

**Tijdschrift@ipr.be**  
**Revue@dipr.be**



**Revue de droit international privé, 2<sup>ième</sup> année, n° 1 (janvier 2003)**

**Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht, 2<sup>de</sup> jaargang, nr. 1 (januari 2003)**

**Tijdschrift@ipr.be - Revue@dipr.be**

#### **Waarom wij er zijn**

Het internationaal privaatrecht vormt een niche binnen het Belgische rechtslandschap. Een gespecialiseerd tijdschrift bestond niet. Wij menen nochtans dat er een plaats is voor dergelijk tijdschrift, en daarom hebben wij begin 2002 het initiatief genomen dit tijdschrift te lanceren.

#### **Uw bijdragen**

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

#### **Citeerwijze**

Tijdschrift@ipr.be, 2003, nr. ....p. ...

#### **Pourquoi une nouvelle revue?**

Le droit international privé occupe une place particulière dans le paysage juridique belge. Il lui manquait encore une revue spécialisée. Début 2002, nous avons pris l'initiative de combler cette lacune en lançant cette nouvelle revue.

#### **Vos contributions**

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

#### **Mode de citation**

Revue@dipr.be, 2002, n° ...., p. ...

## **Inhoud/Contenu**

### **RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE**

Cour de Justice, affaire C-167/00, Verein für Konsumenteninformation contre Karl Heinz Henkel

*Conclusions de l'avocat général F. G. Jacobs présentées le 14 mars 2002*

*Arrêt du 1er octobre 2002*

Hof van Cassatie, eerste kamer, arrest van 17 oktober 2002

Arbeidshof Antwerpen, tweede kamer, arrest van 12 april 2002

### **RECHTSLEER/DOCTRINE**

Marc FALLON - Une consolidation de la technique du renvoi par la Cour de cassation de Belgique

Johan ERAUW - Verstoting: Weigeren is de regel – erken eventueel bij afwezigheid van enig contact met België

Dorothee VAN ITERSON - La nouvelle loi néerlandaise réglant les conflits de lois en matière de filiation

Katja JANSEGERS - De internationale adoptie voor en na de i.p.r.-codificatie

Herman VERBIST and Johan ERAUW - Results of the survey regarding arbitration and ADR

### **ACTUALITEIT / ACTUALITÉ**

Publicatie van de 5de, volledig herwerkte editie van het Bronnenboek Internationaal Privaatrecht

Sales Convention Symposium on February 7th, 2003, University of Pittsburgh

14 janvier 2003 - La Commission lance une consultation sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I")

[www.ipr.be](http://www.ipr.be)



[www.dipr.be](http://www.dipr.be)

# INHOUDSOPGAVE/TABLE DE MATIÈRES

## RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE ..... 7

Cour de Justice, affaire C-167/00, Verein für Konsumenteninformation contre Karl Heinz Henkel ..... 7

Article 5 Convention de Bruxelles – responsabilité contractuelle versus responsabilité (quasi-)délictuelle – action préventive d’une association de consommateurs contre l’utilisation de clauses abusives par un commerçant - article 5, 3 de la Convention de Bruxelles – portée ..... 7

Artikel 5 EEX-verdrag – contractuele versus (quasi-)delictuele aansprakelijkheid – preventieve vordering van een consumentenvereniging tegen het gebruik van onrechtmatige bedingen door een handelaar - artikel 5, 3 EEX-verdrag – draagwijdte ..... 7

*Conclusions de l’avocat général F. G. Jacobs présentées le 14 mars 2002* 7

*Arrêt du 1er octobre 2002*.....17

Hof van Cassatie, eerste kamer, arrest van 17 oktober 2002 ..... 27

Alimentation après divorce – renvoi ..... 27

Onderhoudsgeld na echtscheiding - renvoi ..... 27

Arbeidshof Antwerpen, tweede kamer, arrest van 12 april 2002 ..... 33

Arbeidsovereenkomst – overeenkomst gesloten vóór 1 januari 1988 - bevoegdheid en toepasselijk recht ..... 33

Contrat de travail – contrat conclu avant le 1er janvier 1988 - compétence et droit applicable ..... 33

## RECHTSLEER/DOCTRINE..... 38

Marc FALLON - Une consolidation de la technique du renvoi par la Cour de cassation de Belgique..... 38

Johan ERAUW - Verstoting: Weigeren is de regel – erken eventueel bij afwezigheid van enig contact met België ..... 43

*1. Doorwerking weigeren of naar de rechter laten gaan voor het uitzonderlijke geval*  
.....43

*2. Eenvoudige controle op bindingen met België of op wetsontduiking (echtscheidingstoerisme)*.....44



3. *De benadering wordt bevestigd in het voorgestelde nieuwe wetboek van internationaal privaatrecht* .....45

Dorothee VAN ITERSON - *La nouvelle loi néerlandaise réglant les conflits de lois en matière de filiation*..... 46

1. *Introduction*.....46

2. *Point de départ: application de la loi nationale.* 46

3. *Référence aux conventions de la CIEC.* 47

4. *Règle de conflit à finalité matérielle?*47

5. *Filiation légitime: application de la loi nationale commune des époux.* 47

6. *Désaveu et contestation du lien de filiation* 48

7. *Filiation maternelle des enfants naturels: application de la loi nationale de la mère.*  
.....48

8. *Reconnaissance de la paternité: application distributive des lois nationales des parties; élément favorisant*.....49

9. *Légitimation: la Convention CIEC de 1970.* 50

10. *Le contenu du lien de filiation*.....50

11. *La reconnaissance de décisions étrangères et de faits ou d'actes portant établissement ou modification des liens de filiation: la loi appliquée n'est pas vérifiée.*  
.....50

Katja JANSEGGERS - *De internationale adoptie voor en na de i.p.r.-codificatie* ..... 52

*Inleiding* .....52

§ 1. *Verdrag van Den Haag van 29 mei 1993 inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie* 53

A. *Doelstellingen van het verdrag*..... 54

B. *Toepassingsgebied en mechanisme van het verdrag*..... 54

C. *Principiële instemming met het Haags Adoptieverdrag en uitvoering ervan door de Vlaamse Gemeenschap*..... 57

D. *Federaal wetsontwerp tot hervorming van de adoptie* ..... 59

§ 2. *Het gemeen I.P.R. en de mogelijke wijzigingen volgens het wetsvoorstel tot codificatie*.....60

A. *Internationale bevoegdheid van de homologatie- of herroepingsrechter* ..... 60

1. *Huidige situatie* ..... 60



2.	De I.P.R.-codex .....	61
B.	Toepasselijk recht.....	62
1.	De huidige situatie.....	62
1.1.	Toelaatbaarheid en grondvoorwaarden .....	62
1.2.	Toestemming tot de adoptie .....	69
1.3.	De vorm van een internationale adoptie.....	72
1.4.	Gevolgen van de adoptie .....	72
1.5.	In België adoptie herroepen .....	73
2.	De I.P.R.-codex .....	74
2.1.	Het recht toepasselijk op de voorwaarden tot vaststelling van de adoptie (art. 67).....	75
2.2.	Het nationaal recht toepasselijk op de toestemming van de geadopteerde (art. 68).....	77
2.3.	Recht toepasselijk op de wijze van vaststelling van de adoptie (art. 69).....	77
2.4.	Aard van de door de adoptie geschapen band (art. 70).....	78
2.5.	Recht toepasselijk op de herroeping (art. 71).....	78
C.	De erkenning van in het buitenland tot stand gekomen adopties.....	78
1.	De huidige situatie.....	78
2.	De I.P.R.-codex .....	80

§ 3. *Slotbeschouwingen*.....81

Herman VERBIST and Johan ERAUW - Results of the survey regarding arbitration and ADR..... 83

1.	<i>Introduction</i> .....	83
a)	The survey among the readers of the <i>International Business Law Journal</i> members of Committee D (Arbitration and ADR) .....	83
b)	Other surveys organised in the past .....	83
c)	Purpose of the survey .....	83
d)	Number and capacity of the respondents .....	84
2.	<i>Are you favourably disposed towards conciliation, mediation and arbitration ?</i> 84	
a)	The use of arbitration clauses in contracts .....	85
b)	Arbitration clauses in company statutes .....	85
c)	Conciliation/mediation by third neutrals.....	85
d)	Clauses providing for the jurisdiction of state courts ?.....	86
e)	Clauses for the adaptation of contracts .....	86
3.	<i>Experience with procedures before national courts and arbitral tribunals</i> 86	
a)	In general.....	86
b)	Experience with arbitrations on the side of a party.....	86
c)	Experience with arbitrations as arbitrator .....	86
d)	Experience with mediation on the side of a party .....	86
e)	Experience with mediation as mediator .....	87



f) Pending procedures.....	87
g) Duration of the experience with arbitration/mediation .....	87
h) Amicable settlements .....	87
i) Training in the field of arbitration .....	87
j) Personal involvement in the field of arbitration/conciliation .....	88
k) Links between experience and satisfaction.....	88
 4. <i>Arbitration clauses in contracts</i>	88
a) Arbitration clauses in <i>domestic</i> and/or <i>international</i> contracts.....	88
b) On what does the choice for arbitration depend ?.....	89
 5. <i>Arbitration and other types of alternative dispute resolution scorecard</i>	89
 6. <i>Arbitral tribunals for specific fields</i>	90
 7. <i>Characteristics of your arbitrations</i>	90
a) Institutional/ad hoc .....	90
b) Form of the arbitration clause .....	91
c) Place of arbitration : .....	91
d) The arbitrators .....	91
e) Language of the arbitration .....	92
f) Choice of applicable law .....	92
Law applicable to the procedure .....	92
Law applicable on substance.....	92
«Amiable compositeurs».....	92
g) Elements that have an impact on the characteristics wished for an arbitration .....	92
 8. <i>Evaluation of the experience in the field of arbitration</i>	93
a) Experience as arbitrator .....	93
b) Experience on the side of a party.....	93
 9. <i>Comparison of arbitration with regular court procedures</i>	94
 10. <i>Conclusions</i> .....	95
 <i>Bijlage: Vragenlijst</i> .....	96

**ACTUALITEIT / ACTUALITÉ .....** **101**

Publicatie van de 5de, volledig herwerkte editie van het Bronnenboek Internationaal  
Privaatrecht..... 101

Sales Convention Symposium on February 7th, 2003, University of Pittsburgh..... 102

14 janvier 2003 - La Commission lance une consultation sur la loi applicable aux  
obligations contractuelles (“Rome I”)..... 103



# RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

## **Cour de Justice, affaire C-167/00, Verein für Konsumenteninformation contre Karl Heinz Henkel**

*Article 5 Convention de Bruxelles – responsabilité contractuelle versus responsabilité (quasi-)délictuelle – action préventive d’une association de consommateurs contre l’utilisation de clauses abusives par un commerçant - article 5, 3 de la Convention de Bruxelles – portée*

*Artikel 5 EEX-verdrag – contractuele versus (quasi-)delictuele aansprakelijkheid – preventieve vordering van een consumentenvereniging tegen het gebruik van onrechtmatige bedingen door een handelaar - artikel 5, 3 EEX-verdrag – draagwijdte*

### Conclusions de l'avocat général F. G. Jacobs présentées le 14 mars 2002

(1)

1. Dans cette demande de décision préjudicielle, l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême) (Autriche) demande à la Cour si une action introduite par une association de consommateurs conformément au droit national de protection des consommateurs afin d'obtenir une décision interdisant l'utilisation de conditions générales contraires à la loi ou aux bonnes moeurs constitue une matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (2).

#### **La convention de Bruxelles**

2. L'article 1<sup>er</sup>, point 1, de la convention stipule:

«La présente convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives».

3. Le titre II de la convention répartit la compétence internationale entre les États contractants et dans certains cas régit son attribution aux juridictions locales au sein de l'État contractant concerné. La règle de base de la convention est que ce sont les tribunaux de l'État contractant dans lequel le défendeur est domicilié qui sont compétents (article 2). Toutefois, à titre



d'exception à cette règle, d'autres juridictions peuvent ou doivent connaître de certains types d'actions.

4. L'article 5, point 1, de la convention attribue la compétence «en matière contractuelle, [au] tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée». L'article 5, point 3, rend compétent «en matière délictuelle ou quasi délictuelle, [...] le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit». D'après le libellé des articles 2 et 5, il est clair que dans ces deux cas la compétence complète plutôt que remplace celle conférée par l'article 2.

5. Le 1<sup>er</sup> mars 2002, le règlement (CE) n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (3) est entré en vigueur en remplaçant la convention pour tous les États membres à l'exception du royaume de Danemark (4).

6. L'article 5, paragraphe 3, du règlement n° 44/2001 attribue la compétence «en matière délictuelle ou quasi délictuelle, [au] tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire».

### **La directive sur les contrats avec les consommateurs**

7. La directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (5) vise à rapprocher le droit des États membres relatif aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (6). Selon ses considérants, «il incombe aux États membres de veiller à ce que des clauses abusives ne soient pas incluses dans les contrats conclus avec les consommateurs» (7). L'article 6 impose aux États membres de prévoir que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs.

8. L'article 7 dispose, pour ce qui nous intéresse:

«1. Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.

2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses.»

### **Le contexte de la question posée**

9. L'article 7, paragraphe 2, de la directive 93/13 a été mis en oeuvre par les articles 28 et 29 du Konsumentenschutzgesetz (loi autrichienne sur la protection des consommateurs) (8). L'article 28, paragraphe 1, prévoit qu'une injonction de ne pas faire peut être demandée contre





quiconque, dans les relations commerciales, prévoit, dans les conditions générales ou dans les formulaires qu'il utilise pour les contrats par lui conclus, des clauses contraires à la loi ou aux bonnes moeurs ou recommande l'utilisation de telles clauses dans les relations commerciales. L'article 29 dispose que cette injonction peut être demandée par un certain nombre d'organismes autrichiens dont le Verein für Konsumenteninformation (association pour l'information des consommateurs, ci-après l'«association de consommateurs»).

10. M. Henkel, défendeur dans la procédure au principal, est domicilié en Allemagne et n'a ni succursale ni établissement en Autriche. L'affaire au principal concerne les conditions générales utilisées par M. Henkel dans ses relations commerciales avec plusieurs consommateurs domiciliés à Vienne (Autriche) concernant des voyages organisés à titre promotionnel. L'association de consommateurs considère que ces conditions enfreignent la loi sur la protection des consommateurs, la législation nationale sur la protection des données et en matière de concurrence, et elle demande une injonction au titre de l'article 28 de la loi sur la protection des consommateurs.

11. Le Handelsgericht Wien (tribunal commercial) a rejeté la demande pour défaut de compétence des juridictions autrichiennes: l'article 5, point 3, de la convention ne s'applique pas, l'association de consommateurs n'ayant invoqué aucun préjudice d'origine délictuelle.

12. L'Oberlandesgericht Wien (juridiction régionale d'appel) a fait droit à la demande de l'association de consommateurs. À son avis, la Cour de justice donne une interprétation autonome et large de la notion de «matière délictuelle ou quasi délictuelle» de l'article 5, point 3, de la convention comprenant toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'article 5, point 1, de la convention (9). Cette notion devrait aussi couvrir une action intentée dans l'intérêt général par une association pour faire sanctionner un comportement illicite malgré l'absence de préjudice.

13. M. Henkel s'est pourvu devant l'Oberster Gerichtshof. Cette juridiction n'est pas certaine que l'action tendant à obtenir une injonction relève de la «matière délictuelle ou quasi délictuelle» au sens de l'article 5, point 3, de la convention et a fait une demande de décision préjudicielle sur la question exposée au point 1 ci-dessus.

14. Dans l'ordonnance de renvoi, l'Oberster Gerichtshof soulève les deux points suivants.

15. En premier lieu, l'association de consommateurs n'invoque aucun dommage patrimonial. Son droit d'agir résulte de la loi et vise à éviter tout préjudice futur aux consommateurs; ce préjudice trouve toutefois son origine dans le contrat, ce qui porte à croire que l'action peut relever de l'article 5, point 1, de la convention si l'association de consommateurs est considérée comme le représentant légal des consommateurs. Sinon, pour les actions introduites par des associations, le trouble à l'ordre juridique peut être considéré comme le fait délictuel. La Cour de justice n'a pas encore décidé si le fait que le droit d'agir résulte de la loi et non d'un contrat entraîne que l'action ne relève pas de la notion de «matière contractuelle».

16. En second lieu, la Cour n'a pas non plus décidé si, d'une manière générale, les actions préventives, c'est-à-dire celles qui sont introduites avant la survenance de tout dommage, peuvent relever de l'article 5, point 3, de la convention, qui se fonde sur le lieu de survenance du fait dommageable et suppose donc, selon son libellé, que le dommage est déjà intervenu.



17. Des observations écrites ont été déposées par l'association de consommateurs, par M. Henkel, par les gouvernements autrichien, français, allemand et du Royaume-Uni, ainsi que par la Commission. L'association de consommateurs, les gouvernements français et britannique, ainsi que la Commission étaient représentés à l'audience.

### **Application ratione materiae de la convention de Bruxelles**

18. Le Royaume-Uni allègue qu'une action comme celle qui a été intentée par l'association de consommateurs dans l'affaire au principal ne relève aucunement de la convention de Bruxelles. Selon lui, une organisation de protection des consommateurs exerçant ses pouvoirs en application de l'article 29 de la loi sur la protection des consommateurs est une autorité publique et le droit, prévu par l'article 28 de la loi sur la protection des consommateurs, d'obtenir une injonction tendant à faire interdire l'utilisation de conditions générales illicites ou contraires aux bonnes mœurs est un pouvoir public. Sur la base de la jurisprudence de la Cour sur l'article 1<sup>er</sup> de la convention (10), le Royaume-Uni conclut que l'action introduite par l'association de consommateurs en application des articles 28 et 29 de la loi sur la protection des consommateurs et conformément à l'article 7, paragraphe 2, de la directive 93/13 ne relève pas de la matière civile ou commerciale entrant dans le champ d'application de l'article 1<sup>er</sup> de la convention.

19. Le gouvernement allemand considère au contraire que la convention s'applique parce que le contrôle exercé sur les conditions générales par l'association des consommateurs découle de la protection accordée par le droit civil aux consommateurs, tandis que l'association de consommateurs et la Commission font valoir que l'association de consommateurs est une association de droit privé en droit autrichien, que la directive 93/13 autorise les États membres à conférer un droit d'agir au titre de l'article 7, paragraphe 2, aux organismes autres que des autorités publiques, à condition qu'ils aient un intérêt légitime à la protection des consommateurs, et que les actions intentées par l'association de consommateurs en application des articles 28 et 29 de la loi sur la protection des consommateurs relèvent de la notion de «matière civile et commerciale» au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la convention.

20. Nous partageons l'opinion selon laquelle la convention s'applique clairement à un cas comme celui de la présente espèce.

21. La Cour a jugé, comme le note le Royaume-Uni, que «certaines catégories de décisions juridictionnelles doivent être considérées comme exclues du champ d'application de la convention, en raison des éléments qui caractérisent la nature des rapports juridiques entre les parties au litige ou l'objet de celui-ci» et que «si certaines décisions rendues dans un litige opposant une autorité publique à une personne de droit privé peuvent entrer dans le champ d'application de la convention, il en est autrement lorsque l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique» (11). Bien que ce principe ait été développé dans le contexte de litiges relatifs à la reconnaissance et à l'exécution de décisions en application du titre III de la convention, nous sommes d'accord avec le Royaume-Uni pour affirmer que le principe concerne le domaine d'application de l'article 1<sup>er</sup> et est aussi applicable aux litiges en matière de compétence relevant du titre II de la convention.

22. Les systèmes juridiques des États membres de droit civil connaissent bien la distinction entre matières civiles et commerciales, d'une part, et matières du droit public, d'autre part, même s'il n'est pas toujours facile de faire la différence entre les instances dans lesquelles



l'État et ses organes indépendants agissent en qualité d'organes de droit privé et celles dans lesquelles ils agissent en leur qualité d'organes de droit public (12). En l'espèce, toutefois, l'association de consommateurs n'est clairement pas un organe étatique: il s'agit d'une organisation privée à but non lucratif créée conformément au Vereinsgesetz (loi autrichienne régissant les associations) de 1951.

23. Le statut de l'association de consommateurs peut être distingué de celui des organes impliqués dans les deux arrêts de la Cour cités par le Royaume-Uni à l'appui de ses arguments en la matière. L'arrêt Eurocontrol (13) concernait une action intentée par l'Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne, une organisation internationale d'États créée par un traité multilatéral, tandis que l'arrêt Rüffer (14) portait sur une action intentée par l'État néerlandais.

24. Il ne résulte pas plus du fait que l'association de consommateurs fait partie des organisations désignées aux fins de l'article 7, paragraphe 2, de la directive 93/13 qu'il s'agit d'une autorité publique: il ressort des termes de cette disposition (15) que, comme l'association de consommateurs et la Commission le font valoir, les États membres peuvent déterminer le type d'organisme auquel conférer les pouvoirs requis pour agir au titre de cette disposition et que de fait on a avant tout pensé à des organismes privés.

25. Nous sommes donc d'avis qu'une action telle celle intentée par l'association de consommateurs en application des articles 28 et 29 de la loi sur la protection des consommateurs et conformément à l'article 7, paragraphe 2, de la directive 93/13 relève de la notion de «matière civile et commerciale» au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la convention.

### **Application de l'article 5, point 3, de la convention**

26. Il est essentiellement demandé à la Cour si les tribunaux autrichiens sont compétents en application de l'article 5, point 3, de la convention pour connaître d'une action intentée par une organisation de protection des consommateurs et tendant à obtenir une décision interdisant l'utilisation en Autriche de conditions générales illicites ou contraires aux bonnes moeurs lorsque le défendeur est domicilié dans un autre État membre et que le droit d'agir résulte de la loi.

27. M. Henkel et le gouvernement français font valoir qu'une telle action ne relève pas du domaine de l'article 5, point 3, pour deux motifs. En premier lieu, il résulte de ses termes, tels qu'interprétés par la Cour (16), que cette disposition ne peut pas s'appliquer lorsque le requérant n'a pas allégué avoir subi un préjudice ou, a fortiori, lorsque le dommage n'est pas encore survenu. En second lieu, la Cour a déclaré que l'article 5, point 3, comprend toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la «matière contractuelle» au sens de l'article 5, paragraphe 1 (17); l'action introduite par l'association de consommateurs a cependant pour origine une relation contractuelle.

28. L'association de consommateurs, les gouvernements autrichien et allemand ainsi que la Commission estiment qu'une telle action relève du champ d'application de l'article 5, point 3. Le gouvernement du Royaume-Uni est aussi de cet avis à titre subsidiaire (c'est-à-dire si la Cour n'accepte pas sa thèse en ce sens que l'action ne relève pas du tout de la convention).

29. Cette position est à notre avis la bonne.



30. Il peut être utile d'examiner séparément les deux principaux arguments avancés à l'appui de l'opinion contraire: une action telle que celle intentée par l'association de consommateurs i) ne relève pas de la «matière délictuelle ou quasi délictuelle», et ii) n'entre en tout état de cause pas dans le champ d'application de l'article 5, point 3, parce qu'elle tend à la prévention d'actes futurs plutôt qu'à la réparation d'un acte passé.

*La signification de la notion de matière «délictuelle ou quasi délictuelle»*

31. S'il est vrai que, selon les termes de l'avocat général Warner, «nul n'est jamais parvenu, même dans le contexte d'un quelconque ordre juridique national, à formuler une définition exacte qui ne soulève pas une ou plusieurs questions. Comme l'éléphant du proverbe, le délit est plus facile à reconnaître qu'à définir» (18), la Cour a néanmoins donné quelques indications.

32. Elle a, notamment, souligné qu'il y a lieu de considérer la notion de matière délictuelle ou quasi délictuelle comme une notion autonome qu'il faut interpréter, pour l'application de la convention, en se référant principalement au système et aux objectifs de celle-ci afin d'en assurer la pleine efficacité (19).

33. Le gouvernement français fait valoir que, en tant que dérogations à la règle générale selon laquelle les tribunaux du domicile du défendeur sont compétents, les règles spéciales figurant à l'article 5 de la convention devraient être interprétées restrictivement. Nous n'acceptons pas cet argument. Une interprétation restrictive d'une dérogation est parfois justifiée: par exemple une dérogation à un droit fondamental doit en tant que telle être interprétée de façon restrictive. Mais cette approche ne devrait pas, à notre avis, être généralisée à toutes les exceptions. Une exception législative, comme toute autre disposition législative, devrait se voir attribuer son sens propre, déterminé à la lumière de sa finalité et de ses termes ainsi que du système et de l'objet de l'acte dont elle fait partie. Nous préférons la formulation alternative utilisée dans le contexte de la convention de Bruxelles par la Cour, qui a déclaré «les règles de compétence dérogatoires à ce principe général ne sauraient donner lieu à une interprétation allant au-delà des hypothèses envisagées par la convention» (20). La Cour a en outre reconnu que les situations envisagées par l'article 5, point 3, sont variées en déclarant que «par sa formule compréhensive, l'article 5, point 3, de la convention englobe une grande diversité de types de responsabilité» (21).

34. Cette approche se reflète dans l'arrêt Kalfelis (22) où la Cour affirme que cette notion comprend «toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur, et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'article 5, point 1».

35. La formulation large semble clairement apte à couvrir une action comme celle engagée par l'association de consommateurs dans l'affaire au principal. En particulier, le mot «responsabilité» - et le terme anglais équivalent «liability» - englobent facilement des types de responsabilité juridique autres que l'obligation d'indemniser financièrement, par exemple l'obligation en cause en l'espèce de s'abstenir de certains types de comportements illicites (23).

36. Dans l'arrêt Mines de potasse d'Alsace (24) - la première affaire sur l'article 5, point 3 - la Cour a expliqué que l'option donnée au requérant par cette disposition «a été introduite en considération de l'existence, dans certaines hypothèses bien déterminées, d'un lien de



rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître, en vue de l'organisation utile du procès» (25). Les deux éléments de rattachement (lieu de l'événement causal et lieu de matérialisation du dommage) peuvent «fournir une indication particulièrement utile du point de vue de la preuve et de l'organisation du procès» (26). La raison d'être de la compétence spéciale conférée par l'article 5, point 3, semble donc être que les tribunaux du lieu où le fait dommageable s'est produit sont, pour des raisons de bonne administration de la justice et d'organisation utile du procès (27), les mieux placés pour connaître d'actions en découlant. À notre avis, cet objectif est manifestement mieux rempli si le tribunal du lieu où le fait dommageable est survenu est compétent pour connaître d'actions visant à obtenir une injonction de s'abstenir d'un comportement illégal (28). Tel sera le cas si des actions comme celle visée en l'espèce sont considérées comme relevant de la «matière délictuelle ou quasi délictuelle» au sens de l'article 5, point 3.

37. On a toutefois objecté que l'action intentée par l'association de consommateurs relève de la «matière contractuelle» puisqu'elle concerne des conditions générales de contrat prétendument illégales. Sur cette base, allègue-t-on, l'action ne devrait pas relever de l'article 5, point 3, tel qu'interprété par la Cour.

38. Nous ne sommes pas convaincu par cet argument. Il ressort clairement de la lecture de l'arrêt Kalfelis, précité - et en particulier de la version française de l'arrêt - que ce que l'on entend c'est que la notion de délit ou quasi-délit comprend toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité du défendeur et qui ne se rattache pas à la «matière contractuelle» au sens de l'article 5, point 1. En ce qui concerne ce dernier, il ressort de l'arrêt Handke (29) que l'expression «matière contractuelle» ne couvre que des situations dans lesquelles il y a un engagement librement assumé d'une partie envers une autre. L'action de l'association de consommateurs en l'espèce n'est cependant pas une «matière contractuelle» dans ce sens: l'association de consommateurs invoque plutôt - comme l'ont souligné les gouvernements autrichien et allemand ainsi que la Commission - un droit, qui lui a été spécifiquement conféré par la loi, pour demander un ordre de s'abstenir d'un comportement illégal. Le Royaume-Uni note en outre que l'association de consommateurs est décrite par la juridiction de renvoi comme jouissant d'un droit «de prévenir tout préjudice aux consommateurs», ce qui, à son avis, semble de la manière la plus naturelle faire partie de la matière délictuelle ou quasi délictuelle; nous sommes d'accord avec cette façon de voir.

39. Le gouvernement français invoque l'arrêt Reichert et Kockler (30) pour asseoir l'idée que des actions qui ne tendent pas à obtenir une réparation financière ne peuvent pas relever de l'article 5, point 3.

40. Toutefois, selon nous, cette opinion ne peut pas être tirée de cet arrêt, qui concernait la qualification au regard de la convention de Bruxelles de l'action paulienne, par laquelle un créancier peut rendre inopposable à son égard un acte de disposition d'un bien réel immobilier au motif qu'il a été accompli en fraude de ses droits par le débiteur. Cette action peut être engagée à la fois contre des actes de disposition passés à titre onéreux par le débiteur lorsque le bénéficiaire est de mauvaise foi et contre les actes passés à titre gratuit par le débiteur même si le bénéficiaire est de bonne foi. La lecture de l'arrêt laisse entendre que ce dernier point a été décisif: une action qui peut être dirigée contre un tiers qui n'a commis aucune faute ne peut être regardée comme une demande «qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur» (31). Il est clair que ce raisonnement ne peut pas être transposé au présent cas



d'espèce dans lequel M. Henkel est supposé avoir enfreint des dispositions légales sur certains types de clauses contractuelles.

41. À notre avis, donc, une action comme celle engagée par l'association de consommateurs dans l'affaire au principal relève de la notion de «matière délictuelle ou quasi délictuelle» au sens de l'article 5, point 3.

*L'application de l'article 5, point 3, aux actions purement préventives*

42. La seconde objection de principe soulevée contre l'application de l'article 5, point 3, à l'action intentée par l'association de consommateurs en l'espèce est que cette action vise à empêcher un fait prétendument dommageable futur alors que l'article 5, point 3, est selon ses termes limité aux actions relatives à un fait dommageable qui s'est déjà produit.

43. Il est vrai que l'article 5, point 3, qui «en matière délictuelle ou quasi délictuelle» attribue la compétence au «tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit» semble ne s'appliquer que lorsque le fait dommageable qui est à la base de l'action s'est déjà produit.

44. Même si cette interprétation était la bonne, nous ne voyons pas en quoi cela empêcherait l'application de l'article 5, point 3, au cas d'espèce, dans lequel il résulte de l'ordonnance de renvoi que l'action intentée par l'association de consommateurs a été inspirée par l'utilisation par M. Henkel à différentes occasions de conditions générales prétendument illégales. Tant l'association de consommateurs que le gouvernement autrichien invoquent ce point. On peut s'attendre en outre à ce que de telles actions soient normalement provoquées par une utilisation effective de clauses contractuelles prétendument illégales.

45. En tout état de cause, cependant, nous ne considérons pas qu'il puisse être compatible avec l'économie et la finalité de la convention d'interpréter l'article 5, point 3, comme excluant des actions en injonction visant à prévenir un dommage purement futur. C'est également l'avis de l'association de consommateurs, des gouvernements autrichien et allemand ainsi que de la Commission.

46. On peut noter que le professeur Schlosser a déclaré dans son rapport (32):

«De nombreux arguments militent en faveur de la possibilité d'intenter également, devant le tribunal visé à l'article 5, point 3, les actions au principal suivant la voie ordinaire et visant à empêcher la commission d'un acte délictuel imminent».

47. Comme indiqué ci-dessus (33), la Cour a expliqué dans l'arrêt Mines de potasse d'Alsace (34) que l'option accordée au requérant par cette disposition «a été introduite en considération de l'existence, dans certaines hypothèses bien déterminées, d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître, en vue de l'organisation utile du procès», en particulier du point de vue de la preuve et de l'organisation du procès (35). La compétence spéciale conférée par l'article 5, point 3, se justifie donc par le fait que les tribunaux du lieu où le fait dommageable s'est produit sont, pour des raisons de bonne administration de la justice et d'organisation utile du procès (36), mieux placés pour connaître des actions en résultant. Cette raison d'être s'applique également aux actions visant à la prévention de tels faits dommageables.

48. M. Henkel invoque l'arrêt de la Cour dans l'affaire Reichert et Kockler (37) à l'appui de son argument selon lequel l'article 5, point 3, ne s'applique que lorsque le dommage a déjà été



causé par un acte délictuel. Pour les raisons que nous avons déjà indiquées, cependant, nous ne considérons pas que cet arrêt corrobore des thèses générales sur la finalité de l'article 5, point 3 (38).

49. De plus, il s'avère que la disposition équivalente (également article 5, point 3) du règlement n° 44/2001 (39), qui a maintenant remplacé la convention pour la plupart des États membres, s'applique aux actions destinées à prévenir un fait dommageable qui risque de se produire. En l'absence de tout motif clair et impératif d'interpréter les deux dispositions différemment, nous considérons qu'il est approprié de les interpréter de la même manière. Certes, dans sa proposition de règlement, la Commission était d'avis que le changement de formulation était nécessaire pour lever une ambiguïté dans l'interprétation de la disposition plutôt que pour l'étendre (40).

50. Il ne serait en outre manifestement pas satisfaisant que - à nouveau en l'absence de tout motif clair et impératif - l'article 5, point 3, de la convention, par ailleurs identique, ait une portée plus limitée vis-à-vis du royaume de Danemark, le seul État membre non lié par le règlement. On pourrait avancer le même argument à propos des parties à la convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (41), dont l'article 5, point 3, est formulé en termes identiques à ceux de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles et qui reste en vigueur entre les États membres et la république d'Islande, le royaume de Norvège et la Confédération suisse.

51. Enfin, notons que le gouvernement français allègue que l'article 5, point 3, ne saurait s'appliquer aux actions purement préventives parce que ces actions relèvent de l'article 24 de la convention. L'article 24 stipule:

«Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État contractant peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet État, même si, en vertu de la présente convention, une juridiction d'un autre État contractant, est compétente pour connaître du fond».

52. Comme la Commission l'a souligné à l'audience, cette disposition n'est pas applicable à la présente affaire parce que l'association de consommateurs ne demande pas une mesure provisoire dans la procédure au principal (42).

53. Nous sommes donc d'avis qu'une action visant à prévenir la commission d'un délit ou d'un quasi-délit relève de la notion de «matière délictuelle ou quasi délictuelle» au sens de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles.

## Conclusion

54. Pour les raisons exposées ci-dessus, nous concluons qu'il y a lieu de répondre comme suit à la question déférée par l'Oberster Gerichtshof:

«Une action intentée par une association de consommateurs en application de la législation nationale de protection des consommateurs afin d'obtenir une injonction visant à interdire l'utilisation de conditions générales illicites ou contraires aux bonnes moeurs relève de la notion de matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.»



- 
- 1: - Langue originale: l'anglais.
  - 2: - Convention du 27 septembre 1968. Une version consolidée de la convention telle que modifiée par les quatre conventions d'adhésion ultérieures est publiée au JO 1998, C 27, p. 1.
  - 3: - Règlement n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000 (JO 2001, L 12, p. 1).
  - 4: - Article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3.
  - 5: - Directive 93/13 du Conseil, du 5 avril 1993 (JO L 95, p. 29).
  - 6: - Article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1.
  - 7: - Quatrième considérant.
  - 8: - BGBl. 1979/140.
  - 9: - Arrêt du 27 septembre 1988, Kalfelis (189/87, Rec. p. 5565, point 17).
  - 10: - Arrêts du 14 octobre 1976, Eurocontrol (29/76, Rec. p. 1541), et du 16 décembre 1980, Rüffer (814/79, Rec. p. 3807).
  - 11: - Arrêt Eurocontrol, précité note 10, point 4.
  - 12: - Rapport du professeur Dr P. Shlosser sur la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au protocole concernant son interprétation par la Cour de justice (JO 1979, C 59, p. 71, points 23 et 25).
  - 13: - Précité note 10.
  - 14: - Précité note 10.
  - 15: - Voir aussi avant-dernier considérant de la directive 93/13.
  - 16: - Arrêt du 30 novembre 1976, Bier, dit «Mines de potasse d'Alsace» (21/76, Rec. p. 1735).
  - 17: - Arrêt Kalfelis, cité note 9, point 17.
  - 18: - Arrêt Rüffer, précité note 10, p. 3834-5.
  - 19: - Arrêts Kalfelis, précité note 9, point 16, et du 26 mars 1992, Reichert et Kockler (C-261/90, Rec. p. I-2149, point 15).
  - 20: - Arrêt du 17 juin 1992, Handke (C-26/91, Rec. p. I-3967, point 14).
  - 21: - Arrêt Mines de potasse d'Alsace, précité note 16, point 18.
  - 22: - Précité note 9, point 17.
  - 23: - Voir aussi conclusions de l'avocat général Geelhoed dans l'affaire Fonderie Officine Meccaniche Tacconi (C-334/00), pendante devant la Cour, lues le 31 janvier 2002. Au point 76, l'avocat général exprime l'opinion selon laquelle le fait de ne pas respecter une règle légale régissant un comportement est un délit ou un quasi délit au sens de l'article 5, point 3.
  - 24: - Cité dans la note 16.





- 25: - Point 11 de l'arrêt.
- 26: - Point 17 de l'arrêt.
- 27: - Arrêt du 11 janvier 1990, Dumez France et Tracoba (C-220/88, Rec. p. I-49, point 17).
- 28: - Nous examinons ci-après la question de savoir si une action visant à prévenir la survenance d'un tel acte dans le futur relève de l'article 5, point 3.
- 29: - Précité note 20, point 15.
- 30: - Précité note 19.
- 31: - Voir points 18 et 20 de l'arrêt.
- 32: - Précité, note 12, point 134.2.
- 33: - Voir point 36.
- 34: - Précité note 16.
- 35: - Points 11 et 17 de l'arrêt.
- 36: - Arrêt Dumez France et Tracoba, précité note 27, point 17.
- 37: - Précité note 19.
- 38: - Voir point 40 ci-dessus.
- 39: - Précité note 3. Voir point 6 ci-dessus.
- 40: - Exposé des motifs de la proposition de règlement 1999/C 376 E/01 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 1999, C 376 E, p. 1).
- 41: - Convention du 16 septembre 1988 (JO L 319, p. 9).
- 42: - Voir aussi arrêt Reichert et Kockler, précité note 19, point 34.
- 

### Arrêt du 1er octobre 2002

Dans l'affaire C-167/00,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en vertu du protocole du 3 juin 1971 relatif à l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, par l'Oberster Gerichtshof (Autriche) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

**Verein für Konsumenteninformation**

et



## **Karl Heinz Henkel ,**

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 5, point 3, de la convention du 27 septembre 1968, précitée (JO 1972, L 299, p. 32), telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 304, p. 1, et - texte modifié - p. 77), par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique (JO L 388, p. 1), par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise (JO L 285, p. 1) et par la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède (JO 1997, C 15, p. 1),

LA COUR (sixième chambre),

composée de M<sup>me</sup> F. Macken, président de chambre, MM. C. Gulmann, J.-P. Puissochet, R. Schintgen (rapporteur) et J. N. Cunha Rodrigues, juges,

avocat général: M. F. G. Jacobs,

greffier: M<sup>me</sup> M.-F. Contet, administrateur,

considérant les observations écrites présentées:

- pour le Verein für Konsumenteninformation, par M<sup>e</sup> H. Kosesnik-Wehrle, Rechtsanwalt,
- pour M. Henkel, par M<sup>es</sup> L. J. Kempf et J. Maier, Rechtsanwälte,
- pour le gouvernement autrichien, par M<sup>me</sup> C. Pesendorfer, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement allemand, par M. R. Wagner, en qualité d'agent,
- pour le gouvernement français, par M. R. Abraham et M<sup>me</sup> R. Loosli-Surrans, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M<sup>me</sup> G. Amodeo, en qualité d'agent, assistée de M. A. Robertson, barrister,
- pour la Commission des Communautés européennes, par MM. J. L. Iglesias Buhigues et C. Ladenburger, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales du Verein für Konsumenteninformation, représenté par M<sup>e</sup> S. Langer, Rechtsanwalt, du gouvernement français, représenté par M<sup>me</sup> R. Loosli-Surrans, du gouvernement du Royaume-Uni, représenté par M. A. Robertson, et de la Commission, représentée par M. C. Ladenburger, à l'audience du 11 décembre 2001,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 14 mars 2002,

rend le présent

## **Arrêt**

1. Par ordonnance du 13 avril 2000, parvenue à la Cour le 8 mai suivant, l'Oberster Gerichtshof a, en application du protocole du 3 juin 1971 relatif à l'interprétation par la Cour de justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et



l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, posé une question préjudicielle sur l'interprétation de l'article 5, point 3, de cette convention (JO 1972, L 299, p. 32), telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (JO L 304, p. 1, et - texte modifié - p. 77), par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique (JO L 388, p. 1), par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise (JO L 285, p. 1) et par la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède (JO 1997, C 15, p. 1, ci-après la «convention de Bruxelles»).

2. Cette question a été soulevée dans le cadre d'un litige opposant le Verein für Konsumenteninformation (ci-après le «VKI»), association de droit autrichien établie en Autriche, à M. Henkel, ressortissant allemand domicilié en Allemagne, concernant l'utilisation par ce dernier, dans des contrats conclus avec des consommateurs autrichiens, de clauses considérées par le VKI comme abusives.

## **Le cadre juridique**

### *La convention de Bruxelles*

3. L'article 1<sup>er</sup> de la convention de Bruxelles, qui forme le titre I, intitulé «Champ d'application», stipule, à son premier alinéa:

«La présente convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives.»

4. Les règles de compétence édictées par la convention de Bruxelles figurent au titre II de celle-ci, constitué des articles 2 à 24.

5. L'article 2, qui fait partie de la section 1, intitulée «Dispositions générales», du titre II de la convention de Bruxelles, énonce, à son premier alinéa, la règle de principe dans les termes suivants:

«Sous réserve des dispositions de la présente convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État.»

6. L'article 3, premier alinéa, de la convention de Bruxelles, qui figure dans la même section, est ainsi rédigé:

«Les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant ne peuvent être attirées devant les tribunaux d'un autre État contractant qu'en vertu des règles énoncées aux sections 2 à 6 du présent titre.»

7. Aux articles 5 à 18 de la convention de Bruxelles, qui forment les sections 2 à 6 du titre II de celle-ci, sont prévues des règles de compétence spéciale, impérative ou exclusive.

8. Aux termes de l'article 5, qui figure dans la section 2, intitulée «Compétences spéciales», du titre II de la convention de Bruxelles:



«Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attiré, dans un autre État contractant:

1) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée [...]

[...]

3) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit;

[...]»

### *La directive 93/13/CEE*

9. L'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO L 95, p. 29), dispose:

«1. Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel.

2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses.»

### *Les dispositions nationales pertinentes*

10. En Autriche, le Konsumentenschutzgesetz (loi sur la protection des consommateurs), du 8 mars 1979 (BGBl. 1979/140, ci-après le «KSchG»), est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1979.

11. Le KSchG a été modifié à plusieurs reprises, entre autres par une loi destinée à transposer la directive 93/13 (BGBl. 1997/6).

12. L'article 28 du KSchG ainsi amendé dispose, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 1997:

«(1) Quiconque, dans les relations commerciales, prévoit, dans les conditions générales ou dans les formulaires qu'il utilise pour les contrats par lui conclus, des clauses contraires à la loi ou aux bonnes moeurs ou recommande l'utilisation de telles clauses dans les relations commerciales peut faire l'objet d'une action visant à le lui interdire. Cette interdiction comprend également celle de se prévaloir d'une telle clause lorsqu'elle a été convenue illicitement.

(2) Le risque d'utilisation et de recommandation de ces clauses n'existe plus lorsque l'entrepreneur, après avoir été mis en demeure par un organisme habilité à agir en justice par l'article 29, s'engage, dans un délai raisonnable, à ne plus utiliser la



condition litigieuse et que cet engagement est assorti d'une peine conventionnelle (article 1336 de l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch).»

13. Le VKI fait partie des organismes visés à l'article 29 du KSchG comme ayant qualité pour agir en justice.

### **Le litige au principal et la question préjudicielle**

14. Il ressort du dossier de l'affaire au principal que le VKI est une association sans but lucratif dont l'objet est la protection des consommateurs et la défense des intérêts de ceux-ci.

15. M. Henkel est un commerçant, domicilié à Munich (Allemagne), qui organise des excursions publicitaires, notamment en Autriche.

16. Dans le cadre de ses relations contractuelles avec des consommateurs domiciliés à Vienne (Autriche), l'intéressé a utilisé des conditions générales que le VKI estime contraires à certaines dispositions de la législation autrichienne.

17. Par une action d'intérêt collectif introduite devant le Handelsgericht Wien, le VKI a sollicité, conformément à l'article 28 du KSchG, la délivrance à l'encontre de M. Henkel d'une injonction juridictionnelle lui interdisant d'utiliser les clauses litigieuses dans les contrats qu'il passe avec des clients autrichiens.

18. M. Henkel a soulevé l'incompétence des juridictions autrichiennes. Selon lui, l'action du VKI ne peut pas être qualifiée de délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles, au motif qu'il n'y a eu ni comportement dommageable ni préjudice subi dans le ressort de la juridiction saisie.

19. Ayant jugé que le VKI ne faisait pas valoir un préjudice d'origine délictuelle, le Handelsgericht Wien s'est déclaré incompétent.

20. Cette décision a toutefois été réformée en appel par l'Oberlandesgericht Wien, qui a considéré que sont également visées par l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles les actions préventives intentées par une association telle que le VKI, sans qu'il soit exigé qu'elle ait subi personnellement un dommage.

21. Saisi sur recours en «Revision», l'Oberster Gerichtshof se demande si l'action en cause au principal relève de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles ou si elle est de nature contractuelle au sens de l'article 5, point 1, de ladite convention.

22. Selon cette juridiction, en effet, la nature délictuelle de ladite action ne serait pas évidente. Ainsi, le VKI ne ferait pas valoir un préjudice à son patrimoine. S'il est vrai que son droit d'action résulte non pas d'un contrat, mais de la loi, et vise à éviter aux consommateurs un préjudice futur, un tel préjudice n'en trouverait pas moins son origine dans la responsabilité contractuelle. L'application de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles ne saurait dès lors être exclue. Toutefois, il serait également possible de considérer que le fait délictuel réside dans le trouble à l'ordre juridique résultant de l'utilisation de clauses abusives par un commerçant.

23. En outre, la question se poserait de savoir si une action préventive, exercée par essence avant la survenance d'un dommage, est susceptible de relever de l'article 5, point 3, de la



convention de Bruxelles, alors qu'il semblerait que cette disposition, qui se réfère au lieu de survenance du fait dommageable, présuppose l'existence d'un préjudice.

24. Considérant que, dans ces conditions, la solution du litige pendant devant lui nécessitait l'interprétation de la convention de Bruxelles, l'Oberster Gerichtshof a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante:

«Le droit d'obtenir une décision interdisant l'utilisation de conditions générales illicites ou contraires aux bonnes moeurs visé par l'article 28 du [KSchG], qui est invoqué par une association de consommateurs conformément à l'article 29 de la même loi et au sens de l'article 7, paragraphe 2, de la directive 93/13/CEE [...], constitue-t-il un droit de nature délictuelle ou quasi délictuelle pouvant être invoqué devant la juridiction compétente en vertu de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles [...]?»

### **Sur la question préjudicielle**

25. À titre liminaire, le gouvernement du Royaume-Uni soutient qu'une action telle que celle intentée par le VKI ne relève pas du champ d'application de la convention de Bruxelles. Conformément à son article 1<sup>er</sup>, premier alinéa, ladite convention ne s'appliquerait qu'«en matière civile et commerciale», alors qu'une association de protection des consommateurs, tel le VKI, devrait être qualifiée d'autorité publique et que son droit d'obtenir une injonction juridictionnelle visant à interdire l'utilisation de clauses abusives dans les contrats, exercé dans l'affaire au principal, constituerait un pouvoir de droit public. En effet, une organisation de ce type assumerait une mission d'intérêt général consistant à garantir la protection de l'ensemble des consommateurs et son droit d'agir en cessation de comportements illicites de commerçants résulterait de la loi, à l'exclusion de toute relation de droit privé concernant un contrat conclu entre un professionnel et un particulier.

26. Toutefois, il résulte d'une jurisprudence constante qu'échappent au champ d'application de la convention de Bruxelles les seuls litiges opposant une autorité publique à une personne de droit privé, pour autant que ladite autorité agisse dans l'exercice de la puissance publique (voir, en ce sens, arrêts du 14 octobre 1976, LTU, 29/76, Rec. p. 1541, point 4; du 16 décembre 1980, Rüffer, 814/79, Rec. p. 3807, point 8, et du 21 avril 1993, Sonntag, C-172/91, Rec. p. I-1963, point 20).

27. Tel est le cas dans un litige qui concerne le recouvrement de redevances dues par une personne de droit privé à un organisme national ou international de droit public en vertu de l'utilisation des installations et services de celui-ci, notamment lorsque cette utilisation est obligatoire et exclusive (arrêt LTU, précité, point 4).

28. De même, la Cour a jugé que la notion de «matière civile et commerciale» au sens de l'article 1<sup>er</sup>, premier alinéa, de la convention de Bruxelles n'englobe pas un litige engagé par l'État gestionnaire des voies d'eau publiques contre la personne légalement responsable, en vue du recouvrement des frais exposés pour l'enlèvement d'une épave, que ledit gestionnaire a effectué ou a fait effectuer dans l'exercice de la puissance publique (arrêt Rüffer, précité, points 9 et 16).

29. S'il résulte ainsi de la jurisprudence de la Cour que certaines catégories de contestations doivent être considérées comme exclues du champ d'application de la convention de Bruxelles en raison des éléments qui caractérisent la nature des rapports juridiques entre les parties au



litige ou l'objet de celui-ci (voir arrêt LTU, précité, point 4), la jurisprudence découlant des arrêts LTU et Rüffer, précités, ne peut toutefois pas être transposée à une action telle que celle en cause au principal.

30. En effet, non seulement une association de protection des consommateurs telle que le VKI revêt le caractère d'un organisme de nature privée, mais, au surplus, ainsi que le gouvernement allemand l'a fait valoir à juste titre, le litige au principal n'a pas pour objet une manifestation de la puissance publique, puisqu'il ne concerne aucunement l'exercice de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers. Au contraire, l'action pendante devant la juridiction de renvoi est relative à l'interdiction pour les commerçants d'utiliser des clauses abusives dans les contrats qu'ils concluent avec les consommateurs et vise, dès lors, à soumettre au contrôle du juge des rapports de droit privé. Partant, une action de cette nature relève de la matière civile au sens de l'article 1<sup>er</sup>, premier alinéa, de la convention de Bruxelles.

31. Dans ces conditions, l'objection soulevée par le gouvernement du Royaume-Uni ne saurait être retenue.

32. S'agissant de la question posée par la juridiction de renvoi, il convient de relever d'emblée que les articles 13 à 15, qui forment la section 4, intitulée «Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs», du titre II de la convention de Bruxelles, ne sont pas applicables dans l'affaire au principal.

33. En effet, ainsi que la Cour l'a jugé dans son arrêt du 19 janvier 1993, Shearson Lehman Hutton (C-89/91, Rec. p. I-139), une personne morale qui agit en qualité de cessionnaire des droits d'un consommateur final privé, sans être elle-même partie à un contrat conclu entre un professionnel et un particulier, ne peut pas se voir reconnaître la qualité de consommateur au sens de la convention de Bruxelles, de sorte qu'elle ne saurait se prévaloir des articles 13 à 15 de cette convention. Or, cette interprétation doit valoir également en ce qui concerne une association de protection des consommateurs telle que le VKI qui a intenté une action d'intérêt collectif pour le compte de ceux-ci.

34. Il s'ensuit que, pour répondre à la question préjudicielle, il y a lieu uniquement de déterminer si une action juridictionnelle préventive, introduite par une association de protection des consommateurs en vue de faire interdire l'utilisation par un commerçant de clauses jugées abusives dans des contrats avec des particuliers, est de nature contractuelle, au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles, ou bien de nature délictuelle ou quasi délictuelle, au sens de l'article 5, point 3, de ladite convention.

35. À cet égard, la Cour a itérativement jugé que les notions de «matière contractuelle» et de «matière délictuelle ou quasi délictuelle», figurant respectivement aux points 1 et 3 de l'article 5 de la convention de Bruxelles, doivent être interprétées de façon autonome, en se référant principalement au système et aux objectifs de ladite convention, en vue d'assurer à celle-ci sa pleine efficacité ainsi qu'une application uniforme dans tous les États contractants (voir, notamment, arrêts du 22 mars 1983, Peters, 34/82, Rec. p. 987, points 9 et 10; du 27 septembre 1988, Kalfelis, 189/87, Rec. p. 5565, points 15 et 16, et du 26 mars 1992, Reichert et Kockler, C-261/90, Rec. p. I-2149, point 15).

36. Il est également de jurisprudence constante que la notion de matière délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles comprend toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la



matière contractuelle au sens de l'article 5, point 1, de la même convention (voir, notamment, arrêts Kalfelis, précité, point 17; Reichert et Kockler, précité, point 16; du 27 octobre 1998, Réunion européenne e.a., C-51/97, Rec. p. I-6511, point 22, et du 11 juillet 2002, Gabriel, C-96/00, non encore publié au Recueil, point 33).

37. En conséquence, il importe de rechercher dans un premier temps si une action telle que celle en cause au principal revêt un caractère contractuel.

38. Or, dans une situation telle que celle au principal, l'association de protection des consommateurs et le commerçant ne sont nullement liés par un rapport de nature contractuelle.

39. Certes, le commerçant est susceptible d'avoir déjà passé des contrats avec certains consommateurs. Toutefois, que l'action juridictionnelle fasse suite à un contrat déjà conclu entre le commerçant et le consommateur ou que cette action revête un caractère purement préventif en tendant uniquement à éviter la réalisation d'un dommage futur, l'association de protection des consommateurs, qui a pris l'initiative de ladite action, n'est jamais elle-même partie au contrat. Elle agit sur la base d'un droit qui lui a été conféré par la loi aux fins de faire interdire l'utilisation de clauses que le législateur juge illicites dans les relations entre un professionnel et un consommateur final privé.

40. Dans ces conditions, une action telle que celle intentée dans l'affaire au principal ne saurait être considérée comme étant de nature contractuelle au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles.

41. En revanche, une telle action répond à tous les critères énoncés par la Cour dans la jurisprudence rappelée au point 36 du présent arrêt, en ce que, d'une part, elle ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles et, d'autre part, elle a pour objet d'engager la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de la partie défenderesse, en l'occurrence au titre de l'obligation extracontractuelle incombant au commerçant de s'abstenir, dans ses relations avec les consommateurs, de certains comportements que le législateur réprime.

42. En effet, la notion de «fait dommageable» visée à l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles revêt une large portée (arrêt du 30 novembre 1976, Bier, dit «Mines de potasse d'Alsace», 21/76, Rec. p. 1735, point 18), de sorte que, s'agissant de la protection des consommateurs, elle recouvre non seulement les situations dans lesquelles un particulier a subi un préjudice à titre individuel, mais aussi, notamment, les atteintes à l'ordre juridique résultant de l'utilisation de clauses abusives que des associations telles que le VKI ont pour mission d'empêcher.

43. Au demeurant, seule cette interprétation est en harmonie avec la finalité de l'article 7 de la directive 93/13. Ainsi, l'efficacité des actions en cessation de l'utilisation de clauses illicites prévues par ladite disposition serait considérablement affectée si ces actions ne pouvaient être intentées que dans l'État où le commerçant est domicilié.

44. M. Henkel et le gouvernement français ont toutefois fait valoir que l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles se réfère au lieu de survenance du fait dommageable et suppose dès lors, d'après ses termes mêmes, l'existence d'un préjudice. La même conclusion s'imposerait au regard de l'interprétation de ladite disposition par la Cour, selon laquelle l'expression «lieu où le fait dommageable s'est produit» doit être entendue en ce sens qu'elle





visé à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal qui est à l'origine de ce dommage, de sorte que le défendeur peut être attiré, au choix du demandeur, devant le tribunal de l'un ou l'autre de ces deux lieux (voir, notamment, arrêts Mines de potasse d'Alsace, précité, points 24 et 25; du 11 janvier 1990, Dumez France et Tracoba, C-220/88, Rec. p. I-49, point 10; du 7 mars 1995, Shevill e.a., C-68/93, Rec. p. I-415, point 20, et du 19 septembre 1995, Marinari, C-364/93, Rec. p. I-2719, point 11). Il en résulterait que l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles ne saurait être appliqué à des actions purement préventives, exercées avant la survenance d'un préjudice concret et destinées à empêcher la réalisation d'un fait dommageable futur.

45. Cette objection n'est cependant pas fondée.

46. La règle de compétence spéciale énoncée à l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles est fondée sur l'existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit, qui justifie une attribution de compétence à cette dernière pour des raisons de bonne administration de la justice et d'organisation utile du procès (voir en ce sens, notamment, arrêts précités Mines de potasse d'Alsace, points 11 et 17; Dumez France et Tracoba, point 17; Shevill e.a., point 19, et Marinari, point 10). En effet, le juge du lieu où le fait dommageable s'est produit est normalement le plus apte à statuer, notamment pour des motifs de proximité du litige et de facilité d'administration des preuves. Or, ces considérations valent de la même manière, que la contestation soit relative à la réparation d'un préjudice déjà intervenu ou qu'elle concerne une action visant à empêcher la réalisation du préjudice.

47. Cette interprétation est d'ailleurs confortée par le rapport de M. Schlosser relatif à la convention d'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention de Bruxelles (JO 1979, C 59, p. 71, 111), selon lequel l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles couvre également les actions destinées à empêcher la commission d'un acte délictueux imminent.

48. Ne saurait dès lors être retenue une interprétation de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles selon laquelle l'application de ladite disposition serait subordonnée à la survenance effective du dommage. Il serait d'ailleurs contradictoire d'exiger qu'une action en cessation d'un comportement considéré comme illicite, telle que celle intentée dans l'affaire au principal, dont l'objectif principal consiste précisément à éviter le préjudice, ne puisse être introduite qu'après la réalisation de ce dernier.

49. Enfin, bien qu'il ne soit pas applicable *ratione temporis* à l'affaire au principal, le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO 2001, L 12, p. 1), est de nature à confirmer l'interprétation selon laquelle l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles ne présuppose pas l'existence d'un préjudice. En effet, ce règlement a précisé le libellé de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles, en ce que, dans sa nouvelle rédaction résultant dudit règlement, cette disposition vise le «lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire». Or, en l'absence de tout motif imposant une interprétation différente des deux dispositions en cause, l'exigence de cohérence implique que l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles se voie reconnaître une portée identique à celle de la disposition correspondante du règlement n° 44/2001. Il doit en aller ainsi d'autant plus que ce règlement vise à remplacer la convention de Bruxelles dans les relations entre les



États membres, à l'exclusion du royaume de Danemark, cette convention continuant à s'appliquer entre le royaume de Danemark et les États membres liés par ledit règlement.

50. Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la question posée que les règles de compétence énoncées par la convention de Bruxelles doivent être interprétées en ce sens qu'une action juridictionnelle préventive, introduite par une association de protection des consommateurs en vue de faire interdire l'utilisation par un commerçant de clauses jugées abusives dans des contrats avec des particuliers, est de nature délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, point 3, de ladite convention.

### **Sur les dépens**

51. Les frais exposés par les gouvernements autrichien, allemand, français et du Royaume-Uni, ainsi que par la Commission, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (sixième chambre),

statuant sur la question à elle soumise par l'Oberster Gerichtshof, par ordonnance du 13 avril 2000, dit pour droit:

**Les règles de compétence énoncées par la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle que modifiée par la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, par la convention du 25 octobre 1982 relative à l'adhésion de la République hellénique, par la convention du 26 mai 1989 relative à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise et par la convention du 29 novembre 1996 relative à l'adhésion de la république d'Autriche, de la république de Finlande et du royaume de Suède, doivent être interprétées en ce sens qu'une action juridictionnelle préventive, introduite par une association de protection des consommateurs en vue de faire interdire l'utilisation par un commerçant de clauses jugées abusives dans des contrats avec des particuliers, est de nature délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5, point 3, de ladite convention.**

Macken – Gulmann – Puissochet - Schintgen Cunha Rodrigues

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 1<sup>er</sup> octobre 2002.

Le greffier - Le président de la sixième chambre

R. Grass - F. Macken



## **Hof van Cassatie, eerste kamer, arrest van 17 oktober 2002**

*Alimentation après divorce – renvoi*

*Onderhoudsgeld na echtscheiding - renvoi*

*Voyez les observations de Marc Fallon, publiés dans ce numéro, p. 38-43*

C. D. S. L., demandeur en cassation, représenté par Maître Paul Wouters, (...),  
contre  
B. M., défenderesse en cassation, représentée par Maître Philippe Gérard, (...).

### **I. La décision attaquée**

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 10 octobre 2000 par la cour d'appel de Bruxelles .

### **II. La procédure devant la Cour**

Le conseiller Philippe Echement a fait rapport.  
L'avocat général André Henkes a conclu.

### **III. Les moyens de cassation**

Le demandeur présente deux moyens libellés dans les termes suivants :

#### **1. Premier moyen**

*Dispositions légales violées*

- articles 3, spécialement alinéa 3, 301 et 301 bis du Code civil ;
- articles 2 et 3 de la loi du 27 juin 1960 sur l'admissibilité du divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger.

*Décisions et motifs critiqués*

L'arrêt, après avoir rappelé, d'une part, que

- le demandeur est de nationalité portugaise,
- la défenderesse est de nationalité belge,
- les parties se sont mariées en 1987 aux U.S.A.,
- la résidence commune des époux était située au Portugal, pays dans lequel le demandeur réside toujours,
- la résidence habituelle de la défenderesse, depuis la séparation des parties en 1993, est en Belgique,



- le divorce des parties a été autorisé, sur la base de l'article 229 du Code civil belge, par un jugement du 17 juin 1994 du tribunal de première instance de Bruxelles,

et, d'autre part, que la détermination de la loi qui en matière de pension alimentaire après divorce doit prévaloir dans l'hypothèse où le créancier et le débiteur d'aliments sont de nationalité différente fait l'objet de multiples controverses doctrinales,

a décidé, pour déclarer l'appel principal du demandeur non fondé et le condamner à payer à la défenderesse une pension après divorce de 375.000 francs à dater du 6 octobre 1994, que c'est la loi belge, et en particulier l'article 301 du Code civil, qui doit être appliqué et non pas, comme le soutenait le demandeur, la loi portugaise, aux motifs que la dissolution du mariage met fin aux relations entre époux en tant que tels.

La mise en oeuvre de la loi applicable aux effets du mariage suppose que les intéressés aient encore la qualité d'époux' et ne saurait dès lors régir les rapports de personnes qui ne sont plus mariées.

Les conséquences multiples et disparates qu'entraîne le divorce sur des institutions aussi variées que l'autorité parentale, les régimes matrimoniaux, les successions, les obligations alimentaires, le nom etc. ne doivent pas nécessairement être soumises à une seule et même loi. Il n'existe pas de règle unique de conflit de loi applicable à l'ensemble des 'effets du divorce', mais il convient de déterminer la loi applicable à chacune des conséquences juridiques du divorce, en fonction de l'institution à laquelle elle se rattache.

La pension après divorce se rattachant aux sanctions dont le législateur a voulu frapper l'époux coupable de la cessation de la vie commune, la loi applicable aux causes du divorce doit également être appliquée pour en régir les effets alimentaires.

La pension alimentaire au bénéfice de l'ex conjoint qui a obtenu le divorce ne peut en effet se concevoir qu'en vertu de la loi sur la base de laquelle le divorce a été autorisé.

D'autres auteurs aboutissent à une solution identique par le recours à la théorie du rattachement accessoire qui consiste à faire régir l'obligation alimentaire par la même loi que l'institution ou le rapport juridique dont elle découle, en l'occurrence, en ce qui concerne la pension alimentaire après divorce, par la loi régissant le divorce.

Cette solution est par ailleurs identique à celle que prévoit l'article 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (convention qui est entrée en vigueur, et a été signée mais non ratifiée par la Belgique) aux termes duquel ' la loi appliquée au divorce régit dans l'Etat contractant où celui-ci est prononcé ou reconnu les obligations alimentaires entre époux divorcés'.

Le divorce des parties ayant été autorisé par le tribunal de première instance de Bruxelles sur la base de l'article 229 du Code civil belge, la pension alimentaire après divorce à laquelle (la défenderesse) peut prétendre doit être déterminée par application de la loi belge et plus particulièrement des articles 301 et 301bis du Code civil belge.

L'arrêt décide encore, pour rejeter l'appel du demandeur et conclure à l'application en l'espèce du droit belge, que pour autant que de besoin, la cour (d'appel) relève qu'un courant doctrinal récent estime qu'il n'y a pas de raison de soustraire les obligations alimentaires entre ex-conjoints au régime de droit commun des aliments et que la règle générale d'application en cette matière désigne la loi de 'la résidence habituelle du créancier d'aliments', où se localisent les besoins à satisfaire, comme loi applicable.



Les spécialistes de droit international privé réunis à la session d'Helsinki de l'Institut de droit international se sont par ailleurs prononcés en ce sens (voir article 5 de la Résolution de l'Institut cité e.a. dans DIVO XII.2.5.-12, p. 318 6 mars 1997).

Dans le cas soumis à l'appréciation de la cour d'appel, si cette dernière thèse était adoptée, c'est également la loi belge et en particulier l'article 301 du Code civil qui doit être appliqué, (la défenderesse), créancière d'aliments, ayant depuis 1993 sa résidence habituelle en Belgique.

### *Griefs*

La demande de la défenderesse, tendant à l'allocation d'une pension alimentaire après divorce, ne peut se concevoir qu'en raison de l'état de mariage qui fut celui du demandeur et de la défenderesse, depuis la célébration de celui-ci jusqu'à sa dissolution par la transcription du divorce ; elle est si étroitement liée aux relations personnelles des époux, dont elle apparaît comme une survivance, qu'elle ne peut être jugée qu'en application de la loi régissant les effets personnels du mariage entre parties.

S'agissant des effets personnels du mariage, la loi applicable est, en règle, celle qui régit le statut personnel des époux ou ex-époux, soit la loi de leur nationalité commune lorsque les conjoints ou ex-conjoints ont la même nationalité (article 3, alinéa 3, du Code civil), soit la loi de leur dernière résidence conjugale lorsque les conjoints ou ex-conjoints, comme en l'espèce, n'ont pas la même nationalité.

Il s'ensuit qu'en décidant que la dissolution du mariage met fin aux relations entre époux en tant que tels et que la mise en oeuvre de la loi applicable aux effets du mariage suppose que les intéressés aient encore la qualité d' à époux â et ne saurait dès lors régir les rapports de personnes qui ne sont plus mariées et en déclarant la loi belge, et plus particulièrement les articles 301 et 301 bis du Code civil applicables à l'octroi de la pension après divorce sollicitée par la défenderesse à charge du demandeur, l'arrêt viole :

- les articles 3, spécialement alinéa 3, 301 et 301 bis du Code civil, dans la mesure où, en vertu des règles de conflit de lois qui font partie du droit belge, l'octroi d'une pension après divorce à charge du demandeur était régi par la loi portugaise, loi applicable au statut personnel des parties et, partant, aux effets personnels du mariage dont la pension alimentaire constitue une survivance, et non pas par les articles 301 et 301 bis du Code civil ;
- les articles 2 et 3 de la loi du 27 juin 1960 sur l'admissibilité du divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger dans la mesure où, même si le divorce est prononcé, en Belgique, sur la base de l'article 229 du Code civil, l'octroi de la pension alimentaire après divorce se rattache aux effets personnels du mariage et est régi par la loi applicable à ceux-ci et ne relève ni de la loi applicable à l'admissibilité du divorce, ni de celle applicable aux effets du divorce.



## 2. Deuxième moyen

### *Disposition légale violée*

Article 301, spécialement § 4, du Code civil.

### *Décisions et motifs critiqués*

L'arrêt, après avoir déclaré la loi belge applicable, décide que, par application de l'article 301 du Code civil, (la défenderesse) peut prétendre, sur les biens et les revenus de son époux, à une pension pouvant lui permettre, compte tenu de ses revenus et possibilités, d'assurer son existence dans des conditions équivalentes à celles dont elle bénéficiait durant la vie commune, et condamne le demandeur à lui payer une pension après divorce de 375.000 francs à dater de la transcription du jugement de divorce, aux motifs notamment que, bien que les bénéfices du groupe Concord Anstalt semblent actuellement moins élevés qu'ils ne l'étaient durant la vie commune des parties, les revenus (du demandeur) ne sont nullement limités aux montants qu'il perçoit à titre de rémunération de ses activités d'administrateur et qu'il a la possibilité de retirer des revenus extrêmement importants tant de ses participations dans les diverses sociétés de son groupe que du réinvestissement du produit de la vente de ses biens immobiliers.

Selon les calculs effectués par (la défenderesse) et non contestés en tant que tels par (le demandeur) le montant mensuel de 300.000 francs brut que lui a accordé le premier juge constituerait, après déduction des impôts, un montant mensuel net de 180.310 francs. Un tel montant paraît légèrement insuffisant pour permettre à celle-ci de maintenir un train de vie quelque peu comparable à celui qu'elle a connu durant la vie commune, de sorte que, compte tenu:

- des conditions de vie que les parties ont connues durant la vie commune, modérées par la différence entre le coût de la vie au Portugal et celui en Belgique,
- de l'importance de la contribution alimentaire versée par (le demandeur) pour chacune de ses filles, contribution qui inclut sa participation dans les frais d'habitation, d'accommodement etc., nécessités par l'hébergement des enfants, et diminue dès lors les charges de logement de (la défenderesse),
- de l'impact fiscal de la perception d'une pension alimentaire dans le chef de (la défenderesse),
- des revenus et possibilités (du demandeur) d'en percevoir, que la cour (d'appel) évalue en l'espèce à au moins 15 millions de francs nets par an, une pension après divorce de 375.000 francs par mois est nécessaire et suffisante pour permettre à (la défenderesse) d'assurer son existence dans des conditions équivalentes à celles dont elle bénéficiait durant la vie commune et ne dépasse pas un tiers des revenus nets (du demandeur).

### *Griefs*

Aux termes de l'article 301, § 4, du Code civil, le montant de la pension après divorce ne peut excéder, en aucun cas, le tiers des revenus de l'époux débiteur de la pension ;



par revenus, au sens de cette disposition, il faut entendre les sommes dont le débiteur de la pension dispose effectivement après le paiement des charges qui lui sont imposées par les lois fiscales et sociales, à l'exclusion des biens du débiteur et des potentialités ou possibilités de celui-ci de percevoir d'autres revenus.

Il s'ensuit que l'arrêt qui évalue globalement les revenus et possibilités du demandeur d'en percevoir au moins 15 millions francs nets par an sans toutefois chiffrer les revenus effectifs du demandeur et faire la distinction entre revenus au sens de l'article 301, § 4, du Code civil et possibilités d'en percevoir, n'a pas pu légalement décider, sans violer ledit article 301, § 4, du Code civil, qu'une pension après divorce de 375.000 francs par mois ne dépassait pas un tiers des revenus nets du demandeur.

#### IV. La décision de la Cour

##### *Sur le premier moyen*

Sur la fin de non-recevoir opposée par la défenderesse et déduite du défaut d'intérêt du moyen:

Attendu que le moyen critique l'arrêt qui condamne le demandeur à payer à la défenderesse une pension après divorce en vertu des articles 301 et 301 bis du Code civil belge alors que, selon le moyen, le juge eût dû appliquer la loi portugaise, loi de la dernière résidence conjugale des parties ;

Attendu qu'il ressort des constatations de l'arrêt que le divorce a été prononcé aux torts du demandeur sur la base de l'article 229 du Code civil belge ;

Attendu qu'en vertu de l'article 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, en vigueur au Portugal depuis le 1er octobre 1977, la loi appliquée au divorce régit, dans l'Etat contractant où celui-ci est prononcé ou reconnu, les obligations alimentaires entre époux divorcés et la révision des décisions relatives à ces obligations; que selon l'article 3 de ladite convention, la loi désignée s'applique indépendamment de toute condition de réciprocité, même s'il s'agit de la loi d'un Etat non contractant;

Que, dès lors, à supposer qu'elle eût fait application de la loi portugaise, la cour d'appel eût dû constater que cette loi renvoyait à la loi du divorce, soit la loi belge ;

Que la fin de non-recevoir est fondée;

##### *Sur le deuxième moyen*

Attendu que l'article 301, §§ 1er et 4, du Code civil dispose que le tribunal peut accorder à l'époux qui a obtenu le divorce, sur les biens et les revenus de l'autre époux, une pension pouvant permettre au bénéficiaire, compte tenu de ses revenus et possibilités, d'assurer son existence dans des conditions équivalentes à celles dont il bénéficiait durant la vie commune



mais qu'en aucun cas, le montant de la pension ne peut excéder le tiers des revenus de l'époux débiteur de la pension;

Attendu que pour apprécier si la pension qu'il accorde n'excède pas le tiers des revenus de l'époux débiteur, le juge n'a pas l'obligation de s'en tenir aux revenus que celui-ci retire effectivement de ses biens, mais qu'il doit également tenir compte des revenus que ces biens sont susceptibles de produire normalement ;

Attendu que, se fondant sur les éléments de fait qu'il relève, l'arrêt énonce que les revenus (du demandeur) ne sont nullement limités aux montants qu'il perçoit à titre de rémunération de ses activités d'administrateur et qu'il a la possibilité de retirer des revenus extrêmement importants tant de ses participations dans les diverses sociétés de son groupe que du réinvestissement du produit de la vente de ses biens immobiliers, évalue les revenus et possibilités du demandeur d'en percevoir à au moins 15 millions de francs nets par an et considère qu' à une pension après divorce de 375.000 francs par mois est nécessaire et suffisante pour permettre à (la défenderesse) d'assurer son existence dans des conditions équivalentes à celles dont elle bénéficiait durant la vie commune et ne dépasse pas un tiers des revenus nets (du demandeur);

Attendu que par ces énonciations, l'arrêt justifie légalement sa décision;

Que le moyen ne peut être accueilli;

PAR CES MOTIFS, LA COUR

Rejette le pourvoi ;

Condamne le demandeur aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de cinq cent et un euros trente-neuf centimes envers la partie demanderesse et à la somme de cent cinquante-sept euros trente-six centimes envers la partie défenderesse.

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





## **Arbeidshof Antwerpen, tweede kamer, arrest van 12 april 2002**

*Arbeidsovereenkomst – overeenkomst gesloten vóór 1 januari 1988 -  
bevoegdheid en toepasselijk recht*

*Contrat de travail – contrat conclu avant le 1ier janvier 1988 - compétence et  
droit applicable*

A.D., appellante

tegen

BV I., geïntimeerde.

Het Hof, na de zaak in beraad te hebben genomen, spreekt in openbare terechtzitting en in de Nederlandse taal het volgend arrest uit.

### **I. DE STUKKEN VAN DE RECHTSPLEGING**

Gelet op de rechtsplegingsstukken naar vorm, in het bijzonder :

- het eensluidend verklaard afschrift van het op 12 maart 1991 op tegenspraak gewezen vonnis van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen, waarvan geen bewijs van betekening wordt bijgebracht;
- het verzoekschrift tot hoger beroep neergelegd ter griffie van dit Hof op 18 april 1991;
- het eensluidend verklaard afschrift van het op 13 december 1996 op tegenspraak gewezen tussenarrest waarbij het hoger beroep ontvankelijk werd verklaard, doch alvorens ten gronde te oordelen een getuigenverhoor werd toegelaten te houden door de eerste rechter;

(...)

### **II. TEN GRONDE**

#### *1. Het arrest van 13 december 1996*

Met arrest van 13 december 1996 verklaarde het Hof het hoger beroep ontvankelijk, doch vooraleer verder recht te spreken werd mevrouw L. gemachtigd het bewijs te leveren van volgende feiten:

- “1. dat appellante uitsluitend Belgisch cliënteel in België prospecteerde
2. dat appellante de prospectieroutes zelf samenstelde en daarvoor geen instructies of begeleiding van geïntimeerde ontving
3. dat het geprospecteerde cliënteel appellante op haar domicilie en op haar persoonlijk telefoonnummer contacteerde met betrekking tot het maken van afspraken, het bekomen van inlichtingen en informatie enz.



4. dat appellante slechts sporadisch aanwezig was in het bedrijf te Breda, en zulks vrijwel uitsluitend met het oog op de ontvangst en de begeleiding van het Belgische cliënteel;"

De B.V. werd gemachtigd het tegenbewijs van die feiten te leveren.

Er werden enkel getuigen gehoord op rechtstreeks verhoor, en het tegenverhoor werd gesloten zonder dat de B.V. getuigen had laten oproepen.

2. *De bevoegdheid van de Belgische rechtscolleges om kennis te nemen van de vordering van mevrouw L.*

Uit de overwegingen van het arrest van 13 december 1996 blijkt dat mevrouw L. gemachtigd werd het bewijs te leveren van de door haar aangevoerde feiten teneinde het Hof in staat te stellen te kunnen oordelen over de rechterlijke bevoegdheid.

Het is niet zo, zoals mevrouw L. betoogt, dat het gezag van gewijsde van voormeld arrest impliceert dat reeds werd geoordeeld dat de plaats van tewerkstelling decisief is bij de beoordeling van de bevoegdheid van de Belgische rechtscolleges om kennis te nemen van de door mevrouw L. ingestelde eisen en dat dus reeds impliciet uitspraak is gedaan over de criteria op grond waarvan het Hof dient na te gaan of het kennis kan nemen van die eisen.

Terecht roept de B.V. in dat het artikel 5.1. van het Europees Executieverdrag, hierna EEX genoemd, op huidig geschil van toepassing is.

De bepalingen betreffende verbintenissen uit arbeidsovereenkomsten werden aan dit artikel 5.1. slechts toegevoegd ten gevolge van het EVEX-verdrag van 16 september 1988, dat slechts werd goedgekeurd bij wet van 27 november 1996 (B.S. 8 januari 1996).

Die bijzondere bepalingen betreffende arbeidsovereenkomsten zijn op huidig geschil niet van toepassing.

Het in huidig geschil van toepassing zijnde artikel 5.1. van het EEX luidt als volgt:

*"De verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende Staat, kan in een andere Verdragsluitende Staat voor de navolgende gerechten worden opgeroepen:*

*1. ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst: voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd; ...."*

In zijn arrest Ivenel / Schwab, dat betrekking had op een geschil betreffende een vertegenwoordigingsovereenkomst, verklaarde het Hof van Justitie dat de verbintenis die voor de toepassing van artikel 5.1. EEX in aanmerking moet genomen worden, bij vorderingen gebaseerd op verschillende verbintenissen voortvloeiend uit en dergelijke overeenkomst, degene is waardoor de overeenkomst wordt gekarakteriseerd. (H.v.J., 26 mei 1982, Roger Ivenel/Helmut Schwab, zaak 1338/81, Jur., 1982, 1891-1909) Volgens het Hof wordt de arbeidsovereenkomst gekarakteriseerd door de verbintenis om arbeid te verrichten, waarvoor de toepasselijke wet in de regel bepalingen ter bescherming van de werknemer bevat. Die wet is normaliter de wet van de plaats waar de arbeidsprestatie wordt geleverd.

Het Hof heeft zich bij deze interpretatie duidelijk laten leiden door de zorg om de naleving van de dwingende bepalingen ter bescherming van de werknemers, opgelegd door het recht van de plaats van uitvoering van de arbeid. Het Hof verwijst daarbij naar het systeem van



artikel 6 van het verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, dat in alle gevallen de voorrang van de voorrangsregel boven de *lex contractus* verzekert.

Het Hof creëerde aldus een afzonderlijk regime waarvan de toepassing specifiek is voor en beperkt is tot arbeidsovereenkomsten. Voor arbeidsovereenkomsten is het gerecht van de plaats waar de verbintenis die dergelijke overeenkomsten karakteriseert moet worden uitgevoerd, kennelijk het meest geschikt om de geschillen te beslechten waartoe één of meer uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verbintenissen aanleiding kunnen geven. De plaats van het verrichten van de arbeid fungeert als objectieve lokalisatie van alle verbintenissen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien. (Broeckx, K., Recente ontwikkelingen inzake het Europees bevoegdheids- en executieverdrag, Het verdrag van Lugano, in *Actualia Internationaal Privaatrecht*, documentatiemap studieavond 20 april 1998 CBR, nr. 49-54) Voormeld arrest is bovendien de inspiratiebron geweest bij het tot stand komen van het tweede onderdeel van artikel 5.1. van het verdrag (dat in deze echter niet van toepassing is), waarvan de tekst als volgt luidt: *"ten aanzien van individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomst is dit (bedoeld wordt de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd) de plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht; wanneer de werknemer niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, kan de werkgever tevens worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar zich de vestiging bevindt of bevond die de werknemer in dienst heeft genomen."*

In het betreffende arrest heeft het Hof van Justitie overigens afstand genomen van het eerder door haar ingenomen standpunt dat, ter zake van overeenkomsten die meerdere verbintenissen voor partijen met zich meebrengen, voor elke autonome litigieuze verbintenis moet nagegaan worden welke de bevoegde rechter is (de zogenaamde analytische oplossing).

In het licht van voornoemde rechtspraak van het Hof van Justitie, dient er derhalve te worden van uitgegaan dat, voor wat betreft de toepassing van artikel 5.1. EEX zoals dit van toepassing was voor de wijziging ervan door het EVEX-verdrag van 16 september 1988, ter zake van arbeidsovereenkomsten de plaats van tewerkstelling het meest aangewezen criterium is om aan te wijzen welk gerecht het meest geschikt is om de geschillen te beslechten waartoe een of meerdere uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verbintenissen aanleiding kunnen geven.

Het is dus ten onrechte dat de B.V. voorhoudt dat het de betalingsverbintenis is die bepalend is voor het beoordelen van de bevoegdheid.

In deze is naar het oordeel van het Hof de plaats waar mevrouw L. haar arbeid presteerde en diende te presteren hoofdzakelijk gelegen in België.

De arbeidsovereenkomst voorziet weliswaar dat "de acquisitie/introduceren van onze artikelen zowel in- als extern het bedrijf" geschiedt, doch dit doet geen afbreuk aan het feit dat mevrouw L. in werkelijkheid slechts zeer sporadisch werkzaam was op de zetel in Nederland.

Uit het getuigenverhoor is immers onomstotelijk gebleken dat mevrouw L. haar prospectieactiviteiten, die het hoofdbestanddeel van de arbeidsovereenkomst waren, ontplooid op Belgisch grondgebied en dat zij slechts uitzonderlijk op de zetel te Breda aanwezig was.

Volgens getuige V. D. B. was mevrouw L. enkel tijdens de Kerstperiode in Breda.



Getuige R., die vrij intensieve contacten had met mevrouw L., verklaarde dat hij mevrouw L. op de zetel in Breda nooit had gezien, terwijl hij daar een tiental malen geweest was.

Ook getuige V. N, die mevrouw L. in 1986 en 1988 gekend heeft, verklaarde dat hij haar nooit in Breda heeft gezien, hoewel hij vanaf 1988 om de veertien dagen naar Breda ging en dit zowel op gewone weekdays als op zaterdagen.

Getuige V. d. H. verklaarde dat hij mevrouw L. slechts eenmaal per week in Breda zag, meestal op een vrijdag of een zaterdag, vermoedelijk omdat zij verslag uitbracht over de prospecties van de afgelopen week.

Getuige V. d. E. verklaarde mevrouw L. in de periode van 1985 tot 1992 nooit te Breda te hebben gezien, hoewel zij zich daar ongeveer eenmaal per week naartoe begaf.

Tenslotte is er de verklaring van mevrouw V. D. B. - V. G., die uitdrukkelijk bevestigde dat zij in 1986 of 1987 gedurende een drietal maanden dezelfde functie bekleedde als mevrouw L. Zij verklaarde dat mevrouw L. prospectie deed voor België, terwijl zij instond voor Nederland. Gedurende haar tewerkstelling diende zij slechts eenmaal op de zetel te Breda aanwezig te zijn.

Wanneer al de voormelde verklaringen samen worden gelezen, dan blijkt daaruit afdoende dat mevrouw L. slechts zeer zelden aanwezig was op de zetel te Breda en zij haar arbeidsprestaties hoofdzakelijk in België leverde.

De B.V. is verder slecht geplaatst om de inhoud en de bewijskracht van die verklaringen in twijfel te trekken nu zij, hoewel zij was gemachtigd het tegenbewijs te leveren, geen enkele getuige heeft laten horen.

Wanneer er mogelijk nog twijfel zou bestaan over de vraag of mevrouw L. al dan niet in hoofdzaak in België cliënteel prospecteerde, dan kan het voor de B.V. niet de minste moeilijkheid opleveren om aan de hand van lijsten van cliënteel aan te tonen dat mevrouw L. in Nederland cliënteel zou geprospecteerd hebben.

De B.V. is niet te goeder trouw wanneer zij, zich verschuilend achter de regels van de bewijsvoering, zich beperkt tot de bewering dat het niet denkbeeldig is dat mevrouw L. niet uitsluitend in België maar ook in Nederland cliënteel prospecteerde.

Het is derhalve bewezen dat mevrouw L. hoofdzakelijk arbeid presteerde in België en dat de Belgische rechtscolleges bevoegd zijn om kennis te nemen van de eis van mevrouw L..

### *3. De devolutieve werking van het hoger beroep.*

Volstrekt ten onrechte betwist de B.V. dat het Hof geen kennis kan nemen van de grond van de zaak.

Wanneer, zoals in deze, hoger beroep wordt ingesteld tegen een vonnis waarbij de eerste rechter heeft beslist dat de Belgische rechtscolleges geen rechtsmacht hebben om kennis te nemen van de vordering, en de eiser in hoger beroep het vonnis aanvecht en tevens vordert dat het Hof uitspraak zou doen over de oorspronkelijk ingestelde vordering, is het Hof wel degelijk gehouden uitspraak te doen, niet alleen over de vraag of zij rechtsmacht heeft, maar ook, wanneer dit het geval blijkt te zijn, over de initieel ingestelde eis.



#### 4. *Het toepasselijke recht.*

Het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980, dat werd goedgekeurd bij wet van 14 juli 1987 (B.S. 9 oktober 1989) en die de regels uit voormeld verdrag onmiddellijk van toepassing maakt vanaf 1 januari 1988, is slechts inwerking getreden op 1 april 1991 en kan derhalve niet toegepast worden bij het bepalen van het toepasselijke recht op een overeenkomst die, zoals te dezen, werd gesloten vóór 1 januari 1988.

Krachtens het Belgisch IPR wordt, bij gebrek aan uitdrukkelijke keuze door partijen van het toepasselijke recht, zoals in deze het geval is, de arbeidsovereenkomst beheerst door het recht van de vermoedelijke keuze van de partijen.

Hierbij dient te worden gezocht naar het geheel van aanrakingspunten waaruit de verbondenheid met een bepaald recht kan afgeleid worden. Daarbij is van doorslaggevend belang welke de plaats is waar mevrouw L. gewoonlijk was tewerkgesteld.

In casu blijkt dat mevrouw L. van Belgische nationaliteit is, haar woonplaats in België had en heeft, en tijdens de uitvoering van haar arbeidsovereenkomst gewoonlijk was tewerkgesteld op Belgisch grondgebied.

Met "gewoonlijke tewerking" wordt bedoeld ononderbroken en niet occasioneel. (Arbh. Antwerpen, 15 april 1996, J.T.T., 1997, 237) Het Hof is van oordeel dat deze gegevens erop wijzen dat het de bedoeling van partijen is geweest hun arbeidsverhouding te onderwerpen aan het Belgisch recht.

Uit het feit dat de arbeidsovereenkomst gesloten werd in Nederland met een in Nederland gevestigde werkgever die vandaar het gezag uitoefende, dat het loon uitgedrukt en betaald werd in guldens en dat mevrouw L. onderworpen werd aan het Nederlandse socialezekerheidsstelsel, kan naar het oordeel van het Hof niet afgeleid worden dat de partijen hun rechtsverhouding geregeld hebben willen zien overeenkomstig het Nederlandse recht. Het Hof stelt zich overigens de vraag of mevrouw L. wel terecht aan het Nederlandse sociaalzekerheidsrecht werd onderworpen, rekening gehouden met de bepalingen van de EG-verordening 1408/71.

De rechtsverhouding tussen partijen wordt derhalve beheerst door het Belgisch recht.

#### 5. *De eenzijdige wijziging van een essentieel bestanddeel van de arbeidsovereenkomst*

(...)



### **Marc FALLON - Une consolidation de la technique du renvoi par la Cour de cassation de Belgique**

*Observations sous Cass., 1<sup>re</sup> Ch., 17 octobre 2002, Correa de Sac. Burnell, publié dans ce numéro (p. 27-32)*

L'arrêt rendu par la Cour de cassation de Belgique le 17 octobre 2002 est appelé à faire date dans l'évolution du droit international privé belge. En effet, il peut être vu comme la première prise de position explicite de la Cour sur la technique du renvoi.

#### **1) Conditions d'application de la technique du renvoi**

L'espèce portait sur une demande d'aliments après divorce. Le divorce avait été prononcé en Belgique, et le créancier d'aliments était Belge et résidait en Belgique au moment de la demande. Toutefois, l'ex-époux défendeur était Portugais et résidait au Portugal. En fait, le couple s'était constitué aux Etats-Unis, puis était venu vivre au Portugal, pays de la dernière résidence conjugale.

Le juge d'appel avait soumis la demande alimentaire au droit belge, pour le motif que le divorce avait été soumis à ce droit. Subsidiairement, il invoquait également la thèse du rattachement autonome des obligations alimentaires, favorable, comme l'on sait, au droit de la résidence habituelle du créancier d'aliments. La pertinence d'une référence au droit du divorce est douteuse depuis l'arrêt *Montanari* de la Cour de cassation du 16 juin 1994<sup>1</sup>. Pour rappel, cet arrêt a soumis la demande alimentaire après divorce au droit régissant les effets personnels du mariage, en l'occurrence au droit de la nationalité commune des ex-époux. Cet arrêt ne couvre pas le cas d'époux de nationalités différentes, mais d'autres arrêts de la Cour donnent à entendre qu'en ce cas, le droit à appliquer serait le droit du pays dans lequel les parties résident habituellement au moment du conflit, voire, plus précisément, dans lequel elles ont résidé ensemble pour la dernière fois<sup>2</sup>. Il est donc compréhensible qu'il y ait eu pourvoi, puisqu'en l'espèce la dernière résidence conjugale était au Portugal : le droit portugais aurait donc dû être appliqué. La Cour était ainsi amenée à trancher une question de principe importante, celle du droit applicable aux effets alimentaires du divorce — mais en même temps à ceux du mariage — lorsque les parties ne partagent pas la même nationalité.

---

<sup>1</sup> *Pas.*, 1994, I, p. 603.

<sup>2</sup> Voy. sur ce point nos observations sous l'arrêt d'appel, *R.T.D.F.*, 2001, p. 682.



Contre toute attente, la Cour de cassation a soulevé d'office un moyen tiré de l'application du renvoi. Elle constate que si le juge d'appel avait appliqué le droit portugais, comme le pourvoi prétendait qu'il aurait dû le faire, il aurait été amené à appliquer le droit belge, car la règle de rattachement portugaise désignait ce droit en tant que droit appliqué au divorce. Cette règle de rattachement était issue de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, en vigueur au Portugal, non en Belgique ; et la Cour prend soin de préciser avec raison que cette convention couvre aussi le cas où le droit ainsi désigné n'est pas celui d'un Etat contractant.

La référence à la théorie du renvoi est très explicite. En effet, la Cour constate que la loi portugaise « renvoyait » à la loi du divorce, allusion certaine à cette technique de droit international privé. Selon cette technique, le droit étranger déclaré applicable par la règle de rattachement du for s'entend en y comprenant les règles de droit international privé — selon la définition implicite de l'article 15 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles — ou, dans un sens plus strict mais aussi plus classique, les règles de conflit de lois — selon la définition implicite de l'article 17 de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Le renvoi qu'impose en l'occurrence la Cour de cassation constitue un renvoi dit au premier degré, à savoir opérant au bénéfice du droit matériel du for, à la différence d'un renvoi au second degré, cas où la règle de rattachement étrangère désigne le droit matériel d'un troisième Etat<sup>3</sup>.

La Cour ajoute une précision importante sur la condition procédurale du renvoi, à savoir si la technique doit être soulevée d'office par le juge ou non. La réponse est affirmative, puisque la Cour estime que le juge d'appel « eût dû » constater que la loi portugaise renvoyait au droit belge. Clairement, il n'est pas demandé aux parties de soulever l'argument : le juge dont la règle de rattachement désigne un droit étranger, doit vérifier d'office le contenu des règles de conflit de lois de ce droit, avant d'en appliquer les règles matérielles. Cette application d'office est en harmonie avec la condition du droit étranger en droit international privé belge : en effet, le droit étranger est considéré comme une « loi » au sens des règles de procédure<sup>4</sup>, de sorte que l'application doit en être soulevée par le juge — et le contenu doit en être établi par lui — comme s'il s'agissait de droit belge.

## 2) Hésitations dans la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation

La portée historique de l'arrêt se mesure mieux au regard d'un bref inventaire de la jurisprudence antérieure. L'on peut, à cet égard, citer cinq arrêts.

---

<sup>3</sup> Sur ces définitions et variantes, voy. notamment : A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht*, Gent, Mijs & Breesch, 1999, n° 170 ; F. RIGAUX, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, n° 390 et s.

<sup>4</sup> Cass., 2 avril 1981, *Josi I, Pas.*, 1981, I, p. 835.



L'arrêt *Bigwood I*, du 9 mars 1882<sup>5</sup>, concerne le renvoi, mais la Cour ne s'est pas prononcée à son propos. Il confirme certes l'arrêt d'appel pour avoir appliqué, dans le droit anglais désigné par la règle de rattachement du for — l'article 3, alinéa 3, du Code civil belge —, une règle de droit international privé renvoyant au droit belge, droit du domicile des parties à l'instance en divorce. Très certainement, le juge d'appel avait fait application du renvoi — pour la première fois en Belgique —, mais la Cour de cassation s'est bornée à constater que ce juge avait, ainsi, apprécié en fait le sens à donner au droit étranger. A cette époque, le droit étranger était considéré comme du fait, de sorte que la Cour de cassation ne pouvait pas connaître de la violation du droit étranger, approche aujourd'hui révolue<sup>6</sup>.

L'arrêt *Bigwood II*, du 14 décembre 1978<sup>7</sup>, relatif au divorce par consentement mutuel d'un Britannique et d'une Italienne résidant en Belgique, applique certainement la technique du renvoi à l'égard du Britannique, en constatant le renvoi à la loi du domicile, tout en omettant de faire de même à l'égard de la femme. Pourtant, la règle italienne de conflit de lois désignait, à l'époque, la loi nationale du mari, en l'espèce la loi anglaise, et peut-être finalement, via celle-ci, la loi belge : il y avait donc place pour un renvoi au second — et au troisième — degré. L'enseignement de cet arrêt est donc délicat. Il est incertain si l'omission s'explique par une inattention de la Cour de cassation, ou si elle résulte de la volonté de ne pas consacrer la forme du renvoi au second degré.

L'arrêt *Josi II*, du 30 octobre 1981<sup>8</sup>, relatif à une action en responsabilité quasi délictuelle opposant deux Belges suite à un accident survenu en Allemagne, casse l'arrêt d'appel qui avait appliqué la loi belge, refusant de prendre en considération la circonstance que, en pareil cas, un tribunal allemand aurait appliqué la loi allemande (*sic*). A première vue, cette motivation rejette le renvoi, du moins pour la matière en cause. Toutefois, une lecture attentive de l'arrêt conduit au doute. En effet, la formulation n'a de sens que si on la comprend comme évoquant une variante du renvoi, totalement inconnue du droit international privé belge et que le juge d'appel s'était gardé d'appliquer, à savoir la « *Foreign Court Theory* » — ou double renvoi — du droit international privé anglais. Selon cette variante<sup>9</sup>, le juge du for est d'abord amené vers la loi désignée par sa règle de rattachement ; ensuite, il consulte le contenu du droit international privé de ce pays et utilise alors la règle de rattachement de ce droit ; enfin, si ce droit connaît la technique du renvoi, il fait usage de cette technique... En d'autres termes, le juge saisi se met à la place du tribunal étranger, en quelque sorte juge virtuel du contentieux. Or, en l'espèce, la seule façon pour un tribunal allemand d'arriver à l'application du droit allemand aurait été d'appliquer le renvoi connu du droit international privé allemand (désignation, dans un premier temps, de la loi nationale commune des parties par la règle allemande de rattachement, puis de la loi du lieu de l'acte générateur du dommage par la règle de rattachement belge, laquelle renvoyait effectivement à la loi allemande). La référence à cette variante est confirmée par l'évocation de l'attitude du « tribunal » étranger, qui en constitue une caractéristique essentielle.

---

<sup>5</sup> *Pas.*, 1882, I, p. 62.

<sup>6</sup> Voy. par exemple l'arrêt *Josi I* précité.

<sup>7</sup> *Pas.*, 1979, I, p. 445.

<sup>8</sup> *Pas.*, 1982, I, p. 306.

<sup>9</sup> Voy. notamment : F. RIGAUX, précité, n° 399.





L'arrêt rendu le 4 novembre 1993<sup>10</sup> à propos de l'adoption d'un Américain domicilié en Belgique constitue sans aucun doute une application explicite de la technique du renvoi, puisque la Cour de cassation évoque la circonstance que, selon le droit international privé américain — le droit américain étant désigné en tant que loi nationale de l'adopté —, l'état de la personne est régi par la loi de son domicile. Pourtant, la portée de cet arrêt est atténuée par la circonstance qu'en l'espèce, le juge belge se trouvait face à un système plurilégislatif étranger : l'adoption y est régie par les droits des Etats de la fédération, non par le droit fédéral. Or, en face d'un tel conflit interne de lois, le passage par le renvoi est quasi inéluctable<sup>11</sup>. Le recours à cette technique en cette occasion ne pouvait être vu comme une consécration générale de celle-ci, même si l'arrêt n'évoque nullement la particularité précitée du droit américain ; mais il faut dire que cet arrêt comporte d'autres approximations, à savoir qu'en réalité, le droit international privé américain ne constitue pas une réalité monolithique comme le pense la Cour de cassation : en fait, en matière d'adoption, le juge de chaque Etat de la fédération applique son propre système de conflit et, de plus, celui-ci comprend une règle de compétence juridictionnelle plutôt qu'une règle de conflit de lois. En d'autres termes, le renvoi au droit du domicile était opéré par une règle de compétence internationale utilisant le domicile pour critère, variante connue en doctrine comme celle du renvoi latent<sup>12</sup>.

Enfin, l'arrêt *Roch*, rendu le 27 septembre 1994<sup>13</sup>, fait reproche au juge d'appel d'avoir admis le divorce d'un Irlandais domicilié en Belgique par application du droit belge malgré la référence de l'article premier de la loi du 27 juin 1960 à la loi nationale du demandeur. Ce juge avait fait application, dans cette loi nationale, d'une règle de droit international privé permettant de reconnaître en Irlande un jugement de divorce prononcé dans le pays du domicile. En l'espèce, le divorce prononcé en Belgique aurait donc été reconnu en Belgique. En adoptant cette variante du renvoi, la cour d'appel respectait l'esprit de cette technique, qui tend à favoriser l'harmonie internationale des solutions. L'arrêt de la Cour de cassation ne peut certes pas se comprendre comme condamnant le renvoi en tant que tel, mais certainement comme condamnant cette variante du renvoi. Il n'est pourtant pas certain que cette condamnation était pleinement cohérente avec l'arrêt précité du 4 novembre 1993, dès que l'on constate qu'en fait, l'utilisation d'une règle étrangère de droit international privé y portait, comme dans la présente affaire, sur une règle de conflit de juridictions, non sur une règle de conflit de lois. Mais il est vrai que la Cour de cassation ne semble pas en avoir été consciente.

On mesure ainsi mieux la portée indiscutable de l'arrêt du 17 octobre 2002. En termes de sécurité juridique, celui-ci constitue un progrès, même s'il peut générer d'autres questions, comme la détermination des matières dans lesquelles le recours à la technique est autorisé, ou encore la détermination des variantes autorisées (renvoi au second degré, double renvoi, renvoi latent). De plus, cette consécration du renvoi ne suffit pas à masquer maints défauts d'une technique d'origine jurisprudentielle et souvent soupçonnée d'alibi pour l'application du droit du for : non seulement l'objectif d'harmonie des solutions est irréaliste dès lors que

---

<sup>10</sup> *Pas.*, 1993, I, p. 921.

<sup>11</sup> Voy. notamment : F. RIGAUX, précité, n° 383.

<sup>12</sup> « *Hidden renvoi* » (SCOLES, HAY & SYMEONIDES, *Conflict of laws*, St. Paul Minn., West Publ., 2000, § 3.14, note 4) ou « *versteckte Rückverweisung* » (KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 2001, § 25).

<sup>13</sup> *Pas.*, 1994, I, p. 778.



les juridictions de chacun des Etats affectés applique la même variante de renvoi, mais encore la tâche du juge du for est désormais de se familiariser avec le droit international privé étranger. Et force devrait être pour celui-ci d'appliquer non seulement la règle de conflit de lois étrangère, mais également tout ce qui l'entoure : régime procédural de cette règle et du droit étranger qu'elle désigne, voire mécanismes d'éviction qui encadrent cette règle, comme l'exception d'ordre public ? L'on ne peut s'empêcher d'établir pour hypothèse que la technique du renvoi repose sur une méprise de la nature technique de la règle de conflit de lois. Dans la résolution d'un contentieux international, elle est l'élément du droit du for — droit qui, pour ce juge, a seul force obligatoire — qui détermine quelles règles matérielles sont le plus appropriées pour régir le demande, en fonction des objectifs poursuivis par le législateur de droit international privé de ce for. Dans une telle perspective, une référence à une règle étrangère de conflit de lois est sans objet, car cette règle a pour destinataires institutionnels exclusifs les juridictions et organes du système auquel elle appartient<sup>14</sup>.

Le contenu même de la règle de rattachement étrangère appliquée en l'espèce permet encore de douter de l'opportunité de la technique du renvoi. Cette règle était constituée d'une convention internationale, ratifiée par l'Etat étranger, non par l'Etat du for, alors même que celui-ci en avait la faculté<sup>15</sup>. En d'autres termes, si l'Etat du for, la Belgique en l'occurrence, avait omis de procéder à la ratification, une telle omission constituait nécessairement un choix politique. Ainsi, le renvoi ici opéré a bénéficié à une règle de rattachement dont le législateur du for s'était écarté, d'une manière ou d'un autre. Le cas n'est pas sans analogie avec celui où le contenu de cette règle étrangère est difficilement acceptable pour une autre raison, soit que ce contenu heurte une valeur fondamentale de l'Etat du for, soit qu'il corresponde à celui d'une règle analogue auparavant connue de cet Etat mais désormais abandonnée. Or, dans l'affaire *Bigwood II* précitée, cette hypothèse était en fait celle du droit international privé italien, en ce que celui-ci désignait à l'époque la loi nationale du mari, règle connue en Belgique en matière de régime matrimonial mais aujourd'hui abandonnée, et depuis lors condamnée pour inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle italienne<sup>16</sup>.

Un regard sur la proposition de loi portant code de droit international privé, déposée au Sénat<sup>17</sup>, révèle que le projet écarte la technique du renvoi (art. 16), pour des raisons énoncées dans l'exposé des motifs, si ce n'est en certaines matières particulières, où la technique obéit à

<sup>14</sup> Voy. en ce sens, notamment : P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 2001, n° 234.

<sup>15</sup> Voy. dans le même sens, à propos du droit applicable au régime matrimonial d'époux néerlandais résidant en Belgique, les Pays-Bas ayant également ratifié la Convention de La Haye : Civ. Gand, 31 mars 1994, *Tijds. Not.*, 1994, p. 479, note F. BOUCKAERT ; Civ. Dendermonde, 27 juin 1997, *Tijds. Not.*, 1997, p. 410, note F. BOUCKAERT ; *R.G.D.C.*, 1998, p. 140, note C. DE BUSSCHERE.

<sup>16</sup> Cour constitutionnelle italienne, 5 mars 1987, *Clunet*, 1990, p. 657, note R. CLERICI. Voy. encore, dans le sens de l'application de la règle japonaise de rattachement désignant la loi nationale du mari en matière de régime matrimonial : Civ. Anvers, 29 mars 1984, *Tijds. Not.*, 1985, p. 308, note J. ERAUW. Plus radicalement, la technique du renvoi conduit normalement à appliquer une règle étrangère de rattachement exprimant une politique contraire à celle du législateur du for. Outre la problématique connue de la dualité des facteurs de nationalité et de domicile, voy. par exemple, en termes de problématique de qualification, la divergence entre forme et fond, illustrée par l'application, aux conditions de fond du mariage, de la règle de rattachement chinoise désignant la loi du lieu de célébration (Bruxelles, 18 octobre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 348) : connue sous l'appellation du renvoi de qualification, la technique s'apparente à une adhésion à la théorie de la qualification *lege causae*.

<sup>17</sup> Session 2001-2002, doc. 2-1225.



une politique voulue par le législateur belge, non par le législateur étranger, utilisant une forme de renvoi en quelque sorte conditionnel : ainsi en irait-il en matière successorale, où, pour la masse immobilière régie par la loi du lieu de situation, serait accepté un renvoi du droit étranger vers la loi du domicile du défunt, qui régit la masse mobilière, dans un souci de privilégier et l'effectivité et une unité de la loi successorale dans ce cas, ou encore, en matière de sociétés, où serait accepté un renvoi par la loi du siège vers la loi du pays de constitution de la société, également dans un souci d'effectivité<sup>18</sup>.

**Marc FALLON**

Professeur à l'Université Catholique de Louvain-la-Neuve

## **Johan ERAUW - Verstoting: Weigeren is de regel – erken eventueel bij afwezigheid van enig contact met België**

*Noot bij Cassatie 29 april 2002, arrest gepubliceerd in nr. 2002/3 van tijdschrift@ipr.be: <http://www.ipr.be/data/tijdschrift03.pdf>*

### 1. Doorwerking weigeren of naar de rechter laten gaan voor het uitzonderlijke geval

We leren uit dit Cassatie-arrest van 29 april 2002 dat er per dossier moet gekeken worden en dat er uitzonderingen kunnen voorkomen op onze afkeer voor de verstoting die in het buitenland heeft plaatsgevonden.

Het belangrijke punt is, dat er *niet* mag gezegd worden dat de “erkenning automatisch is” of dat het positief erkennen de regel is. Er is geen automatisme. De erkenningscontrole wordt gedaan door de Belgische ambtenaar die met de vreemde verstoting geconfronteerd wordt; en ja, van rechtswege *mag* er erkend worden, maar er *moet* hoegenaamd niet erkend worden.

Die Belgische ambtenaar mag of moet eigenlijk met grote voorzichtigheid de verstoting uit het buitenland blijven behandelen. Hij of zij moet best de verstotingen in beginsel afwijzen en moet de doorwerking in België in de regel weigeren. De regel is immers dat het voorrecht van de man en die discriminatoire handeling tegenover de vrouw, bij ons en tegenover onze rechtsorde niet kan. Maar de uitzonderingen zijn er en het Luikse Arbeidshof en Hof van Cassatie hebben daarvan in de zaak van 29 april 2002 de illustratie gegeven. In geval van niet-erkenning mag een belanghebbende of de Procureur naar de rechter gaan. Onze rechters hanteren dan geen andere maatstaf of criteria – en ook zij zullen in de regel komen tot afwijzing van een erkenning. Maar een rechtbank kan een uitzondering maken op de gewone

---

<sup>18</sup> Voy. en ce sens : A. BUCHER et A. BONOMI, *Droit international privé*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, n° 421 et s.



weigering om rechtsgevolgen in België te geven voor dergelijke uitspraken. Ook een ambtenaar kan uiteindelijk zo een uitzondering maken, als hij/zij goede grond heeft om aan te nemen dat er in lijn met de rechtspraak gehandeld wordt. In de toekomst zal de ipr-wet (zie verder) echter een belangrijkere praktische steun aanbieden door een beter wetsartikel.

Toen recent in de Senaat een wetsvoorstel werd besproken dat elk gevolg in België hoe dan ook en zonder nuance wilde uitsluiten, hebben de bijgehaalde experts er op gewezen dat in het bijzondere geval de erkenning wellicht een meer rechtvaardige behandeling kon betekenen. (Zie Wetsvoorstel nr. 2 - 1225/1 - 2001/2002, op 1 juli 2002 ingediend door de Senatoren Jeannine Leduc, Philippe Mahoux, Philippe Monfils, Myriam Vanlerberghe, Marie Nagy en Frans Lozie. Het kan on-line worden geconsulteerd, met de Memorie van Toelichting, op <http://www.ipr.be>.)

Daarom hebben wij rechters, om in bijzondere concrete gevallen af te wijken wanneer een verstoting met ons land niet was verbonden toen ze plaatsvond. Daarom doen rechters op verzoek van een partij of van de Procureur des Konings achteraf de controle van de manier waarop onze ambtenaren die buitenlandse vonnissen beoordelen (zoals hier de pensioenadministratie die ook al betrokken was bij de Cassatiebeslissing van 11 december 1995 - geciteerd).

## 2. Eenvoudige controle op bindingen met België of op wetsontduiking (echtscheidingstoerisme)

Een ambtenaar – het mag de ambtenaar van de burgerlijke stand zijn of een andere ambtenaar – moet naar concrete elementen in het dossier kijken. De partijen moeten bevraagd worden. Het bewijs moet geleverd worden van betrokkenheid van de vrouw in de procedure van de verstoting en alleszins van de homologatie voor de vreemde rechtbank van het islamitisch land. Wat dat betreft is er met voorzichtigheid en met enig scepticisme te controleren of de vermeldingen op de akten stroken met de werkelijkheid. Het nazicht betreft met name of de vrouw juridische bijstand kreeg; of zij over elk element in het proces tijdig en vormgeeldig werd ingelicht; of zij effectief verweer kon voeren en of haar tussenkomsten virtueel effect konden sorteren. Er moet nagekeken worden of er gerechtelijke regelingen getroffen werden met betrekking tot de goederen en de alimentatie en of de vrouw een echte gelijke kans had wanneer zij vroeg om de toewijzing van de zorg over de gemeenschappelijke kinderen. Die vereisten volgen eenvoudig al uit art. 6 Conventie Mensenrechten, die volgens het Hof voor de bescherming van de rechten van de mens, door de lidstaten moeten afgedwongen worden in gevallen waar er over de erkenning en doorwerking van buitenlandse vonnissen wordt geoordeeld – zie Hof EVRM 21 juli 2001 (Pelligrini).

Bovendien moet iedereen controleren hoe sterk de verbondenheid met België is, van de echtgenoten zelf en van het huwelijk en de gevolgen van de scheiding. Echtscheidingstoerisme krijgt hier te lande geen succes wanneer wetsontduiking één van de motieven was en wanneer in het buitenland een resultaat werd gezocht dat niet in België kon bereikt worden. Dat is al voldoende voor een weigering van de doorwerking van een vreemd



vonnis dat een verstoting homologeert. Er blijven dus alleen maar voor doorwerking in aanmerking komen, die gevallen waarin de vrouw (als verweerster) duurzaam in het betrokken islamitische land woonde en het huwelijk geen andere banden met België had, ten tijde van de verstoting.

### 3. De benadering wordt bevestigd in het voorgestelde nieuwe wetboek van internationaal privaatrecht

Al die gedachten zijn nu neergeschreven in het voorstel voor een Belgisch wetboek van internationaal privaatrecht. Het geeft precies vorm aan de zorg die de feitenrechters en het Hof van Cassatie in de hier besproken zaak lieten kennen. De gepubliceerde uitspraak van de hoogste rechters zal de toedracht aangeven onder het komend recht zo goed als het de bestaande regeling verduidelijkt. Zie voor het toekomstig erkenningsrecht: het artikel 57 van het voorgesteld Wetboek, en zie de daarin geschreven algemene bepalingen inzake de erkenning van buitenlandse vonnissen, door de hyperlink aan te klikken: [http://www.ipr.be/data/B.codex13\[NL\].html#art57](http://www.ipr.be/data/B.codex13[NL].html#art57)

De Memorie bij dat voorstel voor een wetboek geeft mooi de context aan van die bepaling; en zie eveneens de Omzendbrief van 27 april 1994 die al had onderstreept dat de vrouw haar toestemming tot een verstoting met voorzichtigheid moest behandeld worden omdat die instemming ten tijde van de procedure in het land van oorsprong had moeten bestaan met een wil die vrij was – zonder druk op de vrouw. De Afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft zich streng uitgesproken tegen die tendens om bij de vrouw na te vragen of ze één en ander goed vond (Zie boven. Die démarche werd ooit aanbevolen door het Parket van Brussel en zie de overweging in Rb. Brussel 25 juni 1980, *Rev.trim.dr.fam.* 1982, 30).

**Johan Erauw**

Gewoon Hoogleraar Universiteit Gent



# **Dorothee VAN ITERSON - La nouvelle loi néerlandaise réglant les conflits de lois en matière de filiation**

*Remarques concernant la loi du 14 mars 2002 portant règlement des conflits de lois en matière des liens de filiation (Pays-bas) (la loi a été publiée dans le numéro 2002/4 de la Revue@dipr.be: <http://www.ipr.be/data/tijdschrift04.pdf>)*

## **1. Introduction**

L'adoption de la loi du 12 mars 2002 portant règlement des conflits de lois en matière de filiation marque l'une des dernières étapes majeures de la codification du droit international privé néerlandais, commencée il y a une vingtaine d'années à la suite de l'abandon du projet de loi uniforme Benelux<sup>1</sup>. L'objectif premier de cette loi est d'augmenter la sécurité juridique dans un domaine où une diversité d'approches a existé jusqu'ici et où la Cour Suprême des Pays-Bas a été rarement appelée à se prononcer. La doctrine néerlandaise ne s'est pas beaucoup occupée de cette discipline<sup>2</sup>. La loi suit d'assez près les avis émis par la Commission d'Etat sur le droit international privé et par la Commission consultative sur les questions d'état civil et la nationalité. Le projet de loi a été déposé après la dernière réforme du droit néerlandais interne de la filiation, intervenue en 1998. Un autre projet de loi, tendant à régler les conflits de lois en matière d'adoption, est en cours d'examen au parlement.

## **2. Point de départ: application de la loi nationale.**

Tout en ne révolutionnant pas les pratiques existantes au niveau de l'état civil et des juridictions, le législateur a eu le courage de faire des choix là où ils s'imposaient. La loi n'abandonne pas le facteur de rattachement traditionnel en matière de statut personnel<sup>3</sup>. L'exposé des motifs fait référence à plusieurs lois étrangères, entre autres celles de la Suisse, de l'Allemagne et de l'Italie. Il constate une grande disparité entre les approches choisies et rappelle que les choix proposés pour les Pays-Bas sont également influencés par le fait que le statut personnel de nombreuses personnes étrangères installées aux Pays-Bas est, dans le pays d'origine, déterminé selon la loi nationale. La nature stable, par principe, des rapports de filiation milite d'ailleurs en faveur du maintien de ce point de rattachement. L'application du principe de la nationalité est, toutefois, modulée selon les catégories de cas. Lorsque ce rattachement n'est pas praticable ou qu'il n'offre pas d'appui satisfaisant, c'est la résidence habituelle des parties intéressées ou de l'une d'elles qui sert de rattachement subsidiaire. La loi privilégie les rattachements communs aux principales parties. Pour la reconnaissance de la paternité un système distributif est prévu.

---

<sup>1</sup> Jacob van Rijn van Alkemade, La codification du droit international privé des Pays-Bas, dans: L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano, Padoa 1989. Une loi contenant des dispositions générales et dans laquelle seront intégrées toutes les lois existantes sur les conflits de lois est en cours de préparation.

<sup>2</sup> 2) Dans les vingt dernières années une seule grande thèse est parue sur le sujet, celle de A.P.M.J.Vonken, Het internationale afstammingsrecht in perspectief, 1987.

<sup>3</sup> Article 6 de la loi de 1829 portant dispositions générales. En droit international privé néerlandais le renvoi n'est pas admis sauf disposition de loi expresse.



### 3. Référence aux conventions de la CIEC.

Pour des raisons d'harmonie internationale il a été jugé opportun que les Pays-Bas demeurent partie à deux conventions en vigueur de la Commission Internationale de l'Etat Civil, celle du 12 septembre 1962 relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels et celle du 10 septembre 1970 sur la légitimation par mariage. On reviendra à ces deux conventions dans l'analyse des articles. En revanche, il a été décidé de ne pas ratifier une troisième convention de la CIEC dans ce domaine, celle du 5 septembre 1980 relative à la reconnaissance volontaire des enfants nés hors mariage, ratifiée par la France et la Turquie et qui, faute d'une troisième ratification, n'est pas entrée en vigueur. Cette convention prévoit quatre rattachements alternatifs pour la reconnaissance de la paternité. Cette technique présente l'inconvénient qu'à la différence de la pratique communément admise aux Pays-Bas, elle n'accorde pas la primauté à la loi nationale de l'auteur de la reconnaissance. Elle obligerait l'officier de l'état civil à opérer un choix difficile entre facteurs de rattachement. De plus, l'absence d'une exception d'ordre public est ressentie comme le manque d'un moyen de combattre les reconnaissances mensongères faites dans le seul but de faire acquérir à l'enfant un titre de séjour aux Pays-Bas. Il n'en demeure pas moins que la Convention de 1980 peut être qualifiée de novatrice, notamment par son régime très favorable à l'établissement de liens de filiation par reconnaissance.

### 4. Règle de conflit à finalité matérielle?

L'une des questions importantes auxquelles il a fallu trouver une réponse est celle de savoir si les règles de conflit en matière de filiation doivent ou non favoriser l'établissement ou, le cas échéant, la rupture du rapport de droit de famille entre l'enfant et le parent. Comme on le verra par la suite, l'utilisation d'un procédé n'est pas jugé souhaitable dans tout le domaine couvert par la loi. Par exemple, l'intérêt de l'enfant n'est pas toujours servi par l'établissement d'un lien de filiation avec le mari de sa mère. C'est pourquoi une règle de conflit "neutre" a été développée pour la filiation légitime.

### 5. Filiation légitime: application de la loi nationale commune des époux.

La loi nationale commune des époux régit le lien de filiation existant entre les époux et l'enfant né pendant leur mariage (article 1). La règle respecte l'égalité des époux. La loi nationale commune s'applique lorsque les époux n'ont qu'une seule nationalité commune. S'ils ont plusieurs nationalités communes, ils sont censés n'avoir aucune nationalité commune et la loi de la résidence habituelle commune s'applique. La solution retenue dans ce cas est celle de l'article 15, deuxième paragraphe de la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et par la loi néerlandaise réglant les conflits de lois en matière d'effets personnels du mariage. La loi évite le recours au principe de la nationalité effective. Elle ne prévoit pas non plus que l'on renonce à appliquer la loi nationale lorsque l'une des parties n'a plus de lien réel avec l'Etat national. Les différences d'appréciation que peut comporter l'utilisation de tels procédés ont été écartées le plus possible.

Lorsque les époux n'ont pas non plus de résidence habituelle commune, c'est la loi de la résidence habituelle de l'enfant qui s'applique.



Les règles de conflits de lois en matière de filiation légitime sont applicables également à l'action en recherche de paternité (article 6). Cette action a été introduite en droit néerlandais (à côté de l'action à fins de subsides) lors de la réforme de 1998. Cette action a, par ailleurs, remplacé les lettres de légitimation, et elle peut donc être entamée de manière posthume.

## 6. Désaveu et contestation du lien de filiation

Les règles applicables au désaveu et à la contestation du lien de filiation tiennent compte de la récente réforme du droit interne. Devant l'action judiciaire, le père et la mère sont désormais placés sur un pied d'égalité. En principe ce sont les règles de conflits de lois en matière de filiation légitime qui régissent également le désaveu ou la contestation. La loi, dans son article 2, ajoute cependant un élément favorisant la rupture du rapport de droit de famille, en permettant au juge d'appliquer, à titre subsidiaire et à la demande des parties, soit une autre loi mentionnée à l'article 1, soit la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment de l'action, soit encore la loi néerlandaise. Le recours à l'une de ces lois n'est toutefois autorisé que s'il sert l'intérêt de l'enfant. Au cours de la discussion parlementaire il a été précisé que l'intérêt de l'enfant est, en principe, servi par une filiation juridique correspondant à la réalité biologique. Dans la procédure la désignation d'un tuteur ad hoc est obligatoire.

La loi néerlandaise interne actuelle permet dans des conditions très limitées la contestation de la paternité de l'ex-mari de la mère par déclaration de la mère devant l'officier de l'état civil. Il faut en effet que le divorce ou la séparation de fait soit intervenue dès avant la conception de l'enfant et que le mari ou l'ex-mari de la mère soit décédé. La déclaration peut alors être faite dans l'année qui suit la naissance de l'enfant. Si la mère s'est déjà remariée, le lien de filiation avec le nouveau mari est alors établi de plein droit.

La règle de conflit pour la contestation extrajudiciaire, qui reprend l'article 1 et ne contient pas d'élément de faveur, tient compte du fait que certaines lois étrangères offrent également cette possibilité lorsque le mari ou l'ex-mari de la mère est encore vivant. Dans ce cas la règle subordonne la déclaration de contestation à la condition que le mari ou l'ex-mari donne son consentement. De plus, elle ne permet la contestation extrajudiciaire que si un nouveau lien de filiation est établi par la même occasion, de plein droit ou par reconnaissance de la paternité. En imposant ces deux conditions, la loi tend à assurer que l'officier n'ait à traiter que des cas où il est évident que les intérêts des parties convergent. Si les conditions pour une déclaration de contestation ne sont pas réunies, l'action devant le juge reste possible.

## 7. Filiation maternelle des enfants naturels: application de la loi nationale de la mère.

La règle de conflit pour la filiation maternelle par naissance est celle acceptée traditionnellement. En cas de double nationalité de la mère, les liens de filiation sont censés exister de plein droit dès lors que l'une de lois nationales les fait naître. A cette règle de base a été ajoutée une règle qui stipule que le lien de filiation existe en tout cas lorsque la mère a sa résidence habituelle aux Pays-Bas au moment de la naissance de son enfant.





L'article 3 renvoie dans son troisième paragraphe à la Convention de la CIEC du 12 septembre 1962 relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels, convention ratifiée par l'Allemagne, l'Espagne, la Grèce, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Suisse et la Turquie. Cette convention prévoit que la filiation à l'égard de la mère est établie lorsque la mère est inscrite comme telle à l'acte de naissance étranger. Si elle n'y figure pas, elle a la faculté de reconnaître son enfant. Même si elle y figure, elle a cette faculté si elle justifie qu'il lui faut une telle déclaration afin de répondre aux exigences de la loi d'un Etat non partie à la Convention.

## 8. Reconnaissance de la paternité: application distributive des lois nationales des parties; élément favorisant.

Conformément à la pratique et à une jurisprudence confirmée encore récemment par la Cour Suprême, la reconnaissance de la paternité est - en ce qui concerne la capacité de l'homme et les autres conditions - régie en premier lieu par la loi nationale de l'auteur de la reconnaissance. En cas de nationalités multiples on peut avoir recours à l'une des lois nationales, qu'il s'agisse ou non de la nationalité effective.

Au cas où la reconnaissance ne serait pas ou plus possible en vertu de la loi nationale de l'auteur, on appliquera la loi de la résidence habituelle de l'enfant ou, si cette loi ne procure pas le résultat voulu, la loi nationale de l'enfant. En dernier lieu on pourra appliquer la loi de la résidence habituelle de l'enfant. Le moment déterminant est celui de la reconnaissance.

Une règle spécifique a été prévue pour le cas de la reconnaissance paternelle par un homme marié de nationalité néerlandaise. Afin d'éviter que la législation en matière d'adoption internationale ne soit contournée, il est stipulé que la capacité à reconnaître un enfant est alors toujours régie par la loi néerlandaise. La loi néerlandaise prévoit que le juge établisse qu'entre l'auteur de la reconnaissance et la mère un lien existe ou a existé qui puisse être suffisamment assimilé à un mariage, ou qu'une relation personnelle étroite existe entre l'auteur et l'enfant. L'élément de protection contenu dans cette règle implique que la loi néerlandaise s'applique, sans qu'importe que l'homme possède encore une autre nationalité.

Le consentement de la mère et celui de l'enfant ont été traditionnellement soumis à la loi nationale de l'intéressé(e). Il a été jugé inutile d'imposer le consentement de la mère à titre de loi d'application immédiate. A la différence du droit néerlandais, nombre de lois étrangères n'imposent pas ce consentement. On pourrait éluder cette exigence en se rendant à l'étranger pour reconnaître l'enfant. La loi précise cependant que la mère néerlandaise donne son consentement conformément à la loi néerlandaise, qu'elle possède ou non encore une autre nationalité.

Une autre nuance a été apportée pour le cas, assez fréquent dans la pratique néerlandaise, où la loi personnelle désignée par la règle de conflit ne connaît pas la reconnaissance paternelle. C'est le cas notamment des lois des pays islamiques. Dans ce cas la loi de la résidence habituelle de la mère ou celle de l'enfant s'applique au consentement à titre subsidiaire.

L'annulation de la reconnaissance est régie par les mêmes règles de conflit que la reconnaissance. Pour cette raison il a été prévu que l'acte de reconnaissance mentionne la loi appliquée.



## 9. Légitimation: la Convention CIEC de 1970.

Les Pays-Bas demeurent liés par la Convention de Rome du 10 septembre 1970 sur la légitimation par mariage, convention ratifiée par ailleurs par l'Autriche, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg et la Turquie. En vertu de cette convention, la légitimation par mariage des parents est reconnue dans les Etats contractants lorsqu'elle est prévue par la loi nationale du père ou la loi nationale de la mère. On peut admettre qu'en cas de pluralité de nationalités, la légitimation est valable lorsqu'elle est admise pour l'une des lois nationales, sans que ce soit nécessairement la loi de la nationalité effective.

L'article 7 de la loi, qui fait référence à la Convention, ajoute aux règles de celle-ci, à titre subsidiaire, le rattachement à la loi de la résidence habituelle de l'enfant.

Lors de la ratification les Pays-Bas ont fait la réserve qu'une légitimation ne sera pas reconnue comme valable lorsque l'un des époux a la nationalité néerlandaise et que le mariage conclu aux Pays-Bas n'a pas été célébré devant un officier de l'Etat civil ou que, contracté à l'étranger, il n'est pas valable selon la loi de l'Etat de célébration. Cette réserve a été insérée dans l'article de loi.

Maintenant que le droit interne néerlandais ne connaît plus la légitimation, le rôle de la règle de conflit contenue dans la convention est limité au cas où un enfant est légitimé aux Pays-Bas par le mariage de ses parents sans avoir été préalablement reconnu (possibilité prévue notamment par les systèmes de droit anglo-saxons), ou le cas de la reconnaissance d'une légitimation intervenue à l'étranger. Dans ce contexte, les articles 9, troisième paragraphe et 10, troisième paragraphe prévoient que les règles prévues par ces articles pour la reconnaissance de décisions ou de faits intervenus à l'étranger ne s'appliquent pas à la légitimation.

## 10. Le contenu du lien de filiation

Les effets de l'existence de liens de filiation sont, en très grande partie, régis par des règles de conflit spécifiques. C'est le cas notamment des obligations alimentaires, du nom et de la responsabilité parentale. La règle de l'article 7 est donc une règle résiduelle qui s'applique au droit des parents à l'usufruit du patrimoine de l'enfant, aux droits et aux obligations de l'enfant à l'égard de ses parents (autres que les obligations alimentaires) et au droit des parents à donner des prénoms à leurs enfants. La règle de conflit s'inspire de l'article 1.

## 11. La reconnaissance de décisions étrangères et de faits ou d'actes portant établissement ou modification des liens de filiation: la loi appliquée n'est pas vérifiée.

Les règles de reconnaissance prévues aux articles 9 et 10 reflètent une caractéristique de l'évolution que subit depuis une vingtaine d'années le droit international privé néerlandais en matière de droit des personnes et de la famille, évolution influencée par plusieurs conventions de La Haye. Ce développement a commencé par l'adoption en 1981 d'une loi réglant (entre autres) la reconnaissance de divorces étrangers, loi entrée en vigueur à l'occasion de la ratification simultanée de la Convention de La Haye de 1970 sur la reconnaissance des



divorces et des séparations de corps et la Convention de la CIEC de 1967 sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal<sup>4</sup>. Dans la même année a eu lieu la ratification de la Convention de La Haye de 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires. En matière de statut des personnes, une étape importante a été la ratification, en 1990, de la Convention de La Haye de 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages. Dans la même lignée s'inscrit la modification de 1999 de la loi réglant les conflits de loi en matière de noms. Toutes ces conventions et lois ont ceci de commun que l'on ne vérifie pas, lors de la reconnaissance des décisions, des faits ou des actes, que l'autorité étrangère ait appliqué la même loi que celle qui aurait été appliquée en vertu du droit international privé de l'Etat requis, ou, au moins, que le résultat obtenu soit identique à celui qu'aurait procuré l'application des règles de conflit de cet Etat. Dans le passé la reconnaissance de décisions et de faits relevant du statut personnel était normalement refusée pour contrariété à l'ordre public si ces faits ne répondaient pas à ce critère. Le ministre de la Justice, dans son exposé des motifs de la nouvelle loi, a estimé qu'on irait trop loin en qualifiant les règles de conflit néerlandaises de règles d'ordre public et en "exportant" ainsi ces règles à l'étranger.

En 1992 la Cour Suprême, dans une décision concernant la reconnaissance d'une reconnaissance de paternité faite à l'étranger, a jugé que la validité d'une telle reconnaissance ne dépend pas de la loi désignée par le d.i.p. néerlandais. La Cour a dressé un catalogue très large de rattachements valables, catalogue qui permet d'accepter presque n'importe quelle loi. Les articles 9 et 10 prennent appui sur cette jurisprudence en éliminant la vérification de la loi appliquée<sup>5</sup>. Dans un souci d'éviter les actes frauduleux il y est cependant précisé que la capacité d'un ressortissant néerlandais pour reconnaître un enfant doit répondre aux critères de la loi néerlandaise. De même, le consentement de la mère néerlandaise à la reconnaissance de la paternité est assujéti à la loi néerlandaise.

**Dorothee VAN ITERSÓN**

Conseiller, Direction Législation du  
Ministère de la Justice des Pays-Bas

---

<sup>4</sup> V. Revue critique de droit international privé, 1981, p. 809-814, Comm. Van Rooij.

<sup>5</sup> La solution a été critiquée par A.V.M.Struycken dans son allocution d'adieu à l'université de Nimègue ('s Lands wijs, 's lands eer, 2001). Elle a, par contre, été bien accueillie par d'autres commentateurs et a été acceptée sans discussion par le parlement. Elle a inspiré une des dispositions générales sur le d.i.p. préparées par la Commission d'Etat.



# Katja JANSEGGERS - De internationale adoptie voor en na de i.p.r.-codificatie<sup>1</sup>

## Inleiding

Deze bijdrage heeft de bedoeling een overzicht te geven van wat actueel is in het internationaal privaatrecht van adoptie. Er komen achtereenvolgens antwoorden op de vragen: 1) welke rechter internationaal bevoegd is om een potentieel geschil te beoordelen; 2) welk recht van toepassing is op de totstandkoming van de adoptie en 3) hoe vreemde vonnissen in deze materie in België erkend en ten uitvoer kunnen worden gelegd.

Eerst kijk ik naar de hiërarchisch hoogste rechtsnorm, met name naar het Haags Adoptieverdrag (zie verder nr. 3 e.v.) dat België ondertekend heeft, maar nog niet geratificeerd en daarna kijk ik naar het Belgisch gemeen recht.

Op 1 juli 2002 werd een wetsvoorstel tot codificatie van het ipr (verder afgekort als: I.P.R.-codex) samen met een uitgebreide memorie van toelichting (afgekort als: Memorie van Toelichting I.P.R.-codex) ingediend in de Senaat.<sup>2</sup> Dit wetsvoorstel heeft de bedoeling om het Belgisch ipr op een exhaustieve wijze vast te leggen in een codex zodat het niet langer moet gezocht worden in door de jaren heen gegroeide rechtspraak alleen, hetgeen voor de materie van het personen- en familierecht vaak het geval is geweest.<sup>3</sup> Aangezien deze codificatie zich nog in een vroeg parlementair stadium bevindt, gaat dit overzicht kort in op de mogelijke wijzigingen en blijft het ook noodzakelijk om de huidige toestand te bespreken.

In de I.P.R.-codex zou in de materie van het personen- en familierecht geen dogma aangehouden worden van een vaste aanknopng aan ofwel de nationaliteit van de personen ofwel de wet van hun woonplaats. Inzake de internationale adoptie is een verwijzingsladder voorzien die tot heden klassiek was. Deze verwijzingsladder laat eerst de nationale wet van de adoptant of de wet van de gemeenschappelijke nationaliteit van twee adoptanten toepassen, bij gebreke van een gemeenschappelijke nationale wet, wordt de wet van de gewone verblijfplaats van de adoptanten toegepast, en bij gebreke aan een gezamenlijke verblijfplaats, vindt de Belgische wet toepassing.<sup>4</sup> Er zou aldus in de materie van de adoptie een verschuiving gebeuren van nationale wet naar domiciliewet.

---

<sup>1</sup> Dit onderzoek werd afgesloten op 24 december 2002. Met dank aan Prof. Dr. J. ERAUW voor zijn opmerkingen bij deze tekst.

<sup>2</sup> Wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht ingediend in de Senaat op 1 juli 2002, *St. Senaat* 2-1225/1, 2001-2002. De tekst van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn ook te raadplegen op [www.ipr.be](http://www.ipr.be).

<sup>3</sup> Zie J. ERAUW, "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het ontwerp van het wetboek I.P.R.", *R.W.* 2001-2002, 1557-1566.

<sup>4</sup> J. ERAUW (*Ibidem*, p. 1563) schetst een kort overzicht van de conflictenregels.



## § 1. Verdrag van Den Haag van 29 mei 1993 inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie

Binnen de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht werd op 29 mei 1993 het verdrag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie gesloten (verder genoemd: het Haags Adoptieverdrag).<sup>5</sup>

Een belangrijke interpretatieve tekst bij het verdrag is terug te vinden in de “Actes et documents de la Dix-septième session 10 au 29 mai 1993” van de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht.<sup>6</sup> Uit het rapport Van Loon (Engelstalige versie) blijkt dat diverse niet-lidstaten van de Haagse Conferentie deelgenomen hebben aan de voorbereiding van het verdrag en dat: “(...) *there was a clear practical need for a multilateral instrument which would not, or not only, be a traditional convention unifying private international law rules, but one which would define certain substantive principles and establish a legal framework for co-operation between authorities in countries of origin of children and receiving countries, in order to protect those children effectively. Obviously this necessitated inviting all interested countries to participate from the beginning in this project on an equal footing with Member States (...).*”<sup>7</sup>

Het Haags Adoptieverdrag doet weinig op het vlak van het ipr. Het laat de regels van het ipr van de staat waar de vraag zich stelt, ongemoeid. Er zijn enkel detailsaspecten die geregeld worden in het verdrag die de verwijzingsregels beïnvloeden. Zo geeft bijvoorbeeld art. 21, 1-6 aan dat een adoptie slechts kan plaatsvinden indien de Centrale Autoriteit van de staat van herkomst naar behoren is voorgelicht.<sup>8</sup>

België heeft dit Haags Adoptieverdrag ondertekend op 27 januari 1999, maar nog niet geratificeerd.<sup>9</sup> De Vlaamse Gemeenschap heeft evenwel wel reeds haar principiële

---

<sup>5</sup> Gesloten te Den Haag op 29 mei 1993, *Tractatenblad Nederland* 1993, 197. In werking getreden op 1 mei 1995. Te raadplegen in: J. ERAUW en C. ROMMELAERE, *Bronnen van internationaal privaatrecht (5<sup>e</sup> Editie)*, Mechelen, Kluwer, 2002, 129-133.

<sup>6</sup> *Actes et documents de la Dix-septième session 10 au 29 mai 1993 – Tome II – Adoption coopération*, Den Haag, Permanent Bureau, 1994. In deze bundel zijn ondermeer opgenomen : het voorbereidend rapport VAN LOON, verder genoemd: rapport VAN LOON en het ‘Explanatory report PARRA-ARANGUREN’, verder genoemd: rapport PARRA-ARANGUREN.

<sup>7</sup> Rapport VAN LOON, p. 15.

<sup>8</sup> J. ERAUW, “Het verdragsrecht in het federale België getoetst aan het Haags Verdrag van 29 mei 1993 inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie”, in P. SENAËVE (ed.), *Actuele vraagstukken van interlandelijke en inlandse adoptie en van verlatenverklaring*, Leuven, Acco, 1995, 125-126.

<sup>9</sup> Op dit ogenblik hebben de volgende landen ondertekend maar nog niet geratificeerd: België, China, Ierland, Portugal, Russische federatie, Turkije, Uruguay, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten, Witrusland. De volgende landen hebben het verdrag geratificeerd: Mexico, Roemenië, Sri Lanka, Cyprus, Polen, Spanje, Ecuador, Peru, Costa Rica, Burkina Faso, Filippijnen, Canada, Venezuela, Finland, Zweden, Denemarken, Noorwegen, Nederland, Frankrijk, Colombia, Australië, El Salvador, Israël, Brazilië, Oostenrijk, Chili, Panama, Italië, Tsjechië, Albanië, Slovakije, Duitsland, Slovenië, Bolivia, Bulgarije, Luxemburg, Letland, Zwitserland. De volgende landen zijn toegetreden: Andorra, Moldavië, Litouwen, Paraguay, Nieuw-Zeeland, Mauritius,



instemming gegeven en is ook al begonnen met de concrete uitwerking van het verdrag (zie verder nrs. 12-15), zodat het toch belangrijk is kort in te gaan op enkele pijlers ervan.

## **A. Doelstellingen van het verdrag**

Dit verdrag heeft tot doel (art. 1):

“a) waarborgen vast te leggen om te verzekeren dat interlandelijke adopties op zodanige wijze plaatsvinden dat het hoogste belang van het kind daarmee is gediend en de grondrechten die hem volgens het internationale recht toekomen, worden geëerbiedigd;

*b) een samenwerkingsverband tussen de verdragsluitende Staten in het leven te roepen teneinde te verzekeren dat deze waarborgen in acht worden genomen en ontvoering, verkoop of handel in kinderen aldus worden voorkomen;*

*c) de erkenning van overeenkomstig het Verdrag tot stand gekomen adopties in de Verdragsluitende Staten te verzekeren.”*

Het verdrag bevestigt ook een aantal fundamentele rechten van het kind zoals vastgelegd in het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (Verder genoemd: VN-verdrag over de rechten van het Kind).<sup>10</sup>

Achter het verdrag schuilt de visie dat adoptie een sociale en juridische maatregel is tot bescherming van het kind, die moet begeleid worden door bevoegde diensten in de diverse staten en niet kan worden overgelaten aan de individuele wensen van de biologische ouders, kandidaat-adoptanten of niet-erkende tussenpersonen.

## **B. Toepassingsgebied en mechanisme van het verdrag**

Het verdrag is van toepassing zowel als de adoptie moet plaatsvinden of plaatsvindt in het land van oorsprong als wanneer dit gebeurt in het land van bestemming en ongeacht of het kind vóór of na de adoptie aan de nieuwe ouders wordt toevertrouwd.<sup>11</sup> Het is zowel van toepassing op adopties die door een rechterlijke beslissing tot stand worden gebracht, als op adopties die door middel van een overeenkomst in het leven worden geroepen.

Territoriaal geldt het verdrag wanneer een kind dat zijn gewone verblijfplaats in een verdragsluitende staat (staat van herkomst of oorsprong) heeft, naar een andere verdragsluitende staat (staat van opvang of bestemming) is, wordt of zal worden overgebracht, hetzij na zijn adoptie in de staat van herkomst door echtgenoten of een persoon

---

Burundi, Georgië, Monaco, IJsland, Mongolië, Estland. Zie steeds voor een actueel overzicht van de gebonden landen: [www.ipr.be](http://www.ipr.be) of [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>10</sup> Gesloten te New York op 20 november 1989, B.S. 17 januari 1992.

<sup>11</sup> J. VAN LOON, “Het Haagse Verdrag van 29 mei 1993 inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van interlandelijke adoptie: achtergronden en krachtlijnen”, in P. SENAËVE, (ed.), *Actuele vraagstukken van interlandelijke en inlandse adoptie en van verlatenverklaring*, Leuven, Acco, 1995, 89.



van wie de gewone verblijfplaats zich in de staat van opvang bevindt, hetzij met het oog op een zodanige adoptie in de staat van opvang of in de staat van herkomst (art. 2.1). Het heeft slechts betrekking op adopties die familierechtelijke betrekkingen tot stand brengen (art. 2.2).

De toepasselijkheid van het verdrag eindigt indien de instemmingen tot de adoptie niet zijn verkregen voordat het kind de leeftijd van 18 jaar bereikt heeft (art. 3).

Het verdrag wil een samenwerkingsverband in het leven roepen tussen de Verdragsluitende Staten dat gesteund is op de volgende principes:<sup>12</sup>

- een adoptie moet verlopen via internationale administratieve samenwerking tussen officieel gemachtigde instanties, de “Centrale Autoriteit” en de “vergunninghoudende instellingen”; de verantwoordelijkheden van de bevoegde autoriteiten van het land van herkomst zijn vermeld in art. 4<sup>13</sup>, de verantwoordelijkheden van het land van opvang zijn opgenomen in art. 5<sup>14</sup>; ieder van de autoriteiten past hierbij het eigen recht toe, met inbegrip van het internationaal privaatrecht;
- personen die hun gewone verblijfplaats hebben in een Verdragsluitende Staat en die een kind wensen te adopteren dat zijn gewone verblijfplaats heeft in een andere Verdragsluitende Staat, dienen zich te wenden tot de Centrale Autoriteit van de Staat van hun gewone verblijfplaats (art. 14);
- art. 17 is veruit de belangrijkste bepaling, die bepaalt dat een beslissing om een kind aan de zorg van de aspirant ouders toe te vertrouwen alleen mag genomen worden wanneer de betrokken staten afzonderlijk en gezamenlijk groen licht geven voor de adoptie; volgens art. 17 kan het land van opvang verlangen dat de voorwaarden voor adoptie die volgens het internationaal privaatrecht van het land van opvang moet nageleefd worden, ook door het land van herkomst worden geëerbiedigd.<sup>15</sup>
- zowel de adopteerbaarheid van het kind als de geschiktheid tot adoptie van de ouders moet worden gescreend, voorafgaandelijk aan het contact met het kind en de verplaatsing van het kind over de grens. Over het kind en zijn oorspronkelijke familie dient door de Staat van herkomst een degelijk en gedetailleerd rapport te worden opgemaakt, dat het kind en zijn adoptie-ouders de nodige informatie verschaft over zijn herkomst en zal gebruikt worden voor het uitvoeren van de “matching”, de plaatsing van het kind in het meest geschikte gezin. De Staat van opvang dient te onderzoeken en vast te stellen dat de kandidaat-adoptanten geschikt zijn voor adoptie en de nodige voorbereiding hebben ontvangen. Ook over de kandidaat-adoptanten dient een degelijk en gedetailleerd (hoofdzakelijk sociaal) rapport te worden opgemaakt, dat zal worden gebruikt bij de “matching”. De toewijzing van een kind is

<sup>12</sup> Het grootste gedeelte van deze tekst is gebaseerd op een tekst van G. VERSCHULDEN, nog te verschijnen in het Tijdschrift voor wetgeving.

<sup>13</sup> Deze voorwaarden stemmen overeen met die van art. 21(a) van het VN-Verdrag over de Rechten van het Kind. Art. 4b vormt een belangrijke versterking van het subsidiariteitsbeginsel van art. 21(b) VN-Verdrag over de Rechten van het Kind: eerst moeten de mogelijkheden tot plaatsing van het kind in zijn Staat van herkomst naar behoren onderzocht worden.

<sup>14</sup> Art. 5 legt de nadruk op de selectie en voorbereiding van de adopterende ouders.

<sup>15</sup> J. VAN LOON, “Het Haagse Verdrag van 29 mei 1993 inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van interlandelijke adoptie: achtergronden en krachtlijnen”, in P. SENAEVE, (ed.), *Actuele vraagstukken van interlandelijke en inlandse adoptie en van verlatenverklaring*, Leuven, Acco, 1995, p. 91.



volgens het verdrag enkel mogelijk indien de adopteerbaarheid van het kind en de geschiktheid van de kandidaat-adoptanten officieel vaststaat. Pas nadat beide Centrale Autoriteiten de “matching” hebben bevestigd kan de formele beslissing tot adoptie worden genomen.

- tenslotte bevat het Haags Adoptieverdrag een aantal bepalingen inzake de overbrenging van het kind, het mislukken van de adoptieplaatsing, de erkenning van adoptievonnissen en de voorwaarden voor de erkenning van adoptiediensten.

Voor het strikte terrein van het internationaal privaatrecht is veruit de belangrijkste aanwinst uit het Haags Adoptieverdrag dat gedane adopties van rechtswege wederzijds erkend worden.<sup>16</sup> Hoofdstuk V geeft de regels voor de erkenning en de rechtsgevolgen van de adoptie en voorziet in een liberaal erkenningsregime (art. 23-27). De reden hiervoor ligt in het feit dat zowel het land van herkomst als het land van opvang volledige controle hebben over de adoptieprocedure. Eenmaal beide landen hun toestemming gegeven hebben, is er geen reden meer waarom het land van opvang de adoptie zou weigeren, of waarom een derde land de adoptie niet zou erkennen als die adoptie aanvaardbaar is voor de twee meest betrokken landen.<sup>17</sup> Toch blijft er ook een controlemechanisme voor de erkenning: de adoptiebeslissing in het land van herkomst moet een aantal bijzonderheden inhouden die duidelijk maken dat de procedure (de instemmingen voorgeschreven door art. 17c) wel degelijk doorlopen is (art. 23). Daarnaast geldt ook dat de erkenning kan geweigerd worden als de adoptie duidelijk strijdig is met de openbare orde van de erkennende staat, rekeninghoudend met het belang van het kind (art. 24).<sup>18</sup> Art. 26 schrijft voor welke gevolgen de erkenning van de adoptie meebrengt.<sup>19</sup>

Dit verdrag is dus geen strikt of eenvoudig ipr-verdrag maar het legt wel de klemtoon bij een klassieke aanknopingsfactor, de gewone verblijfplaats, en dit zowel aan de zijde van het kind als aan de zijde van de toekomstige adoptie-ouders. Men doet dit enerzijds om te verzekeren dat het onderzoek naar de vraag of de adoptie in het belang van het kind is, met inachtneming van alle omstandigheden uit zijn omgeving gebeurt en anderzijds om te bereiken dat het onderzoek met betrekking tot de toekomstige leefwereld van het kind zo volledig mogelijk is. Nationaliteit speelt hierbij geen rol. Wel moet de etnische en culturele oorsprong van een kind in aanmerking genomen worden in het geheel van de beslissingen over de adoptie.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Adopties komen bij voorkeur tot stand in het land van herkomst van het kind.

<sup>17</sup> J. Van Loon, “Het Haagse Verdrag van 29 mei 1993 inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van interlandelijke adoptie: achtergronden en krachtlijnen”, in *o.c.*, p. 92.

<sup>18</sup> B.v. de erkenning van een adoptie zal geweigerd worden als het kind ontvoerd is. Maar niet in ieder geval waarin er sprake is van een ongerechtvaardigd financieel voordeel (zoals veroordeeld door art. 32 van het Haags Adoptieverdrag) zal de erkenning worden geweigerd.

<sup>19</sup> Het is een non-discriminatiebepaling die voorschrijft dat de rechtsgevolgen van erkenning van een sterke adoptie gelijkwaardig dienen te zijn aan die van een sterke adoptie volgens het interne recht van de erkennende staat.

<sup>20</sup> J.H.A. VAN LOON, “Anders denken over kinderrechten: de betekenis van de Haagse Verdragen over internationaal privaatrecht”, *T.J.K.* 2002 (extra editie ter gelegenheid van de emeritaatsviering van prof. Dr. Eugene Verhellen), nr. 12.





### C. **Principiële instemming met het Haags Adoptieverdrag en uitvoering ervan door de Vlaamse Gemeenschap**

De federale overheid heeft er de voorkeur aan gegeven om de instemming en de ratificatie van het Haags Adoptieverdrag uit te stellen tot wanneer de federale hervorming van de adoptiewetgeving zal zijn doorgevoerd.<sup>21</sup> Op federaal niveau wordt immers gewerkt aan een fundamentele hervorming van de adoptiewetgeving (zie verder nrs. 16-18).<sup>22</sup> Vermoedelijk zal deze hervorming op zijn beurt vertraging oplopen (althans op het vlak van het ipr) door de besprekingen rond de ipr-codex, die ook de materie van de interlandelijke adoptie wil regelen. Toch heeft de ratificatie van het verdrag een groot belang, aangezien diverse landen enkel bereid zijn adoptiekinderen te laten vertrekken naar landen die het Haags Adoptieverdrag geratificeerd hebben.

Hoewel het Haags Adoptieverdrag een gemengd verdrag<sup>23</sup> is en zowel de federale overheid als de gemeenschappen ermee moeten instemmen, bestaat er in het internationaal publiekrecht slechts één verdragsluitende entiteit, met name de federale Belgische staat. Dit betekent dat subentiteiten zoals de Vlaamse Gemeenschap geen partij kunnen zijn bij gemengde internationale verdragen. De Vlaamse Gemeenschap moet wel instemmen met een verdrag dat een onderwerp behandelt dat onder haar materiële bevoegdheid valt.

Bij Decreet van 8 mei 2002 heeft het Vlaams parlement ingestemd met het Haags Adoptieverdrag.<sup>24</sup> Volgens art. 2 van het Decreet betekent dit dat het Haags Adoptieverdrag wat de Vlaamse Gemeenschap aan gaat, volkomen gevolg zal hebben.

Naast de principiële instemming met het verdrag had de Vlaamse overheid reeds diverse maatregelen genomen om het Haags Adoptieverdrag in de bestaande regelgeving te implementeren.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Zie onder meer: Advies Kinderrechtencommissariaat inzake voorstel van resolutie van mevr. Ceysens betreffende de ratificatie van het Verdrag van Den Haag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van interlandelijke adoptie, ondertekend in Den Haag op 29 mei 1993 en het Verslag namens de Commissie voor Welzijn, Volksgezondheid en Gelijke Kansen, uitgebracht door mevr. Ann De Martelaer, *Parl. St. Vl. Parl.* 1999-2000, resp. nr. 264/2, 3 en nr. 264/3, 4.

<sup>22</sup> Wetsontwerp tot hervorming van de adoptie, *Parl. St. Kamer* 2000-2001, nrs. 1366/001 en 1367/001 van 17 juli 2001.

<sup>23</sup> Dit is een verdrag dat betrekking heeft op aangelegenheden die zowel behoren tot de bevoegdheid van de federale overheid als van de Gemeenschappen. Federaal is bijvoorbeeld: toegang van vreemdelingen tot het grondgebied, ouderlijk gezag, vertegenwoordiging van minderjarigen, de gerechtelijke bevoegdheid, ... Gemeenschapsbevoegdheden zijn bijvoorbeeld: jeugdbescherming, met uitzondering van het familierecht zoals opgenomen in het B.W. en aanvullende wetten.

<sup>24</sup> Vlaams Decreet van 8 mei 2002 houdende instemming met het verdrag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie, ondertekend te Den Haag op 29 mei 1993, *B.S.* 18 juni 2002, in werking sedert 28 juni 2002. De Franse Gemeenschap heeft al in 1994 ingestemd met het Haags Adoptieverdrag bij Decreet van 31 maart 1994 houdende goedkeuring van het verdrag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van interlandelijke adoptie, ondertekend in Den Haag op 29 mei 1993, *B.S.* 19 mei 1994.

<sup>25</sup> Zie hierover: G. VERSCHULDEN, "Kwaliteit gegarandeerd voor Vlaamse adopties", *De Juristenkrant*, nr. 54, 25 september 2002, p. 9.



Bij Decreet van 29 april 1997 inzake kwaliteitszorg in de welzijnsvoorzieningen (het zogenaamde Kwaliteitsdecreet)<sup>26</sup> werd voorzien dat een concrete invulling zou gegeven worden aan de erkenningsvoorwaarden per sector.

Voor de interlandelijke adoptie gebeurde deze aanpassing aan het Kwaliteitsdecreet bij Decreet van 15 juli 1997 (Adoptiedecreet).<sup>27</sup> Zo is een belangrijke taak weggelegd voor de Vlaamse Centrale Autoriteit (Kind en Gezin) om een beginseltoestemming tot de adoptie af te leveren van in het buitenland verblijvende kinderen (art. 4 § 4 Adoptiedecreet).

Dit Decreet kreeg verdere uitvoering in het Besluit van de Vlaamse Regering van 19 april 2002<sup>28</sup> en in drie ministeriële besluiten van 10 juni 2002<sup>29</sup>. Het uitvoeringsbesluit en de drie ministeriële besluiten inzake interlandelijke adoptie zijn retroactief in werking getreden op 1 januari 2002.

Binnen het bestek van deze bijdrage volstaat het om enkel in te gaan op een aantal belangrijke innovaties van het Besluit van 19 april 2002:

- de Vlaamse Centrale Autoriteit (dit is Kind en Gezin) verwijst de kandidaat-adoptanten door naar een door haar aangewezen vormingscentrum, met het oog op het volgen van het voorbereidingsprogramma Interlandelijke Adoptie (art. 5 § 1). Vormingscentra kunnen erkend worden, maar zij moeten dan beschikken over een voorbereidingsteam dat voldoet aan een aantal voorwaarden (zie de art. 8-20);
- per provincie kan maximaal één Centrum voor Algemeen Welzijnswerk (CAW) door de bevoegde minister erkend worden met het oog op het opstellen van gezinsrapporten en het uitbrengen van adviezen over de kandidaat-adoptanten (art. 26 § 1). Om erkend te worden moet een CAW over een evaluatieteam beschikken dat voldoet aan een aantal voorwaarden (zie art.29-42);
- als voorwaarde voor de erkenning moet de adoptiedienst beschikken over een interdisciplinair team dat voorheen uit minimum drie personen bestond, maar waarvan voortaan verplicht een jurist deel moet uitmaken (art. 55, 3°);
- verder zijn nieuwe bepalingen opgenomen in verband met teamleden en medewerkers (art. 58-63), de werking van de adoptiedienst (art. 65-69) en de hulp-en dienstverlening (art. 70-72 en 74-76);
- tenslotte is voortaan ook een bezwaarprocedure voorzien die gevolgd moet worden wanneer het vormingscentrum, het CAW of de adoptiedienst bezwaar aantekenen

<sup>26</sup> B.S. 11 juni 1997, met erratum in B.S. 4 juli 1997.

<sup>27</sup> Decreet van 15 juli 1997 inzake interlandelijke adoptie, B.S. 23 september 1997, in werking getreden op 19 december 1998. Momenteel werkt de Commissie Welzijn, Volksgezondheid en Gelijke kansen van het Vlaams Parlement aan een nieuw decreet om het decreet van 15 juli 1997 inzake interlandelijke adoptie aan te passen aan de op federaal niveau voorgestelde wijzigingen: Voorstel van Decreet houdende regeling van de interlandelijke adoptie van 13 december 2001, stuk 956 (2001-2002), geraadpleegd op [www.vlaamsparlement.be](http://www.vlaamsparlement.be).

<sup>28</sup> Besluit van de Vlaamse regering van 19 april 2002 betreffende de interlandelijke adoptie, B.S. 7 juni 2002; dit Besluit heeft het eerdere Besluit van de Vlaamse Regering van 20 oktober 1998 opgeheven.

<sup>29</sup> Ministerieel Besluit van 10 juni 2002 betreffende de kwaliteitszorg in de voorbereidingsteams, B.S. 14 augustus 2002; Ministerieel Besluit van 10 juni 2002 betreffende de kwaliteitszorg in de adoptiediensten die bemiddelen voor buitenlandse kinderen, B.S. 14 augustus 2002; Ministerieel Besluit van 10 juni 2002 betreffende de kwaliteitszorg in de evaluatieteams, B.S. 15 augustus 2002.



tegen de weigering en de intrekking van de erkenning, de weigering van de verlenging van de erkenning of de beslissing over de termijn van de erkenning of de verlenging van de erkenning (art. 94-99).

## D. Federaal wetsontwerp tot hervorming van de adoptie

Bij wetsontwerp van 17 juli 2001 tot hervorming van de adoptie wil de federale regering het Haags verdrag van 1993 implementeren in het Burgerlijk Wetboek.<sup>30</sup> Aangezien evenwel op 1 juli 2002 een wetsvoorstel tot codificatie van het ipr ingediend werd, leek het nog weinig waarschijnlijk dat de regels van internationaal recht inzake de adoptie zouden opgenomen worden in het B.W. zoals voorzien door dit wetsontwerp. Bovendien waren er al 28 amendementen op het regeringsontwerp door Kamerleden ingediend.<sup>31</sup> In december 2002 is de tekst van het wetsontwerp nochtans aangenomen in de Kamer en overgezonden naar de Senaat.<sup>32</sup>

Dit federale wetsontwerp bevat geen regels van internationale bevoegdheid zodat het in elk geval op dat vlak niet in aanvaring kan komen met het wetsvoorstel tot codificatie van het ipr van 1 juli 2002.<sup>33</sup> Het wetsontwerp bevat ook geen verwijzingsregels in de zin van regels die buitenlands recht zouden kunnen aanwijzen. Er is een bijzondere bepaling met een materiële regel voorzien omtrent de bekwaamheid tot adopteren, die toepasselijk is op alle verzoeken tot adoptie die in België worden ingesteld (het voorgesteld art. 357 B.W.).<sup>34</sup> Volgens de memorie van toelichting bij het wetsontwerp was het volgens de geest van het Haags Adoptieverdrag onontbeerlijk aan het te adopteren kind in alle gevallen bepaalde waarborgen te verlenen. Daarom moeten alle personen die wensen te adopteren bekwaam en geschikt zijn zelfs als de voorwaarden voor adoptie overeenkomstig de voorgestelde I.P.R.-codex aan buitenlands recht zijn onderworpen.<sup>35</sup> Ook art. 358 schrijft een dergelijke regel voor met betrekking tot de toestemmingsvereiste voorzien in art. 348-1.<sup>36</sup> De toestemming van de persoon die men wenst te adopteren is in elk geval vereist, indien hij de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt en over onderscheidingsvermogen beschikt. Volgens de memorie van

<sup>30</sup> Wetsontwerp tot hervorming van de adoptie van 17 juli 2001, *Parl. St. Kamer* 2000-2001, nr. 1366/001 en 1367/001.

<sup>31</sup> G. VERSCHELDEN, "Kwaliteit gegarandeerd voor Vlaamse adopties", *De Juristenkrant*, nr. 54, 25 september 2002, p. 9.

<sup>32</sup> [www.dekamer.be](http://www.dekamer.be), geraadpleegd op 24 december 2002: nr. 1366 is aangenomen op 17 december 2002 en nr. 1367 is aangenomen op 4 december 2002.

<sup>33</sup> Het wetsontwerp voorziet wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek, het Gerechtelijk Wetboek, het Strafwetboek en de Wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming.

<sup>34</sup> Het voorgestelde art. 357 B.W. schrijft voor: "Ongeacht het recht dat van toepassing is op de totstandkoming van de adoptie, moeten de voorwaarden voor adoptie gesteld in artikel 344-1 steeds vervuld zijn en moeten de adoptant of de adoptanten bekwaam en geschikt zijn om te adopteren", zie Wetsontwerp tot hervorming van de adoptie van 17 juli 2001, *Parl. St. Kamer* 2000-2001, nr. 1366/001 en 1367/001, p. 238.

<sup>35</sup> Wetsontwerp tot hervorming van de adoptie van 17 juli 2001, *Parl. St. Kamer* 2000-2001, nr. 1366/001 en 1367/001, p. 44.

<sup>36</sup> Art. 358 schrijft voor: "Art. 348-1 is van toepassing, ongeacht het recht dat van toepassing is op de toestemming van de geadopteerde (...)", zie Wetsontwerp tot hervorming van de adoptie van 17 juli 2001, *Parl. St. Kamer* 2000-2001, nr. 1366/001 en 1367/001, p. 238.



toelichting is de toestemming van een persoon in zijn adoptie zo fundamenteel dat het onontbeerlijk is gebleken haar in alle gevallen in te winnen.<sup>37</sup>

Volgens de Memorie van Toelichting I.P.R.-codex kan de regel van het voorgesteld art. 357 B.W. gezien worden als een bijzondere voorrangsregel in de zin van art. 20 van de I.P.R.-codex<sup>38</sup>, omdat zij de toepassing voorziet van alle relevante bepalingen van het (gewijzigde) burgerlijk wetboek op alle in België aangevatte procedures.<sup>39</sup>

Bovendien voorziet het wetsontwerp erin dat de huidige artikelen 344 en 344ter van het B.W. voorlopig van kracht blijven voor het geval dat dit ontwerp in werking zou treden voor de inwerkingtreding van de I.P.R.-codex.<sup>40</sup>

Het wetsontwerp zou één registratiesysteem van buitenlandse beslissingen invoeren. Bij de registratie van een vreemde adoptiebeslissing zullen de voorwaarden voor de erkenning in België (zoals omschreven door art. 72 I.P.R.-codex) nagezien worden.<sup>41</sup>

Het is duidelijk dat bij een fundamentele wijziging van de regels omtrent de adoptie alle ipr-aspecten goed op elkaar moeten worden afgestemd. De I.P.R.-codex zal moeten verwijzen naar het nieuwe B.W. en de nieuwe regels in het B.W. zullen hun relatie met de I.P.R.-codex moeten aanduiden.

## § 2. Het gemeen I.P.R. en de mogelijke wijzigingen volgens het wetsvoorstel tot codificatie

### **A. Internationale bevoegdheid van de homologatie- of herroepingsrechter**

#### *1. Huidige situatie*

Overeenkomstig artikel 350 §1, tweede lid B.W. wordt de adoptieakte gehomologeerd door de rechtbank van eerste aanleg of de jeugdrechtbank, als de geadopteerde minderjarig is, van de verblijfplaats van de adoptant(en) in België en, bij gebreke daarvan, die van de verblijfplaats van de geadopteerde of van één van de geadopteerden in België. Wanneer geen

<sup>37</sup> Wetsontwerp tot hervorming van de adoptie van 17 juli 2001, *Parl. St. Kamer* 2000-2001, nr. 1366/001 en 1367/001, p. 44.

<sup>38</sup> Art. 20 I.P.R.-codex voorziet: “*De bepalingen van deze wet doen geen afbreuk aan de toepassing van de bepalingen van Belgisch recht die, krachtens de wet of wegens hun kennelijke strekking, het geval dwingend beheersen ongeacht het door de verwijzingsregels aangewezen recht.*”

*Bij de toepassing, krachtens deze wet, van het recht van een Staat kan aan de dwingende bepalingen van het recht van een andere Staat waarmee het geval nauw is verbonden, gevolg worden toegekend indien en voor zover die bepalingen, volgens het recht van die andere Staat, toepasselijk zijn ongeacht het door de verwijzingsregels aangewezen recht. Bij de beslissing of die dwingende bepalingen moeten worden toegepast, wordt rekening gehouden met de aard en de strekking ervan, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing ervan zouden voortvloeien.”*

<sup>39</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 101.

<sup>40</sup> Art. 22 § 1, wetsontwerp tot hervorming van de adoptie van 17 juli 2001, *Parl. St. Kamer* 2000-2001, nr. 1366/001 en 1367/001, p. 199.

<sup>41</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 104.



van de partijen bij de adoptieakte een verblijfplaats in België heeft, maar ten minste één van hen de Belgische nationaliteit bezit, mag het homologatieverzoek worden gericht tot de rechtbank van eerste aanleg van Brussel. Dit betekent dat wanneer geen enkele partij in België woonplaats heeft, noch de Belgische nationaliteit heeft, de Belgische rechtbanken onbevoegd zijn. Zo wordt in de ene wetsbepaling tegelijk de interne relatieve competentie geregeld en wordt, eerder indirect, ook gezegd dat er überhaupt internationale jurisdictie in België ligt, voor diezelfde, aangeduide lokale rechters.

Art. 353 § 1 B.W. heeft betrekking op een verzoekschrift tot het uitspreken van de adoptie met negatie van de weigering van toestemming vanwege een ouder. Art. 369 § 1 B.W. breidt de bevoegdheidsregel van art. 350 § 1 B.W. uit tot de volle adoptie.

De bevoegde rechter in geval van herroeping wordt bepaald door art. 367 § 2 B.W. De vordering tot herroeping van de adoptie wordt ingesteld, behandeld en uitgewezen overeenkomstig de gewone regels van rechtspleging en bevoegdheid. Opnieuw hebben de rechtbank van eerste aanleg of de jeugdrechtbank de bevoegdheid. Indien geen van de verweerders een verblijfplaats in België heeft, doch tenminste één van de adoptanten of de geadopteerden van Belgische nationaliteit is, kan de vordering gebracht worden voor de rechtbank te Brussel.

## 2. *De I.P.R.-codex*

Art. 66 van het wetsvoorstel regelt de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter. Belgische rechters zijn – in afwijking van de algemene bepalingen van de wet<sup>42</sup> – bevoegd om een adoptie uit te spreken indien de adoptant, één van de adoptanten of de geadopteerde bij de instelling van de vordering Belg is of zijn gewone verblijfplaats heeft in België. Belgische rechters zijn bevoegd om een adoptie te herroepen indien de adoptant, één van de adoptanten of de geadopteerde bij de instelling van de vordering Belg is of zijn gewone verblijfplaats heeft in België.

Volgens de Memorie van Toelichting I.P.R.-codex vult deze bepaling de inhoud van het bestaande art. 350 § 1, tweede lid B.W. aan door een regel van internationale bevoegdheid in te voeren “op grond waarvan de Belgische gerechten als zodanig worden aangewezen”.<sup>43</sup> Artikel 13 van het wetsvoorstel toont aan hoezeer gelet wordt op de distictie tussen de internationale en de relatieve competentie en hoe ervoor moet gezorgd worden dat elke situatie de Belgische rechters toelaat om tussenbeide te komen, ook moet afgedekt zijn doordat er inderdaad een lokale rechtbank internrechtelijk bevoegd gemaakt wordt.

---

<sup>42</sup> De algemene bevoegdheidsregels zijn terug te vinden in de artikelen 5-14.

<sup>43</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 100. De Memorie zegt letterlijk: “(...) Het artikel vult artikel 350 § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek aan. Dit artikel maakt het mogelijk om de rechtbank aan te wijzen die in België in het bijzonder bevoegd is door de beschrijving van een reeks internationale situaties. De regels betreffende interne, nationale bevoegdheid die het artikel bevat, veronderstellen een regel van internationale bevoegdheid op grond waarvan de Belgische gerechten als zodanig worden aangewezen. Dit is wat artikel 66 nu doet. Dit artikel komt niet in aanvaring met het wetsontwerp tot wijziging van de adoptie. Immers bevat dat geen regeling van de internationale bevoegdheid (...)”



## B. Toepasselijk recht

De wet van 27 april 1987 wijzigde het Belgisch internationaal adoptierecht door de invoering van de artikelen 344-344quater in het Burgerlijk Wetboek.<sup>44</sup>

### 1. De huidige situatie

Onder deze afdeling volgt een bespreking van het huidig internationaal privaatrecht inzake de adoptie, zoals geregeld in de artikelen 344-344quater B.W. De Belgische wet maakt een onderscheid naargelang de leeftijd van het te adopteren kind. De regeling is anders naargelang de te adopteren persoon de leeftijd van 15 jaar al dan niet heeft bereikt. Vóór de wetwijziging van 27 april 1987 was de regeling veel strakker. Voor elke adoptie moesten de beide partijen voldoen aan hun nationale wet om te kunnen adopteren of geadopteerd worden. Vooral voor adopties van jonge kinderen uit rechtsstelsels die de adoptie niet kenden, zorgde dit voor problemen. De leeftijdsvereiste wordt beoordeeld op het ogenblik van het verlijden van de adoptieakte.<sup>45</sup>

De wet maakt een onderscheid tussen de toelaatbaarheid en de grondvoorwaarden van de adoptie, de toestemming van de geadopteerde (of zijn vertegenwoordigers), de vorm van de adoptieakte, de gevolgen van de adoptie, de herroeping van de adoptie en de erkenning van vreemde adoptieaktes of -vonnissen.

#### 1.1. Toelaatbaarheid en grondvoorwaarden

##### a. Wat moet verstaan worden onder “toelaatbaarheid”?

Aan de vereiste van toelaatbaarheid in het vreemde recht is voldaan wanneer het recht dat de toelaatbaarheid beheerst enige vorm van adoptie kent. Dit wil zeggen dat die wet een op grond van de wil of een gerechtelijke beslissing gesteunde afstammingsvestiging kent, zonder dat enige voorwaarde van een biologische band tussen de ouder en het kind wordt geëist. Die toelaatbaarheid is principieel voldoende voor de toelaatbaarheid in België van zowel een volle als een gewone adoptie.<sup>46</sup>

Nogal wat (oudere) rechtspraak heeft betrekking op adopties waarbij een partij betrokken was uit islamitische rechtsstelsels, die – algemeen gesproken – de rechtsfiguur van de adoptieve

---

<sup>44</sup> Wet van 27 april 1987, *B.S.* 27 mei 1987, 8270. Deze wet is in werking getreden op 6 juni 1987.

<sup>45</sup> Gent 11 mei 1992, *T.G.R.* 1992, 90. Zie ook: J. ERAUW, “De nieuwe geplande regeling van de internationale adopties – een analyse”, *R.W.* 1986-87, 2074; G. VAN HECKE EN K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, in *A.P.R.*, Brussel, Story Scientia, 1989, 250; F. RIGAUX en M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1993, nr. 1090.

<sup>46</sup> A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 2001, nr. 375. Voor een toepassing inzake volle adoptie en de toestemming van de moeder van het kind zie: Gent 9 januari 1989, *T.G.R.* 1989, 51.



afstamming niet kennen.<sup>47</sup> Zo werd in een vonnis van de rechtbank van Brussel de adoptie van een Algerijnse meerderjarige door een Belg geweigerd, omdat de Algerijnse wet die op de geadopteerde moest worden toegepast de adoptie verbood. Dit verbod werd niet strijdig geacht met de Belgische internationale openbare orde.<sup>48</sup>

*b. Wat moet verstaan worden onder “inhoudelijke voorwaarden”?*

Onder inhoudelijke (of grond-)voorwaarden verstaat men alle niet vormelijke vereisten waaraan de adoptie moet voldoen. Dit zijn de leeftijdsvoorwaarden, het leeftijdsverschil, de toestemmingen in hoofde van de adoptant (b.v. van de echtgenote van de adoptant), of de adoptant al dan niet reeds kinderen mag hebben, bevoegdmakende pleegvormen, de vereiste dat het om een verlaten kind gaat enz. Deze voorwaarden worden beheerst door de *lex causae* en kunnen verschillen naargelang het gaat om een gewone of een volle adoptie.

Het personeel statuut (het recht van het land waarvan de persoon de nationaliteit bezit) van een persoon moet gerespecteerd worden voor zover het regels formuleert in hoofde van die persoon, in zijn specifieke rechtstoestand.<sup>49</sup>

Wanneer de toepasselijke vreemde wetgeving een gelijkaardig instituut als het onze kent, maar de concrete praktische voorwaarden die zij stelt hier niet gerealiseerd kunnen worden (zoals het toevertrouwen van de kinderen aan een bepaalde sociale dienst) mag de vreemde wet aan de Belgische worden aangepast. Wanneer de toepasselijke vreemde wet grondvoorwaarden oplegt die eenvoudig verschillen van de Belgische (zoals de vereiste dat de te adopteren persoon minderjarig moet zijn), dan moet de vreemde wet zonder meer toegepast worden.<sup>50</sup>

Aan de Belgische vereiste dat de adoptie de geadopteerde tot voordeel moet strekken (art. 343 B.W.), dient steeds voldaan te zijn.<sup>51</sup> Zo blijkt ook uit twee vonnissen van de rechtbank van Tongeren. De geadopteerde werd sedert 1993 in het gezin van de adoptanten opgenomen, de overige kinderen van het gezin verklaarden zich akkoord met de voorgenomen adoptie en alle partijen bevestigden hun wil nogmaals bij het verschijnen in raadkamer, zodat de rechtbank besloot dat de adoptie de geadopteerde tot voordeel strekte en de homologatie uitsprak.<sup>52</sup> In een ander vonnis oordeelde de rechtbank dat de band van genegenheid tussen de adoptante en haar gezin met de geadopteerde reëel was en diende te primeren op de eventuele hulp die de geadopteerde zou kunnen bieden in de aardbeienplantage van de echtgenoot van de adoptante en ongeacht het feit dat recent het huwelijksvermogensstelsel van de adoptante en haar

<sup>47</sup> Bijvoorbeeld: Rb. Brussel 15 april 1985, *T.Vred.* 1986, 18, noot J. ERAUW. Voor een geval waarbij de adoptie toch toegestaan werd op grond van de exceptie van internationale openbare orde: *Vred. Marchiennes-au-Pont* 1 september 1986, *T.Vred.* 1987, 173.

<sup>48</sup> Rb. Brussel 22 oktober 1997, *Pas.* 1998, III, 90.

<sup>49</sup> J. ERAUW, “De internationale adoptie” in P. SENAËVE (ED.), *Adoptie. Verlatenverklaring van minderjarigen*, Leuven, Acco, 1989, 262.

<sup>50</sup> A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 2001, nr. 381.

<sup>51</sup> Gent 9 januari 1989, *T.G.R.* 1989, 51; Rb. Brussel 6 september 1989, *J.T.* 1990, 260.

<sup>52</sup> Rb. Tongeren 4 mei 1994, *T. Vreemd.* 1997 (verkort), 432, noot.



echtgenoot gewijzigd werd. Ook op dit verzoek tot homologatie werd ingegaan omdat de adoptie de geadopteerde tot voordeel strekte.<sup>53</sup>

Daarenboven moet de adoptie in België altijd steunen op wettige redenen.<sup>54</sup> Zo werd de homologatie van een adoptie van een Tunesiër geweigerd op grond van het vermoeden dat deze adoptie diende om de minderjarige, die wegens onenigheid met zijn ouders uit Tunesië was weggegaan, toe te laten verder in België te kunnen verblijven.<sup>55</sup>

Indien de adoptie ertoe strekt een verblijfstoestand te regulariseren – hetgeen wellicht in het voordeel van de geadopteerde is – hangt de vraag of dit ook een wettige reden is af van de feitelijke omstandigheden van het dossier. Dat het verblijfsaspect meespeelt is geen bezwaar, als het slechts een onderdeel uitmaakt van de wil van de partijen om tussen hen een afstammingsband te scheppen en die ook als zodanig te beleven. In elk geval wijst WALLEYN er op dat de (vroeger bestaande) Europese Commissie van de Rechten van de Mens aanvaard heeft dat de relatie tussen adoptanten en geadopteerde kan genieten van de bescherming van art. 8 EVRM.<sup>56</sup> Voor het overige wijst WALLEYN er op dat vermoedelijk niet moet gevreesd worden voor schijnadopties aangezien de Procureur des Konings altijd een preventieve controle uitoefent op de “wettige redenen” tijdens de homologatieprocedure, aangezien niet automatisch de Belgische nationaliteit wordt verworven en aangezien er belangrijke financiële consequenties verbonden zijn aan een adoptie: de partijen worden elkaars erfgenaam en er wordt een wederzijdse onderhoudsverplichting geschapen. Daarenboven kan een adoptie slechts om zeer gewichtige en door de rechtbank aanvaarde redenen, worden herroepen (art. 367 B.W.).<sup>57</sup>

*c. Geadopteerde ouder dan 15 jaar oud: distributieve verwijzingsregel<sup>58</sup>*

**Regel.** Artikel 344 § 2 B.W. bepaalt dat de adoptie van een persoon van meer dan 15 jaar oud, in België is toegelaten, hetzij tussen vreemdelingen, hetzij tussen Belgen en vreemdelingen, op voorwaarde dat elk der partijen voldoet aan de voorwaarden van zijn personeel statuut. Dit betekent dat de mogelijkheid en de voorwaarden om te kunnen adopteren beheerst worden door de nationale wet van de adoptant. De mogelijkheid en de voorwaarden om geadopteerd te kunnen worden, worden beheerst door de nationale wet van de geadopteerde. Wanneer de

<sup>53</sup> Rb. Tongeren 9 februari 1994, *T. Vreemd.* 1997 (verkort), 431, noot.

<sup>54</sup> Cass. 4 november 1993, *T. Not.* 1994, 455; Rb. Gent, 5 maart 1992, *N.F.M.* 1994, 19; Jeugdbr. Brussel 17 november 1993, *T. Vreemd.* 1995, 72.

<sup>55</sup> Jeugdbr. Gent 11 mei 1992, onuitgegeven, geciteerd in K. LAMBEIN en J. ERAUW, “De adoptieve afstamming” in J. ERAUW, e.a., “Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht 1985-1992”, *T.P.R.* 1992, nr. 112.

<sup>56</sup> L. WALLEYN, “Adoptie van vreemdelingen en verblijfsrecht in België”, noot onder Antwerpen 5 mei 1995, *T. Vreemd.* 1997, 412.

<sup>57</sup> L. WALLEYN, “Adoptie van vreemdelingen en verblijfsrecht in België”, noot onder Antwerpen 5 mei 1995, *T. Vreemd.* 1997, 413.

<sup>58</sup> Ook de rechtspraak die gold vóór de wet van 27 april 1987 kan nog relevant zijn: Brussel 7 januari 1986, *T. Vred.* 1986, 173; Rb. Brussel 21 februari 1986, *T.B.B.R.* 1988, 149; Rb. Brussel 14 januari 1988, *J.T.* 1989, 751; Gent 11 mei 1992, *T.G.R.* 1992, 3.





personele wet van hetzij de adoptant hetzij de te adopteren persoon de adoptie niet kent, is dus geen adoptie mogelijk.<sup>59</sup>

In een vonnis van de rechtbank van Oudenaarde waarin ten gronde uitspraak gedaan werd over de erkenning van een vreemde adoptie (zie ook verder nr. 66), zien we een toepassing van deze distributieve verwijzingsregel.<sup>60</sup> De Chinese wet die van toepassing was op het te adopteren kind voorzag dat adoptie slechts mogelijk was van kinderen beneden de 14 jaar. Aangezien het kind de Chinese nationaliteit had en meer dan 14 jaar oud was, werd de vordering tot homologatie (naast andere redenen) afgewezen.

De Brusselse rechtbank weigerde tevens de homologatie van een akte waarbij een Algerijnse meerderjarige door een Belg werd geadopteerd, omdat de Algerijnse wet (die op de geadopteerde moest toegepast worden) de adoptie verbodde.<sup>61</sup> De rechtbank oordeelde dat dit verbod niet strijdig was met de Belgische internationale openbare orde.

**Correctie op de strenge distributiviteit via de internationale openbare orde-exceptie en het EVRM.** De wettelijke distributiviteit houdt een negatieve cumulatie in. Dit betekent dat van zodra één van de nationale wetten de adoptie niet kent of strenge voorwaarden oplegt, de totstandkoming van de adoptie geweigerd of bemoeilijkt wordt. Als correctie op deze regel heeft zich rechtspraak ontwikkeld waarbij men zijn toevlucht neemt tot de internationale openbare orde-exceptie en de (rechtstreeks werkende) artikelen 8<sup>62</sup> en 14<sup>63</sup> van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). De strengere buitenlandse wet werd zo buiten werking gesteld door telkens Belgisch recht toe te passen.

Zo homologeerde de rechtbank van Gent een adoptie die volgens de strenge distributiviteit niet mogelijk was.<sup>64</sup> De homologatie werd gevraagd van een in België tot stand gekomen adoptie van een Nederlandse meerderjarige door zijn Belgische stiefmoeder. De adoptante voldeed aan alle door de Belgische wet gestelde voorwaarden, maar de nationale Nederlandse wet van de geadopteerde, kende de stiefouderadoptie enkel van minderjarigen. Door de toepassing van de distributieve verwijzingsregel kon de adoptie hier in principe niet tot stand komen. De rechtbank vond dit resultaat te streng en homologeerde toch. Ze liet zich leiden door de gezinssituatie van de partijen. De adoptante had de geadopteerde sinds haar huwelijk met diens vader steeds als haar zoon beschouwd. Er was dus sprake van een hechte gezinsband, waar men na het overlijden van de vader van de geadopteerde ook juridisch gestalte wou aan geven. Tevens wou men de geadopteerde laten genieten van dezelfde erfrechten als de dochter van de adoptante. De rechtbank baseerde zijn uitspraak rechtstheoretisch op de artikelen 8 en 14 van het EVRM, die de bescherming van het

<sup>59</sup> A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 2001, nr. 380.

<sup>60</sup> Rb. Oudenaarde 16 februari 1999, *T. Not.* 2000, 42, noot K. LAMBEIN.

<sup>61</sup> Rb. Brussel (12<sup>e</sup> k.) 22 oktober 1997, *Pas.* 1998, III, 90.

<sup>62</sup> Art. 8 EVRM: “Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.”

<sup>63</sup> Art. 14 EVRM: “Het genot van de rechten en vrijheden, welke in dit Verdrag zijn vermeld, is verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.”

<sup>64</sup> Rb. Gent 5 maart 1992, *R.W.* 1992-93, 1099, *N.F.M.* 1994, 19, met noot K. LAMBEIN.



gezinsleven als een fundamenteel recht beschouwen. Zoals LAMBEIN stelt, was deze argumentatie in de materie van de adoptie nieuw. Voordien werden deze bepalingen altijd gebruikt ten aanzien van een “op een bloedband gesteund gezinsleven”. Nog volgens LAMBEIN baseerde de rechtbank zijn uitspraak eigenlijk op de Belgische internationale openbare orde-exceptie. De werking van dit principe houdt in dat een vreemde wet kan opzij gezet worden als de toepassing ervan leidt tot een gevolg dat onaanvaardbaar is voor onze rechtsorde. Door deze techniek wordt van het normaal toepasselijk recht afgeweken. Door zich te steunen op de internationale openbare orde-exceptie verzette de rechtbank zich enkel tegen een gevolg dat de toepassing van die wet zou meebrengen voor de Belgisch rechtsorde.<sup>65</sup> Een gelijkaardige redenering inzake een stiefouder-adoptie van een meerderjarige Nederlander werd opgebouwd in een vonnis van de rechtbank van Turnhout.<sup>66</sup>

Uit twee uitspraken blijkt dat niet vereist is dat er een grote band of betrokkenheid is met de Belgische rechtsorde (met de Belgische levenssfeer of woonplaats in België) om de toepassing van de vreemde wet uit te sluiten. Het Hof van Beroep te Antwerpen weerde de Nederlandse wet op grond van de EVRM-bepalingen en de internationale openbare orde-exceptie.<sup>67</sup> De homologatie werd gevraagd in België van een Belgische akte van adoptie van twee Nederlanders door een Nederlandse, allen met woonplaats in België. De distributieve verwijzing zou geleid hebben tot de toepassing van Nederlands recht zodat de adoptie niet kon toegestaan worden. Het Hof meende dat dit zou leiden tot een dubbele discriminatie, zowel qua leeftijd als qua nationaliteit. De adoptie werd gehomologeerd overeenkomstig onze Belgische adoptiewetgeving. De rechtbank van Antwerpen volgde een zelfde redenering.<sup>68</sup> Het ging hier om de adoptie in België van vier Nederlandse meerderjarigen met woonplaats in Nederland door een Nederlander met woonplaats in België. Op grond van dezelfde argumenten werd de Nederlandse wet geweerd en de adoptie toch gehomologeerd (volgens Belgisch recht).

De Brusselse rechtbank was niet zo snel tevreden. In een vonnis van 1994 werd gevraagd om de toepassing van de Italiaanse wet te weren en de adoptie te homologeren van een meerderjarig buitenhuwelijks kind door de natuurlijke moeder.<sup>69</sup> Het Italiaans B.W. (meer bepaald art. 293) dat van toepassing was ingevolge onze verwijzingsregel, impliceerde dat de verzoekster haar buitenhuwelijks kind niet kon adopteren. De rechtbank oordeelde dat deze regel niet strijdig was met onze Belgische internationale openbare orde omdat de beginselen van onze afstammingswet van 31 maart 1987 het rechtsstatuut van een buitenhuwelijks kind hier vollediger regelde dan dat van een geadopteerd kind. Sedert 1987 had de adoptie van een kind door zijn ongehuwde moeder (of vader) elke zin verloren aangezien de huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen van dezelfde rechten konden genieten. Deze oplossing hield volgens de rechtbank evenmin een schending in van het EVRM, want ze berustte niet op een

---

<sup>65</sup> K. LAMBEIN, “De oorspronkelijke afstamming en de adoptieve afstamming” in J. ERAUW, e.a., “Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht 1993-1998”, *T.P.R.* 1998, nr. 152. Zie ook verder K. LAMBEIN, noot onder Rb. Gent 5 maart 1992, *N.F.M.* 1994, 19.

<sup>66</sup> Rb. Turnhout 12 december 1996, *J.dr.jeun.* 1999, afl. 190, 57, noot; *R.W.* 1999-00, 334.

<sup>67</sup> Hof Antwerpen 12 juni 1996 (AR 1995/EV/52, onuitgegeven), geciteerd in K. LAMBEIN, “De oorspronkelijke afstamming en de adoptieve afstamming” in J. ERAUW, e.a., “Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht 1993-1998”, *T.P.R.* 1998, nr. 153.

<sup>68</sup> Rb. Antwerpen 25 maart 1997, *T. Not.* 1997, 538, met noot K. LAMBEIN.

<sup>69</sup> Rb. Brussel 21 december 1994, *Pas.* 1994, 50; *T.B.B.R.* 1996, 153.



discriminatie op grond van geboorte binnen of buiten het huwelijk en ze schond het recht op eerbiediging van het privé-leven en het gezin evenmin.

De rechtbank van Brussel weigerde de adoptie van een meerderjarige Roemeen door een Belg te homologeren.<sup>70</sup> De geadopteerde voldeed niet aan de voorwaarden gesteld door zijn nationale (Roemeense) wet. De Roemeense wet liet de adoptie van een meerderjarige slechts toe op voorwaarde dat hij gedurende zijn minderjarigheid door de adoptant werd opgevoed. Het invoeren van de internationale openbare orde-exceptie leverde hier geen resultaten op. De rechtbank meende dat de Roemeense wet moest worden gerespecteerd. Het is niet omdat de Roemeense wet strenger is dan de Belgische, dat ze strijdig is met onze internationale openbare orde. De regel uit het Roemeens recht bracht de openbare orde niet in gevaar en was verenigbaar met de regels van het Belgisch internationaal adoptierecht.

De uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel lag in dezelfde lijn.<sup>71</sup> Het betrof hier eveneens de adoptie van een meerderjarige niet-erkende Roemeense kandidaat-vluchteling. In casu voldeed de Roemeen niet aan de voorwaarden gesteld door zijn *lex patriae*, zodat de homologatie werd geweigerd. Het argument dat het (vervangend) personeel statuut van de Roemeen zou geregeld zijn door de Belgische domiciliewet, werd niet weerhouden. Het artikel 12 §1 van het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 is immers maar van toepassing op erkende vluchtelingen. Pas in ondergeschikte orde werden de EVRM-bepalingen en de internationale openbare orde-exceptie ingeroepen. Het Hof wees deze excepties af. Het feit dat er geen oneigenlijk gebruik mag worden gemaakt van onze adoptiewetgeving om de immigratiewetgeving te omzeilen, speelde waarschijnlijk ook mee om tot deze uitspraak te komen. De Roemeense wet die de adoptie verbiedt van een meerderjarige die als minderjarige niet werd opgevoed door diegene die de adoptie wenst, is niet in strijd met art. 8 EVRM noch met art. 14 EVRM.

**Renvoi.** Tot het recht van de rechtsorde dat door onze verwijzingsregel voor een bepaalde categorie als toepasselijk wordt aangewezen, behoort ook het *ipr* van dat land.<sup>72</sup> Wanneer dat *ipr* in haar verwijzingsregel inzake een zelfde categorie een andere aanknopingsfactor hanteert dan de Belgische verwijzingsregel dan hebben we te maken met herverwijzing of *renvoi*. Is het door die vreemde verwijzingsregel aangewezen recht terug dat van de rechtsorde van de oorspronkelijk toegepaste Belgische verwijzingsregel, dan is de herverwijzing een terugwijzing. Is dat het recht van nog een andere rechtsorde, dan is er een verderverwijzing (*renvoi au second degré*).

De rechtbank van Brugge maakte gebruik van de *renvoi*-techniek.<sup>73</sup> De adoptieakte van een Ierse minderjarige ouder dan 15 jaar werd door de rechtbank gehomologeerd na toetsing van de grondvoorwaarden van de Belgische woonplaatswet van het kind. Naar Iers recht werd de

---

<sup>70</sup> Rb. Brussel 16 november 1994, *J.L.M.B.* 1995, 527, met noot M. LIÉNARD-LIGNY; *Pas.* 1994, III, 39; *T.Vreemd.* 1995, 286.

<sup>71</sup> Brussel 22 december 1995, *A.J.T.* 1995-96, 488 met noot K. LAMBEIN; *Rev.Trim.Dr.Fam.* 1996, 228.

<sup>72</sup> A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 2001, nr. 343.

<sup>73</sup> Rb. Brugge 7 juni 1994, *T.Not.* 1994, 457.



in het buitenland verrichte adoptie immers erkend, wanneer die in overeenstemming met de woonplaatswet was tot stand gekomen.

In een arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen werd op de meerderjarige geadopteerde toepassing gemaakt van het Indisch recht. Dit recht verwees, wat de staat en de bekwaamheid van de persoon betreft, naar de wetgeving van de woonplaats van de betrokkene. Aangezien de betrokkene op het ogenblik van de adoptieakte gedomicilieerd was in India bleef het kind onderworpen aan Indisch recht, waar enkel de adoptie van een minderjarige mogelijk was zodat de homologatie niet toegestaan werd.<sup>74</sup>

Ook de rechtbank van Luik maakte toepassing van de renvoi.<sup>75</sup> De zaak betrof een adoptie van een Poolse meerderjarige door een Belg. Op grond van de distributieve verwijzingsregel was Belgisch recht van toepassing in hoofde van de adoptant en Pools recht in hoofde van de geadopteerde. Het Pools intern recht voorzag geen adoptie van meerderjarigen. Anderzijds voorzag het Pools internationaal privaatrecht dat een adoptie van een Poolse meerderjarige tot stand gekomen in het buitenland, rechtsgevolgen heeft in Polen, op voorwaarde van een homologatie. De Luikse rechtbank hield hiermee rekening en paste Belgisch recht toe op grond van de renvoi-techniek. LAMBEIN<sup>76</sup> werpt op dat er twijfel kan rijzen over deze werkwijze aangezien het Hof van Cassatie in een echtscheidingsaangelegenheid formeel geweigerd heeft om het buitenlands erkenningsrecht in acht te nemen om daarop een renvoi te construeren.<sup>77</sup>

#### *d. Geadopteerde jonger dan 15 jaar*

Artikel 344 § 1 B.W. regelt de adoptie van kinderen jonger dan 15 jaar. Deze regeling is erop gericht de mogelijkheid van adoptie te begunstigen, aangezien hoofdzakelijk aangeknoopt wordt bij de nationale wet van de adoptant(en).

Hieronder moeten diverse hypotheses onderscheiden worden.

Wanneer er slechts één adoptant is, wordt de nationale wet van de adoptant (die adoptie toelaat) toegepast voor zowel de gewone als de volle adoptie.

Wanneer er twee adoptanten zijn van gelijke nationaliteit, wordt de gemeenschappelijke nationale wet van de adoptanten (die adoptie toelaat) toegepast en dit voor zowel gewone als volle adoptie.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Antwerpen 2 mei 1995, *T. Vreemd.* 1997, 411, noot L. WALLEYN.

<sup>75</sup> Rb. Luik 23 januari 1998, *Rev. Trim. Dr. Fam.* 1998, 665-681, noot J. CARLIER.

<sup>76</sup> K. LAMBEIN, "De oorspronkelijke afstamming en de adoptieve afstamming" in J. ERAUW, e.a., "Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht 1993-1998", *T.P.R.* 1998, nr. 154.

<sup>77</sup> Cass. 29 september 1994, *E.J.* 1995, 74, noot H. JACOBS; *R. Cass.* 1995, 85, noot F. BOUCKAERT; *R.W.* 1994-95, 1330, noot J. MEEUSEN.

<sup>78</sup> Zie voor een overzicht van (oudere) onuitgegeven rechtspraak: K. LAMBEIN en J. ERAUW, "De adoptieve afstamming" in J. ERAUW, e.a., "Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht 1985-1992", *T.P.R.* 1992, nr. 114.



Wanneer twee adoptanten een verschillende nationaliteit hebben en beide nationale wetten de adoptieve afstamming toelaten, dan bepaalt de Belgische wet de toelaatbaarheid en de inhoudelijke voorwaarden van zowel de gewone als de volle adoptie (art. 344 § 1, b B.W.).<sup>79</sup>

Is er sprake van een adoptant of twee adoptanten van gelijke of verschillende nationaliteit waarvan één of beide nationale wetten de adoptie niet kent, dan is volle adoptie verboden. Gewone adoptie is in die hypothese toegelaten naar Belgisch recht en de inhoudelijke voorwaarden worden beheerst door Belgisch recht, indien (1) het geadopteerde kind ofwel in België geboren is of meer dan 2 jaar regelmatig in België verblijft, en (2) de adoptant of de adopterende echtgenoten aantonen dat zij sedert tenminste 5 jaar gewoonlijk, regelmatig en ononderbroken in België verblijven (art. 344 § 1, c B.W.). Deze beide voorwaarden moeten cumulatief vervuld zijn.

Het terzijde schuiven van de niet-adoptiegezinde vreemde wetten is volgens ERAUW zoveel als een exceptie van openbare orde, of het rechtstreeks invoeren van een beperkt recht op de gewone adoptie van (kleine) kinderen.<sup>80</sup> Dit betekent dat een kind door een Algerijn of een Marokkaan niet kan worden geadopteerd omdat de adoptie naar moslimrecht niet toegelaten is, tenzij de adoptie gebeurt onder de strenge voorwaarden van art. 344 § 1, c B.W.<sup>81</sup>

Ook voor de adopties van kinderen jonger dan 15 jaar kan gebruik gemaakt worden van de techniek van de renvoi (zie ook hoger nrs. 37-40).

## 1.2. Toestemming tot de adoptie

**Regel.** Wanneer het personeel statuut van de geadopteerde nadere regels stelt voor de toestemming tot zijn gewone adoptie of zijn volle adoptie en de personen aanwijst die bevoegd zijn om toestemming te geven, wordt deze toestemming beheerst door het personeel statuut van de geadopteerde (art. 344 § 3 B.W.). Dit geldt voor adopties van personen boven en beneden de leeftijd van 15 jaar.<sup>82</sup> We vinden dus bij adopties van een kind beneden de 15 jaar ook een zekere mate van “distributiviteit” terug.

De nationale wet van de geadopteerde schrijft voor of de toestemming van de geadopteerde<sup>83</sup> al dan niet verplicht is, of er andere personen of instanties zijn die verplicht hun toestemming moeten geven en omschrijft tevens de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

---

<sup>79</sup> Zie voor een toepassing Jeugdrb. Brussel 17 november 1987, onuitgegeven.

<sup>80</sup> J. ERAUW, “De internationale adoptie” in P. SENAËVE (ED.), *Adoptie. Verlatenverklaring van minderjarigen*, Leuven, Acco, 1989, 268.

<sup>81</sup> F. BOUCKAERT, “Internationaal privaatrecht en grepen uit de notariële praktijk. Ontleding van casussen”, *T.Not.* 1998, 323.

<sup>82</sup> Ook bij een homologatie van een volle adoptie van een kind ouder dan 15 jaar werd verwezen naar art. 344 § 2 B.W.: Jeugdrb. Brussel 14 januari 1988, *J.T.* 1989, 751.

<sup>83</sup> Volgens een vonnis van de jeugdrechtbank van Brussel konden de adoptanten het te adopteren Chileens kind vertegenwoordigen en in zijn plaats toestemmen. De Chileense wet gaf immers de bevoegdheid aan de voogd of curator om het kind te vertegenwoordigen en toe te stemmen in zijn plaats. De adoptanten waren immers naar Chileens recht de voogden geworden van het verlaten kind. Dit is niet strijdig met de interne openbare orde: Jeugdrb. Brussel 6 september 1989, *J.T.* 1990, 260.



Wanneer de wet van de geadopteerde de gewone of volle adoptie niet toelaat, wordt de vraag of hij al dan niet zijn toestemming moet geven, bepaald door de wet die de toelaatbaarheid beheerst.<sup>84</sup> In een recent vonnis van het vredegerrecht van Sint-Gillis werd uitspraak gedaan over de toestemming tot een adoptie onder Marokkaans recht.<sup>85</sup> De Mudawwana die het persoonlijk statuut van de geadopteerde regelde, kent geen enkele vorm van adoptie. De rechtbank oordeelde dat de ouderlijke toestemming vereist is voor de kefala<sup>86</sup> zodat een dergelijke toestemming a fortiori vereist is voor een adoptie, waardoor het persoonlijk statuut van de geadopteerde wordt gewijzigd. In een veel ouder vonnis van het vredegerrecht van Schaarbeek van 27 maart 1985 werd niet vereist dat de Marokkaan die het kind in België erkend had, zijn toestemming tot de adoptie gaf, aangezien de erkenning naar Marokkaans recht geen afstammingsband tussen de natuurlijke vader en het kind teweegbracht.<sup>87</sup>

Het is duidelijk dat het bekomen van de nodige toestemmingen in de praktijk moeilijk kan zijn en dat de tussenkomst van de diplomatieke vertegenwoordigers van het vaderland van het kind zich kan opdringen.<sup>88</sup> Wanneer de toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger moet bekomen worden en dit blijkt onmogelijk te zijn, zal een vriendenraad hiervoor moeten zorgen (art. 348 § 1, voorlaatste lid B.W.).<sup>89</sup>

Volgens art. 348 B.W. is de toestemming van de ouders van een minderjarig kind vereist. De toestemming moet voor een notaris of vrederechter worden gegeven. Verblijven de ouders in een land waar geen notarissen bestaan, dan wordt de akte opgemaakt door de overheid die in werkelijkheid notariële functies waarneemt. Ook de Belgische diplomatieke ambtenaar of consul met notariële bevoegdheid kan deze akte passeren.<sup>90</sup> Het geven van een toestemming per volmacht is tevens mogelijk.<sup>91</sup>

---

<sup>84</sup> Het Franse Hof van Cassatie stelde: indien twee Franse echtgenoten een kind kunnen adopteren, waarvan de eigen wet die instelling niet toestaat, is dat op voorwaarde dat, ongeacht de bepalingen van die wet, de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige met algehele kennis van zaken zijn instemming heeft betuigd met de gevolgen die de Franse wet aan de adoptie verbindt en, meer in het bijzonder, in geval van volle adoptie, met het volledige en onherroepelijke karakter van het verbreken van de banden tussen de minderjarige en de toezichthoudende overheden van zijn land van herkomst: Cass.(civ.) (FR) 1 juli 1997, *J.D.I. (Fr.)* 1997, 973, noot MONEGER, F.; *Rev.crit.dr.intern.privé (Fr.)* 1997, 705, noot H. MUIR WATT.

<sup>85</sup> Vred. St.-Gilles 16 januari 2001, *T.B.B.R.* 2001 (verkort), 245.

<sup>86</sup> Kefala of kafala wordt geregeld in het Marokkaans B.W., de Mudawwana. Deze Marokkaanse rechtsfiguur heeft enkel betrekking op “la prise en charge des enfants abandonnés”, maar creëert geen enkele afstammingsband noch enig erfrecht. Deze rechtsfiguur kan dan ook onmogelijk geassimileerd worden met een adoptie. Het creëert enkel een vorm van opname van een persoon in een nieuwe familie. Zie over de kefala en de specifieke problemen van erkenning in Frankrijk: G. GOUZES, *Pour une éthique de l'adoption internationale, Rapport au Premier ministre*, Paris, La documentation Française, 2001, p. 111-119.

<sup>87</sup> Vred. Schaarbeek 27 maart 1985, *T.Vred.* 1986, 44, noot J. ERAUW.

<sup>88</sup> J. ERAUW, “De internationale adoptie” in P. SENAËVE (ED.), *Adoptie. Verlatenverklaring van minderjarigen*, Leuven, Acco, 1989, 271.

<sup>89</sup> F. BOUCKAERT, “Internationaal privaatrecht en grepen uit de notariële praktijk. Ontleding van casussen”, *T. Not.* 1998, p. 325.

<sup>90</sup> Wet van 10 juli 1931 betreffende de bevoegdheid der diplomatieke en consulaire agenten in notariële zaken, *B.S.* 31 juli 1931, gewijzigd door de wet van 31 maart 1987 en art. 5 van het Verdrag van Wenen inzake consulaire verkeer en twee Facultatieve Protocollen van 24 april 1963, voor België: Wet 17 juli 1970, *B.S.* 14 november 1970, in werking sedert 9 oktober 1970.

<sup>91</sup> Luik 18 januari 1999, *T.B.B.R.* 2000, 662-673, noot Y. DEKETELAERE.



**Renvoi.** Het arrest van het Hof van Cassatie van 4 november 1993 is een principiësarrest waarin de hoogste rechters voor het eerst uitdrukkelijk de toepassing van renvoi inzake adoptie aanvaard hebben.<sup>92</sup> Deze uitspraak bevestigde een praktijk die de feitenrechters reeds langer toepasten.

Deze zaak had betrekking op een adoptie van een Amerikaans minderjarig kind (uit de Amerikaanse deelstaat Delaware) met woonplaats in België. Volgens artikel 344 §3 B.W. moest de wet die het personeel statuut van het kind regelt, worden toegepast inzake de toestemming tot de adoptie. Op grond van artikel 3 B.W. was dit de nationale wet van de geadopteerde. Het internationaal privaatrecht van de Amerikaanse deelstaat Delaware knoopte voor het personeel statuut evenwel aan bij de domiciliewet. Nu het kind in België woonplaats had, paste de rechtbank via de renvoi-techniek Belgisch recht toe.

Het bijzondere aan deze zaak is evenwel dat de renvoi werd toegepast ten aanzien van buitenlands recht bestaande uit meer dan één rechtsstelsel (het pluri-legislatief rechtssysteem van de Verenigde Staten). De rechtsregel van de deelstaat Delaware waarnaar verwezen werd, is eigenlijk een interne (dit is tussen de deelstaten van de V.S. geldende) conflictenregel. Toch werd deze regel toegepast zodat we door renvoi uiteindelijk bij de Belgische wet belandden. De uitspraak van het Hof is echter niet beperkend in die zin. Opmerkelijk is ook dat het Hof van Cassatie de toepassing van de renvoi niet beperkt tot de toestemming inzake adopties. Het toepassingsgebied is ruimer geformuleerd: het Hof spreekt van de “staat van de persoon”.

**Conflict met wet die de toelaatbaarheid beheerst – adaptatie.** Er kunnen zich moeilijkheden voordoen wanneer de voorwaarden inzake de toestemming uit de personele wet van de geadopteerde onverenigbaar zijn met de wet die de totstandkoming van de adoptie regelt. Dit kan het geval zijn bij de adoptie van een persoon jonger dan 15 jaar. Indien de concrete praktische voorwaarden die de vreemde wet stelt, hier niet kunnen worden gerealiseerd dan mag de vreemde wet aan de Belgische worden aangepast. Een aanpassing of adaptatie van begrippen zal dan nodig zijn.

Een illustratie hiervan vinden we in het vonnis van de Jeugdrechtbank van Brussel<sup>93</sup> waarbij de homologatie van de volle adoptie van een verlaten Marokkaans kind van minder dan 15 jaar door een Belgisch echtpaar aan de orde was. De bepalingen van de Marokkaanse wet op grond waarvan een verlaten verklaard kind kon worden afgestaan aan een persoon die zich ertoe verbond ervoor te zorgen, zijn vergelijkbaar met de bepalingen vervat in de Belgische wet van 20 mei 1987 inzake de verlatenverklaring van minderjarigen. Men ging ervan uit dat het kind een statuut had dat vergelijkbaar was met dat van een verlaten kind en dat het aan de adoptanten toevertrouwde gezag vergelijkbaar was met het ouderlijk gezag. Op grond van deze argumenten was de procedure inzake de toestemming in de adoptie hier analoog aan deze van artikel 370quater B.W.

<sup>92</sup> Cassatie 4 november 1993, *J.T.* 1994, 187; *T.B.B.R.* 1994, 394, met noot L.BARNICH; *T. Not.* 1994, 454, met noot K. LAMBEIN; *Rev. Trim. Dr. Fam.* 1994, 494, met noot M. FALLON; *Pas.* 1993, I, 921; *KIDS III*, 3.1.2, 3; *Arr.Cass.* 1993, 919.

<sup>93</sup> Jeugdrechtb. Brussel 17 november 1993, *T. Vreemd.* 1995, 72.



### 1.3. De vorm van een internationale adoptie

De vormvereisten bij de totstandkoming van de adoptie worden beheerst door de wet van de plaats van de totstandkoming (lex loci celebrationis).

Dit betekent wanneer de adoptie in België tot stand wordt gebracht, moeten de Belgische vormvoorschriften toegepast worden. Dit betekent eveneens dat een adoptieakte door de notaris of de vrederechter moet opgesteld worden en dat deze akte moet gehomologeerd worden door de jeugdrechtbank (voor minderjarigen) of door de rechtbank van eerste aanleg (voor meerderjarigen). Deze regel moet toegepast worden ongeacht de nationaliteit van de partijen.<sup>94</sup> Het beginsel heeft hier geen facultatieve werking: enkel de lex loci is van toepassing op de vorm van de akte, niet de vormvereisten gesteld door de nationale wet van de partijen.<sup>95</sup>

Met bijzondere vormvoorschriften uit de nationale wet van de partijen moet geen rekening gehouden worden. De Belgische rechter moet enkel nagaan of de grondvoorwaarden vervuld zijn.<sup>96</sup>

Daarnaast moeten vormvoorschriften die procedureel van aard zijn onderscheiden worden van bevoegdmakende pleegvormen die personeel van aard. Zo behoort het geven van toestemming door de ouders van de geadopteerde tot de grondvoorwaarden, maar de manier waarop verzet tegen de adoptie wordt ingediend is aan geen vormvereisten gebonden. In de zaak die voor het Hof van Beroep van Gent werd gebracht, had de Nederlandse vader herhaaldelijk gesteld dat hij geen bezwaren had tegen de volle adoptie door een Belg van zijn wettige (Nederlandse) kinderen.<sup>97</sup> De Nederlandse wet voorzag geen uitdrukkelijke toestemming van de ouders maar voorzag enkel dat de ouders “tegenspraak” konden voeren. Nu de vader herhaaldelijk geen bezwaren had geopperd, was zijn toestemming niet strijdig met de openbare orde noch met de goede zeden en werd de adoptieakte gehomologeerd. Het openbaar ministerie opperde in zijn advies dat de rechter in België ervoor moest zorgen geen stringenter uitwendige pleegvormen te hanteren dan deze vereist door de wet van het persoonlijk statuut.<sup>98</sup>

### 1.4. Gevolgen van de adoptie

Overeenkomstig artikel 344ter B.W. worden de gevolgen in België van de adoptieve afstamming in België of in het buitenland verkregen, hetzij tussen vreemdelingen, hetzij tussen Belgen en vreemdelingen, beheerst door de wet die er de toelaatbaarheid van heeft bepaald. Dit is onder meer het geval met de naam van de geadopteerde.<sup>99</sup> Of de nationaliteit van de adoptant verkregen wordt door adoptie (of volle adoptie) hangt af van het

<sup>94</sup> Jeugdrb. Brussel 18 juni 1984, *T. Vred.* 1986, 78.

<sup>95</sup> K. LAMBEIN, “De erkenning in België van een in China verleden adoptie. De artikelen 344bis en 344ter B.W. nader toelicht”, noot onder Rb. Oudenaarde 16 februari 1999, *T. Not.* 2000, 45.

<sup>96</sup> Jeugdrb. Luik 25 april 1983, *Rev.Trim.Dr.Fam.* 1985, 108.

<sup>97</sup> Gent 11 mei 1992, *T.G.R.* 1992-3, 90-91.

<sup>98</sup> Gent 11 mei 1992, *T.G.R.* 1992-3, 91.

<sup>99</sup> Bijvoorbeeld: Rb. Gent, 5 maart 1992, *N.F.M.* 1994, 19; R.W. 1992-'93, 1099-1100; Jeugdrb. Brussel 17 november 1993, *T. Vreemd.* 1995, 72; Rb. Antwerpen 25 maart 1997, *T. Not.* 1997, 538.





nationaliteitsrecht van de adoptant. Ook het erfrecht en de onderhoudsvordering worden aangeknoopt bij hun eigen verwijzingscategorie.

Wanneer meer dan één nationale wet de toelaatbaarheid heeft beheerst, regelt de Belgische wet de gevolgen van de adoptie (tweede zin van art. 344ter B.W.). De gevolgen van een in België gedane adoptie van een kind van meer dan 15 jaar (hypothese van art. 344 § 2 B.W.) worden steeds beheerst door de Belgische wet. Behoudens wanneer in de hypothese voorzien in art. 344 § 1 a de adoptant(en) geen Belg(en) is (zijn), zal de in België verkregen adoptieve afstamming steeds een Belgische gewone of volle adoptie zijn.<sup>100</sup> Het burgerlijk wetboek beschrijft de gevolgen van de adoptie in de artikelen 357 tot en met 366.

Wanneer de toelaatbaarheid van een in het buitenland verkregen adoptie aan meer dan één wet werd onderworpen, moet uitgemaakt worden welke wet. Uiteraard kunnen de gevolgen niet door meer dan één wet worden beheerst. Volgens Heyvaert zou de meest consequente oplossing er in bestaan de gevolgen in dat geval te laten beheersen door het recht dat die gevolgen beheerst volgens het ipr van het land waar de adoptie werd tot stand gebracht.<sup>101</sup>

De jeugdrechtbank van Turnhout liet een in Rwanda tot stand gekomen adoptie in België gevolgen hebben overeenkomstig de Rwandese wet.<sup>102</sup> De homologatie werd gevraagd van een volle adoptie van een Rwandees kind door een Belgisch echtpaar. De volle adoptie was in de Rwandese wet evenwel niet gekend. Daar bestond er maar één vorm van adoptie, die te vergelijken was met onze gewone adoptie. Om die reden wees de rechtbank het verzoek strekkende tot de homologatie van de Rwandese adoptie als volle adoptie af als ongegrond. Volgens LAMBEIN was de redenering van de rechtbank in deze casus foutief. Het ging hier immers niet om een vraag naar de gevolgen van een Rwandese adoptieakte in België, maar wel om een vraag naar de erkenning van deze vreemde akte.<sup>103</sup>

### 1.5. In België adoptie herroepen

De procedure, de inhoudelijke voorwaarden en de gevolgen voor een herroeping van een adoptie tussen vreemdelingen of tussen Belgen en vreemdelingen worden in België beheerst door de Belgische wet (art. 344quater B.W.). De regeling van art. 344quater B.W. houdt in dat in de vreemde adoptie-instituten vooraf zal moeten worden uitgemaakt of ze gelijk te stellen zijn met onze gewone (herroepbare) dan wel onze volle (niet herroepbare) adoptie.<sup>104</sup>

De “Belgische” voorwaarden voor een herroeping worden omschreven in art. 367 B.W.<sup>105</sup>

---

<sup>100</sup> A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, 2001, Gent, Mys & Breesch, nr. 383.

<sup>101</sup> A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, 2001, Gent, Mys & Breesch, nr. 383.

<sup>102</sup> Jeugdreb. Turnhout 20 oktober 1993, *Turnh. rechtsleven* 1993, 122.

<sup>103</sup> K. LAMBEIN, “De oorspronkelijke afstamming en de adoptieve afstamming” in J. ERAUW, e.a., “Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht 1993-1998”, *T.P.R.* 1998, p. 1458.

<sup>104</sup> A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, 2001, Gent, Mys & Breesch, nr. 384.

<sup>105</sup> Art. 367 § 1 B.W.: “De herroeping van de adoptie kan om zeer gewichtige redenen worden uitgesproken op vordering van de adoptant, van de twee adopterende echtgenoten of een van hen, op vordering



Het Hof van Beroep van Luik deed uitspraak over een herroeping van een in Haïti gesloten adoptie tussen een Belgisch echtpaar en een verlaten Haïtiaans kind.<sup>106</sup> Zowel de gedagvaarde als de eisers hadden de Belgische nationaliteit en dus moest de Belgische wet worden toegepast, meer bepaald art. 367 e.v. B.W. Volgens het Hof kon de herroeping worden uitgesproken om zeer ernstige redenen en komt het aan de feitenrechter toe het zeer ernstige karakter te beoordelen van de motieven die aanwezig moeten zijn voor de herroeping van de adoptie. Er is vereist dat onbedwingbare omstandigheden het behoud van de adoptie onmogelijk maken en de rechter moet daarbij eerst en vooral de belangen van het geadopteerde kind in acht nemen. De edelmoedigheid, inherent aan elke adoptie, mag de verantwoordelijkheid niet aantasten van de volwassene, wanneer hij zich inzet ten overstaan van een kind, zelfs wanneer er moeilijkheden zijn in de verhouding. Het geadopteerde kind mag door deze afstoting niet worden gekwetst. In de concrete zaak die voorlag, vond het Hof dat er geen zeer ernstige redenen in de zin van art. 367 B.W. aanwezig waren om een herroeping van de adoptie uit te spreken.

Ook de jeugdrechtbank van Namen sprak zich uit over de herroeping van een “Chinese” adoptie.<sup>107</sup> Aangezien de adoptie in China overeenkwam met een gewone adoptie kon ze worden herroepen. De adoptie werd niet uitgevoerd in het belang van de kinderen, de adoptieve ouders hadden de kinderen daadwerkelijk uitgebuit en hadden daarbij zelfs hun fysieke en psychische gezondheid in gevaar gebracht (met plaatsing buiten het gezin tot gevolg), de geadopteerde kinderen weigerden elke reïntegratie in het gezin en hadden geen affectieve band meer met de adoptanten. Al deze feiten samen maakten ernstige motieven uit, die een herroeping verantwoordden.

Tenslotte sprak ook het Hof van Beroep te Gent zich uit over een herroeping van een gewone adoptie van twee Burundese kinderen door een Belgische vrouw.<sup>108</sup> In dit arrest wordt er nog eens duidelijk op gewezen dat de adoptie geen contract is, maar een instelling. De herroeping als sanctie gaan voorstellen van een foutieve niet-uitvoering van contractuele verplichtingen is volkomen onjuist. Zo kan de adoptie niet herroepen worden omdat de geadopteerde weigert zijn studies verder te zetten, noch omdat deze zijn leven uitbouwt volgens zijn eigen inzicht, ook al is dit verschillend van hetgeen de adoptant had verwacht of gehoopt.

## 2. *De I.P.R.-codex*

De artikelen 67 tot en met 71 van het wetsvoorstel tot codificatie van het internationaal privaatrecht schrijven de regels voor die van toepassing zijn op de internationale adoptie.

---

*van de geadopteerde alsmede op initiatief van het openbaar ministerie. In geval van adoptie door twee echtgenoten kan de rechtbank de herroeping uitspreken ten aanzien van slechts één van hen. (...)*

<sup>106</sup> Luik 18 januari 1999, *T.B.B.R.* 2000, 662, noot Y. DEKETELAERE.

<sup>107</sup> Jeugdrechtbank Namen 20 november 2000, *J.dr.jeun.* 2001, afl. 203, 52.

<sup>108</sup> Gent 14 september 2000, *T.W.V.R.* 2001, nr. 2, 75-77.



## 2.1. Het recht toepasselijk op de voorwaarden tot vaststelling van de adoptie (art. 67)

Het recht toepasselijk op de voorwaarden voor de vaststelling van de adoptie wordt geregeld in art. 67. Het bestaande onderscheid op basis van de leeftijd van de geadopteerde wordt niet langer gemaakt. De Memorie van Toelichting legt uit dat de adoptie aan een verwijzingsladder is onderworpen, waarbij in dalende orde toepassing wordt gemaakt van de nationale wet van de adoptanten en bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit, van het recht van hun gewone verblijfplaats in dezelfde staat. Nog volgens de Memorie van Toelichting wil het wetboek de toepassing waarborgen van het recht van de staat waarmee de situatie het nauwst verbonden is.<sup>109</sup>

Voor de goede orde moet hier nog verwezen worden naar de inhoud van de begrippen woonplaats en gewone verblijfplaats zoals omschreven in art. 4 van het wetboek. Onder “woonplaats” voor natuurlijke personen wordt verstaan: 1° de plaats waar een natuurlijke persoon volgens de bevolkingsregisters, de vreemdelingenregisters of het wachtregister in België zijn hoofdverblijf heeft; (...). Onder “gewone verblijfplaats” voor natuurlijke personen wordt verstaan: “(...) 1° de plaats waar een natuurlijk persoon zich hoofdzakelijk heeft gevestigd, zelfs bij afwezigheid van registratie en onafhankelijk van een verblijfs- of vestigingsvergunning; om deze plaats te bepalen, wordt met name rekening gehouden met omstandigheden van persoonlijke of professionele aard die duurzame banden met die plaats aantonen of wijzen op de wil om die banden te scheppen (...).”<sup>110</sup>

Het wetsvoorstel doet precies wat art. 102 B.W. doet. Het vernieuwt niet wat dat betreft, vermits volgens de heersende praktijk, de rechtspraak de begrippen “woonplaats” of “gewone verblijfplaats” precies gebruikt zoals omschreven in dat artikel. Doordat de notie op feiten berust, is het mogelijk dat een persoon in de zin van het wetboek verblijfplaats in België bezit zonder in enig register te zijn ingeschreven. Dit is wat het artikel, op aansturen van de Raad van State, verduidelijkt. De kandidaat-vluchteling, de staatloze, de vreemdeling zonder verblijfsdocumenten kan in België verblijven, als daartoe maar de voorwaarden van de definitie zijn vervuld. Bovendien toont het gebruik van het begrip “verblijfplaats” dat op objectieve elementen steunt, los van enige juridische fictie, aan dat het begrip “afhankelijke woonplaats” voor gebruik in het internationaal privaatrecht wordt verworpen.<sup>111</sup>

Een concentratie van belangen van de persoon, samen met een zekere verblijfsduur of een intentie tot stabiele vestiging, vormen doorslaggevende beoordelingselementen. Deze beoordeling steunt noodzakelijkerwijs op een geheel van aanwijzingen, die hier soepeler werden opgesomd dan in de wetgeving over het bijhouden van bevolkingsregisters.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 101.

<sup>110</sup> In tegenstelling tot het begrip woonplaats, dient de gewone verblijfplaats er in het wetsvoorstel meestal toe om het toepasselijk recht aan te duiden. In die zin is het noodzakelijk een term in te voeren die even goed in het buitenland kan gelokaliseerd worden. Dit verklaart waarom het wetboek een autonome definitie gebruikt die formeel verschillend is van het wettelijk begrip “woonplaats”. Daarmee volgt het voorstel een stroming die men kan vaststellen in de internationale akten, meer bepaald de verdragen van Den Haag voor het Internationaal Privaatrecht, zie Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 28.

<sup>111</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 29.

<sup>112</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 29.



De inschrijving in het bevolkingsregister, het vreemdelingenregister of het wachtregister, is een aanwijzing – maar ook niet meer dan dat – van de gewone verblijfplaats van een persoon in België. Hetzelfde geldt voor een inschrijving in den vreemden voorzover uiteraard deze is ook gesteund op het bestaan van een hoofdverblijfplaats. De afwezigheid van enige inschrijving daarentegen, kan geen vermoeden van afwezigheid van enige gewone verblijfplaats, in de zin van het wetsvoorstel doen ontstaan.<sup>113</sup>

Hieronder volgt een korte bespreking van de eenvoudige verwijzingsregeling zoals voorzien in de I.P.R.-codex.

Hebben de adoptanten een gelijke nationaliteit dan geldt de nationale wet van de adoptant of beide adoptanten op het ogenblik van de adoptie (art. 67, eerste lid).

Hebben de adoptanten een verschillende nationaliteit dan geldt het recht van de staat op wiens grondgebied beide adoptanten op dat ogenblik hun gewone verblijfplaats hebben. Het Belgisch recht geldt bij gebreke van een gewone verblijfplaats in dezelfde staat (art. 67, tweede lid).

Daarnaast is ook een algemene exceptiegrond voorzien in art. 67, derde lid. De rechter past Belgisch recht toe, indien hij oordeelt dat de toepassing van buitenlands recht kennelijk het hogere belang van de geadopteerde zou schaden en de adoptant of adoptanten kennelijk nauwe banden met België hebben.<sup>114</sup>

De Memorie van Toelichting verklaart de subsidiaire toepassing van het verblijfplaatscriterium en de uitweg via de uitzonderingsbepaling “vanuit het bijzonder belang van de sociale dimensie van de adoptie als een manier om de afstamming tot stand te brengen, vergeleken bij de oorspronkelijke afstamming”.<sup>115</sup>

Volledigheidshalve moet er op gewezen worden dat de I.P.R.-codex de techniek van de renvoi omzeggens helemaal opzij zet. Art. 16 bepaalt letterlijk: “*In de zin van deze wet en behoudens bijzondere bepalingen worden onder het recht van een Staat de rechtsregels van die Staat verstaan met uitsluiting van de regels van het internationaal privaatrecht*”. Toepassing van de techniek van renvoi zoals in vroegere rechtspraak is dus niet langer toegelaten (zie hoger nrs. 36-39 en nr. 44).

De uitsluiting van de herverwijzing is gebaseerd op het beginsel dat de verwijzingsregel van Belgisch recht er gewoonlijk toe strekt materiële regels aan te wijzen en geen andere verwijzingsregels.<sup>116</sup>

De uitsluiting van de renvoi, die de Raad van State lijkt te betreuren, is echter niet absoluut. De techniek van de renvoi werd nog zinvol geachte voor een specifieke verwijzing binnen het

---

<sup>113</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 30.

<sup>114</sup> Voor adopties in het buitenland of in België tot stand gekomen, met de bedoeling de regelgeving betreffende de toegang tot het grondgebied te ontduiken, kan de rechtbank de nietigheid uitspreken wegens wetsontduiking volgens de algemene regels inzake de exceptie van fraude (art. 18 en 25 § 1, 3° wetsvoorstel).

<sup>115</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 101.

<sup>116</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 41.



internationaal erfrecht (art. 78 § 2) en inzake rechtspersonen (art. 110, 2<sup>e</sup> lid). Daarnaast kan men nog rekening houden met het vreemde internationaal privaatrecht in meerdere contexten, in functie van de doelstelling van de verwijzingsregel. Onder voorbehoud van bijzondere bepalingen worden de voorrangregels van artikel 20 bedoeld, aangezien die regels deel uitmaken van het ipr en toch niet als verwijzingsregels in de enge zin kunnen worden beschouwd.<sup>117</sup> Ook de uitzonderingsclausule voorzien in artikel 19 kan het aangewezen recht opzij zetten 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.

## **2.2. Het nationaal recht toepasselijk op de toestemming van de geadopteerde (art. 68)**

De vraag of de geadopteerde en zijn ouders of wettelijke vertegenwoordigers al dan niet moeten toestemmen in zijn adoptie en de wijze waarop deze toestemming wordt uitgedrukt, wordt beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied de geadopteerde zijn gewone verblijfplaats heeft onmiddellijk voorafgaand aan de overbrenging ter adoptie.

Wanneer er geen overbrenging plaatsgevonden heeft, wordt de toestemmingsvereiste bepaald door de wet op wiens grondgebied de geadopteerde zijn gewone verblijfplaats heeft bij de adoptie.

Indien de toepasselijke wet niet voorziet in de noodzaak van een toestemming of de adoptie niet kent, schrijft het Belgisch recht de toestemmingsvereiste voor.

Onder toestemming moet volgens het wetsvoorstel verstaan worden: de verplichte toestemming van de geadopteerde, de verplichte toestemming van de ouders of wettelijke vertegenwoordigers en de wijze van vertegenwoordiging.

## **2.3. Recht toepasselijk op de wijze van vaststelling van de adoptie (art. 69)**

De vaststelling van het recht toepasselijk op de vorm van de adoptieakte is aan een regel in twee delen onderworpen.

De wijze van vaststelling van een adoptie in België wordt beheerst door Belgisch recht.

Wanneer een adoptieakte in het buitenland is opgemaakt volgens het recht van de staat waar zulks heeft plaatsgevonden en wanneer dit recht een gerechtelijke procedure voorschrijft, kan die in België worden gevolgd overeenkomstig de door Belgisch recht voorgeschreven procedure.

Deze regel betekent dat in het buitenland aangevatte procedures in België kunnen worden voortgezet indien het buitenlands recht een gerechtelijk optreden als noodzakelijk beschouwt. Vereist het buitenlands recht daarentegen geen homologatie, dan kan die in België niet worden gevraagd.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 42.

<sup>118</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 102.



## **2.4. Aard van de door de adoptie geschapen band (art. 70)**

Het recht toepasselijk uit hoofde van art. 67 bepaalt de aard van de door de adoptie geschapen band en of de geadopteerde ophoudt lid te zijn van zijn oorspronkelijke familie.

Het is evident dat de gevolgen van de adoptie op de totstandkoming van de afstammingsband en op de ontbinding van de biologische afstammingsband met de oorspronkelijke familie worden beheerst door de wet toepasselijk op de vaststelling van de adoptie. De andere gevolgen zijn niet aan een specifieke verwijzing onderworpen. Mocht men het recht dat op de akte van adoptie toepasselijk is, ook op het geheel van zijn gevolgen toepassen, dan dreigt dat bovendien een verschillende aanknopingsplaats op te leveren, afhankelijk van de plaats waar de akte tot stand is gekomen, in het buitenland of België. Deze situatie zou de adoptanten ertoe kunnen bewegen in België opnieuw een procedure aan te vatten hoewel de adoptie in den vreemde nochtans regelmatig tot stand is gekomen.<sup>119</sup>

## **2.5. Recht toepasselijk op de herroeping (art. 71)<sup>120</sup>**

Hebben de adoptanten een gelijke nationaliteit bij de instelling van de vordering dan wordt de herroeping beheerst door de gemeenschappelijke nationale wet.

Wanneer de adoptanten een verschillende nationaliteit hebben, wordt de herroeping beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied zij bij de instelling van de vordering hun gewone verblijfplaats hebben of bij gebreke van gewone verblijfplaats in dezelfde staat, door Belgisch recht.

Deze bepaling is analoog met de bepaling die de totstandkoming van de adoptie beheerst. In geval van conflict mobile (wijziging van de aanknopingsfactor) wordt de meest actuele aanknopingsplaats gevolgd.<sup>121</sup>

## **C. De erkenning van in het buitenland tot stand gekomen adopties**

### *1. De huidige situatie*

Overeenkomstig artikel 344bis B.W. kan een in het buitenland tot stand gekomen adoptie in België van rechtswege worden erkend, op voorwaarde dat bij de totstandkoming van de adoptie was voldaan aan de voorwaarden die de adoptie in België mogelijk zou hebben gemaakt of indien elk der partijen op het ogenblik van de adoptie voldeed aan de voorwaarden van zijn personeel statuut. Dit is de zogenaamde regel van de “contrôle de la loi convenable”,

<sup>119</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 102.

<sup>120</sup> Voor de internationale bevoegdheid omvat art. 66, 2° lid een specifieke regel inzake herroepingen van adopties (zie hoger nr. 21).

<sup>121</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 102.



waarbij in de fase van de erkenning een toetsing gebeurt van de naleving van de verwijzingsregel.<sup>122</sup>

*Daarnaast mag de adoptie niet strijdig zijn met de openbare orde en moet een uitgifte van de adoptieakte voldoen aan de authenticiteitsvoorwaarden van het land waar ze is verkregen (art. 344bis, tweede lid B.W.). In een zaak die voorgelegd werd aan het Hof van Beroep te Luik werd de nietigheid van de Haïtiaanse adoptieakte wegens zogenaamde strijdigheid met de Belgische internationale openbare orde niet toegestaan en diende de adoptie erkend te worden in België.*<sup>123</sup>

In de rechtsleer wordt gediscussieerd over de vraag of ook de voorwaarden van het (algemene) art. 570 Ger.W. moeten vervuld zijn bij de erkenning van een vreemde adoptie. Volgens de voorbereidende werken bij art. 344bis B.W. moet dit niet gebeuren. Art. 344bis, tweede lid B.W. heeft zelf 2 belangrijke voorwaarden voor erkenning van art. 570 Ger.W. overgenomen. Maar vermoedelijk moeten ook de overige voorwaarden van art. 570 Ger.W. gecontroleerd worden.<sup>124</sup>

Bij adopties spreken we van een de plano (of van rechtswege) erkenning hetgeen betekent dat de buitenlandse adoptieakte die in haar land van herkomst rechtsgevolgen heeft, hier (voor haar rechtsgeldige doorwerking) niet vooraf ter homologatie moet voorgelegd worden aan de exequaturrechter.<sup>125</sup>

Een erkenningsvraag kan ook incidenteel opgeworpen worden voor een rechtbank die op zich niet gevat is als exequaturrechter.<sup>126</sup> In dat geval heeft die incidentele gerechtelijke erkenning ook gezag van gewijsde.

In een recente zaak sprak de rechtbank van Oudenaarde zich uit over de erkenning van een Chinese adoptieakte.<sup>127</sup> Uit de voorgelegde stukken bleek dat de adoptie tussen de Belgische adoptanten en een Chinees kind reeds had plaatsgevonden in China en voldeed aan de voorwaarden gesteld in art. 344bis B.W. De adoptieakte verleden in België was dan ook zonder voorwerp, waardoor de vordering tot homologatie ongegrond verklaard werd.

Voor adopties in (meestal Afrikaanse) landen die enkel hun lokale wet toepassen, de lex fori, en die ingevolge de verwijzingsregels van art. 344 B.W. leiden naar de toepassing van een rechtsstelsel dat de adoptie niet kent of strijdig zijn met het personeel statuut van de adoptant

<sup>122</sup> Toepassingen in de rechtspraak: Antwerpen 7 oktober 1997, *A.J.T.* 1998-99/18, 73: Roemeense adoptie tussen Belgisch-Nederlands echtpaar en een Roemeen werd in België van rechtswege erkend op voorwaarde dat ze niet strijdig was met de internationale openbare orde en dat de uitgifte van het adoptievonnis die werd voorgelegd voldeed aan de vormvoorwaarden volgens de wet van het land waar ze was verkregen (Roemeense wet). Bij de totstandkoming moest voldaan zijn aan de grondvoorwaarden die de adoptie in België zou hebben mogelijk gemaakt of moest elke partij voldoen aan de voorwaarden van zijn personeel statuut; Zie ook: Jeugdrechtbank Turnhout 20 oktober 1993, *Turnh. rechtsleven* 1993, 122.

<sup>123</sup> Luik 18 januari 1999, *T.B.B.R.* 2000, 662-673, noot Y. DEKETELAERE.

<sup>124</sup> Y. DEKETELAERE, *T.B.B.R.* 2000, 670.

<sup>125</sup> Jeugdrechtbank Turnhout 20 oktober 1993, *Turnh. Rechtsleven* 1993, 122.

<sup>126</sup> Bijvoorbeeld voor een rechter die moet uitspraak doen over een erfrechtelijke kwestie.

<sup>127</sup> Rb. Oudenaarde 16 februari 1999, *T. Not.* 2000, 42, noot K. LAMBEIN. Zie ook nr. 29.



of de geadopteerde, zullen niet erkend kunnen worden in België. Om die reden wordt aanbevolen de adoptie in België over te doen.<sup>128</sup>

Erkenning van in het buitenland tot stand gekomen herroepingen van adopties tussen, hetzij Belgen, hetzij vreemdelingen, hetzij Belgen en vreemdelingen worden (volgens art. 344quater, tweede lid B.W.) in België erkend indien voldaan is aan de voorwaarden bepaald door het persoonlijk statuut van de partij in wier belang de herroeping is uitgesproken. De gevolgen van de herroeping worden in België door diezelfde wet beheerst.

## 2. *De I.P.R.-codex*

Volgens de Memorie van Toelichting breidt de I.P.R.-codex het systeem van erkenning van rechtswege van buitenlandse beslissingen uit tot de adoptie. Dit betekent dat (1) de erkenning van rechtswege plaatsvindt zonder herziening ten gronde noch onderzoek van het toegepaste recht, maar (2) iedere betrokken partij en het openbaar ministerie de mogelijkheid hebben een vordering tot erkenning of niet-erkenning in te stellen en (3) iedere rechter voor wie een exceptie van gezag van gewijsde van een buitenlandse beslissing wordt opgeworpen, bevoegd is om daarover te oordelen. Nog volgens de memorie is het beter dat een ruime werking van de erkenning van rechtswege wordt aanvaard, dan een strengere oplossing. Men kan immers van een persoon die slechts even in het land is, niet verwachten (b.v. in een erfenisdiscussie waar eerst een afstammingsvraag moet beoordeeld worden) dat eerst een rechterlijke uitvoerbaarverklaring wordt aangevraagd.<sup>129</sup>

De erkenning van een buitenlandse rechterlijke beslissing die een adoptieve afstamming vaststelt, wordt geregeld in art. 72. Deze bepaling verwijst enerzijds naar de algemene weigeringsgronden van art. 25 en geeft anderzijds enkele specifieke weigeringsgronden.

Voor art. 25 heeft het bestaande art. 570 Ger.W. duidelijk model gestaan. Het bevat een lijst van weigeringsgronden die betrekking hebben op de inhoud van de beslissing, alsook op de inachtneming van bepalingen van procedurele aard.<sup>130</sup>

Deze lijst van art. 25 omvat de volgende weigeringsgronden: §1, 1° het gevolg van de erkenning kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde; 2° de rechten van verdediging zijn geschonden; 3° er sprake is van wetsontduiking; 4° wanneer de beslissing overeenkomstig het recht van de staat waar zij gewezen werd, nog vatbaar is voor een rechtsmiddel (behoudens voorlopige tenuitvoerlegging conform art. 23); 5° wanneer er een onverenigbaarheid is met een in België gewezen beslissing of met een voordien in het buitenland gewezen beslissing die in België erkend kan worden; 6° wanneer de vordering in het buitenland werd ingesteld na het instellen in België van een vordering die nog steeds aanhangig is tussen dezelfde partijen en met hetzelfde voorwerp; 7° wanneer de Belgische rechters exclusief bevoegd zijn om kennis te nemen van de vordering; 8° wanneer de

<sup>128</sup> F. BOUCKAERT, "Internationaal privaatrecht en grepen uit de notariële praktijk. Ontleding van casussen", *T.Not.* 1998, 324.

<sup>129</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, 103.

<sup>130</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 54.





bevoegdheid van de vreemde rechter enkel gebaseerd was op de aanwezigheid van de verweerder of goederen zonder rechtstreeks verband met het geschil in de staat waartoe die rechter behoort; 9° wanneer de erkenning of uitvoerbaarverklaring in strijd zou zijn met de weigeringsgronden gesteld in artikelen 39, 57, 72, 95, 115, 121; § 2. de buitenlandse beslissing mag in geen geval ten gronde herzien worden.<sup>131</sup>

Naast het bestaan van een algemene weigeringsgrond wordt de erkenning ook geweigerd wanneer de bevoegdheid van de buitenlandse rechter niet gegrond was op de nationaliteit of de gewone verblijfplaats van de adoptant, van één van de adoptanten of van de geadopteerde (art. 72).

De invoering van deze onrechtstreekse bevoegdheidsregel in art. 72 waarborgt dat de in het buitenland gevolgde procedure plaatsvond in een staat waarmee de situatie voldoende nauw verbonden is. Deze regel komt tegemoet aan het Haags Adoptieverdrag van 1993.<sup>132</sup> Deze bijzondere bepaling strekt er ook toe de bestrijding van de wetsontduiking te verfijnen.<sup>133</sup>

### § 3. Slotbeschouwingen

De in de I.P.R.-codex voorgestelde wijzigingen hebben een groot aantal verdiensten. Door een verwijzingsregel te voorzien ongeacht de leeftijd van de te adopteren persoon is een zekere discriminatie en ook een complicatie in de regeling weggewerkt.

Door de verschuiving van een aanknopng bij de nationaliteit naar een aanknopng bij de gewone verblijfplaats van de adoptanten en de te adopteren persoon (voor de toelaatbaarheid enerzijds en voor de toestemmingsvereisten anderzijds) heeft men gekozen voor de wet die de nauwste band heeft met de totstandkoming van de adoptie. Dit is een goede zaak en vindt zijn grondslag in een mondiale tendens, zoals ook gevolgd door de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht in verschillende van haar verdragen.<sup>134</sup>

Het zoeken naar de nauwste band vinden we ook terug in de regels omtrent de erkenning en tenuitvoerlegging door het invoeren van een onrechtstreekse bevoegdheidsregel. Enkel de adopties die gehomologeerd werden door de rechter van de nationaliteit of de gewone verblijfplaats van de partijen, zouden gevolg kunnen hebben. Het moeilijke systeem van de “contrôle de la loi convenable” zou worden afgeschaft, wat het erkenningsregime van

---

<sup>131</sup> Deze laatste grond bevestigt de oplossing die thans geldt inzake de staat en bekwaamheid van personen en breidt deze uit tot andere domeinen. De praktijk lijkt immers niet te hebben aangetoond dat de herziening ten gronde doorslaggevend was om een buitenlandse beslissing te verwerpen; zie Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 55-56.

<sup>132</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 103.

<sup>133</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 55.

<sup>134</sup> Zie voor een overzicht van deze verdragen: J.H.A. VAN LOON, “Anders denken over kinderrechten: de betekenis van de Haagse Verdragen over internationaal privaatrecht”, *T.J.K.* 2002 (extra editie ter gelegenheid van de emeritaatsviering van Prof. Dr. Eugeen Verhellen), 18-21.



vreemde adopties niet langer zou doen afhangen van een juiste toepassing van onze verwijzingsregel.

Daarnaast moet aangedrongen worden op de ratificatie van het Haags Adoptieverdrag van 1993. Vooreerst is de Vlaamse regelgever bezig met de concrete uitvoering ervan en maakt men in de praktijk ook toepassing van bepaalde principes ervan. Daarnaast voorziet dit verdrag in een belangrijk erkenningsmechanisme en zullen lidstaten bij het verdrag weigeren om kinderen die hun onderdaan zijn, te laten adopteren door onderdanen van niet gebonden landen en de kinderen naar die landen te laten vertrekken.

Wanneer de I.P.R.-codex later in werking zal treden dan het wetsontwerp tot hervorming van de adoptie (dat toch al in december 2002 goedgekeurd werd in de Kamer), is het aangewezen dat de I.P.R.-codex haar relatie aangeeft met die nieuwe adoptiewet. Zo kan er verwezen worden naar specifieke bepalingen uit de adoptiewet die als voorrangsregel zullen gelden doordat ze van toepassing zullen zijn op alle in België tot stand te komen adopties.

**Katja Jansegers**  
Universiteit Gent  
Advocaat balie Gent



# Herman VERBIST and Johan ERAUW - Results of the survey regarding arbitration and ADR

*In co-operation with Committee D (Arbitration and ADR) of the International Bar Association Section on Business Law*

## 1. Introduction

### **a) The survey among the readers of the *International Business Law Journal* members of Committee D (Arbitration and ADR)**

We are happy to give you the results of the survey organised in the Autumn of 2000 with the support of Committee D (Arbitration and ADR) of the International Bar Association Section on Business Law regarding "Arbitration and ADR". The survey form regarding "Arbitration and ADR" was handed out during the IBA 2000 Conference in Amsterdam. Most of the question forms were taken home by the participants and sent from there. We received answers from 22 persons.

### **b) Other surveys organised in the past**

We are not aware of an other similar survey conducted in the past on a worldwide level. As far as Europe is concerned, however, there has been the survey which we have conducted ourselves in the Summer of 1998 with the support of the «*International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales*» regarding «Arbitration and the Business World». At that time the readers of the «*International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales*» were questioned regarding their experience with respect to the drafting of international contracts<sup>1</sup>. As the questions and the structure of this "European survey" were largely similar to the survey discussed here, we are in a position to compare the results and we will make a few notes on that. As far as the United States are concerned, in 1996 Cornell University, PERC Institute on Conflict Resolution and PricewaterhouseCoopers did a survey about the use of arbitration and mediation among the 1.000 largest U.S. corporations<sup>2</sup>.

### **c) Purpose of the survey**

The purpose of this survey was to register the views on arbitration as a dispute settlement method of those who have an experience with it. Questions were also asked regarding other alternative dispute resolution procedures, such as mediation and technical expertise. The questionnaire contained nine chapters with several questions. The unchanged survey form is entirely reproduced in the annex to this article and contains the data concerning the aggregate responses. Most of the questions could be answered by making a choice between various options. We who are in possession of the responses, were able to establish links between the different questions and shall report on such links in detail. One of the links which we examined more specifically concerns the degree of satisfaction, on the one hand, and the experience in the field of arbitration, on the other hand, in the different

---

<sup>1</sup> The results of this survey have been published and commented in *International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2000, N° 5, pp. 689-715. The results - detailed - are also available on the website of the Institute for Private International Law of the Law Faculty of Ghent University : <http://www.PrivateInternationalLaw.com>.

<sup>2</sup> D. Lipsky and R. Seeber, "The Appropriate Resolution of Corporate Disputes - A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations", Cornell/PERC Institute on Conflict Resolution, 1998, 40 pages; Reported in *Dispute Resolution Times* of the AAA, January 1999, 6. Of the 1.000 companies that were asked questions, 606 responded to the survey.



responses in the survey. We have also examined the level of experience in domestic and/or international arbitration of those who responded and the eventual effect on their evaluation.

#### **d) Number and capacity of the respondents**

Altogether 22 forms were returned. We found that the 22 filled out forms did not all contain answers to all questions. But some persons often marked two or more of the options which were proposed as response. Moreover, one of the forms contained no responses to the questions of Chapter 8, which means that this person had no experience in the field of arbitration. In addition to this person, one other respondent had not been involved as a party counsel, and 5 other persons had no experience as an arbitrator. Nearly half of the respondents had not been involved in a mediation neither on the side of a party nor as a mediator (9 for each). The total number of responses to which we refer may thus, for some questions, exceed the number of respondents (22), but for other questions can also be below that number. All persons who responded to the survey were lawyers, primarily attorneys (19 out of the 22). One of the respondents was corporate counsel in addition to being a practising attorney and 2 persons were academics.

Although the survey was made on an anonymous basis, a large part of those who responded to the survey nevertheless indicated their identity, often they did so by putting their address on the return envelope; some of them enclosed an accompanying letter with the form. The identities of the persons who responded shall however not be mentioned, to respect the promised confidentiality. The indication of the addresses or the post stamps on more than half of the responses allows us in part to provide a view on the origin of the responses.

The attorneys were residing in France (2) Germany (3), Malaysia (1), New Zealand (1), Spain (4), the United Kingdom (1) and the United States (2)<sup>3</sup>.

The attorneys responding to this survey belong to law firms where the number of attorneys varied from 1 to 600 for the largest two firms. Respondents consider themselves to work in a medium-sized law firm when it employs between 35 and 100 attorneys. Half of the respondents indicated to be working in a big law firm whereas one quarter was working in medium-sized and a quarter in small law offices.

90% of those who responded indicate that they have an international activity, whereby two thirds indicate that their firm also has a national activity. As we had already observed with our European survey as well, small law offices appear to be less represented among those who responded, and consider themselves undoubtedly less concerned by arbitration or mediation as a dispute resolution method.

The age of the respondents is situated for two thirds in the age group between 30 and 50 years, whereas 18% indicate that they are between 51 and 60 years old. 14% are more than 60 years.

## 2. Are you favourably disposed towards conciliation, mediation and arbitration ?

---

<sup>3</sup> In the European survey conducted in Summer 1998 responses had reached us from 10 different countries. 24 attorneys, 26 corporate lawyers and 4 legal consultants/academics originating from 10 different countries answered.



### **a) The use of arbitration clauses in contracts<sup>4</sup>**

We found (answers to question 2) that 95% “often” use *binding* arbitration clauses, and that only one person (one of the two academics) indicated that he/she uses them “rarely”. Nobody indicated, however, that he/she “never” uses *binding* arbitration clauses. Also, nobody indicated that he/she “often” uses *non-binding* arbitration agreements. Two thirds “never” use *non-binding* arbitration agreements, and one third uses them “rarely”.

The drafting of arbitration agreements after a dispute has arisen is far less frequent. Two thirds indicate to accept «rarely» and one third to accept “often” arbitration agreements after a dispute has arisen, but nobody said that he/she “never” accepts them. In the European survey, 20% of the respondents indicated however that they “never” concluded an arbitration agreement after a dispute has arisen.

Towards the end of the survey (*Chapter 8*) we asked for an overall appreciation of the arbitrations in which the persons were involved, either as an arbitrator or on the side of a party or both. With respect to this appreciation, respondents were asked to indicate for the cases in which they acted on the side of a party how often “the disputes ended favourably for their side (reasonable gain)”. Out of the 22 respondents 1 person said that the disputes “always” ended favourably for his/her side, 15 persons (i.e. 75%) answered that the disputes “mostly” ended favourably and 4 (i.e. 20%) said that this rate was “normal”. None of the respondents, however, answered that “seldom” or “never” a dispute ended favourably. From a detailed analysis of these answers we learn that the person who claims a 100% satisfaction had been involved in 2 to 5 domestic/international arbitrations on the side of a party and also in 2 to 5 mediations and that the person had never acted as arbitrator or mediator.

The one person who indicates that he/she is 100% satisfied declares that he/she often accepts arbitration agreements after a dispute has arisen. Among other respondents who indicated the same, 5 answer that the disputes ended favourably to his/her side mostly and 2 answer that the satisfaction rate was “normal”.

### **b) Arbitration clauses in company statutes**

More than one quarter of the respondents never insert arbitration clauses in company statutes, whereas more than one third rarely use them, and one third often insert them. In our European survey, we found that a greater share of the respondents (in majority corporate lawyers) never insert arbitration clauses in company statutes.

### **c) Conciliation/mediation by third neutrals**

Conciliation/mediation by third neutrals is used more and more often, in particularly after a dispute has arisen. 36% “often” insert mediation clauses in their contracts, and 41% “often” use conciliation/mediation after a dispute has arisen. Although we are not sure about the origins of all the respondents as we already indicated at the outset of this article, we nevertheless found that those who “often” insert mediation clauses in their contracts are almost entirely lawyers with a common law background. Those who indicate to insert “rarely” mediation clauses in their contracts and who “rarely” use conciliation/mediation after a dispute has arisen, seem to be essentially lawyers from continental Europe. We observe that among the respondents who indicate that they “often” use conciliation/mediation by third neutrals, half of them expressed a high satisfaction with respect to the arbitrations in which they were involved and one third a “normal” satisfaction rate in the field of arbitration.

---

<sup>4</sup> We recommend to compare our comments with the results that are set out in the Questionnaire attached at the end.



#### **d) Clauses providing for the jurisdiction of state courts ?**

Clauses providing for the jurisdiction of state courts are frequently used. 70% of the respondents often use them, notwithstanding the fact that they often call upon arbitration as well<sup>5</sup>.

As regards the 6 persons who assert that they «rarely» use jurisdiction clauses, we note that one of them expresses 100% satisfaction over arbitration; the other a very high or high satisfaction.

#### **e) Clauses for the adaptation of contracts**

Clauses for the adaptation of contracts are not used very frequently<sup>6</sup>. The clauses which are most often used are, in decreasing order : price adjustment, indexation, clauses for protection against currency risk, hardship clauses, binding decision of a third party, re-negotiation.

### 3. Experience with procedures before national courts and arbitral tribunals

#### **a) In general**

We learn that attorneys who are often involved in arbitrations likewise are often involved in procedures before state courts, and that those who are less frequently involved in court proceedings also do less arbitrations.

#### **b) Experience with arbitrations on the side of a party**

19% of the respondents were not yet involved in an arbitration on the side of a party, and this notwithstanding the fact that 95% of them uses arbitration clauses in their contracts. One third were involved in 5 to 20 arbitrations and another third were involved in more than 20 arbitrations on the side of a party. On the other hand, 14% had never participated in procedures before state courts of their country and 33% were never involved in procedures before state courts abroad.

#### **c) Experience with arbitrations as arbitrator**

36% were not yet involved as arbitrator in a domestic arbitration and close to half not yet in an *international* arbitration. More than half were involved in at least two domestic arbitrations and also in at least two international arbitrations as arbitrator.

#### **d) Experience with mediation on the side of a party**

Close to half of the respondents were not yet involved in a mediation on the side of a party. On the other hand, half of the respondents stated that they were involved in at least two mediations. Those who were not yet involved in a mediation on the side of a party are largely persons with a high satisfaction in the field of arbitration. Interestingly, those with an experience of more than 20 mediations on the side of a party all are lawyers with a high satisfaction in the field of arbitration.

---

<sup>5</sup> In our European survey we found similar results.

<sup>6</sup> In our European survey we found that clauses for the adaptation of contracts are used by the majority of corporate counsel, and to a lesser extent by attorneys.



72% were not involved in a mediation that had been imposed by a state court, whereas 9% were involved in 1 such mediation, 5% in 2 to 5 such mediations, 9% in 5 to 20 such mediations and 5% even in more than 20 mediations that had been imposed by state courts.

#### **e) Experience with mediation as mediator**

Close to half of the respondents were not yet involved in a mediation as mediator. Only a minority of these persons has not been involved either in a mediation on the side of a party. Also among these persons is the one lawyer who is 100% satisfied about the arbitrations he/she was involved in.

#### **f) Pending procedures**

More than three quarters of the respondents were involved in a pending arbitration, one quarter were involved in a pending mediation. On the other hand, three quarters stated that they were involved in a procedure pending before a state court.

#### **g) Duration of the experience with arbitration/mediation**

All the respondents had an experience of at least 5 years in the field of arbitration and mediation and with procedures before state courts. Two thirds of the respondents had an experience of more than 10 years in the field of arbitration and mediation, more than three quarters an experience of more than 10 years with law-suits before state courts.

A quarter of the respondents indicated that “many” of the arbitrations in which they were involved were conducted before arbitration institutions, close to two thirds responded that “most” of their arbitration were institutional arbitrations and 1 person said that all his arbitrations were institutional arbitrations.

#### **h) Amicable settlements**

As regards mediations, about one quarter of the respondents never had a mediation in which they were involved settled amicably. More than a quarter of the respondents had a few mediations settled amicably, for one third this was so in many cases and for 16% in most cases.

Almost half of the respondents answered that none of the *non-binding arbitrations* were settled amicably, whereas one third responded that 1 *non-binding arbitration* had been settled amicably and that for 20% this had been the case in 2 tot 5 *non-binding arbitrations*.

Completely different results appear with respect to *binding arbitrations* that were settled amicably : only 9% of the respondents had never seen a binding arbitration settled amicably, whereas 41% had seen at least 1 of their cases settled amicably and another 41% even 2 to 5 cases settled.

#### **i) Training in the field of arbitration**

Whereas half of the respondents had a formation in the field of arbitration, virtually all the respondents confirm that they attended seminars regarding arbitration. We note that quite a few of the persons who acted as arbitrator did not receive a formal training in the field of arbitration, one of them even indicated to have acted



as arbitrator in more than 20 domestic arbitrations and also in more than 20 international arbitrations, another person indicating that he/she had acted in 2 to 5 domestic arbitrations as well as in 5 to 20 international arbitrations.

Two thirds of the respondents got training in mediation or other forms of ADR. We note that three of the persons who indicate to have an experience as mediator did not get a training in mediation, one of them has acted as mediator in one mediation, another one as mediator in 2 tot 5 mediations and the third one even as mediator in more than 20 mediations.

#### **j) Personal involvement in the field of arbitration/conciliation**

As regards the personal involvement of the respondents, we note that almost all of the respondents indicate that they have more than one type of involvement in arbitration. Accordingly, all those who indicate that they have drafted an arbitration clause also reported their involvement either as party (business person) or as counsel for a party or as an arbitrator or as a member of an arbitral institution, or even in a combination of such involvements.

#### **k) Links between experience and satisfaction**

When making the link between the expressed satisfaction rate (pursuant to question 8.h), we find that among respondents that were involved on the side of a party in 2 to 5 arbitrations, 2 persons express a very high satisfaction (in the sense that most of the disputes in which they were involved ended favourably for them) whereas the third person is the one who indicated that all the arbitrations ended favourably. Out of the 14 persons with an experience of more than 5 domestic arbitrations, 10 persons express a very high satisfaction and 4 persons a “normal” satisfaction (in the sense that a “normal” rate of the disputes ended favourably for their side).

Among those who have been involved on the side of a party in 2 to 5 mediations, 3 persons indicate a high satisfaction with respect to the arbitrations in which they were involved (most of the cases ended favourably for them), 3 a normal degree of satisfaction ( a “normal” rate of arbitrations ended favourably) and 1 person a 100% satisfaction (all the arbitrations ended favourably). As regards the respondents who have been involved on the side of a party in more than 5 mediations, 3 out of the 4 express a high degree of satisfaction and 1 a normal degree of satisfaction in the field of arbitration.

We have not found a link between the degree of satisfaction in the field of arbitration and the participation in training courses or seminars concerning arbitration.

### **4. Arbitration clauses in contracts**

#### **a) Arbitration clauses in *domestic* and/or *international* contracts**

None of the respondents indicated that they do not insert arbitration clauses in domestic contracts or in international contracts. 90% of the respondents propose themselves arbitration clauses in *domestic* contracts and 95% propose them with respect to *international* contracts.

Among those saying that they insert arbitration clauses in their *domestic* contracts at the request of others is one person highly satisfied and another “normally” satisfied person.





We see differences between these results and our European survey. In the European survey, 14% of the respondents stated namely that they do not insert arbitration clauses in their *domestic* contracts. The rates of those proposing themselves an arbitration clause was lower, both with respect to a *domestic* contract (60%) and with respect to an *international* contract (71%).

## **b) On what does the choice for arbitration depend ?**

Whereas one might come to the conclusion that in international matters an arbitration clause is raised almost immediately, the answers to question 4 (see enclosure) show that arbitration yet is not self-evident in all cases. The advantages and disadvantages of procedures before arbitral tribunals and state courts are in fact measured in the light of a certain number of elements.

All the respondents confirm that they first weigh the advantages and disadvantages of state courts versus arbitration as well as the risk of a refusal of voluntary performance and the necessity of a judicial enforcement. All of them assert that the choice for arbitration depends on the *type* of the contract. For 89%, this choice depends on the *value* of contract, for 95%, this choice depends on *the country* where the risk is run. We wanted to know which country and/or which region makes attorneys insert an arbitration clause in their contracts. The countries or regions which were mentioned, are in alphabetical order : Arabic countries, Asia, Canada, Countries which did not ratify the New York Convention, Italy, Kenya, Malaysia, “Non-EU/US jurisdictions”, South America. Others answered as follows : “Many”, “Look at Convention adherence + national legislation + judicial application”; “Everywhere as to speed and reliability of procedure and enforcement (where there is availability of assets)” and “Strong led government; public involvement; lack of international convention”.

Almost everybody recommends arbitration, both for technical or quality matters which are to be determined by a technical expert and for legal matters which are to be determined by a lawyer.

Finally, as we already noted as well in our European survey, a large majority (three quarters) thinks of arbitration in a more favourable way than before. More than three quarters advise that their clients are more open to accept arbitration than before.

## **5. Arbitration and other types of alternative dispute resolution scorecard**

We asked the respondents to value 8 different methods of conflict resolution on a scorecard of attractiveness and effectiveness on a scale of 1 tot 5, whereby 1 stood for “poor” and 5 was considered to be “very good”.

*Conciliation talks* were given by half of the respondents an average score of 3, with one quarter giving it a lower score and one quarter a higher score.

*Mediation* received a better score from the respondents than conciliation, but not as good a score as *Mediation attempt then arbitration*.

*Mini-trial* clearly is perceived less well than mediation.

*Binding opinion by a third party* provides hardly a better score than mini-trial.

*Technical expert opinion* does not obtain a very high score either.

*Binding arbitration* clearly gets the best score from all the dispute resolution methods listed.

As opposed to binding arbitration, *non-binding arbitration* is not perceived as an attractive or efficient dispute resolution method.



If we compare the above 8 methods of conflict resolution and try to rank them according to their attractiveness and effectiveness, we think we can draw from the scorecard the following ranking in decreasing order : binding arbitration, mediation attempt then arbitration, mediation by a third party, conciliation talks, technical expert opinion, binding opinion by a third party, non-binding arbitration, mini-trial.

With respect to arbitration, we also wished to know whether a three-member arbitral tribunal is considered less effective or more effective than a sole arbitrator. We do not think, however, that a general tendency can be deducted from these results regarding the preferred number of arbitrators in terms of attractiveness and efficiency.

## 6. Arbitral tribunals for specific fields

All the respondents share the view that arbitration is an appropriate method for the settlement of disputes in the construction business and in the insurance business. A large majority also shares this view with respect to the international transport sector, with respect to intellectual property rights and in the field of quality control of products. However, half of the respondents consider arbitration as not appropriate with respect to dealings with consumers.

## 7. Characteristics of your arbitrations

### **a) Institutional/ad hoc**

While examining the answers regarding the characteristics wished for an arbitration, we have verified each time whether the persons have much or few experience in the field of arbitration, and whether or not they are satisfied about this experience.

The persons wishing an institutional arbitration (namely : 59%) had almost all an experience in at least two arbitrations on the side of a party, and half of them also had an experience as an arbitrator both in domestic and international arbitrations. However, about the other half of the respondents had not yet acted as arbitrator. Among the respondents who find an institutional arbitration "negotiable" (41%), only a small minority had not yet been involved in an arbitration on the side of a party or as an arbitrator. Two thirds of them had been involved in at least five arbitrations on the side of a party and in at least two domestic and international cases as an arbitrator.

We cross-referenced the responses and find a clear link between the expressed level of high satisfaction and the higher appreciation of institutional arbitration. However, those with the broadest experience in arbitration do not all advocate *institutional* arbitration; many find this choice "negotiable". In our European survey, we had found that those with more experience most favoured institutional arbitration, especially for international cases.

Only a third are believers in *ad hoc* arbitration tailor-made for the dispute. But clearly, people find an *ad hoc* arbitration in accordance with the UNCITRAL<sup>7</sup> Arbitration Rules attractive (two thirds). If need be, half of the respondents are prepared to accept *ad hoc* arbitration in negotiations.

We also observe that persons who prefer institutional arbitration, nevertheless can find an *ad hoc* arbitration negotiable. On the other hand, a handful of respondents advise that they accept evenly *institutional* or *ad hoc* arbitration, and as many find the two types of arbitration negotiable when the clause is drafted.

---

<sup>7</sup> The Rules of arbitration adopted on 28 April 1976 by the United Nations Commission for International Trade Law can serve for *ad hoc* arbitrations, although they may be regarded as a kind of a compromise between institutional arbitration and *ad hoc* arbitration.



Furthermore, the persons most satisfied with arbitration, also are those who look most favourable to *institutional* arbitration. And, as for the answers given to the previous question, we find that those having the broadest experience in the field of arbitration also are the most in favour of *institutional* arbitration.

Oddly enough, in our earlier European survey, we observed that the most satisfied persons and those having the broadest experience opted more for an *ad hoc* arbitration.

In the question form there was a possibility left to indicate an arbitral institution of one's own choice. The following arbitration institutions were thereby mentioned, in alphabetical order (Some responses mentioned two or more institutions) : American Arbitration Association (1), AmiNZ (New Zealand)(1), Barcelona Chamber of Commerce (2), International Chamber of Commerce (9), London Court of International Arbitration (4), Nederlands Arbitrage Instituut (1), Stockholm Chamber of Commerce (2).

### **b) Form of the arbitration clause**

Three quarters of the respondents use a model clause, one quarter consider a model clause negotiable. We have noticed that persons with the broadest experience in the field of arbitration most often have recourse to model clauses. We came, however, to the same finding with regard to the persons who wish to draft themselves an *ad hoc* clause. We had found similar views in our European survey. These two conclusions may appear to be in contradiction with each other. These two conclusions make us believe that persons who often call upon arbitration, probably use model clauses and draft themselves their own arbitration clauses, depending on the circumstances.

### **c) Place of arbitration :**

It flows from the answers that it is generally considered advisable to stipulate the place of arbitration in the arbitration clause, in particular by those with the broadest experience in the field. Those who determine the place in advance are also those who are the most satisfied.

Most respond that they wish the seat of their arbitration in a neutral country, whereas one quarter would allow this allocating in a neutral country to be "negotiable".

### **d) The arbitrators**

Determining in advance the number of arbitrators is likewise a preference of the great majority (82%) of the respondents, above all, of those with the largest experience in the field.

Less than half of the respondents (48%) wish to designate one of the co-arbitrators. In our European survey that number was considerably higher (74%) This wish is, again, expressed primarily by those who were involved in a large number of cases. Designating an appointing authority makes it easier to set in motion an *ad hoc* arbitration, in particular if one of the parties refuses to designate an arbitrator. It is not surprising to find that the persons with the broadest experience in the field of arbitration and who are the most satisfied about arbitration, likewise are the most in favour of designating an appointing authority (86%).



### e) Language of the arbitration

Determining the language of the arbitration is also considered essential by all, including, interestingly, by those with a large experience in domestic arbitration.

### f) Choice of applicable law

#### *Law applicable to the procedure*

Arbitration offers a significant advantage compared to state court procedures in that it can detach itself from the national procedural rules, except for mandatory law provisions and provisions belonging to *ordre public*<sup>8</sup>. The experience, and in particular the arbitration experience of the International Chamber of Commerce, demonstrates that in reality there are only very few cases in which parties have agreed upon a law applicable to the procedure. Moreover, the International Chamber of Commerce does not recommend to the parties to stipulate in their arbitration clause the law applicable to the procedure<sup>9</sup>. But those who answered the survey (a large number, namely 68%) do wish to choose the law applicable to the procedure. The same was true for the European survey.

#### *Law applicable on substance*

Virtually all the respondents indicated that they wish to be able to stipulate the law applicable on substance in the arbitration clause. Only one respondent, a person with no experience in international arbitration, finds the law applicable on substance “negotiable”. The statistics of the International Chamber of Commerce confirm that in the vast majority of the cases the parties have stipulated the law applicable on substance in advance<sup>10</sup>.

#### *«Amiable compositeurs»*

Clearly, only very few lawyers are in favour of conferring upon the arbitrators the powers of «*amiables compositeurs*» whereby they can depart from a strict application of the law and decide in equity («*ex aequo et bono*»). 4% only wish or accept these powers, whereas 26% consider these powers to be “negotiable”. We observe, nevertheless, that the only respondent who declares to wish or accept these powers is a person with an experience as arbitrator in more than 20 international cases and also in more than 20 domestic cases<sup>11</sup>.

### g) Elements that have an impact on the characteristics wished for an arbitration

When the respondent lawyers wish to stipulate the characteristics of the arbitration in the arbitration agreement, the question as to whether the arbitration shall be conducted in a *national or international context* is an element in 91% of the cases, even for those who have not gained a broad experience in arbitration procedures.

The *nationality of the opposite party* is an element for 73% of the respondents, even for those who have not been involved in many procedures.

---

<sup>8</sup> This is provided in particular by the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, Article 15(1) of the 1998 Rules and Article 6 of its Appendix II.

<sup>9</sup> The four items which the ICC recommends to stipulate in the arbitration agreement are : the law governing the contract, the number of arbitrators and the place and language of the arbitration, ICC Rules of arbitration, Publication N° 581, p. 8.

<sup>10</sup> “2000 Statistical Report”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 12/N° 1 – Spring 2001, p. 11; “1999 Statistical Report”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 11/N° 1 – Spring 2000, p. 10; «1998 Statistical Report», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10/N° 1, 1st Semester 1999, p. 9.

<sup>11</sup> In the European survey we found that 10% wished or accepted these powers and that 54% considered these powers “negotiable”.



More than the nationality of the opposite party and as much as the national or international nature of the relationship, *the scope/complexity of the matter* is a determining factor (91%).

The *location of the assets of the opponent* (or of the co-contracting partner) is “only” for two thirds an element which has an influence on the characteristics of the arbitration.

## 8. Evaluation of the experience in the field of arbitration

Our aim was to have an appreciation by the respondents of the arbitrations in which they have been involved. The questions relating to an experience as arbitrator were answered by 16 respondents out of the 22, whereas the questions relating to an experience on the side of a party in an arbitration were answered by 20 respondents. This allows us to draw fairly representative conclusions.

### **a) Experience as arbitrator**

For only very few of the respondents all the arbitrations were institutional. For half of the respondents “most” of the arbitrations were institutional, for the remaining third a “normal” rate of their arbitrations was institutional.

Among those who have acted as arbitrators, only 12% find that their arbitrations “mostly” suffered from procedural difficulties/fights and just as many never saw difficulties. Two groups of 38% felt that the procedural difficulties were either “normal” or “seldom”. When asked whether they themselves required a state-court intervention, it was decided between “seldom” and “never”.

In institutional arbitration, the work done by the institution was mostly perceived as good.

Less positive, however, are the responses regarding the remuneration of the work as an arbitrator.

### **b) Experience on the side of a party**

In our previously held European survey, we thought that some parallelism could be drawn between the question relating to the number of cases "won" by the company and the question relating to the number of cases that ended to the satisfaction of the respondent. We found in fact that the rates of satisfaction corresponded almost entirely to the rates provided for the cases that were « won ». We have therefore reformulated these questions in the instant survey and deleted the separate question relating to the degree of satisfaction, while keeping only the question relating to the cases “won” or “lost”.

Only one respondent stated that his/her arbitrations “always” ended favourably for his/her side. Most did answer that this was “mostly” so and 20% answered that this rate was “normal”. No-one was pessimistic about the outcome.

The answers to the question relating to procedural complications were noteworthy. The only person who says that as a party he/she mostly requires state court intervention in arbitration cases is the person who expresses an overall satisfaction of 100% in the field of arbitration. This person, who has been involved in 2 tot 5 arbitrations, is also one of the six respondents who state that their arbitration cases “mostly” suffered from procedural difficulties/fights

On the other hand, the one respondent who states that his/her arbitration cases “never” suffered procedural difficulties/fights is the only respondent having been involved not only in more than 20 cases on the side of a party but also in more than 20 domestic and 20 international cases as an arbitrator.



We conclude that the procedural complications are not an element which may render a party less satisfied. This appears to be confirmed by the answers to the question about the necessity of an intervention of a state court for the enforcement of an arbitral award. For all the rates of interventions of state courts which have been given, we observe large numbers of respondents who consider themselves highly satisfied about arbitration as well as persons who are less satisfied.

We also remark that whereas most of the respondents did face some procedural complications, they hardly required state court intervention.

It is the feeling of the respondents that most of the arbitrations in which they were on the side of a party were run efficiently in procedure and administration (55%), while 40% consider that this occurred in a “normal” number of arbitrations.

## 9. Comparison of arbitration with regular court procedures

At the end of the survey, we asked how arbitration is looked at compared to procedures before state courts. These questions were answered by all the respondents, including thus the persons who have not yet been involved in an arbitration.

More than three quarters of the respondents find arbitration generally *more rapid* than state court proceedings. In the European survey, however, the answers were equally balanced (46% each) between the persons who find arbitration more rapid than state court proceedings and those who find arbitration equally rapid.

There is no clear tendency among the answers as to whether arbitration is felt to be more *expensive* than state court procedures.

All the respondents find arbitration more favourable as regards *confidentiality*, and all except for one find that an arbitration is generally *more flexible* than a state court procedure.

Three quarters find the services rendered in arbitrations of a higher quality than the quality provided by state court procedures. This is essentially the opinion of the persons who have been the most involved in arbitration procedures.

Less than half consider that the arbitral awards are more *often executed voluntarily* than state court decisions are, but the same number see no difference with voluntary execution of state court decisions. However, persons who are much involved in arbitration state that awards are executed voluntarily more often than state court decisions.

The opinion that arbitrations end more often in a *compromise decision* between the parties is supported by a slight majority of the respondents, whereas one third finds no greater tendency to cut the pear in two. Interestingly, in our European survey only 42% found more compromise solutions in arbitration.

As regards the *confidence in arbitration*, a little under half of the respondents have more confidence in arbitration than in the state courts of their country of residence and half have equal confidence in the state courts of their country as in arbitrators. In our European survey, less than one third had more confidence in arbitration.

When they compare the confidence in arbitration to the confidence they have vis-à-vis foreign country courts, arbitration comes out well above average.

Finally, more than three quarters of the respondents have more confidence in arbitration than in the courts of certain countries. Regions they named (in alphabetical order) : courts in Africa, Asia, “Developing countries”, Eastern Europe, the Middle East, “Non EU/US jurisdictions”, South America and the “Third World” and



individual countries that were named (again in alphabetical order) : China, England, Indonesia, Iran, Iraq, Italy, Malaysia, Mozambique, Qatar, former Soviet Union, Spain, and the United States (1 each) and Russia (2). One respondent wrote as follows : “Strong led government; public involvement; lack of international convention”.

## 10. Conclusions

This survey has allowed to obtain a fairly precise view on arbitration and alternative dispute resolution procedures among a group of attorneys in different countries and continents in the world. It is interesting to note that their views in many respects hardly differ from the views we obtained in our earlier European survey (1998).

But there were differences. We observed that mediation is used as dispute resolution method more in the common law countries than in the civil law countries.

Whereas the primarily European lawyers in our earlier survey do not frequently insert arbitration clauses in domestic contracts, the members of IBA Committee D indicated that they do frequently insert arbitration clauses in domestic contracts.

We found that respondents in this survey do not root for *institutional* arbitration with the same vigour as the readers of the *International Business Law Journal*. IBA Members favour *ad hoc* arbitration applying the UNCITRAL Rules of Arbitration. Nevertheless we do find that looking at those who are the most satisfied persons among the respondents of IBA Committee D, they favour *institutional* arbitration rather than *ad hoc* arbitration (whereas in the European survey we came to the opposite conclusion).

*Binding arbitration* is clearly considered as the most effective and attractive method for the settlement of disputes outside the ordinary courts.

As regards the elements which an arbitration clause should contain and the form arbitration should take, we found that those who were involved in a large number of cases have fairly clear views. They express a fairly large degree of satisfaction on their experience with arbitration.

Compared to the procedures before state courts, the majority of the respondents show a greater confidence in arbitration than in state courts, primarily in comparison with state courts in other countries and in a number of named countries where judges left a poor impression.

The advantages of arbitration that are generally recognised, are confirmed by the respondents in this survey. On the other hand, the few criticisms such as the cost of arbitration or sometimes its lack of rapidity are not considered as real problems which would make arbitration less attractive.

As organisers of this survey, we once again wish to thank all those who accepted to spend a little time in completing the questionnaire.

We hope these results may be considered useful by those who are interested in arbitration and ADR, as the members of Committee D of the IBA are.

**Herman Verbist**



Attorney at the Brussels Bar, Bogaert & Vandemeulebroeke (Landwell); Guest professor, Ghent University; Former counsel at the ICC International Court of Arbitration

And

**Johan Erauw**

Ordinary professor, Ghent University; Associate Professor, American University (Washington D.C.); Attorney at the Ghent Bar

Bijlage: Vragenlijst

---

## Survey Regarding Arbitration and ADR

*in co-operation with*

**Committee D (Arbitration and ADR) of the International Bar Association  
Section on Business Law**

---

**Johan Erauw**

Professor of law (University of Ghent)  
Attorney at the Ghent Bar  
Former corporate legal counsel

and

**Herman Verbist**

Guest professor (University of Ghent)  
Attorney at the Brussels Bar  
Former counsel - ICC International Court of Arbitration

Responses are welcomed until December 31st, 2000.

Please respond as individual in function of your personal experience (not for your firm or company in general).

The time necessary to complete this questionnaire is **15 to 20 minutes**. We thank you for your time.

*You will find the results of this survey as well as an analysis, in a later report in the Newsletter of Committee D (Arbitration and ADR) of the International Bar Association Section on Business Law.*

We would be much obliged if you copy this survey and invite further individual responses of your colleagues.

**Question 1: Please situate yourself in the business or legal community**

a. You have a <i>law Degree</i> and are:	19 (86%)	Attorney	You do <i>not</i> have A law degree and are:	0	Director (CEO)
	1 (5%)	Corporate counsel		0	Staff member in company
	0	Legal consultant		0	Engineer-Consultant





0	Government lawyer
0	Business person
2 (9%)	Academic

0	Economist-Consultant
0	Accountant
1	Other:...

b. Type of activities Of your company	19 (90%)	Law firm - legal services
Or your employer:	0	Banking and Insurance
	2 (10%)	Services – other

0	Industry
0	Trade
0	Government or public authorities

c. Size of the firm/business or company you work in:

	BIG	MEDIUM-SIZED	SMALL	
- If in a law firm:	11 (50%)	4 (19%)	4 (19%)	Approx. number of lawyers: .....
- If in other type of company	1 (4%)	1 (4%)	1 (4%)	Approx. number of employees: .....

d. Activity of your company/office/cabinet

	NATIONAL	INTERNATIONAL	BOTH		
	2 (10%)	5 (24%)	14 (66%)		
	UNDER 30	30 - 40	41 - 50	51 - 60	OVER 60

e. Your age group:

0	6 (27%)	9 (41%)	4 (18%)	3 (14%)
---	---------	---------	---------	---------

### Question 2: Are you favourably disposed towards conciliation, mediation and binding arbitration?

	OFTEN	RARELY	NEVER
a. Do you use clauses for <i>binding</i> arbitration in your contracts?	21 (95%)	1 (5%)	0
b. Do you introduce <i>non-binding</i> arbitration in your contracts?	0	7 (35%)	13 (65%)
c. Do you use arbitration clauses in <i>company statutes</i> ?	6 (33%)	7 (39%)	5 (28%)
d. Do you accept arbitration agreements after a dispute has arisen?	8 (36%)	14 (64%)	0
e. Do you use clauses which provide for the jurisdiction of state courts?	14 (70%)	6 (30%)	0
f. Do you insert mediation clauses in your contracts?	8 (36%)	14 (64%)	0
g. Do you use conciliation/mediation by neutrals after disputes have arisen?	9 (41%)	11 (50%)	2 (9%)
h. Do you use <i>clauses for the adaptation</i> of contracts?	6 (30%)	8 (40%)	6 (30%)

If so, underline which ones:

<i>renegotiation</i>	<i>Indexation</i>	<i>price adjustments</i>	<i>clauses for protection against currency risk</i>	<i>hardship clauses</i>	<i>binding decision by a third party</i>
3 (14%)	7 (32%)	11 (50%)	6 (27%)	6 (27%)	6 (27%)

### Question 3: Your experience with procedures before national courts, arbitral tribunals and mediation

	NOT	ONE	2-5	5-20	>20
a. You <i>were</i> /or <i>were not</i> involved in mediations as <i>mediator</i>	9 (41%)	2 (9%)	5 (23%)	4 (18%)	2 (9%)
b. You <i>were</i> /or <i>were not</i> involved in mediations <i>as/on the side of a party</i>	9 (41%)	2 (9%)	7 (32%)	2 (9%)	2 (9%)
c. You <i>were</i> /or <i>were not</i> involved in <i>domestic</i> arbitrations as <i>arbitrator</i>	8 (36%)	2 (9%)	3 (14%)	6 (27%)	3 (14%)
d. You <i>were</i> /or <i>were not</i> involved in <i>international</i> arbitrations as <i>arbitrator</i>	10 (45%)	0	5 (23%)	4 (18%)	3 (14%)
e. You <i>were</i> /or <i>were not</i> involved in mediation imposed by state courts	15 (72%)	2 (9%)	1 (5%)	2 (9%)	1 (5%)
f. You <i>were</i> in domestic/international arbitrations <i>as/on the side of a party</i>	4 (19%)	0	3 (15%)	7 (33%)	7 (33%)
g. You <i>were</i> /or <i>were not</i> involved in litigation before state courts?	NOT	ONE	2-5	5-20	>20



<ul style="list-style-type: none"> <li>state courts of your <i>country of residence</i>?</li> <li><i>foreign</i> state courts?</li> </ul>					3 (14%)	0	3 (14%)	3 (14%)	13 (58%)
h. How many arbitrations were before Arbitration Institutions?					7 (33%)	2 (10%)	8 (38%)	3 (14%)	1 (5%)
i. How many <i>non-binding arbitrations</i> were settled amicably?					NONE FEW MANY MOST ALL				
j. How many <i>binding arbitrations</i> were settled before the final award?					0	1 (5%)	6 (28%)	13 (62%)	1 (5%)
k. How many <i>mediations</i> were settled amicably?					7 (47%)	5 (33%)	3 (20%)	0	0
					2 (9%)	9 (41%)	9 (41%)	2 (9%)	0
l. - Are you involved as mediator in a <i>mediation still pending</i> ?					YES NO				
- Are you involved in an <i>arbitration which is still pending</i> ?					4 (21%)	5 (26%)	6 (32%)	3 (16%)	1 (5%)
- Are you involved in a <i>national court proceeding still pending</i> ?					5 (23%)		17 (77%)		
					19 (86%)		3 (14%)		
					16 (73%)		6 (27%)		
					0-5 YEARS 5-10 YEARS >10 YEARS				
m. How long is your experience in arbitration/mediation?					0		8 (36%)		14 (64%)
How long is your experience with law-suits before courts?					0		3 (14%)		18 (86%)
					YES NO				
n. Did you receive formal training in the field of arbitration?					10 (45%)		12 (55%)		
Did you attend seminars about (inter alia) arbitration?					21 (95%)		1 (5%)		
Did you get training in mediation or other forms of ADR?					14 (64%)		8 (36%)		
o. Your personal involvement with arbitration was:	4	as party (business person)	5	as expert counsel					
	20	as counsel for a party	7	as member of an arbitral institution					
	16	as arbitrator	18	in drafting an arbitration clause					
	0	as a court judge	1	Other: as teacher in courses and seminars on arbitration					

**Question 4: Arbitration clauses in your practice of drafting contracts (skip, if you do not practice)**

					NO	YOU PROPOSE	IF OTHERS ASK
a. You insert arbitration clauses in <i>domestic</i> contracts					0	18 (90%)	2 (10%)
You insert arbitration clauses in <i>international</i> contracts					0	19 (95%)	1 (5%)
					YES NO		
b. You first weigh advantages/disadvantages of state courts v./ arbitration					20 (100%)		0
c. You try to anticipate the need for judicial intervention for enforcement					19 (100%)		0
d. The question whether you opt for, or allow an arbitration clause:							
- depends on the type of contract					19 (100%)		0
- depends on the value of the contract					17 (89%)		2 (11%)
- depends on the country where you run a risk						18 (95%)	1 (5%)
If so: which country, which region? ...							
e. You would recommend arbitration to clients or other people for:					YES NO		
- technical or quality matters which are to be determined by a technical expert					18 (95%)		1 (5%)
- legal matters, which are to be determined by one or more lawyers					19 (100%)		0
f. Evolution over time:					YES NO		
- you presently think more favourably of arbitration than before					15 (75%)		5 (25%)
- your clients are more open to accept arbitration than before					17 (77%)		5 (23%)

**Question 5: Arbitration and methods of alternative dispute resolution scorecard**



Please value **each** of the *methods of conflict resolution* on a scorecard of *attractiveness and effectiveness*

(circle a number)

	POOR					VERY GOOD				
	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5
- conciliation talks (5%)	0	5 (24%)	11 (52%)	3 (14%)	2 (10%)	1 (5%)	8 (40%)	9 (45%)	1 (5%)	1
- mediation by third party (55%)	1 (5%)	4 (18%)	6 (27%)	6 (27%)	5 (23%)	0	0	2 (9%)	8 (36%)	12
- mediation attempt then arbitration	1 (5%)	4 (18%)	4 (18%)	9 (41%)	4 (18%)	9 (47%)	3 (16%)	4 (21%)	3 (16%)	0
- mini-trial	5 (28%)	8 (44%)	4 (22%)	1 (6%)	0	0	1 (5%)	5 (24%)	9 (43%)	6 (28%)
- binding opinion by third party (19%)	4 (22%)	7 (39%)	4 (22%)	2 (11%)	1 (6%)	0	2 (10%)	8 (38%)	7 (33%)	4
- technical expert opinion										
- binding arbitration										
- non-binding arbitration										
- three arbitrators										
- one sole arbitrator										

### Question 6: Arbitral tribunals and specific areas of disputes

You consider arbitration appropriate in the following *subject-matters*:

	YES	NO		YES	NO
- construction business	22 (100%)	0	- quality control of products	11 (69%)	5 (31%)
- insurance business	22 (100%)	0	- dealings with consumers	7 (50%)	7 (50%)
- international transport	20 (95%)	1 (5%)	- intellectual property rights	16 (73%)	6 (27%)

### Question 7: Characteristics of a good arbitration in your view

In your view arbitrations should preferably respond to the following characteristics:

	YES	NEGOTIABLE	NO
<b>a. Institutional or ad hoc</b>			
- You accept/wish arbitration organised by an Arbitration Institute	13 (59%)	9 (41%)	0
- You accept/wish <i>ad hoc</i> arbitration tailor-made for the dispute	7 (32%)	11 (50%)	4 (18%)
- You accept/wish <i>ad hoc</i> arbitration applying UNCITRAL-rules	13 (62%)	8 (38%)	0
Do you have a preference for any Arbitration Institution(s)? ...			
<b>b. Form of the arbitration clause</b>			
- You use a model clause	15 (75%)	5 (25%)	0
- You make your own clause	9 (47%)	10 (53%)	0
<b>c. Place of arbitration</b>			
- You determine the place in advance	19 (90%)	1 (5%)	1 (5%)
- You accept/wish a neutral country	17 (77%)	5 (23%)	0
<b>d. Appointment of arbitrators</b>			
- You determine in advance the number of arbitrators	18 (82%)	4 (18%)	0
- You wish to designate a co-arbitrator	10 (48%)	8 (38%)	3 (14%)
- You designate an appointing authority	19 (86%)	3 (14%)	0
<b>e. Language of the arbitration</b>			
- You determine in advance the language	21 (95%)	1 (5%)	0
<b>f. Choice of applicable law</b>			
- You determine in advance the law <i>applicable to the procedure</i>	15 (68%)	6 (27%)	1 (5%)
- You determine in advance the law <i>applicable on substance</i>	21 (95%)	1 (5%)	0
- You accept/wish that arbitrators act as <i>amiables compositeurs</i>	1 (4%)	6 (26%)	16 (70%)
<b>g. Regarding the topics above, your decisions are taken on the basis of the following elements:</b>			
	YES	SOMETIMES	NO
- the national/international nature of the relationship	20 (91%)	2 (9%)	0
- the nationality of the opposite party	16 (73%)	6 (27%)	0
- the scope/complexity of the matter	20 (91%)	2 (9%)	0



- the location of assets of the opponent

15 (68%)      7 (32%)      0

**Question 8: Your appreciation of arbitrations in which you were involved (skip, if no experience)**

<b>* In the arbitrations <i>where you were an arbitrator</i>:</b>	ALWAYS   MOSTLY   NORMAL   SELDOM   NEVER				
a. Arbitration cases suffered from procedural difficulties/fights	0	2 (12%)	6 (38%)	6 (38%)	2 (12%)
b. Arbitration cases require <i>state-court</i> intervention	0	0	0	9 (56%)	7 (44%)
c. You think the work of the Arbitration <i>Institutions</i> is done very well	2 (13%)	9 (56%)	5 (31%)	0	0
d. You feel that your own work was very well paid	0	3 (20%)	6 (40%)	3 (20%)	3 (20%)
<b>* In cases <i>where you were on the side of a party</i> in the dispute:</b>	ALWAYS   MOSTLY   NORMAL   SELDOM   NEVER				
e. Arbitration cases suffered from procedural difficulties/fights	0	6 (30%)	10 (50%)	3 (15%)	1 (5%)
f. Arbitration cases require <i>state-court</i> intervention	0	1 (5%)	1 (5%)	13 (65%)	5 (25%)
g. The arbitrations were run efficiently in procedure and administration	1 (5%)	11 (55%)	8 (40%)	0	0
h. The disputes ended favourably (reasonable gain/or loss) for your side	1 (5%)	15 (75%)	4 (20%)	0	0

**Question 9: Comparing arbitration with regular state court procedures**

	MORE	EQUAL	LESS
a. Arbitration is generally <i>more/less rapid</i> than state court law-suits	19 (83%)	4 (17%)	0
b. Arbitration is generally <i>more/less expensive</i>	9 (39%)	8 (35%)	6 (26%)
c. Arbitration is <i>more/less</i> successful in keeping <i>confidentiality</i>	22 (100%)	0	0
d. Arbitration is generally <i>more/less</i> in <i>quality of service</i>	16 (73%)	6 (27%)	0
e. Arbitration is generally <i>more/less flexible in procedure</i>	21 (95%)	1 (5%)	0
f. Arbitration decisions are <i>more often/less often executed voluntarily</i>	9 (41%)	11 (50%)	2 (9%)
g. Arbitrations end <i>more often/less often in a compromise decision</i>	11 (53%)	7 (33%)	3 (14%)
h. You have <i>more/less confidence in arbitration</i>			
- compared to the courts in your country of residence	9 (41%)	12 (54%)	1 (5%)
- compared to the courts in foreign countries	15 (65%)	8 (35%)	0
- compared to the courts in <i>some</i> countries	15 (83%)	3 (17%)	0
If so, which countries? .....			

**We thank you for your cooperation.  
Please return the completed form to:**

**Professors J. Erauw and H. Verbist  
Faculty of Law (University of Ghent)  
Universiteitstraat 4, B - 9000 Ghent, Belgium.**



### **Publicatie van de 5de, volledig herwerkte editie van het Bronnenboek Internationaal Privaatrecht**

Zo'n 5 jaar geleden verscheen de vorige editie van *Bronnen van Internationaal Privaatrecht*. Intussen evolueerde deze materie sterk en was het tijd voor een grondige update. De compleet herwerkte editie van dit basiswerk telt 430 bladzijden en biedt u:

- de actuele stand van zaken van het internationaal privaatrecht en de ratificaties
- alle nieuwe Europese stukken inzake internationaal privaatrecht
- de eerste publicatie van het wetsvoorstel van een Wetboek van Internationaal Privaatrecht met de uitvoerige memorie van toelichting
- een chronologische rangschikking en een systematische inhoudstafel die het boek gemakkelijk te consulteren maken
- een voor de praktijk meest nuttige verzameling van bronnen van internationaal privaatrecht
- aanvullingen en actualiteit zijn via het internet beschikbaar

Deze uitgave werd verzorgd door **Johan Erauw**, Gewoon Hoogleraar aan de Universiteit Gent, en **Clive Rommelaere**, assistent aan de Universiteit Gent, en werd bijgewerkt tot 1 september 2002.

Het boek werd uitgegeven door uitgeverij Kluwer, in de reeks Gandaius.

Voor bestellingen, klik <http://www.ipr.be/bestel-doc.html>



# **Sales Convention Symposium on February 7th, 2003, University of Pittsburgh**

*University of Pittsburgh School of Law*

*Presents*

## ***BEYOND THE DIGEST***

***Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention***

### **February 7, 2003 at the University of Pittsburgh School of Law**

The new UNCITRAL Digest of cases interpreting the U.N. Convention on contracts for the International Sale of Goods promises to be an important source of information in promoting uniformity of application of the Convention. This program will allow the authors of the Digest to go beyond review of existing cases, providing critical comments on decisions of record and opinions on issues not yet resolved.

8:00 - 8:30	Registration	
8:30 - 8:45	Welcome	
8:45 - 9:00	Introduction – Franco Ferrari	
9:00 - 10:00	Part I – Franco Ferrari	Commentators : Joseph Lookofsky and Michael Bridge
10:30 - 11:30	Part II – Peter Winship	Commentators: Maria del Pilar Perales Viscasillas , Johan Erauw
11:30 - 12:30	Part III – Ulrich Magnus	Commentators: Henry Gabriel, Alejandro Garro
12:45 - 2:15	Luncheon	
2:30 - 3:30	Part IV – Harry Flechtner	Commentators: Paul Volken, Ronald Brand
3:45 - 4:45	Part V – Claude Wirz	Commentators: Filip De Ly, Peter Sarcevic (presented by John E. Murray, Jr.)
4:45 - 5:15	Concluding Comments	

**Return by mail or fax to:**

**Center for International Legal Education**

**University of Pittsburgh**

**Fax: (412) 648-2648**

**School of Law**

**Phone: (412) 648-7023**

**3900 Forbes Avenue**

**Pittsburgh, PA 15260**

[www.ipr.be](http://www.ipr.be)



[www.dipr.be](http://www.dipr.be)

## **14 janvier 2003 - La Commission lance une consultation sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I")**

La Commission européenne a adopté aujourd'hui un Livre vert afin de lancer le débat sur l'opportunité de transformer la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation. Cette initiative s'inscrit dans le cadre des travaux en cours au sein de l'Union européenne pour créer un véritable espace européen de la justice. Des règles communes en cette matière contribuent à améliorer la reconnaissance mutuelle et l'exécution des décisions judiciaires à travers l'Union européenne.

(...)

Au niveau européen il existe déjà, sous la forme d'un traité international, un instrument contenant des règles sur la loi applicable aux obligations contractuelles : la Convention de Rome de 1980. Ces règles visent à déterminer quelle est la loi applicable aux contrats qui contiennent un élément transfrontière.

Un des inconvénients de la Convention est cependant qu'il n'y a pas, à ce jour, de juridiction qui en assure l'interprétation uniforme dans les différents Etats membres. C'est pourquoi la Commission lance un débat sur le point de savoir s'il convient de transformer la Convention - qui est le dernier instrument de droit international privé au niveau de l'Union européenne qui revêt encore la forme d'un traité international - en instrument communautaire. Une telle transformation aurait pour conséquence de donner compétence à la Cour de Justice à Luxembourg pour l'interprétation de cet instrument, à la demande des tribunaux nationaux.

Cette transformation pourrait également être l'occasion de moderniser la Convention de 1980, par exemple pour reconsidérer le régime de protection des consommateurs ou celui des contrats de travail à caractère transfrontière.

Avec cette initiative la Commission respecte son engagement en faveur d'un contact étroit avec les entreprises et la société civile. Le "Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation" est disponible à l'adresse Internet suivante : [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/unit/civil\\_fr.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil_fr.htm)

Les parties intéressées sont priées d'adresser leurs contributions avant le 15 septembre 2003 à l'adresse suivante :

JAI-coop-jud-civ@cec.eu.int.

La divergence des règles de droit matériel régissant les contrats dans les Etats membres sont également à l'origine d'autres travaux de la Commission européenne portant sur le droit national des contrats. Ainsi un Plan d'action sera publié dans les semaines à venir, qui suggèrera un ensemble de mesures non-législatives et législatives et constituera le suivi de la Communication sur le droit européen des contrats.

(source : <http://europa.eu.int/>)

