, it has been said that telecommunications systems have caused the “death of distances”² but, that they have also generated the concentration of mechanisms of control in certain places around the globe, particularly in some cities which have taken on the role of strategic points in the sectors of finance, economy and manufacturing. These “points” have been identified as the three great metropolises of New York, London and Tokyo, (but this “geography” is rapidly changing), which have a higher level of concentration of control and profit management and also of the production of financial, banking, insurance and auditing services and everything relating to our profession of “legal services”³.

During the second half of last century, we witnessed a huge extension of economic relationships which brings with it the need for companies operating at transnational level to defend their rights (property, bond, working relationships, intellectual property, etc.) also outside their own country. An attempt has been made at satisfying this need by the “lex mercatoria”, a system of largely unwritten rules not contained in international agreements, which has often overlapped with “domestic” standards beyond the national boundaries⁴.

Consequently a “global”⁵ *jus commune* has been formed, often incorporated into international agreements, in which the law of the English-speaking countries, and particularly American Business Law has been imposed and disseminated on planetary scale to the point where it has also been implemented by the general laws of many countries⁶. Everyone knows that the last fifty years have witnessed the simultaneous development in Europe of a body of supranational laws, known as Community Law, which doesn’t just regard business law, but also personal and family law, immigration laws and those governing the free circulation of people, and also the defence of consumers and the environment. Globalization has contributed to the implementation of a process of gradual weakening of the prerogatives of national states both in the economic and finance sectors and that of personal and human rights, and has conveyed greater strength to supranational conventions and treaties. A new legal order has been created, based on a growing system of agreements and the acceptance of common juridical principles, which has naturally overlapped the national systems.

In the opinion of many intellectuals, the effect of globalization was felt in the economic sector, on one hand, as of the 1960s, in the growing decisional power of big companies (industries, international banks, insurance companies), which, for a certain period of time, determined the international economic trend and, as of the 1980s, in the progressive growth of the financing companies and the so-called advanced service sector, which has gradually replaced industry, taking on the role of leading economic sector.

The big manufacturing industries have been opposed by the service and financing companies, which have concentrated their efforts on a few large urban areas and control most of the final production and profits. This has been largely contributed to by the trans-nationalization of properties, via big takeovers through mergers and incorporations which, in turn, have determined the change in “nationality” of capitals and the so-called phenomenon of the “fabbrica in fuga” (factory moves), meaning the transferral of employment to less developed areas where labour is cheaper. This has determined a new “geography” of markets and institutional or conventional agreements which regulate them, which derives from the concentration, in specific geographic areas, of the control activity on the markets of the big multinationals, a phenomenon which corresponds to

that of the dispersion of manufacturing activities, i.e.: the transferral to less developed areas and lower costs. This phenomenon is flanked by that of concentration, in limited urban areas, of the big service companies which operate in the legal, accounting and financial consulting field, with relevant formal and substantial effects on the legal profession. The growing complexity of national and international juridical and financial standards has made these operating environments increasingly dynamic and complex. Hence the ever-increasing frequency of the use by companies of "production services" (legal, economic and financial).

The expansion of the big transnational companies which operate at increasingly high levels of complexity ensues from the growing demand for highly specialized legal services.

The profession of the lawyer (or the legal consultant) is now classified among "production services" on a par with brokerage and financial activities, which offer support for production activities. But while, in the past, the production of services was considered to be a residual category, as services were classes as "unsellable assets" and, in general, the service sector was classed as in "unproductive activity", nowadays production services are an essential element in the context of an economy based upon intermediation. The expansion of the service sector can be traced back to an increase in demand for services, inasmuch as they are intermediate or complementary factors destined directly to companies rather than to the end consumers.

Many of these production services, including legal services, are ideal for internationalization. Among the suppliers of production services, we see insurance companies, banks, financial brokers, big legal and accounting firms and auditing companies.

Way back in the 1970s J. Galbraith⁷ hinted at advanced services produced within big corporations, describing them as essential for the purposes of the material organization of big companies. The planetary expansion of these sectors determines a demand for highly specialised legal assistance. A takeover operation for example requires the work of legal, financial accounting and tax experts, and as we all know, lawyers are called upon to offer increasingly specialized assistance, from contractual law to the defence of copyright and patents, the defence of the environment and against competition, from labour law to immigration law, from corporate law to transport and telecommunications law. All those fields in which big

transnational companies require complete assistance. Lastly, the increasingly marked internationalization of commercial relationships, contracts and capitals has caused considerable problems with establishing the law applicable to determined relationships and jurisdiction, the solution to which is assigned to the multilateral International Conventions, which gradually overcome and overlap bilateral Conventions.

I believe that the change undergone by our profession in the second half of last century has been extensive and extremely quick.

The now historical figure of the humanist lawyer, educated in classic legal culture, has been replaced by the legal consultant who performs an essential service in the organization of the enterprise which, in turn, is part of a widespread phenomenon of globalization of the economy and the legal systems which regulate its complex relationships, establishing the rules for production, quality, the circulation of goods, taxation, immigration and environmental defence. The process doesn't seem to have come to an end yet •

Gaetano Sardo
Avvocato, Milano

1 The sentence is attributed to the mathematician Edward Lorenz. Others use it indicating two different places in the globe, the Sea of Japan and the Caribbean.

2 This is an expression of Galileo Galilei in Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo which dates back to 1632, which sensed that informational transmission techniques lead to the "death of distances".

3 The thesis is by Saskia Sassen, The Global City, Princeton University Press – Utet Libreria 1997

4 According to A. Frignani The International Agreement, Padua 1990 "The concept relates to that group of rules and institutions concerning international trade commonly applied by mercatores –merchants - in the awareness that they are regulae iuris, or, at least, that the other parties will act in observation of the same rules".

5 The phenomenon is not new: just think of Roman law for example.

6 Think of the disciple of the air business and commercial distribution agreements, such as factoring, franchising, leasing and tenders.

7 J. Galbraith New social state: the quote is of S. Sassen, The Global City cit.

8 To quote just a few of the most significant examples: the Vienna Convention of 1980 on the

international sale of assets. The Rome Convention of 19 June 1980, on the law applicable to contractual obligations. The New York Convention of 1988 on the recognition and implementation of international arbitration.

Preuves et informations illégalement recueillies (en particulier à charge d'un travailleur) : la Belgique n'est pas les Etats-Unis (ni Pyongyang)

Dans le film «La nuit des juges », divers magistrats américains chevronnés, choqués par des verdicts empêchant la répressions de méfaits à raison de règles relatives à l'irrecevabilité des preuves, décident de créer leur propre justice... qui dérivera plus encore dans l'inéquitable. Incidemment, le système judiciaire américain se trouve décrit (avec une bonne part de justesse...) comme permettant la couverture des pires crimes du chef de violations (comparativement assez peu choquantes), en particulier, de règles relatives à la protection de la vie privée.

En Europe, valeurs de la protection de la vie privée et de l'intérêt d'une manifestation intégrale de la vérité (judiciaire) s'opposent tout autant.

Comment un pays tel la Belgique (à la croisée des influences germaniques, latines et anglo-saxonnes) se positionne-t-il à cet égard ?

Comme ailleurs, de multiples réglementations (notamment relatives à la protection de la vie privée) sont de nature à justifier qu'il soit allégué que des preuves et/ou informations produites au terme d'une procédure (pénale ou civile) ont été irrégulièrement obtenues. En 2004 et 2005, par deux arrêts de principe, la Cour de Cassation belge, s'agissant de preuves constituées par des images filmées en contravention avec prescriptions la législation relative à la surveillance par caméra, retint que, en matière pénale, l'illicéité du mode de recueillement d'une preuve n'emportait l'exclusion des preuves recueillies que lorsque l'irrégularité compromettrait le droit au procès équitable, entachait la fiabilité de la preuve ou méconnaissait une formalité prescrite à peine de nullité. (Cass. 9 juin 2004 Pas., 2004, I, p. 993 et Cass. 2 mars 2005, J.L.M.B., 2005, p. 1086)

Il a en été déduit (un peu hâtivement) que les

preuves recueillies par un employeur en infraction aux dispositions (générales ou particulières) relatives à la protection de la vie privée du travailleur ne devaient pas – ou en tout cas pas nécessairement – être écartées (Voir notamment J.-F. Leclercq," "La jurisprudence de la Cour de Cassation en matière de protection de la vie privée dans le cadre des relations de travail", in (J.-F. Leclercq e.a.), Vie privée du travailleur et prérogatives patronales, Bruxelles, E.J.B., 2005, pp. 9-12).

Postérieurement, il fut toutefois jugé :

- que cet enseignement ne pouvait trouver à s'appliquer au civil, s'agissant des rapports entre employeur et travailleurs (voir notamment : Cour du Travail Bruxelles, 15 juin 2006, J.T.T., 2006, pp. 392-393),

-qu'au civil :

- les aveux recueillis en suite de constatations initialement illicitement réalisées ne pouvaient être même pris en considération (idem) (dans le cas d'espèce, une travailleuse avait admis un vol domestique constaté par l'employeur au moyen de caméras placées sans informations préalables du personnel conformes à la convention collective intersectorielle régissant la matière) (alors que la travailleuse n'ignorait pas la présence de la caméra litigieuse),

-une enquête (soit la preuve par témoins) ne pouvait être autorisée pour tenter de fournir la preuve de faits constatés illicitement (cfr Tribunal du Travail Bruxelles, 4 décembre 2007, J.T.T., 2008, p. 178).

Par un arrêt du 10 mars 2008 (20080310-8 sur juridat.be), la Cour de Cassation a cependant énoncé (de manière quelque peu prétorienne):

« Sauf si la loi prévoit expressément le contraire, le juge peut examiner l'admissibilité d'une preuve illicitement recueillie à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en tenant compte de tous les éléments de la cause, y compris de la manière suivant laquelle la preuve a été recueillie et des circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise.

Sauf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne

peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable.

Le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction. »

(Cet arrêt peut être considéré comme intervenu en matière civile. Il n'est cependant pas sans intérêt de relever qu'il portait sur l'admissibilité (ou non) de la prise en considération d'une preuve irrégulièrement obtenue par l'Office National de l'Emploi (dispensateur des allocations de chômage) s'agissant d'un travail (non déclaré...) opéré par un bénéficiaire d'allocations de chômage (soit une situation constitutive d'infraction...)).

Il peut paraître suprenant de voir la Cour de Cassation belge conférer au juge du fond (belge) (et non à la Cour Européenne des Droits de l'Homme) la tâche d'apprécier le respect ou non du droit au procès équitable (garanti par l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme) concernant l'admissibilité des preuves. La chose ne doit cependant pas surprendre : la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme a elle-même consacré que cette question relevait du droit interne de chaque pays (cfr : F. KUTY, « Chronique de jurisprudence C.E.D.H. relative au procès équitable », J.L.M.B., 2003, p. 496).

Si la Cour de Cassation belge écarte donc la règle de l'irrecevabilité systématique de la preuve irrégulièrement recueillie, elle n'en invite donc pas moins le juge du fond, en fait, à une (délicate) mise en balance, au cas par cas, des valeurs respectivement protégées par la règle de droit violée et par la norme violée au terme des faits (irrégulièrement) prouvés.

Une solution d'équilibre, loin tant des excès américains que du mépris, fut-ce « pour la bonne

cause », de toutes règles touchant à l'admissibilité des preuves. Une solution bien belge.

Résumé en français :

Par deux arrêts des 9 juin 2004 et 2 mars 2005 la Cour de Cassation belge retient que des preuves filmées obtenues en violation de la législation relative à la surveillance par caméra ne doivent être exclues que si elles compromettent le droit à un procès équitable, entachent la fiabilité de la preuve ou méconnaissent une formalité prescrite à peine de nullité.

Postérieurement la Cour du Travail de Bruxelles en un arrêt du 15 juin 2006 estima toutefois que ces arrêts de la Cour de Cassation s'appliquaient au pénal, mais pas au civil.

Par jugement du 4 décembre 2007, le Tribunal du Travail de Bruxelles a estimé que la preuve par témoins ne pouvait pas être autorisée concernant des faits constatés de façon illicite.

Par un arrêt du 10 mars 2008, la Cour de Cassation belge a décidé qu'également en matière civile, le juge ne peut pas écarter d'office la preuve illicitement recueillie, sauf si la loi prévoit expressément le contraire, s'il y a violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, si la preuve est entachée d'un vice qui la rend non crédible ou qui porte atteinte à un procès équitable.

Cette dernière décision apparaît conforme à la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a décidé que la question relevait du droit interne de chaque pays.

Summary in English :

The Belgian Supreme Court has decided in her judgments of June the 9 th of 2004 and of March the 2 d of 2005 that proof obtained by film and in violation of legislation concerning video survey could only be rejected if it made a fair trial impossible, if the proof was not reliable or if an essential formality was not fulfilled.

Afterwards the Brussels Labour Court (of Appeal) decided on June the 15 th of 2006 that these decisions of the Supreme Court had to be applied in criminal, but not in civil matters.

In a judgment of December the 4 th of 2007 the Brussels Labour Tribunal decided that proof by witnesses should not be allowed concerning facts noticed illicitly.

On March the 10 th of 2008 the Belgian Supreme Court decided that in civil matters as well, the judge could not refuse automatically to take into consideration a proof obtained illicitly. This is only possible when a law specifies the contrary, when an essential formality is not fulfilled or when there is a defect in the proof that renders it uncredible or makes a fair trial impossible.

This last decision seems in accordance with the jurisprudence of the European Human Rights Court that has decided that the matter falls within the internal law of each country.

Yves ROSENOER et Etienne PIRET

Avocats au Barreau de Bruxelles
Lawyers at the Brussel bar

Published by:

ULN united.legal.network.eeig, Hohenstaufenring 63
D-50674 Köln / Cologne, Reg. Cologne HR. A 14903,
Belgium, Canada, Finland, France, Germany, Greece,
Italy, Luxembourg, Netherland, Norway, Poland, Serbia,
Switzerland, United Kingdom, Turkey

Authors:

Gunnar Nerdrum, Attorney
Fiskergata 6, N - 9008 Tromsø, Norway
E-mail: nerdrum@advokat-tromso.no

Nicolas Meyer, Rechtsanwalt,
Hohenstaufenring 63, D - 50674 Köln, Germany
E-mail: info@meyer-cologne.de

Gaetano Sardo, Avvocato
Via Falcone 5, I – 20123 Milano, Italy
E-mail: gaetanosardo@studiolegalesardo.it

Yves Rosenoer, Etienne Piret, Avocats
Rue J.B. Colynsstraat 98, B– 1050 Brussels, Belgium
E-mail: rosenoerlawyers@skynet.be