

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



**Revue de droit international privé, 3<sup>ième</sup> année, n° 3 (juli 2004)**  
**Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht, 3<sup>de</sup> jaargang, nr. 3 (juli 2004)**

**Redactie – Rédaction:**

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

**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, 2004, nr. 3, 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, 2004, n° 3, p. ...

**Inhoud/Contenu**

**ACTUALITEIT/ACTUALITÉ**

Wetboek van internationaal privaatrecht/Code de droit international privé

**RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE**

Cour de Justice, affaire C-18/02, DFDS Torline, arrêt du 5 février 2004

Cour de cassation, arrêt du 19 mars 2004

Cour de cassation, arrêt du 16 janvier 2004

Hof van Cassatie, arrest van 10 april 2003

Hof van Beroep Gent, arrest van 6 november 2003

Hof van Beroep Gent, arrest van 16 oktober 2003

Hof van Beroep Gent, arrest van 12 september 2003

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 26 février 2003

**RECHTSLEER/DOCTRINE**

Veerle Vanden Eeckhout – Communitarization of Private International Law : Tendancies to « liberalise » International Family Law

Isabelle Bambust – Dwarsdoorsnede van de betekeningsverordening

Katja Jansegers - Internationaal bevoegde rechter en toepasselijke wet op een onderhoudsvordering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure: heden en toekomst

Hildegard Schmidt - Nog drie maanden een dilemma voor de ambtenaar van de burgerlijke stand



# INHOUDSOPGAVE/TABLE DE MATIÈRES

<b>ACTUALITEIT/ACTUALITÉ</b> .....	<b>7</b>
Wetboek van internationaal privaatrecht/Code de droit international privé .....	7
<b>RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE</b> .....	<b>8</b>
Cour de Justice, affaire C-18/02, DFDS Torline, arrêt du 5 février 2004.....	8
<b>1.</b> Protocole relatif à l'interprétation de la convention de Bruxelles – interprétation de l'article 2 du protocole conforme les objectifs de la convention – <b>2.</b> Convention de Bruxelles – article 5, 3 – action préventive destinée à empêcher une action collective d'une organisation syndicale – a) compétence pour apprécier la légalité de l'action collective d'une part et l'indemnisation d'autre part n'appartenant pas aux mêmes juridictions dans l'Etat membre concerné – b) lien causal entre le dommage et l'action collective – c) effet de la suspension du comportement délictuel – <b>3.</b> lieu où le fait dommageable s'est produit – lieu où le dommage est intervenu – notion et critères .....	8
<b>1.</b> Protocol betreffende de interpretatie van het EEX-verdrag- interpretatie van artikel 2 van het Protocol conform de doelstellingen van het verdrag – <b>2.</b> EEX-verdrag – artikel 5,3 – preventieve vordering om een vakbondsactie te verhinderen – a) bevoegdheid voor de beoordeling van enerzijds de wettelijkheid van de vakbondsactie en anderzijds de schadevergoeding ligt in de betrokken lidstaat bij onderscheiden rechtbanken – b) oorzakelijk verband tussen de schade en de vakbondsactie – c) gevolg van de opschorting van de onrechtmatige daad – <b>3.</b> plaats waar het schadeverwekkend feit zich heeft voorgedaan – plaats waar de schade werd geleden – begrip en criteria .....	8
Cour de cassation, arrêt du 19 mars 2004 .....	17
Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière – champ d'application – article 29bis de la loi relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matières de véhicules automoteurs – action directe de la personne lésée contre l'assureur .....	17
Verdrag van Den Haag inzake de wet welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg – toepassingsgebied – artikel 29bis van de wet betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen – rechtstreekse vordering van het slachtoffer tegen de verzekeraar.....	17
Cour de cassation, arrêt du 16 janvier 2004 .....	29
Code de la nationalité belge – article 12bis – déclaration de nationalité – conditions – avoir fixé sa résidence en Belgique depuis au moins sept ans .....	29
Wetboek van de Belgische nationaliteit – artikel 12bis – nationaliteitsverklaring – voorwaarden – hoofdverblijf sedert ten minste zeven jaar in België gevestigd.....	29



Hof van Cassatie, arrest van 10 april 2003.....	32
Internationale adoptie – Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden – artikelen 14 en 8 – uitwerking in de Belgische rechtsorde – geen plicht tot toekenning van het statuut van adoptant of geadopteerde.....	32
Adoption internationale – Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales – articles 14 et 8 – effets dans l’ordre juridique belge – pas d’obligation à accorder le statut d’adoptant ou d’adopté .....	32
Hof van Beroep Gent, arrest van 6 november 2003 .....	37
1. Verstoting naar Marokkaans recht – erkenning in België – artikel 570 van het Gerechtelijk Wetboek – rechten van verdediging – 2. voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure – toepasselijk recht .....	37
1. Répudiation marocaine – reconnaissance en Belgique – article 570 du Code Judiciaire – droits de la défense – 2. mesures provisoires durant la procédure de divorce – droit applicable .....	37
Hof van Beroep Gent, arrest van 16 oktober 2003.....	41
Echtscheiding – dringende en voorlopige maatregelen – onderhoudsgeld – internationale bevoegdheid – toepasselijk recht.....	41
Divorce – mesures provisoires – alimentation – compétence internationale – droit applicable .....	41
Hof van Beroep Gent, arrest van 12 september 2003 .....	44
Verordening 1348/2000 – betekening in Portugal – twee geldige en toegelaten betekeningwijzen – voor de beroepstermijn in aanmerking te nemen begindatum	44
Règlement 1348/2000 – signification au Portugal – deux façons de signification réguliers et admis – date à laquelle le délai d’appel prend cours.....	44
Cour d’appel de Bruxelles, arrêt du 26 février 2003.....	46
Responsabilité délictuelle – compétence internationale – convention de Bruxelles – article 5, 3 – lieu où le fait dommageable c’est produit – diffamation au moyen d’un article de presse diffusé dans plusieurs pays et sur l’internet .....	46
Onrechtmatige daad – internationale bevoegdheid – EEX-verdrag – artikel 5, 3 – plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan – eeroof door een tijdschriftartikel verspreid in verschillende landen en op het internet .....	46
<b>RECHTSLEER/DOCTRINE .....</b>	<b>52</b>
Veerle Vanden Eeckhout – Communitarization of Private International Law : Tendencies to « liberalise » International Family Law .....	52
1. <i>A new actor: the EU. New interferences from an unexpected angle.....</i>	<i>52</i>



2. <i>Why is there EU interference in International Family Law: two visions</i> .....	53
2.1. “Free movement of persons and an area of freedom, security and justice” .....	53
2.2. The uniform definition of family legal terminology as a “preliminary question” and / or the furtherance of legal security.....	54
2.3. Possible conclusions from the Brussels II Regulation? .....	56
3. <i>The tendency of liberalisation in an intra-communitarian context – how far and in what sense?</i> .....	58
3.1. Liberalisation of (International) Family Law .....	58
3.2. The liberalisation of (International) Family Law and / or public legal claims. Case study: Working with new forms of family life of European creation .....	67
4. <i>Looking further a field</i> .....	69
Isabelle Bambust – Dwarsdoorsnede van de betekenisverordening .....	71
I. <i>Bepaling van de Portugese ontvangende instantie</i> .....	71
II. <i>Verhouding tussen de hoofdwijze van betekenen en de 'andere' wijzen van betekening     – mogelijke cumul</i> .....	73
III. <i>Gevolg van de cumul van verschillende wijzen van betekening</i> .....	74
IV. <i>Datum van de betekening ten aanzien van de hoofdwijze van betekenen en ten     aanzien van de wijze van betekenen via de post</i> .....	76
V. <i>De 'afstandstermijn'</i> .....	78
VI. <i>Een tijdig hoger beroep mogelijk?</i> .....	80
Katja Jansegers - Internationaal bevoegde rechter en toepasselijke wet op een onderhoudsvordering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure: heden en toekomst .....	83
1. <i>Feiten en uitspraak van het Hof</i> .....	83
2. <i>Internationale bevoegdheid inzake een onderhoudsvordering tijdens een     echtscheidingsprocedure</i> .....	84
2.1. Onderhoudsvorderingen ingeleid vóór 1 maart 2002: de Brussel-I-Vo Het Hof paste terecht nog het EEX-verdrag toe.....	84
2.2. Onderhoudsvorderingen ingeleid na 1 maart 2002: de Brussel-I-Vo .....	86
2.3. Het nieuw gemeen bevoegdheidsrecht : de I.P.R.-codex .....	87
3. <i>Toepasselijke wet op een onderhoudsvordering tijdens een echtscheidingsprocedure</i> 88	
3.1. Het Hof paste de Belgische lex fori toe als wet die tevens van toepassing is op de echtscheiding .....	88



3.2. Het nieuwe recht : de I.P.R.-codex.....	91
Hildegard Schmidt - Nog drie maanden een dilemma voor de ambtenaar van de burgerlijke stand .....	94
1. <i>Inleiding - Actualiteit</i> .....	94



## **Wetboek van internationaal privaatrecht/Code de droit international privé**

Op 24 juni 2004 keurde de Kamer de definitieve tekst van het wetsontwerp houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht goed (108 ja, 0 neen, 15 onthoudingen). Op 1 juli 2004 werd de definitieve tekst zonder amendering in de Senaat goedgekeurd (50 ja, 0 neen, 9 onthoudingen). De wet houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht werd afgekondigd op 16 juli 2004. De integrale tekst kan geconsulteerd worden in het nummer 4/2004 van het tijdschrift@ipr.be.

Le 24 juin 2004 le projet de loi portant le Code de droit international privé fut adopté par la Chambre (108 oui, 0 non, 15 abstentions). Le 1<sup>er</sup> juillet 2004 le Sénat adopta le texte définitif sans amendement (50 oui, 0 non, 9 abstentions). La loi portant le Code de droit international privé fut promulguée le 16 juillet 2004. Le texte intégral peut être consulté dans le numéro 2004/4 de la revue@dipr.be.





**Cour de Justice, affaire C-18/02, DFDS Torline, arrêt du 5 février 2004**

*1. Protocole relatif à l'interprétation de la convention de Bruxelles – interprétation de l'article 2 du protocole conforme les objectifs de la convention – 2. Convention de Bruxelles – article 5, 3 – action préventive destinée à empêcher une action collective d'une organisation syndicale – a) compétence pour apprécier la légalité de l'action collective d'une part et l'indemnisation d'autre part n'appartenant pas aux mêmes juridictions dans l'Etat membre concerné – b) lien causal entre le dommage et l'action collective – c) effet de la suspension du comportement délictuel – 3. lieu où le fait dommageable s'est produit – lieu où le dommage est intervenu – notion et critères*

*1. Protocol betreffende de interpretatie van het EEX-verdrag- interpretatie van artikel 2 van het Protocol conform de doelstellingen van het verdrag – 2. EEX-verdrag – artikel 5,3 – preventieve vordering om een vakbondsactie te verhinderen – a) bevoegdheid voor de beoordeling van enerzijds de wettelijkheid van de vakbondsactie en anderzijds de schadevergoeding ligt in de betrokken lidstaat bij onderscheiden rechtbanken – b) oorzakelijk verband tussen de schade en de vakbondsactie – c) gevolg van de opschorting van de onrechtmatige daad – 3. plaats waar het schadeverwekkend feit zich heeft voorgedaan – plaats waar de schade werd geleden – begrip en criteria*

Dans l'affaire C-18/02,

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'Arbejdsret (Danemark) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Danmarks Rederiforen ing, agissant pour DFDS Torline A/S,

et

LO Landsorganisationen i Sverige, agissant pour SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation, 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. V. Skouris, faisant fonction de président de la sixième chambre, MM. J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), J.-P. Puissochet et R. Schintgen, et M<sup>me</sup> F. Macken, juges,

avocat général: M. F. G. Jacobs,

greffier: M. H. von Holstein, greffier adjoint,

considérant les observations écrites présentées:

- pour la Danmarks Rederiforening, agissant pour DFDS Torline A/S, par M<sup>e</sup> P. Voss, avocat,
  - pour la LO Landsorganisationen i Sverige, agissant pour SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation, par M<sup>e</sup> S. Gärde, avocat,
  - pour le gouvernement danois, par MM. J. Molde et J. Bering Liisberg, en qualité d'agents,
  - pour le gouvernement suédois, par M. A. Kruse, en qualité d'agent,
  - pour le gouvernement du Royaume-Uni, par MM. J. E. Collins, en qualité d'agent, assisté de M. K. Beal, barrister,
  - pour la Commission des Communautés européennes, par M. N. Rasmussen, en qualité d'agent,
- vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de la Danmarks Rederiforening, agissant pour DFDS Torline A/S, représentée par M<sup>e</sup> P. Voss, de la LO Landsorganisationen i Sverige, agissant pour SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation, représentée par M<sup>es</sup> S. Gärde et H. Nielsen, avocat, du gouvernement danois, représenté par M. J. Molde, du gouvernement suédois, représenté par M. A. Kruse, et de la Commission, représentée par M. N. Rasmussen et M<sup>me</sup> A.-M. Rouchaud, en qualité d'agent, à l'audience du 20 mai 2003,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 18 septembre 2003,  
rend le présent

### Arrêt

1. Par ordonnance du 25 janvier 2002, parvenue à la Cour le 29 janvier suivant, l'Arbejdsret 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 (ci-après le «protocole»), posé deux questions préjudicielles 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. Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant la Danmarks Rederiforening (association d'armateurs danois), agissant pour DFDS Torline A/S (ci-après «DFDS»), qui est un armateur, à la LO Landsorganisationen i Sverige (confédération générale du travail suédoise), agissant pour SEKO Sjöfolk Facket för Service och Kommunikation (ci-après «SEKO»), qui est une organisation syndicale, au sujet de la légalité d'une action collective dont le préavis a été déposé par cette dernière à l'encontre de DFDS.

### **Le cadre juridique**

3. L'article 2 du protocole prévoit:

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



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

*«Les juridictions suivantes ont le pouvoir de demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question d'interprétation:*

1)

[...]

-

*au Danemark: højesteret,*

[...]

2)

*les juridictions des États contractants lorsqu'elles statuent en appel;*

[...]»

4. L'article 2, premier alinéa, de la convention de Bruxelles prévoit:

*«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».*

5. Aux termes de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles:

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

[...]

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

### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

6. Le litige au principal porte sur la légalité d'un préavis d'action collective déposé par SEKO à l'encontre de DFDS en vue d'obtenir une convention collective pour les matelots polonais formant l'équipage du cargo Tor Caledonia, propriété de DFDS, qui dessert un trajet entre Göteborg (Suède) et Harwich (Royaume-Uni).

7. Le Tor Caledonia est inscrit sur le registre international danois et il est soumis au droit danois. À l'époque des faits au principal, les matelots polonais étaient employés sur la base de contrats individuels, conformément à un accord-cadre conclu entre plusieurs syndicats danois, d'une part, et trois associations d'armateurs danois, d'autre part. Ces contrats étaient régis par la loi danoise.

8. Après le rejet par DFDS d'une demande de convention collective présentée par SEKO pour l'équipage polonais, celle-ci a déposé, par fax du 21 mars 2001, avec effet au 28 mars suivant, un préavis d'action collective demandant à ses membres suédois de ne pas accepter d'emplois sur le Tor Caledonia. Il était également indiqué dans ce fax que SEKO demandait des actions de solidarité. À la suite de cet appel, la Svenska Transportarbetareförbundet (fédération suédoise des ouvriers des transports, ci-après la «STAF») a déposé, le 3 avril suivant, un préavis de manifestation de solidarité, avec effet au 17 avril 2001, comportant un refus de tout travail concernant le Tor Caledonia et visant à empêcher le chargement et le déchargement du navire dans les ports suédois.

9. Le 4 avril 2001, DFDS a saisi l'Arbejdsret d'une action dirigée contre SEKO et la STAF, visant à contraindre ces deux syndicats, d'une part, à reconnaître que les actions principales et de solidarité étaient illégales et, d'autre part, à retirer lesdits préavis.

10. Le 11 avril 2001, soit le jour même de la première audience devant l'Arbejdsret, SEKO a décidé de suspendre l'action collective dans l'attente de la décision finale de cette juridiction, tandis que le préavis de solidarité déposé par la STAF a été retiré le 18 avril suivant.



11. Cependant, le 16 avril 2001, c'est-à-dire la veille du premier jour de l'action de solidarité annoncée par la STAF, DFDS a décidé de retirer le Tor Caledonia du trajet Göteborg-Harwich, qui a été desservi, à partir du 30 mai suivant, par un autre cargo affrété à cet effet.

12. DFDS a introduit un recours en indemnité contre SEKO devant le Søg- og Handelsret (Danemark), en faisant valoir que la défenderesse avait engagé sa responsabilité délictuelle en déposant un préavis d'action collective illégale et en provoquant le préavis d'action de solidarité, également illégal, déposé par un autre syndicat suédois. L'indemnisation demandée concerne le préjudice prétendument subi par DFDS pour l'immobilisation du Tor Caledonia et la location d'un cargo de remplacement. Ladite juridiction a décidé de surseoir à statuer sur cette demande d'indemnité jusqu'à la décision à intervenir de l'Arbejdsret.

13. Estimant que, pour trancher la question soulevée par SEKO concernant sa compétence et se prononcer sur la légalité de l'action collective en cause, il est nécessaire d'interpréter l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles, l'Arbejdsret a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- « 1) a. *L'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles doit-il être interprété en ce sens qu'il couvre les affaires relatives à la légalité d'une action collective en vue d'obtenir une convention collective, lorsque les dommages éventuels résultant de l'illégalité d'une telle action peuvent donner lieu à indemnisation selon les règles de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, de telle sorte que l'action juridictionnelle relative à la légalité de l'action collective annoncée peut être soumise au tribunal du lieu où la question de l'indemnisation des dommages résultant de cette action peut être jugée?*
- b) *Est-il éventuellement indispensable que le dommage résulte certainement ou vraisemblablement de l'action collective concernée en soi ou suffit-il que cette action soit une condition nécessaire d'actions de solidarité qui engendreraient des dommages et puissent les fonder?*
- c) *La situation est-elle différente lorsque la mise en oeuvre de l'action collective annoncée a été suspendue, après la formation de l'action juridictionnelle, par la partie ayant déposé le préavis, dans l'attente de la décision du tribunal sur la légalité de l'action?*
- 2) *L'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles doit-il être interprété en ce sens que les dommages résultant d'une action collective mise en oeuvre par un syndicat dans un pays où navigue un navire enregistré dans un autre pays (État du pavillon), en vue d'obtenir une convention pour protéger les emplois de l'équipage à bord de ce navire, peuvent être considérés par l'armateur du navire comme intervenus dans l'État du pavillon, de telle sorte qu'en application de cet article l'armateur peut former contre le syndicat une action en indemnisation dans l'État du pavillon?»*

### **Sur la recevabilité de la demande de décision préjudicielle**

14. À titre liminaire, il convient de constater que l'Arbejdsret n'est pas mentionné à l'article 2, point 1, deuxième tiret, du protocole et qu'il ne statue pas en appel, ainsi qu'il est exigé au point 2 du même article, qui énumère les juridictions des États contractants qui ont le pouvoir de demander à la Cour de statuer à titre préjudiciel sur une question d'interprétation de la convention de Bruxelles.

15. Il ressort toutefois de l'ordonnance de renvoi que, au regard du droit danois, l'Arbejdsret est seul compétent pour se prononcer sur certains conflits dans le domaine du droit du travail, en particulier



ceux relatifs à la légalité des actions collectives visant à obtenir une convention collective. L'Arbejdsret statue donc en premier et dernier ressort.

16. Dans ces conditions, une interprétation littérale du protocole, constatant l'absence de qualité de la juridiction de renvoi pour saisir la Cour, aurait comme conséquence que, au Danemark, les questions portant sur l'interprétation de la convention de Bruxelles nées dans le cadre d'une action telle que celle au principal ne pourraient, en aucun cas, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel.

17. Il est de toute évidence qu'une telle interprétation de l'article 2, points 1 et 2, du protocole irait à l'encontre des objectifs énoncés dans le préambule de la convention de Bruxelles, notamment ceux relatifs à la détermination de la compétence des juridictions des États contractants dans l'ordre international et à la protection juridique des personnes qui y sont établies.

18. Il en découle que la demande de décision préjudicielle présentée par l'Arbejdsret est recevable.

### **Sur la première question, sous a)**

19. Par sa première question, sous a), la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que relève de la notion de «matière délictuelle ou quasi délictuelle» une action juridictionnelle relative à la légalité d'une action collective dont la compétence exclusive appartient, conformément au droit de l'État contractant concerné, à une juridiction autre que celle qui est compétente pour juger les demandes d'indemnisation du préjudice causé par ladite action.

20. Au Danemark, l'Arbejdsret est compétent pour se prononcer sur la légalité d'une action collective, tandis que d'autres juridictions sont compétentes pour juger les demandes d'indemnisation concernant les dommages qui résultent d'une telle action.

21. SEKO fait valoir que le litige devant la juridiction de renvoi ne peut pas être rattaché à la notion de «matière délictuelle ou quasi délictuelle», au sens de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles, puisque cette juridiction n'a pas été saisie d'une demande d'indemnisation. Au demeurant, si l'Arbejdsret constatait l'illégalité de l'action collective qui a été suspendue par SEKO, celle-ci devrait retirer son préavis et DFDS n'aurait pas de raison de présenter par la suite une demande d'indemnisation. Il en résulte, d'après SEKO, que c'est l'article 2 de la convention de Bruxelles qui est applicable.

22. Une telle argumentation ne saurait être accueillie.

23. En effet, d'une part, il résulte d'une jurisprudence constante que la convention de Bruxelles n'a pas pour objet d'unifier les règles de procédure des États contractants, mais de répartir les compétences judiciaires pour la solution des litiges en matière civile et commerciale dans les relations entre les États contractants et de faciliter l'exécution des décisions judiciaires (voir, notamment, arrêts du 7 mars 1995, Shevill e.a., C-68/93, Rec. p. I-415, point 35, et du 6 juin 2002, Italian Leather, C-80/00, Rec. p. I-4995, point 43).

24. Partant, le royaume de Danemark est en mesure d'instituer un système selon lequel les compétences pour apprécier respectivement la légalité d'une action collective et les actions en indemnisation des préjudices qui peuvent en découler n'appartiennent pas aux mêmes juridictions nationales.



25. Or, l'adoption de l'interprétation soutenue par SEKO aurait pour conséquence que, en vue d'obtenir la réparation des préjudices résultant d'une action collective ayant eu lieu au Danemark et dont la responsabilité incomberait à une partie domiciliée dans un autre État contractant, un demandeur serait obligé, dans un premier temps, d'introduire, devant une juridiction de l'État du domicile du défendeur, une action relative à la légalité de l'action collective et, dans un second temps, d'intenter une action en réparation devant une juridiction danoise.

26. Une telle interprétation serait contraire aux principes d'une bonne administration de la justice, de la sécurité juridique et de l'absence de multiplication des chefs de compétence judiciaire à propos d'un même rapport juridique, dont la Cour a itérativement jugé qu'ils constituent des objectifs de la convention de Bruxelles (voir, notamment, arrêts du 3 juillet 1997, Benincasa, C-269/95, Rec. p. I-3767, point 26, et Italian Leather, précité, point 51).

27. D'autre part, la Cour a déjà jugé que ne saurait 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 d'un dommage et que la constatation que 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, est valable 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 (arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2002, Henkel, C-167/00, Rec. p. I-8111, points 46 et 48).

28. Il résulte des considérations qui précèdent qu'il y a lieu de répondre à la première question, sous a), que l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que relève de la notion de «matière délictuelle ou quasi délictuelle» une action juridictionnelle relative à la légalité d'une action collective dont la compétence exclusive appartient, conformément au droit de l'État contractant concerné, à une juridiction autre que celle qui est compétente pour juger les demandes d'indemnisation du préjudice causé par cette action collective.

#### **Sur la première question, sous b)**

29. Par sa première question, sous b), la juridiction de renvoi demande en substance s'il est indispensable, pour l'application de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles à une situation telle que celle du litige au principal, que le dommage résulte certainement ou vraisemblablement de l'action collective en soi ou s'il suffit que cette action soit une condition nécessaire d'actions de solidarité susceptibles d'engendrer des dommages.

30. Il ressort du dossier que, à la date des faits au principal, DFDS n'employait que des matelots polonais à bord du Tor Caledonia. Étant donné que le préavis d'action collective déposé par SEKO consistait dans le fait que celle-ci demandait à ses membres suédois de ne pas accepter d'emplois sur le cargo en cause, l'action collective ne pouvait pas, à elle seule, provoquer des dommages à DFDS. Elle était toutefois nécessaire pour qu'une action de solidarité comportant, comme en l'espèce, un refus de tout travail concernant le chargement ou le déchargement du Tor Caledonia dans les ports suédois puisse être légalement mise en oeuvre.

31. À défaut du préavis d'action collective déposé par SEKO, les dommages que DFDS prétend avoir subis, résultant du retrait du Tor Caledonia du trajet Göteborg-Harwich et de l'affrètement d'un autre cargo, n'auraient donc pas eu lieu.

32. Or, selon la jurisprudence de la Cour, une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle ne peut entrer en ligne de compte qu'à condition qu'un lien causal puisse être établi entre le dommage et le fait



dans lequel ce dommage trouve son origine (arrêt du 30 novembre 1976, Bier, dit «Mines de potasse d'Alsace», 21/76, Rec. p. 1735, point 16). Force est de constater que, dans une situation telle que celle en cause au principal, un lien de causalité pourrait être établi entre les dommages prétendument subis par DFDS et le préavis d'action collective déposé par SEKO.

33. Quant à l'argument de SEKO selon lequel, pour que les tribunaux danois soient compétents, il faudrait que l'action collective ait été mise en oeuvre et ait causé un dommage ayant engendré une perte financière et il serait nécessaire qu'une demande d'indemnisation ait été présentée, il suffit de rappeler que, ainsi que la Cour l'a jugé au point 27 du présent arrêt, l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles peut être appliqué à une action préventive destinée à empêcher la réalisation d'un fait dommageable futur.

34. Dès lors, il convient de répondre à la première question, sous b), que, pour l'application de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles à une situation telle que celle du litige au principal, il suffit que l'action collective soit une condition nécessaire d'actions de solidarité susceptibles d'engendrer des dommages.

#### **Sur la première question, sous c)**

35. Par sa première question, sous c), la juridiction de renvoi cherche à savoir si l'application de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles est affectée par le fait que la mise en oeuvre de l'action collective a été suspendue par la partie ayant déposé le préavis dans l'attente de la décision se prononçant sur la légalité de cette action.

36. À cet égard, il convient de relever que, en vertu d'une jurisprudence constante, le renforcement de la protection juridique des personnes établies dans la Communauté, en permettant à la fois au demandeur d'identifier facilement la juridiction qu'il peut saisir et au défendeur de prévoir raisonnablement celle devant laquelle il peut être attiré, constitue l'un des objectifs de la convention de Bruxelles (voir arrêts du 19 février 2002, Besix, C-256/00, Rec. p. I-1699, points 25 et 26, ainsi que du 17 septembre 2002, Tacconi, C-334/00, Rec. p. I-7357, point 20).

37. Cet objectif ne serait pas atteint si, après l'introduction d'une action relevant de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles devant la juridiction compétente d'un État contractant, la suspension par le défendeur du comportement délictuel qui a été à l'origine d'une telle action pouvait avoir comme conséquence de priver la juridiction saisie de sa compétence et de l'attribuer à une juridiction d'un autre État contractant.

38. Il s'ensuit qu'il convient de répondre à la première question, sous c), que l'application de l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles n'est pas affectée par le fait que la mise en oeuvre de l'action collective a été suspendue par la partie ayant déposé le préavis dans l'attente de la décision se prononçant sur la légalité de cette action.

#### **Sur la seconde question**

39. Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que les dommages résultant d'une action collective mise en oeuvre par un syndicat dans un État contractant où navigue un navire enregistré dans un autre État contractant peuvent être considérés comme intervenus dans l'État du pavillon, de telle sorte que l'armateur peut y former une action en indemnisation contre ce syndicat.





40. Il est de jurisprudence constante que, dans le cas où le lieu où se situe le fait susceptible d'engager une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle et le lieu où ce fait a entraîné un dommage ne sont pas identiques, l'expression «lieu où le fait dommageable s'est produit», qui figure à l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles, doit être entendue en ce sens qu'elle vise 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 de l'autre de ces deux lieux (voir, notamment, arrêts précités Mines de potasse d'Alsace, points 24 et 25; Shevill e.a., point 20, et Henkel, point 44).

41. En l'occurrence, l'événement causal a été le préavis d'action collective déposé et diffusé par SEKO en Suède, État contractant où cette organisation syndicale a également son siège. Dès lors, le lieu où se situe le fait susceptible d'entraîner une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de son auteur ne peut être que la Suède, en tant qu'il constitue le lieu d'origine du fait dommageable (voir, en ce sens, arrêt Shevill e.a., précité, point 24).

42. Par ailleurs, les dommages prétendument causés à DFDS par SEKO ont consisté en des pertes financières résultant du retrait du Tor Caledonia de son trajet habituel et de l'affrètement d'un autre cargo pour desservir ce même trajet.

43. Il appartient au juge national de vérifier si de telles pertes financières peuvent être considérées comme survenues au lieu où DFDS est établie.

44. Dans le cadre de cette appréciation par le juge national, l'État du pavillon, c'est-à-dire l'État dans lequel le navire est enregistré, doit être considéré seulement comme un élément, parmi d'autres, concourant à identifier le lieu où le dommage est intervenu. La nationalité du navire ne saurait jouer un rôle décisif que dans l'hypothèse où le juge national parviendrait à la conclusion que les dommages se sont matérialisés à bord du Tor Caledonia. Dans ce dernier cas, l'État du pavillon devrait nécessairement être considéré comme le lieu où le fait dommageable a provoqué les préjudices.

45. Au vu des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la seconde question que, dans des circonstances telles que celles du litige au principal, l'article 5, point 3, de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que les dommages résultant d'une action collective mise en oeuvre par un syndicat dans un État contractant où navigue un navire enregistré dans un autre État contractant ne doivent pas nécessairement être considérés comme intervenus dans l'État du pavillon, de telle sorte que l'armateur puisse y former une action en indemnisation contre ce syndicat.

### Sur les dépens

46. Les frais exposés par les gouvernements danois, suédois 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 de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (sixième chambre)

statuant sur les questions à elle soumises par l'Arbejdsret, par ordonnance du 25 janvier 2002, dit pour droit:

1)

**a) L'article 5, point 3, de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle que modifiée**

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



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



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, doit être interprété en ce sens que relève de la notion de «matière délictuelle ou quasi délictuelle» une action juridictionnelle relative à la légalité d'une action collective dont la compétence exclusive appartient, conformément au droit de l'État contractant concerné, à une juridiction autre que celle qui est compétente pour juger les demandes d'indemnisation du préjudice causé par cette action collective.

b) Pour l'application de l'article 5, point 3, de ladite convention à une situation telle que celle du litige au principal, il suffit que l'action collective soit une condition nécessaire d'actions de solidarité susceptibles d'engendrer des dommages.

c) L'application de l'article 5, point 3, de la même convention n'est pas affectée par le fait que la mise en oeuvre de l'action collective a été suspendue par la partie ayant déposé le préavis dans l'attente de la décision se prononçant sur la légalité de cette action.

2) Dans des circonstances telles que celles du litige au principal, l'article 5, point 3, de ladite convention doit être interprété en ce sens que les dommages résultant d'une action collective mise en oeuvre par un syndicat dans un État contractant où navigue un navire enregistré dans un autre État contractant ne doivent pas nécessairement être considérés comme intervenus dans l'État du pavillon, de telle sorte que l'armateur puisse y former une action en indemnisation contre ce syndicat.

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 5 février 2004.



## Cour de cassation, arrêt du 19 mars 2004

*Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière – champ d'application – article 29bis de la loi relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matières de véhicules automoteurs – action directe de la personne lésée contre l'assureur*

*Verdrag van Den Haag inzake de wet welke van toepassing is op verkeersongevallen op de weg – toepassingsgebied – artikel 29bis van de wet betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen – rechtstreekse vordering van het slachtoffer tegen de verzekeraar*

### Conclusions du ministère public (M. l'av.-gen. Werquin)

Le moyen semble ne pouvoir être accueilli.

1. Qualification de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs.

a. Les travaux préparatoires.

L'article 47 du projet de loi portant des dispositions sociales, déposé le 9 février 1994, avait pour objectif, notamment, d'améliorer le sort de la victime de lésions corporelles résultant d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule automoteur, victime sur laquelle repose la charge de la preuve de la responsabilité du conducteur du véhicule automoteur et, en particulier, de faciliter la réparation du dommage qu'elle subit<sup>1</sup>.

Il tendait à mettre en place un système dans lequel celui qui met en circulation un véhicule automoteur, à savoir le propriétaire ou le détenteur, est responsable pour les lésions corporelles résultant d'un accident dans lequel son véhicule est impliqué sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'une faute dans son chef<sup>2</sup>.

L'article 47 du projet de loi tendait à insérer un nouvel article, l'article 1385bis, au Livre III, Titre IV, Chapitre II du Code civil, qui traite des délits et des quasi-délits.

Cet emplacement était d'autant plus approprié qu'il suit immédiatement l'article 1385, qui établit une présomption de faute dans le chef du propriétaire d'un animal ou de celui qui s'en sert et se rapporte donc notamment à la traction animale<sup>3</sup>.

Il fallait avoir égard au risque créé par la mise en circulation d'un véhicule automoteur<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sénat, Exposé des motifs, doc.parl. 980-1 (1993-1994), p. 9.

<sup>2</sup> Sénat, op.cit., p. 10.

<sup>3</sup> Sénat, op.cit., p. 31.

<sup>4</sup> Sénat, op.cit., p. 33.



La logique qui sous-tendait le projet était avant tout d'assurer, en toute circonstance, l'indemnisation des personnes qui, à l'inverse des conducteurs, sont victimes d'une situation qu'elles n'ont pas voulu créer. Ces personnes ne constituent pas ou seulement dans une faible proportion un danger pour les autres usagers de la route. Par contre, le conducteur d'un véhicule met en oeuvre une énergie cinétique telle qu'elle crée un risque inéluctable même si ce conducteur fait preuve de toute la prudence voulue<sup>5</sup>.

Ce texte introduisait une responsabilité objective du fait de la mise en circulation d'un véhicule automoteur, au profit des usagers faibles<sup>6</sup>.

Etant donné que les dispositions légales proposées concernent l'un des fondements de notre droit, à savoir le dogme de la responsabilité civile, plusieurs membres déplorèrent la procédure consistant à traiter le problème de la responsabilité objective en cas d'accidents de la circulation dans le cadre d'une loi-programme sociale<sup>7</sup>.

En outre, se posait la question fondamentale, de savoir si l'article 1385bis du Code civil en projet était bien le meilleur moyen de réaliser l'objectif poursuivi<sup>8</sup>.

Un membre estimait que, le moyen utilisé, à savoir l'article 1385, C.C. en projet, était disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi.

Un autre membre se disait lui aussi défavorable à l'idée de régler le problème de l'indemnisation des usagers vulnérables dans le cadre des dispositions relatives à la responsabilité civile<sup>9</sup>.

Un membre s'est posé la question de savoir si l'on n'arriverait pas à mieux atteindre notamment l'objectif de l'amélioration de la situation de l'utilisateur vulnérable sans recourir à la notion de "responsabilité objective" en proposant la formule alternative suivante: "Les dommages résultant des lésions corporelles (...) sont indemnisés par la compagnie d'assurance de celui qui est tenu d'assurer le véhicule qui a causé le dommage". On passerait ainsi d'un système de responsabilité objective à un système d'indemnisation automatique<sup>10</sup>.

L'article 1385bis a fait, dès lors, l'objet d'une proposition alternative du ministre qui présentait l'avantage de ne pas prévoir que la responsabilité des conducteurs de véhicules automoteurs était engagée même alors qu'ils n'ont pas commis de faute. Il était difficile, politiquement, de convaincre l'opinion publique de l'équité d'un régime qui rend une personne responsable de dommages dont elle n'est pas fautive. La proposition alternative mettait, au contraire, l'accent sur l'aspect "indemnisation". L'opinion publique acceptera plus facilement l'idée selon laquelle l'assureur du conducteur dont le véhicule est impliqué dans un accident de la circulation est tenu d'indemniser les dommages corporels encourus par la victime<sup>11</sup>.

Une majorité se dégageant au sein de la commission en faveur du régime de l'indemnisation obligatoire des usagers vulnérables qui sont victimes d'un accident de la circulation, un amendement visant à intégrer les dispositions nouvelles dans la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance

---

<sup>5</sup> Sénat, op.cit., p. 34.

<sup>6</sup> Sénat, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. Arts, doc.parl 980-3 (1993-1994), p. 4.

<sup>7</sup> Sénat, op.cit., p. 6.

<sup>8</sup> Sénat, op.cit., p. 16.

<sup>9</sup> Sénat, op.cit., p. 17.

<sup>10</sup> Sénat, op.cit., p. 21-22.

<sup>11</sup> Sénat, op.cit., p. 24.



obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs et d'en faire un chapitre intitulé "De l'indemnisation de certaines victimes d'accidents de la circulation" fût adopté<sup>12</sup>.

Suivant l'intention du législateur, l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989, ne peut être considéré comme une règle relevant de la responsabilité civile.

b. La doctrine.

La doctrine s'est divisée sur la question de la qualification de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989.

Certains auteurs reconnaissent que cet article se borne à affirmer le droit à indemnisation de la victime protégée à l'égard de l'assureur qui couvre la responsabilité du propriétaire, du détenteur ou du conducteur, sans rien dire de la règle de responsabilité qui justifierait l'intervention de cet assureur<sup>13</sup>.

D'autres auteurs soutiennent qu'il s'agit d'une assurance de la responsabilité objective de l'assuré résultant de l'implication de son véhicule dans un accident de la circulation, même si le responsable s'efface complètement derrière le véritable débiteur de l'indemnité, c'est-à-dire l'assureur<sup>14</sup>.

Un auteur estime que l'article 29bis serait la source d'une obligation sui generis à laquelle il conviendrait d'appliquer par conséquent toutes les règles de droit commun des obligations<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Sénat, op.cit., p. 40-42.

<sup>13</sup> DUBUISSON, Questions diverses: l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, le préjudice par répercussion, la situation du conducteur, in L'indemnisation des usagers faibles de la route, Dossiers du J.T. 2001, p. 145; FAGNART, Le Fonds commun de garantie automobile devant la Cour d'arbitrage, Bull. ass., 2000, p. 661; FREDERICQ, Belgique. Assurance automobile. Protection des piétons et des cyclistes. Une loi révolutionnaire: la loi du 30 mars 1994, Bulletin d'information de l'AIDA, 1994, n° 45, 70-71; BOCKEN et GEERS, De vergoeding van letselschade en schade door overlijden bij verkeersongevallen, Belgisch recht, T.P.R., 1996, pp. 1235 et suiv., de même que SIMOENS, De nieuwe vergoedingsregel ten voordele van voetgangers en fietsers, R.W., 1994-1995, p. 114; du même auteur, De gewijzigde vergoedingsregel ten voordele van voetgangers, fietsers en passagiers, R.W., 1995-1996, p. 218, selon lesquels il s'agirait d'un système d'assurance de personnes à caractère indemnitaire, du même type que l'assurance des accidents du travail; notons que dans son premier article, Simoens parlait d'une assurance de dommages à caractère indemnitaire et qu'il parle maintenant d'une assurance de personnes à caractère indemnitaire; DE TEMMERMAN, De nieuwe wetgeving inzake vergoeding van bepaalde slachtoffers van verkeersongevallen, in Nieuwe wetgeving inzake echtscheiding, cessie schuldvordering, medeëigendom, immuniteit bij beslag, politierechtbank, telefoonaftap, vergoeding verkeersslachtoffers. Een eerste commentaar, (205), 207-208.

<sup>14</sup> DUBUISSON, dans un premier commentaire, La loi sur l'indemnisation automatique de certaines victimes d'accidents de la circulation ou l'art du "clair-obscur", dans L'indemnisation automatique de certaines victimes d'accidents de la circulation, Academia-Bruylant, 1995, p. 16, n°s 39 et suiv.; FAGNART, dans un premier commentaire, L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation après la réforme bâclée du 30 mars 1991, R.G.A.R., 1994, n° 12388; R.O. DALCQ, L'indemnisation des dommages corporels des piétons et des cyclistes, J.T., 1991, pp. 665-672; du même auteur, La loi du 13 avril 1995 remplaçant l'article 29bis et abrogeant l'article 29ter inséré par la loi du 30 mars 1994 dans la loi du 21 novembre 1989, R.G.A.R., 1995, n° 12181; FONTAINE, Verzekeringsrecht, 1999, p. 398; CORNELIS, De objectieve aansprakelijkheid voor motorrijtuigen, R.W., 1998-1999, p. 521, qui, s'appuyant sur une conception extensive de la règle de responsabilité civile conçue comme une simple règle d'imputation des coûts liés à la réparation, estime que l'article 29bis contient bien une règle de responsabilité objective, mais que cette règle lie uniquement l'assureur à la victime, sans qu'elle soit soutenue par une dette de responsabilité propre à l'assuré; l'assureur serait donc responsable objectivement par le fait même qu'il exerce une activité d'assurance, et c'est à ce titre uniquement qu'il serait obligé à la réparation des dommages; TUERLINCKX, Artikel 29bis W.A.M.-wet: toepassing in de praktijk na de wetswijziging van 13 april 1995, T.P.R., 1996, p. 8, n°s 4 et 5.



c. Jurisprudence de votre Cour.

Dans un arrêt du 28 mars 2000, votre Cour a décidé que le juge de police compétent pour connaître uniquement, en tant que juge répressif, des actions civiles fondées sur l'action publique, est incompétent pour connaître de l'action fondée sur l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs.

Votre Cour a considéré, notamment, que la compétence en matière civile du juge de police, saisi en vertu de l'article 138bis, 6°, du Code d'instruction criminelle, demeure limitée à l'action civile fondée sur les infractions visées à cet article et à l'intervention de l'assureur ou du Fonds commun de garantie automobile fondée sur cette action, que la recevabilité de ces interventions devant le juge pénal est subordonnée à l'existence d'un lien quelconque avec l'appréciation de la faute, qui est à l'origine des actions publique et civile exercées contre le prévenu et que l'obligation d'indemniser les lésions corporelles ou le décès, imposée par l'article 29bis, alinéa 1er, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs à l'assureur couvrant la responsabilité du propriétaire, du conducteur ou du détenteur du véhicule automoteur impliqué dans un accident de la circulation, ne présente aucun lien avec une faute quelconque de l'assuré<sup>16</sup>.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt précité, Monsieur le procureur général du Jardin avait dit en substance, notamment, que la demande d'indemnisation fondée sur l'article 29bis a un caractère spécifique ... . Le système classique de la responsabilité du chef d'une faute est remplacé dans les cas prévus par la loi par un système - ou une technique d'indemnisation automatique. On peut parler d'indemnisation automatique parce que la question de la faute du propriétaire, conducteur ou détenteur du véhicule impliqué dans l'accident, ne se pose pas. Le régime d'indemnisation élaboré par l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 n'est dès lors pas fondé sur la constatation d'une quelconque responsabilité, de sorte que l'absence de responsabilité dans le chef de l'assuré est sans influence sur l'obligation d'indemnisation par son assureur.

Dans le cadre de l'article 29bis, la victime doit uniquement apporter la preuve de ses lésions physiques, de l'implication du véhicule de l'assuré dans un accident du roulage et du lien de causalité entre l'accident et le dommage physique.

Si ces conditions sont remplies, l'assureur du véhicule 'impliqué' dans l'accident de la circulation est tenu d'indemniser sur la base d'une obligation légale d'indemnisation.

En instaurant la règle spéciale de l'article 29bis et sans toucher au droit de la responsabilité, le législateur a voulu régler de manière différente le droit à l'indemnisation de la soi-disant victime faible.

Le système d'indemnisation de la 'victime faible' se présente dès lors comme une technique d'indemnisation qui complète le système légal de l'assurance de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs, qui reste néanmoins applicable. Le législateur a même jugé utile de rappeler que les règles de la responsabilité civile restent d'application "pour tout ce qui n'est pas régi expressément" (article 29bis, § 5).

---

<sup>15</sup> SCHOORENS, Verkeersongevallen met 'zwakke weggebruikers'; het nieuwe vergoedingssysteem van artikel 29bis WAM-wet. Het kwalificatieprobleem, R.G.A.R., 1995, nr 12.443.

<sup>16</sup> R.G. P.99.0274.N, n° 206.



Dans un arrêt du 21 juin 2000, votre Cour a considéré que l'obligation d'indemnisation instituée par l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs existe en l'absence de preuve d'une responsabilité quelconque de l'assuré et n'est pas fondée sur une infraction commise par celui-ci<sup>17</sup>.

2. Application de la convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière.

Le jugement attaqué constate qu'il s'agit d'un accident impliquant un unique véhicule, immatriculé en Belgique, conduit par un Belge, ayant à son bord deux passagers belges et circulant sur un territoire étranger, à savoir la Bosnie.

Suivant le rapport explicatif de Me Eric W. Essén<sup>18</sup>, le champ d'application de la convention est de déterminer la loi applicable à la responsabilité civile extra-contractuelle découlant d'un accident de la circulation routière, quelle que soit la nature de la juridiction appelée à en connaître.

La convention n'a trait qu'à la loi applicable à la responsabilité civile, par opposition à la responsabilité pénale.

La convention ne s'applique qu'à la responsabilité extra-contractuelle.

Le terme utilisé signifie que la convention couvre dans son domaine non seulement la responsabilité civile qu'encourt une personne pour tout dommage qu'elle cause à autrui par sa faute, sa négligence ou son imprudence, mais également la responsabilité fondée sur le risque.

C'est ainsi que lorsque l'article 4, al. a et b, qui détermine les cas de dérogation à la règle de l'application de la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu, se réfère à des véhicules ou à des personnes impliquées dans l'accident, le terme "impliqué" est pris dans son sens neutre, objectif dans ce sens, un véhicule impliqué dans l'accident est un véhicule "inclus dans l'accident", "concerné par l'accident", "ayant pris part à l'accident" ou "y ayant joué un rôle" - dès lors que la "responsabilité d'un véhicule" est dans certaines lois une responsabilité objective et qu'en cas de collision, on ne peut pas savoir si la responsabilité d'un véhicule peut être mise en cause avant d'avoir consulté la loi applicable établissant par exemple une responsabilité objective.

Suivant le rapport explicatif, comme la convention se limite à la responsabilité extra-contractuelle, le problème de la qualification surgit. La Conférence n'a pas estimé utile d'inclure une règle à cet effet dans la convention; par conséquent, c'est aux règles générales de conflits de chacun des Etats contractants de s'appliquer à cet égard et dans la plupart des cas, la qualification se fera donc selon la loi du for.

---

<sup>17</sup> R.G. P.00.0368.F, n° 388; 12 décembre 2001, R.G. P.01.1236.F, n°695, 29 mai 2002, R.G. P.02.0323.F, n° 326; voir aussi 8 octobre 2002, R.G. P.01.0999.N, n° 511 qui a considéré que, lorsque la victime, sur base de l'article 29bis a demandé et obtenu réparation de l'assureur d'un conducteur impliqué dans un accident, elle peut sur base des articles 1382 et 1383 du C.C., demander réparation à l'assureur du conducteur responsable de l'accident du dommage non encore indemnisé relatif à un même poste de dommage; dans un arrêt du 23 janvier 2002, Bull.Ass. 2002, p.251, la Cour d'arbitrage a estimé que l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 organisait un système de responsabilité objective des conducteurs de véhicules automoteurs dérogeant au droit commun de la responsabilité civile, le conducteur d'un véhicule automoteur impliqué dans un accident ne pouvant pas s'exonérer de son obligation de réparation des dommages corporels subis par les victimes en invoquant l'absence de faute dans son chef.

<sup>18</sup> Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la 11ème session, 7 au 26 octobre 1968, To III Accidents de la circulation routière, 1970, p. 200.





Bien que le terme "responsabilité" soit utilisé dans l'art. 1er, il ne semble pas, en lui-même, exprimer une exigence particulière. En effet, le but des rédacteurs était d'élaborer des règles de conflits destinées à tous les litiges portant sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, quel que soit le contenu des lois en cause<sup>19</sup>.

Sa présence s'explique surtout pour deux motifs. Le premier provient du contexte juridique des travaux de la Conférence de La Haye: à l'époque, toutes les législations faisaient appel aux règles classiques de responsabilité et aucune n'avait encore instauré dans le domaine des accidents de circulation un véritable mécanisme d'indemnisation de plein droit.

Puisque la responsabilité servait universellement de fondement au droit à réparation, les rédacteurs n'avaient certainement envisagé aucune restriction en usant de ce terme. En fait et c'est le second motif s'ils ont employé ce nom dans le groupe de mots: "responsabilité civile extra-contractuelle", c'est avant tout pour qu'il tienne lieu de support aux deux épithètes qui imposent incontestablement des conditions bien précises. La première épithète révèle que la convention n'englobe pas la responsabilité pénale et l'autre écarte tous les problèmes de responsabilité liés à un contrat.

Hormis ces deux réserves, les règles que les rédacteurs ont élaborées avaient sans doute dans leur esprit une portée générale et devaient, dans un but évident d'uniformité, s'appliquer indépendamment des différences de fondement, quand bien même serait-il indemnitaire, que peuvent adopter les lois étatiques<sup>20</sup>.

Tant que les accidents de la circulation routière étaient soumis au droit commun des art. 1382 s. C.civ., textes de responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, aucune difficulté ne pouvait s'élever: les règles belges internes avaient indubitablement la nature de celles que vise la convention. Mais, à partir du jour où l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 est devenu le droit positif, on peut se demander si cette identité de nature existe encore, dès lors que cet article crée un système d'indemnisation automatique, éloigné de toute idée de responsabilité.

Sur le fondement d'une conception large de la notion de la responsabilité civile extra-contractuelle, ne pourrait-on pas dire que la Convention de La Haye régit l'application dans l'espace de toute règle de droit matériel dont l'objet est d'organiser la réparation des dommages résultant des accidents de la circulation et d'en distribuer les coûts entre les personnes qui créent ce risque? Il ne semble pas qu'une telle opinion heurterait le texte ou l'esprit de la Convention tel qu'il transparaît dans le rapport explicatif.

Pour éviter toute difficulté de qualification de textes d'inspiration pourtant identique faisant l'objet de qualifications différentes, il paraît préférable d'universaliser la catégorie de rattachement de façon à ce qu'elle puisse englober des règles dont la structure est certes différente, mais dont l'objectif est identique, à savoir la réparation des dommages résultant de la mise en circulation des véhicules automoteurs<sup>21</sup>(21).

---

<sup>19</sup> LEGIER, Sources extra-contractuelles des obligations, Conventions internationales, 1993, J.C.P., Droit international, Fasc. 553-3, p. 6.

<sup>20</sup> LEGIER, Note sous Cass.fr. 1er civ., 4 février 1992, Dall. 1993, Jurisp., p. 13.

<sup>21</sup> DUBUISSON, Questions diverses: l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, le préjudice par répercussion, la situation du conducteur, in L'indemnisation des usagers faibles de la route, Dossiers du J.T., 2001, p. 148-149.





Raisonnement autrement porterait atteinte à la raison d'être de la convention entrée dans la sphère juridique belge. Ses auteurs ont voulu instituer des règles destinées à désigner le droit compétent pour toutes les hypothèses dans lesquelles la victime d'un accident de circulation, tel que défini dans l'art. 1er, réclame une indemnité au conducteur ou gardien du véhicule impliqué. La convention a une vocation générale à régler les conflits s'élevant sur ces questions et ne plus s'y référer lorsque les plaideurs sont belges la priverait d'une grande partie de son efficacité.

C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation de France dans un arrêt du 4 février 1992 en considérant que la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière détermine tant la loi applicable à la responsabilité civile que celle applicable aux modalités et à l'étendue de la réparation, quel qu'en soit le fondement, à condition qu'il soit extra-contractuel<sup>22</sup>.

La Cour de cassation de France s'est prononcée de la sorte dans le cadre de l'application de la loi française du 5 juillet 1985 qui comporte trois groupes de raison qui feraient sortir cette loi du domaine de la responsabilité et donc l'affranchiraient de tout lien avec la Convention de La Haye. En premier lieu, les termes mêmes de la loi seraient révélateurs: ni dans son intitulé ni dans ses dispositions relatives aux conditions de la réparation, elle ne fait état de responsabilité ou de responsable. En revanche, elle parle de droit à indemnisation et désigne, non un responsable, mais celui qui doit indemniser, c'est-à-dire l'assureur du véhicule impliqué. En second lieu, l'art. 2, qui interdit au conducteur ou gardien du véhicule d'opposer aux victimes la force majeure est une disposition notable qui paraît bien délier le droit à indemnisation de toute idée de causalité. En troisième lieu, l'implication, notion clé introduite par le législateur dans le but d'éviter les discussions délicates à propos du rapport causal, semble se distinguer de la causalité dite "classique"<sup>23</sup>.

Par ailleurs, l'article 2 de la convention énumère six groupes de questions qui sont exclues du domaine de la convention. Elles se justifient pour des raisons diverses, mais on peut distinguer deux types de motivations. Le premier groupe englobe une série de responsabilités particulières qui pouvaient entrer dans le champ de la convention mais qu'il a été préférable d'écarter, en raison des problèmes propres qu'elles posent. L'autre rassemble des matières qui, de toute manière, n'appartiennent pas au domaine de la responsabilité et s'intègrent plutôt au droit des assurances ou de la sécurité sociale. Néanmoins, comme elles ont quand même un lien avec le droit de la responsabilité, les rédacteurs de la convention, soucieux d'éviter toute discussion sur ce point, ont tenu à formuler explicitement leur exclusion<sup>24</sup>.

Dans le premier groupe, l'exclusion vise la responsabilité des fabricants, vendeurs et réparateurs de véhicules, la responsabilité du propriétaire de la voie et de la personne chargée de son entretien ou de la sécurité des usagers, la responsabilité du fait d'autrui, sauf celle du propriétaire du véhicule et celle du commettant, les recours entre personnes responsables.

---

<sup>22</sup> Dall. 1993, Jurisp., p. 13.

<sup>23</sup> LEGIER, *op.cit.*, p. 14; voir aussi LARROUMET, L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation: l'amalgame de la responsabilité civile et de l'indemnisation automatique, Dall. 1985, Chron. 237; GROUDEL, Le fondement de la réparation instituée par la loi du 5 juill. 1985, JCP 1986.I.3244; L'implication du véhicule dans la loi du 5 juill. 1985, Dall. 1987, Chron. 1; WIEDERKHER, De la loi du 5 juill. 1985 et de son caractère autonome, Dall. 1986, Chron. 255; VINEY, Réflexions après quelques mois d'application des art. 1er à 6 de la loi du 5 juill. 1985 modifiant le droit à indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, Dall. 1986, Chron. 209; BIGOT, Les trois lectures de la loi Badinter, JCP 1987.I.3278; CHARTIER, Accidents de la circulation, n° spécial Rec. Dalloz, 1986; CHABAS, Le droit des accidents de la circulation, 2e éd., 1988; LEGEAIS, Circulation routière. L'indemnisation des victimes d'accidents, 1986.

<sup>24</sup> Voir 19, p. 7.



Dans le second groupe, l'exclusion vise les recours et les subrogations concernant les assureurs, les organismes de sécurité sociale et les fonds de garantie.

Ces matières exclues dans les articles 2-5 et 2-6 ont pour caractère commun d'être situées à l'extérieur du droit de la responsabilité. Tel est ainsi le cas des recours et subrogation concernant les assureurs.

Ces actions dépendent souvent d'une loi autre que la *lex loci delicti*. Quant au recours exercé par un assureur de responsabilité contre un coauteur ou l'assureur de celui-ci, l'exclusion s'imposait d'autant plus que la convention avait déjà écarté les recours entre coauteurs eux-mêmes : il devait donc en être de même pour les recours concernant leurs assureurs. En revanche, l'action directe contre un assureur, intimement liée à la mise en oeuvre des règles de responsabilité, entre dans le domaine de la convention, qui contient à son sujet des règles spécifiques (art. 9)<sup>25</sup>.

### 3. Conclusions.

L'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 créant un système d'indemnisation automatique des lésions physiques des victimes d'accidents de la circulation, détaché de toute idée d'une responsabilité quelconque du conducteur ou détenteur impliqué dans l'accident, le jugement attaqué ne décide pas légalement que cet article contient une règle de responsabilité.

Cependant, le jugement attaqué justifie légalement sa décision que l'article 4, a) de la Convention de La Haye du 4 mai 1971, qui prévoit l'application de la loi interne de l'Etat d'immatriculation, à savoir la loi belge, en l'espèce l'article 29 bis précité, trouve à s'appliquer, dès lors que cette Convention détermine tant la loi applicable à la responsabilité civile que celle applicable aux systèmes qui accordent à la victime d'un accident de la circulation un droit à l'indemnisation du préjudice subi indépendamment de toute responsabilité à condition qu'il soit extra-contractuel et que l'article 2.5 de la Convention ne vise pas l'action ou le recours de la victime contre un assureur.

Je conclus au rejet du pourvoi.

## Arrêt

(C.03.0037.F)

ETAT BELGE, représenté par le ministre de la Défense, dont le cabinet est établi à Evere, Quartier Reine Elisabeth, rue d'Evere, 1, demandeur en cassation,  
représenté par Maître Antoine De Bruyn, avocat à la Cour de cassation, (...),  
contre  
L. K., défendeur en cassation,  
représenté par Maître Lucien Simont, avocat à la Cour de cassation, (...).

### **I. La décision attaquée**

Le pourvoi en cassation est dirigé contre le jugement rendu le 20 juin 2002 par le tribunal de première instance de Marche-en-Famenne, statuant en degré d'appel.

---

<sup>25</sup> Voir 19, p. 8.



## II. La procédure devant la Cour

Le conseiller Albert Fettweis a fait rapport.  
L'avocat général Thierry Werquin a conclu.

## III. Le moyen de cassation

Le demandeur présente un moyen libellé dans les termes suivants :

### *Dispositions légales violées*

- articles 1er, 2.5, 3 et 4. a) de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, approuvée par la loi du 10 février 1975;
- article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, tel qu'il a été inséré par la loi du 30 mars 1994 et modifié par la loi du 13 avril 1995 ;
- articles 3, alinéa 1er, 1382, 1383 et 1384, alinéa 3, du Code civil.

### *Décisions et motifs critiqués*

Le jugement attaqué, confirmant sur ce point le jugement dont appel, a estimé qu'il y avait lieu d'appliquer en l'espèce non pas l'article 3, alinéa 1er, du Code civil consacrant l'applicabilité des lois de police du lieu de l'accident mais l'article 4. a) de la Convention de La Haye relative à la loi applicable en matière d'accidents de la circulation qui prévoit qu'il faut appliquer à la responsabilité du conducteur du (seul) véhicule impliqué dans l'accident la loi de l'Etat d'immatriculation, soit en l'occurrence l'article 29bis de la loi belge du 21 novembre 1989 instituant une indemnisation automatique de l'usager dit "faible" par l'assureur de la responsabilité civile "auto" du conducteur.

### *Griefs*

L'article 1er de la Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière dispose en son alinéa 1er que:

*"La présente Convention détermine la loi applicable à la responsabilité civile extra-contractuelle découlant d'un accident de la circulation routière, quelle que soit la nature de la juridiction appelée à en connaître"*

tandis que l'article 2.5 stipule que:

*"La présente convention ne s'applique pas aux recours et aux subrogations contre les assureurs ... "*

L'article 3 prévoit que:

*"La loi applicable est la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel l'accident est survenu"*.

Cette disposition est similaire à la règle de droit international privé contenue dans l'article 3, alinéa 1er, du Code civil belge qui prévoit l'applicabilité des lois de police d'un Etat aux faits commis sur le territoire de cet Etat, quelle que soit la nationalité de leur auteur.

L'article 4 déroge à cette règle générale :

*" Sous réserve de l'article 5, il est dérogé à la disposition de l'article 3 dans les cas prévus ci-après:*

- a) lorsqu'un seul véhicule est impliqué dans l'accident et qu'il est immatriculé dans un Etat autre que celui sur le territoire duquel l'accident est survenu, la loi interne de l'Etat d'immatriculation est applicable à la responsabilité ;*



- b) (...)
- c) (...) "

Le jugement attaqué a décidé que puisque dans l'accident litigieux était impliqué un seul véhicule immatriculé en Belgique conduit par un Belge et ayant à son bord deux passagers belges, dont le défendeur, il y avait lieu de faire application, pour la réparation du dommage causé à celui-ci, de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989, cette disposition ayant trait à la responsabilité du conducteur du véhicule impliqué dans l'accident litigieux et devant être appliquée en vertu de l'article 4. a) précité de la Convention de La Haye.

"Concernant l'applicabilité de l'article 29bis, le tribunal estime que celui-ci contient une règle de responsabilité et qu'en conséquence, il ne constitue pas une exception au sens de l'article 2.5 de la Convention de La Haye ; en effet, cet article, modifié par l'article 1er de la loi du 13 avril 1995, crée le recours aux règles de responsabilité pour tout ce qui n'est pas régi par la loi du 21 novembre 1989".

En d'autres termes, au motif que l'article 29bis contiendrait une règle concernant la responsabilité du conducteur du véhicule impliqué dans l'accident et que ce véhicule est immatriculé en Belgique, le jugement a écarté l'application de la règle générale contenue dans l'article 3, alinéa 1er, du Code civil et dans l'article 3 de la Convention de La Haye, selon laquelle la loi applicable est la loi du pays dans lequel l'accident est survenu.

A l'estime du demandeur, cette décision n'est pas légalement justifiée.

L'obligation d'indemnisation instituée par l'article 29bis en faveur des usagers dits "faibles" existe en l'absence de responsabilité quelconque de l'assuré, ce qui implique que l'article 29bis n'est pas fondé sur la responsabilité, serait-elle même seulement objective, du conducteur du véhicule assuré mais sur la règle de l'indemnisation "automatique" par l'assureur.

L'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989, dont le but est de protéger les victimes dites "faibles" des accidents de la route, organise à cette fin un système d'indemnisation directe et automatique en dotant la victime d'une action contre l'assureur impliqué dans l'accident. Il s'agit d'un système d'assurance de personne, à caractère indemnitaire, indépendant de toute responsabilité. Ainsi, pour que l'assureur doive indemniser l'usager "faible", il n'est pas nécessaire que celui-ci établisse une faute du conducteur et sa responsabilité.

L'examen des travaux préparatoires de la loi confirme ceci.

Dans l'exposé introductif de l'auteur de la proposition de la loi modificative du 13 avril 1995, on peut lire:

*"La loi-programme de mars 1994 a déjà instauré une forme de responsabilité objective pour les véhicules automoteurs. Sur le plan légistique, le principe a été mis en oeuvre par l'insertion d'un article 29bis dans la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs.*

*Au départ, l'intention du gouvernement était d'insérer le principe de la responsabilité objective dans le Code civil sous le chapitre relatif aux quasi-délits (articles 1382 et suivants).*

*Les sénateurs se refusèrent toutefois à modifier les fondements du droit civil et optèrent pour un système d'indemnisation automatique qui serait instauré dans le cadre de la loi relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité "*

Dans le commentaire du paragraphe 1er de l'article 1er (de la loi du 13 avril 1995), on peut lire:

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



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

*"(Le représentant du ministre) suggère (...) de prévoir une exception à l'intervention du Fonds Commun de Garantie Automobile, à savoir le cas où l'accident résulte d'un cas fortuit. En cas d'accident dû à un cas fortuit, c'est également l'assureur et non le Fonds Commun de Garantie Automobile qui doit intervenir.*

*Dans un régime d'assurance basé sur la faute, il est normal que l'assureur n'intervienne pas lorsque l'accident résulte d'un cas fortuit.*

*Dans le système d'indemnisation automatique, on ne raisonne plus en termes de faute, de sorte qu'il n'est plus logique de prévoir une exception pour ce cas, d'autant que l'assuré et l'assureur sont connus (cf. Pasin., 1995, spéc. p. 2027, 2e col.)".*

La circonstance que l'assureur tenu en vertu de l'article 29bis d'indemniser les victimes "faibles" est l'assureur "R.C. Auto" du conducteur et que l'article 29bis s'inscrit dans la loi sur l'assurance automobile obligatoire de la responsabilité du conducteur, n'empêche pas que l'article 29bis a instauré un régime d'indemnisation "automatique" qui ne suppose aucune responsabilité, même objective, du conducteur du véhicule.

L'article 29bis n'est donc pas une règle impliquant une quelconque responsabilité du conducteur ou "applicable à sa responsabilité" au sens de l'article 4. a) de la Convention de La Haye.

Le fait qu'il instaurerait "une forme" de responsabilité objective ne l'apparente pas à une loi "applicable à la responsabilité" puisqu'il institue précisément un régime d'indemnisation indépendant de toute responsabilité.

Etant une exception à la règle générale de l'application de la loi de l'accident, la dérogation prévue par l'article 4. a) de la Convention de La Haye doit être interprétée restrictivement.

Il résulte de ces considérations que, contrairement à ce qu'a affirmé le jugement, l'article 29bis ne contient pas de règle de responsabilité. L'action du défendeur contre (le demandeur) en réparation de son dommage peut être comparée, de fait, à un recours concernant l'assureur, tel que visé par l'article 2.5 de la Convention de La Haye, et auquel, par conséquent, ne s'appliquait pas l'article 4. a) de la Convention de La Haye précité mais l'article 3, alinéa 1er, du Code civil.

Il s'ensuit que la décision selon laquelle il y a lieu en vertu de l'article 4. a) de la Convention de La Haye d'appliquer la loi belge, l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 plus précisément, au motif que cette disposition contiendrait une règle de responsabilité, n'est pas légalement justifiée et viole l'ensemble des dispositions légales citées en tête du moyen et plus particulièrement les articles 29bis de la loi du 21 novembre 1989 et 3, alinéa 1er, du Code civil, et aussi les articles 3 et 4. a) de la Convention de La Haye dans la mesure où cette dernière régit le recours du défendeur.

#### **IV. La décision de la Cour**

Attendu que l'article 1er de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière dispose que cette convention détermine la loi applicable à la responsabilité civile extra-contractuelle découlant d'un accident de la circulation routière, quelle que soit la nature de la juridiction appelée à en connaître ;

Qu'aux termes de l'article 4. a) de ladite convention, lorsqu'un seul véhicule est impliqué dans l'accident et qu'il est immatriculé dans un Etat autre que celui sur le territoire duquel l'accident est survenu, la loi interne de l'Etat d'immatriculation est applicable à la responsabilité, notamment envers une victime qui était passager, si elle avait sa résidence habituelle dans un Etat autre que celui sur le territoire duquel l'accident est survenu ;



Attendu que cette convention détermine tant la loi applicable à la responsabilité civile que celle qui est applicable aux modalités et à l'étendue de la réparation des dommages découlant d'un accident de la circulation, quel qu'en soit le fondement, à condition qu'il soit extra-contractuel ;

Que le champ d'application de la convention englobe dès lors l'action fondée sur l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, qui impose aux assureurs couvrant la responsabilité des propriétaires, conducteurs ou détenteurs de véhicules automoteurs impliqués dans un accident de la circulation, d'indemniser certains dommages subis par les victimes de pareil accident, autres que les conducteurs des véhicules impliqués ;

Attendu qu'il ressort de l'article 9 de la même convention que l'article 2.5, suivant lequel celle-ci ne s'applique pas aux recours et aux subrogations concernant les assureurs, ne vise pas l'action directe des personnes lésées contre l'assureur ;

Attendu que le jugement attaqué constate que l'accident litigieux a impliqué un seul véhicule, immatriculé en Belgique, conduit par un Belge, ayant à son bord deux passagers belges, dont le défendeur, et circulant sur le territoire de la Bosnie ;

Qu'il décide légalement, quoique pour un motif erroné, de faire application de la loi belge, en vertu de l'article 4 de la Convention de La Haye, et de condamner le demandeur à indemniser le défendeur, sur la base de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 ;

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 sept cent soixante-deux euros quatre-vingt-six centimes envers la partie demanderesse et à la somme de cent six euros soixante-trois 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 Didier Batselé, Albert Fettweis, Daniel Plas et Sylviane Velu, et prononcé en audience publique du dix-neuf mars deux mille quatre par le président de section Claude Parmentier, en présence de l'avocat général Thierry Werquin, avec l'assistance du greffier Marie-Jeanne Massart.





## Cour de cassation, arrêt du 16 janvier 2004

*Code de la nationalité belge – article 12bis – déclaration de nationalité – conditions – avoir fixé sa résidence en Belgique depuis au moins sept ans*

*Wetboek van de Belgische nationaliteit – artikel 12bis – nationaliteitsverklaring – voorwaarden – hoofdverblijf sedert ten minste zeven jaar in België gevestigd*

N° C.03.0370.F

M. A., demanderesse en cassation, (...)  
représentée par Maître Antoine De Bruyn, avocat à la Cour de cassation, (...),  
contre  
PROCUREUR GENERAL PRÈS LA COUR D'APPEL DE LIÈGE,  
défendeur en cassation.

### I. La décision attaquée

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 1er avril 2003 par la cour d'appel de Liège<sup>1</sup>.

### II. La procédure devant la Cour

Le conseiller Daniel Plas a fait rapport.  
L'avocat général Xavier De Riemaecker a conclu.

### III. Le moyen de cassation

La demanderesse présente un moyen libellé dans les termes suivants :

*Dispositions légales violées*

Article 12bis, §§ 1er, 3°, et 2, du Code de la nationalité belge (loi du 28 juin 1984, article 13), tels qu'ils ont été modifiés par la loi du 1er mars 2000, article 4, A, et article 4, B.

*Décisions et motifs critiqués*

L'arrêt, par confirmation du jugement du 21 octobre 2002 du tribunal de première instance de Verviers, déclare fondée l'opposition du procureur du Roi à l'acquisition de la nationalité belge par la demanderesse et condamne celle-ci aux dépens aux motifs que :

*" Le premier juge constatant que si (la demanderesse) disposait bien d'une autorisation de séjour illimité lorsqu'elle a introduit sa demande d'acquisition de la nationalité belge, elle ne pouvait se prévaloir d'un séjour légal en Belgique de plus de sept ans.*

*Si les travaux parlementaires (du Code de la nationalité belge) ne peuvent certes ajouter à la loi, ils peuvent servir à l'interpréter, lorsqu'une controverse surgit. Or, les travaux parlementaires sont particulièrement*

---

<sup>1</sup> L'arrêt attaqué fut publié dans le n° 1/2003 de la revue@ipr.be





*éclairants à ce sujet : dans l'esprit du législateur, il était à ce point évident que le séjour devait être légal qu'il n'y avait pas besoin de le préciser. En effet, les travaux parlementaires mentionnent : 'Il est évident qu'un séjour illégal ne peut être pris en considération' (voy. Doc. Parl., Chambre, session 1999-2000, n° 0292/007, page 7, exposé des motifs) et (pages 45 et 46) 'Si un étranger a sa résidence principale en Belgique sans disposer d'une autorisation de séjour légale, il n'est pas en mesure de faire une déclaration de nationalité' (dans ce sens, Liège, 1ère ch., 14 janvier 2003, 2002/RG/43, inédit) ; si certains amendements ont été rejetés, le motif du rejet n'implique pas l'accord du législateur pour prendre en compte un séjour illégal.*

*Il suit de ces commentaires que la condition de fond n'est remplie que si, au jour de la déclaration de nationalité, le requérant, admis en séjour illimité, peut justifier d'une résidence principale en Belgique, couverte par des titres de séjour, pendant au moins sept ans. Or, il apparaît de l'exposé des faits repris ci-avant que ce n'est que depuis la délivrance d'une annexe 26bis ensuite de l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 octobre 1997, soit depuis moins de sept ans au moment de sa déclaration, que (la demanderesse) séjourne régulièrement en Belgique sous le couvert d'une autorisation provisoire ".*

## Griefs

L'article 12bis, § 1er, 3°, du Code de la nationalité belge, tel qu'il a été modifié par la loi du 1er mars 2000, article 4, A, dispose que peut acquérir la nationalité belge en faisant une déclaration conformément au paragraphe 2 du présent article, s'il a atteint l'âge de dix-huit ans, l'étranger qui a fixé sa résidence principale en Belgique depuis au moins sept ans et qui, au moment de la déclaration, a été admis ou autorisé à séjourner pour une durée illimitée dans le Royaume, ou a été autorisé à s'y établir.

Il résulte de cette disposition que, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt, l'acquisition de la nationalité belge par un étranger résidant en Belgique est soumise à deux conditions seulement :

- 1° il faut qu'au moment où l'étranger fait une déclaration en vue d'acquérir la nationalité belge (article 12bis, § 2), il bénéficie d'un permis de séjour pour une durée illimitée et
- 2° qu'il réside à titre principal en Belgique depuis sept ans au moins.

Si le législateur avait voulu que le séjour fût en plus légal pendant toute la période considérée, il ne se serait pas borné à exiger que l'étranger soit porteur d'un permis de séjour pour une durée illimitée " au moment de la déclaration ".

Les dispositions en cause étant d'interprétation restrictive, il aurait été nécessaire, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt, que le législateur précise qu'au moment de la déclaration, l'étranger doit établir qu'il a résidé légalement en Belgique pendant sept ans au moins et y a fixé sa résidence principale.

D'ailleurs, comme l'admet l'arrêt lui-même, le législateur n'ayant pas défini la notion de " résidence ", il convient de " se référer à l'acception commune : la résidence s'entend du lieu où une personne habite un certain temps, ce qui implique qu'elle y réside habituellement ".

Il n'est pas requis, en outre, que la résidence d'une durée de sept ans soit couverte par un titre légal de séjour, sauf précisément au moment de la déclaration.

Lorsque le législateur entend subordonner le bénéfice d'un avantage à la condition d'un séjour légal, il le précise de manière expresse. Ainsi, par exemple, l'article 55 (lire : 57), § 2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale dispose que la mission du centre public d'aide sociale se limite à l'octroi de l'aide médicale " à l'égard d'un étranger qui séjourne illégalement " en Belgique.



En l'espèce, l'arrêt ne conteste pas qu'au moment de sa déclaration d'acquisition de la nationalité belge, la demanderesse avait fixé sa résidence principale en Belgique et y résidait habituellement depuis au moins sept ans.

Il s'ensuit qu'en refusant d'accéder à la demande de naturalisation de la demanderesse au motif qu'elle ne résidait pas légalement en Belgique depuis au moins sept ans, l'arrêt a ajouté une condition à la loi et a partant violé les articles 12bis, § 1er, 3°, et 12bis, § 2, du Code de la nationalité belge, reproduits ci-dessus.

#### **IV. La décision de la Cour**

Attendu qu'en vertu de l'article 12bis, § 1er, 3°, du Code de la nationalité belge, peut acquérir la nationalité belge en faisant une déclaration conformément au paragraphe 2 de cet article, s'il a atteint l'âge de dix-huit ans, l'étranger qui a fixé sa résidence principale en Belgique depuis au moins sept ans et qui, au moment de la déclaration, a été admis ou autorisé à séjourner pour une durée illimitée dans le Royaume ou a été autorisé à s'y établir ;

Attendu que l'arrêt, qui rejette la déclaration de nationalité de la demanderesse par le motif que la résidence principale de celle-ci en Belgique n'est pas " couverte par des titres de séjour pendant au moins sept ans ", ajoute au texte de la loi une condition que celui-ci ne contient pas et viole la disposition légale précitée ;

Que le moyen est fondé ;

PAR CES MOTIFS,  
LA COUR

Casse l'arrêt attaqué ;

(...)



## Hof van Cassatie, arrest van 10 april 2003

*Internationale adoptie – Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden – artikelen 14 en 8 – uitwerking in de Belgische rechtsorde – geen plicht tot toekenning van het statuut van adoptant of geadopteerde*

*Adoption internationale – Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales – articles 14 et 8 – effets dans l’ordre juridique belge – pas d’obligation à accorder le statut d’adoptant ou d’adopté*

Nr. C.02.0112.F

D. E., advocaat: Mr. Cécile Draps, advocaat bij het Hof van Cassatie,  
Tegen  
PROCUREUR-GENERAAL BIJ HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL.

### I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest, op 6 december 2001 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel.

### II. Rechtspleging voor het Hof

Raadsheer Christian Storck heeft verslag uitgebracht.  
Advocaat-generaal Thierry Werquin heeft geconcludeerd.

### III. Middel

Eiser voert een middel aan.  
Het is als volgt gesteld :

#### *Geschonden wetsbepalingen*

- de artikelen 8 en 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955 ;
- de artikelen 3, 6 en 343, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek ;
- (Belgische) internationale openbare orde.

#### *Aangevochten beslissingen en redenen*

Het arrest wijst eisers aanvraag tot homologatie van de adoptieakte van de heer C. af op de volgende gronden :

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



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

*"Artikel 344, §2, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat bij adoptie tussen een Belg en een vreemdeling, wanneer de geadopteerde meer dan 15 jaar oud is, zoals hier het geval is, elk van de partijen moet voldoen aan de voorwaarden van zijn persoonlijk statuut.*

*Die verwijzing naar het persoonlijk statuut om de aanknopings te bepalen moet volgens het Belgisch recht worden begrepen als een verwijzing naar de nationaliteit ;*

*Er wordt niet betwist dat (eiser) de bij de Belgische wet gestelde grondvereisten vervult ;*

*De heer C. is van Moldavische nationaliteit en moet dus voldoen aan de grondvereisten die de Moldavische wetgeving stelt ;*

*Artikel 99, eerste lid, van het Wetboek inzake huwelijk en gezin van de republiek Moldavië van 1 april 1970 bepaalt dat alleen de adoptie van minderjarigen in hun belang is geoorloofd ;*

*Er wordt niet betwist dat de geadopteerde, die op 23 augustus 1976 is geboren, op het tijdstip dat de akte van adoptie is opgemaakt, meerderjarig was ;*

*Bijgevolg is de in de Moldavische wet bepaalde grondvereiste in dit geval niet vervuld ;*

*(Eiser) betoogt vervolgens dat de toepassing van artikel 99, eerste lid, van het Wetboek inzake huwelijk en gezin van de republiek Moldavië als strijdig met de Belgische internationale openbare orde moet worden beschouwd ;*

*De Belgische internationale openbare orde is alleen betrokken in zoverre de rechtsregels die normaal van toepassing zijn, strijdig zouden zijn met een beginsel dat van wezenlijk belang moet worden geacht voor de morele, politieke of economische orde zoals die thans in België bestaat ;*

*Een vreemde wet mag door een Belgische rechter alleen worden afgewezen als de toepassing ervan onverenigbaar is met de normale werking van de instellingen en de juridische grondregels die in België van kracht zijn ;*

*Inzake adoptie zijn de grondvereisten van het Belgische recht minder beperkend dan die van het Moldavische recht ;*

*De Belgische wetgever heeft in die materie blijk gegeven van een vrij grote ruimdenkendheid zodat de Belgische internationale openbare orde alleen in het gedrang kan worden gebracht door een buitenlandse wet die nog toleranter staat tegenover adoptie en die de grenzen van het toelaatbare dermate overschrijdt dat het instituut adoptie daardoor elke inhoud dreigt te verliezen ;*

*Dat is hier niet het geval omdat de Moldavische wet integendeel adoptie zeer precies begrensd, in het kader van een opvatting van het instituut die samenhangt met de finaliteit ervan ;*

*De toepassing van artikel 99, eerste lid, van het Wetboek inzake huwelijk en gezin van de republiek Moldavië kan dus niet als onverenigbaar met de Belgische internationale openbare orde worden beschouwd ;*

*Des te meer daar de Belgische wetgeving, die het instituut van adoptie van meerderjarigen weliswaar kent, dergelijke adopties beperkt, door de adoptie ten volle van een meerderjarige radicaal te verbieden (artikel 368, §2, van het Burgerlijk Wetboek) en door een tweede (gewone) adoptie te verbieden na de herroeping van de eerste adoptie of na het overlijden van de eerste adoptant (artikel 346, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek) ;*

*(Eiser) verwijt de eerste rechter dus ten onrechte dat hij het begrip Belgische openbare orde te beperkend heeft uitgelegd ;*

*(Eiser) betoogt tenslotte dat artikel 99, eerste lid, van het Wetboek inzake huwelijk en gezin van de republiek Moldavië leidt tot discriminatie die strijdig is met de gezamenlijke artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens ;*

*Het is juist (...) dat de Belgische rechter, zelfs als een aanknopingsregel van het Belgisch internationaal privaatrecht die rechter oplegt een vreemde wet toe te passen, de toepassing van die vreemde wet dient af te wijzen als zij een bepaling van internationaal recht met directe werking in het Belgisch recht schendt ;*

*De Belgische rechter die verzocht wordt een vreemde wet toe te passen zou immers bijdragen tot de door die wet gepleegde schending door ze over te nemen en uitwerking te verlenen, zelfs als dat gebeurt door middel van de toepassing van een bepaling van internationaal privaatrecht ;*

*Artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens kan enkel worden aangevoerd in zoverre een door (dat) verdrag beschermd materieel recht (...) door de aangeklaagde discriminatie wordt bedreigd ;*

*(Eiser) voert dienaangaande de schending aan van artikel 14 in combinatie met artikel 8 van het Verdrag inzake de bescherming van het gezinsleven ;*

*Adoptant en geadopteerde hebben elkaar in augustus 1995 op de Zuidkermis te Brussel voor het eerst ontmoet, toen de heer C. als kandidaat politiek vluchteling in België verbleef ;*



*(Eiser) zegt in een persoonlijke noot dat hij de heer C. vanaf die dag herhaaldelijk in zijn gezin heeft ontvangen, dat hij hem gedurende verschillende weken heeft gehuisvest en dat die sympathie zich tijdens dat verblijf in zijn gezin tot een grote wederzijdse vriendschap heeft ontwikkeld ;  
De heer C. heeft de raad van (eiser) gevolgd en is dan naar Moldavië teruggekeerd om er met (eisers) financiële steun zijn studies voort te zetten ;  
Nadien zijn zij nauw contact blijven houden en hebben zij elkaar herhaaldelijk ontmoet in Roemenië, Turkije, in de republiek Tsjechië en in Moldavië (op het huwelijk van de heer C. in september 1997) ;  
(Eiser) leeft in Italië waar hij sedert 28 februari 1989 zijn woonplaats heeft gevestigd (...) ;  
Op de terechtzitting van 11 april 2001 van het hof (van beroep) heeft (eiser) verklaard dat hij geregeld naar België terugkeert, gemiddeld een keer per maand. ;  
Blijkbaar leeft de heer C. samen met zijn echtgenote sedert 1999 ononderbroken in België ;  
Er wordt niet betwist dat (eiser) en de heer C. nooit hebben samengewoond ;  
Het is juist (...) dat, hoewel samenwonen doorgaans wordt vereist om een verhouding tussen twee personen als een gezinsleven te kunnen beschouwen in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, uitzonderlijk andere factoren kunnen bijdragen tot het bewijs dat een verhouding voldoende diepgang heeft om de facto gezinsbanden te doen ontstaan ;  
In dit geval hebben de vriendschapsbanden en de wederzijdse achting tussen (eiser) en de heer C., die in verschillende landen leven en elkaar slechts occasioneel ontmoeten, evenwel onvoldoende diepgang om als een gezinsleven in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens te kunnen worden beschouwd ;  
(Eiser) kan dus artikel 14 in combinatie met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens niet aanvoeren".*

## Grieven

Hoewel ingevolge artikel 344, § 2, van het Burgerlijk Wetboek, wanneer de geadopteerde meer dan 15 jaar oud is, de adoptie wordt toegelaten tussen vreemdelingen of tussen Belgen en vreemdelingen, mits elk van de partijen voldoet aan de voorwaarden van zijn persoonlijk statuut en hoewel artikel 99, eerste lid, van het Wetboek inzake huwelijk en gezin van de republiek Moldavië bepaalt dat "alleen adoptie van minderjarigen in hun eigen belang geoorloofd is", die vreemde wet, die door de conflictregel van het Belgisch internationaal privaatrecht toepasselijk is gemaakt, ingevolge de Belgisch internationale openbare orde, toch moet worden afgewezen, aangezien de toepassing ervan strijdig is met een beginsel dat van wezenlijk belang wordt geacht voor de morele, politieke of economische orde van onze rechtsorde of voor de door een internationaal verdrag gewaarborgde rechten.

België heeft door de bekrachtiging van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zich ertoe verbonden om binnen zijn rechtsorde de door dat verdrag beschermde rechten te waarborgen.

Het recht op de eerbieding van het privé- en gezinsleven (artikel 8) zonder enig onderscheid naar nationaliteit, afstamming of leeftijd (artikel 14) behoort met name tot die rechten.

Het begrip gezinsleven in de zin van genoemd artikel 8 moet autonoom en ruim worden uitgelegd ; het impliceert noch het bestaan van een huwelijk noch zelfs van samenwonen, maar enkel van een verhouding die voldoende diepgang heeft.

Verder omvat het begrip eerbieding van het privé-leven, dat door die bepaling eveneens wordt gewaarborgd, noodzakelijk het recht om een beginnend gezinsleven te onderbouwen en het juridisch vast te leggen, met name door een adoptie wanneer die in het belang is van alle betrokken personen.

Het arrest stelt vast dat er een "nauwe band" bestaat tussen eiser en de heer C., dat de eerste de tweede financieel heeft gesteund, met name om zijn studies te voltooien, dat eiser aanwezig was op het



huwelijk van de heer C. in Moldavië, dat zijn echtgenote met wie hij in België ononderbroken samenleeft met de adoptie heeft ingestemd, en oordeelt helemaal niet dat de adoptie niet op eerlijke gronden zou zijn gesteund of strijdig zou zijn met iemands belangen. Het kon bijgevolg, op grond van die gegevens, niet beslissen dat er geen daadwerkelijk gezinsleven was en dat eiser artikel 14 in combinatie met artikel 8 van het Verdrag niet kon aanvoeren, zonder, enerzijds, het begrip gezinsleven in de zin van dat artikel te miskennen en, anderzijds, het recht op de eerbiediging van eisers privé-leven, dat het recht omvat om een gezinsleven in ontwikkeling juridisch vast te leggen (schending van de artikelen 8 en 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden).

Het arrest miskent, door aldus uitspraak te doen, tevens de Belgische internationale openbare orde (vastgelegd in de artikelen 3 en 6 van het Burgerlijk Wetboek), die de Belgische rechter ertoe verplicht de normaal toepasselijke vreemde wet af te wijzen wanneer de toepassing ervan onaanvaardbare gevolgen heeft voor de fundamentele waarden van onze rechtsorde, onder meer de beginselen die zijn vastgelegd in de voormelde bepalingen van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Het arrest had dus de Belgische wetgeving moeten toepassen en kon bijgevolg het verzoek tot homologatie van de adoptie niet verwerpen zonder vast te stellen dat de daartoe in artikel 343 van het Burgerlijk Wetboek gestelde vereisten niet waren vervuld (schending van de artikelen 3, 6 en 343, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek).

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

Over de door het openbaar ministerie ambtshalve, overeenkomstig artikel 1097 van het Gerechtelijk Wetboek, tegen het cassatieberoep opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid in zoverre het tegen de procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel is gericht:

Overwegende dat de procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel in die zaak waarin hij geen partij was enkel een advies heeft gegeven;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid dient te worden aangenomen;

#### *Het middel*

Overwegende dat het middel de aangevoerde schending van de bepalingen van intern recht alleen afleidt uit de draagwijdte die het hecht aan de artikelen 8 en 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en uit de uitwerking die deze bepalingen van het internationaal recht bijgevolg in België hebben;

Overwegende dat, enerzijds, de toepassing van artikel 14 van het Verdrag krachtens hetwelk het genot van de rechten en verplichtingen die daarin zijn vermeld, verzekerd moet zijn zonder enig onderscheid ook, vereist dat de feiten van het geschil onder toepassing van ten minste een van de bepalingen van het Verdrag of van zijn aanvullende protocols vallen;

Dat, anderzijds, artikel 8 van het Verdrag in zoverre het eenieder het recht op eerbiediging van zijn privé- of gezinsleven waarborgt, de Staten niet oplegt een persoon het statuut van adoptant of geadopteerde toe te kennen;



Overwegende dat, voor het overige, het middel, in zoverre het het arrest verwijt het begrip gezinsleven in de zin van dat artikel 8 te miskennen, terwijl dat artikel het recht om te adopteren niet waarborgt, niet tot vernietiging kan leiden en bijgevolg zonder belang is;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

OM DIE REDENEN,  
HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep ;

(...)

(Vertaling opgemaakt onder toezicht van raadsheer Ernest WaÛters en overgeschreven met assistentie van griffier Philippe Van Geem.)





## Hof van Beroep Gent, arrest van 6 november 2003

*1. Verstoting naar Marokkaans recht – erkenning in België – artikel 570 van het Gerechtelijk Wetboek – rechten van verdediging – 2. voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure – toepasselijk recht*

*1. Répudiation marocaine – reconnaissance en Belgique – article 570 du Code Judiciaire – droits de la défense – 2. mesures provisoires durant la procédure de divorce – droit applicable*

2000/RK/196

in de zaak van:

E., (...), appellant,

hebbende als raadsman mr. DEPOVERE Rik, (...)

tegen:

G. (...), geïntimeerde,

hebbende als raadsman mr. EL MOUDEN Abdelhamid, (...)

velt het Hof het volgend arrest:

Bij tussenarrest gewezen door dit Hof en deze kamer, anders samengesteld, van 24 december 2001 werd het hoger beroep ontvangen en, alvorens erover nader te beslissen, werd een maatschappelijk onderzoek bevolen, werd de zaak naar de bijzondere rol verwezen en werd de beslissing over de kosten aangehouden.

Bij tussenarrest gewezen door dit Hof en deze kamer, anders samengesteld, van 6 februari 2003, werd het incidenteel beroep toelaatbaar verklaard en alvorens verder te beslissen, werd ambtshalve de heropening van de debatten bevolen teneinde de partijen toe te laten:

- standpunt te willen innemen nopens de ontvankelijkheid van bepaalde vorderingen (nieuwe vorderingen dan wel een uitbreiding van vorderingen);
- standpunt in te nemen en stukken over te leggen met betrekking tot de nationaliteit van de partijen, hun burgerlijke staat in België, de beweerde verstoting in Marokko en de gevolgen in België, de echtscheidingsprocedure in België e.d..

De partijen werden gehoord in openbare terechtzitting van 12 juni 2003, waarop de zaak in voortzetting was gesteld geworden, bij monde van hun raadsliden; zowel de neergelegde conclusies als de overgelegde stukken werden ingezien. De zaak werd hernomen voor de thans samengestelde zetel van het Hof.

Substituut-procureur-generaal Jean-Luc Cottyn heeft ter voormelde terechtzitting mondeling advies uitgebracht. De partijen hebben daarop gerepliceerd.

De beroepen behelzen de beschikking verleend op 18 mei 2000 in kort geding door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk, statuerend over de voorlopige maatregelen in het kader van een echtscheidingsprocedure na het invoeren van gewijzigde omstandigheden.

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



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

(...)

Nopens de al dan niet erkenning van de verstoting naar Marokkaans recht

1. De appellant (Marokkaan) werd rechtmatig door de geïntimeerde (Belg) gedagvaard voor een (internationaal) bevoegde Belgische rechter hangende de Belgische echtscheidingsprocedure.

Dit Hof vermag echter slechts voorlopige maatregelen hangende de Belgische echtscheidingsprocedure te nemen in de mate dat er geen erkenning is van de ontbinding van het huwelijk naar vreemd recht en is aldus gehouden dit (incidenteel) te onderzoeken.

De partijen, in het bijzonder de geïntimeerde, bleven – niettegenstaande dit uitdrukkelijk werd gevraagd in het tussenarrest – in gebreke te concluderen nopens de al dan niet erkenning minstens het impact van de ontbinding van hun huwelijk naar Marokkaans recht in België en de eventuele gevolgen ervan op onderhavige procedure. De geïntimeerde had wel voor de eerste rechter over de toetsing aan de vereisten van artikel 570 Ger.W. geconcludeerd.

De appellant beperkt er zich toe te poneren dat de kort geding rechter, die werd gevat vooraleer de echtscheiding in Marokko werd toegestaan, hoe dan ook bevoegd is om de gevorderde maatregelen te bevelen.

2. De appellant legt als zijn stuk 8 de beëdigde vertaling over van de ontvangst en de registratie op 25 juli 1996 door twee adouls (notarissen) bij de rechtbank van eerste aanleg te Tiznit (Marokko) op het bureau van de Cadi (rechter) van Sidi Ifni, van de gerechtelijke akte houdende de herroepbare verstoting.

In deze akte wordt verwezen naar een proces-verbaal betreffende de vergeefse poging tot verzoening van 13 mei 1996 getekend door de notariële rechter Ghazi Sakkat in de ambassade van het Koninkrijk Marokko te Brussel en naar de schikking betreffende de herroepbare echtscheiding afgeleverd op 25 juli 1996 door de notariële rechter van Sidi Ifni.

Voorts blijkt dat de appellant voor de twee adouls voormeld is verschenen waarbij deze getuigen dat hij op behoorlijke wijze tegen de geïntimeerde de echtscheiding heeft uitgesproken onder de vorm van een enige eerste en herroepbare verstoting.

Er wordt bevestigd dat de appellant in het voordeel van de verstotene bij de kassa van de rechtbank de obligaties voor de echtscheiding, hetzij de som van 10.500 dirham, heeft neergelegd en er werd wettelijk bevestigd dat de appellant in perfecte staat van bekwaamheid is.

Het is het enige stuk van de verstotingsprocedure dat wordt overgelegd.

Het komt het Hof voor dat het ten deze gaat om een eenzijdige verstoting uitgaande van de appellant. Alhoewel de vrouw dient te worden opgeroepen voor deze procedure kan ze zich niet verzetten tegen de verstoting.

De cadi (rechter) onderneemt, vooraleer hij overgaat tot de homologatie van de verstoting, een verzoeningspoging. Wanneer hij van oordeel is dat hij de verstoting kan homologeren stelt hij de borgsom vast die de man moet storten in de kas van de rechtbank en die garant staat voor de effectieve uitvoering van diens financiële plichten jegens zijn vrouw.



3. Volgens de appellant werd hij door de geïntimeerde gedagvaard in echtscheiding op 3 mei 1996 (stukken 8 appellant: kopie van de dagvaarding vermeldt niet de datum van de dagvaarding). De Belgische echtscheidingsprocedure zou verwezen zijn naar de bijzondere rol.

In de echtscheidingsprocedure (stukken 8 appellant: conclusie van de appellant van 3 december 1996) werd in hoofdorde geconcludeerd dat voormeld Marokkaans echtscheidingsvonnis gelding heeft in België (verwijzing naar artikel 15 van het verdrag van Rabat van 30 april 1981 tussen België en Marokko). Ondergeschikt werd een tegenvordering ingesteld door de appellant strekkende tot de erkenning van het Marokkaans echtscheidingsvonnis.

Vreemde echtscheidingsvonnissen kunnen automatisch erkend worden voor zover voldaan is aan de voorwaarden voorzien in een toepasselijk bilateraal verdrag dat tussen Marokko en België vooralsnog niet bestaat.

Het Verdrag van Rabat van 30 april 1981 houdende de overeenkomst tussen België en Marokko betreffende de wederzijdse rechtshulp in burgerlijke zaken, handelszaken en bestuurszaken alsmede inzake juridische informatie (waarnaar in de echtscheidingsprocedure verwezen) is terzake niet van toepassing.

Het ontwerp van overeenkomst tussen België en Marokko betreffende de toepasselijke wet op en de erkenning van huwelijken en hun ontbinding van 15 juli 1991 is niet in werking getreden.

4. Een buitenlands echtscheidingsvonnis wordt in België erkend zonder procedure van exequatur indien voldaan is aan de vijf vormvoorwaarden gesteld door artikel 570 Ger.W..

De niet-ervulling van één van de twee eerste voorwaarden van artikel 570 Ger.W., namelijk de niet-schending van de beginselen van de openbare orde en de eerbiediging van de rechten van verdediging van de vreemde beslissing, vormen vaak een grond tot niet-erkenning in het bijzonder wat de verstoting betreft.

De appellant heeft volgens de ter beschikking van het Hof zijnde stukken de Marokkaanse nationaliteit en de geïntimeerde de Belgische (wettelijke informatie gehecht aan de gedinginleidende dagvaarding, bij gebreke van overlegging van nationaliteitsbewijzen zoals nochtans gevraagd in het tussenarrest).

Het is na tussenarrest op grond van stukken nog steeds niet duidelijk of de geïntimeerde de dubbele, hetzij de Belgische en de Marokkaanse nationaliteit heeft, hetgeen zij voorhoudt. Vaststaat ten deze voor de Belgische rechtsorde enkel haar Belgische nationaliteit.

De partijen huwden op 1 maart 1979 te Ait Baamrane (Marokko). De vijf kinderen uit hun huwelijk werden in België geboren, de oudste Hassan op 29 maart 1980. Er is ook het gegeven dat de geïntimeerde reeds jaren in België verblijft.

Er moet telkens in concreto – en niet in abstracto – worden onderzocht of de beslissing tot verstoting niet in strijd is met de Belgische (internationale) openbare orde (Cass. 29 april 2002, R.W. 2002-2003, 863-864).

Het principe is dat de discriminatoire handeling tegenover de vrouw tegenover onze rechtsorde niet kan.

Krachtens artikel 48, 2 van het Marokkaans personen- en familiewetboek moet in de regel de verstoting in de aanwezigheid van de vrouw gebeuren (Beke D., Marokkaans familierecht).



Knelpunten voor de Belgische jurist, Gandaius Actueel VII, 2002, 61; artikel 48 2. Mudawwana vertaald in Foblets, M.C., Marokkaanse migrantenvrouwen in gezinsgeschillen: wat zijn passende juridische oplossingen?: 'Indien de echtgenote opgeroepen wordt en zich niet aanbiedt, terwijl de echtgenoot het voornemen tot verstoting handhaaft, dan is er vrijstelling van [de verplichting van] haar aanwezigheid.').

Op grond van de ter beschikking van het Hof zijnde (beperkte) gegevens kan besloten worden dat terzake boven het hoofd van de geïntimeerde heen werd besloten tot de verstoting.

Er ligt inderdaad geen bewijs voor van de werkelijke betrokkenheid van de vrouw in de voorliggende verstotingsprocedure. Er blijkt bijvoorbeeld niet of de geïntimeerde – daarenboven van Belgische nationaliteit, in België woonachtig evenals haar kinderen en dus met meerdere banden met België – juridische bijstand kreeg, of zij over elk element in het proces tijdig en vormgeldig werd ingelicht, of zij effectief verweer kon voeren, of haar tussenkomsten virtueel effect konden sorteren, of er gerechtelijke regelingen getroffen werden met betrekking tot de goederen en de alimentatie...

Afgezien de vraag of de verstoting waarvan sprake wel een definitief karakter heeft, nopen de concrete omstandigheden eigen aan de zaak alleen reeds om reden van de ongelijke behandeling van de vrouw het Hof tot de niet-erkenning van de hogervermelde verstoting naar Marokkaans recht. Een onderzoek van meerdere gronden tot niet-erkenning kan niet tot een gunstiger oplossing leiden.

#### Nopens de voorlopige maatregelen

Op de voorlopige maatregelen hangende deze echtscheidingsprocedure kan het Belgisch recht – als *lex fori* ook toepasselijk op de echtscheiding (artikel 2 en 3 Wet Rolin) – worden toegepast.

(...)



## Hof van Beroep Gent, arrest van 16 oktober 2003<sup>1</sup>

*Echtscheiding – dringende en voorlopige maatregelen – onderhoudsgeld – internationale bevoegdheid – toepasselijk recht*

*Divorce – mesures provisoires – alimentation – compétence internationale – droit applicable*

in de zaak van:

D.-F., van Spaanse nationaliteit, met laatst gekend adres te (...), volgens informatie van mr. De Vliegheer thans wonende in Spanje, appellante, hebbende als raadsman mr. Rammelaere Guido, advocaat te 9000 GENT, Ketelpoort 37,

tegen:

VDW, (...), geïntimeerde, hebbende als raadsman mr. De Vliegheer Willy, advocaat te 9185 WACHTEBEKE, Walderdonk 51,

velt het Hof het volgend arrest:

De appellante heeft tijdig en regelmatig beperkt hoger beroep ingesteld tegen de beschikking verleend op 8 juli 2002 in kort geding door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Gent, statuerend over voorlopige maatregelen in het kader van een echtscheidingsprocedure.

De partijen werden gehoord in openbare terechtzitting bij monde van hun raadslieden; zowel de neergelegde conclusies als de overgelegde stukken werden ingezien.

### de procedurevoorgaanden en de vorderingen

1. In de bestreden beschikking werden in het bijzonder de vorderingen van de appellante met betrekking tot een persoonlijke onderhoudsuitkering — met name tot het bekomen van een maandelijkse indexgebonden uitkering van 1.487,36 EUR vanaf 1 februari 2002 en met ontvangstmachtiging, evenals haar vordering om te doen zeggen voor recht dat deze onderhoudsbijdrage een netto bijdrage is zodat de geïntimeerde in ieder geval aan de appellante de belastingen zal dienen terug te betalen die gebeurlijk zullen geheven worden op deze door hem te betalen onderhoudsuitkering — afgewezen als niet gegrond. Wat de kosten betreft werden deze begroot en werd gezegd voor recht dat deze zullen worden toegewezen door de rechter die over de grond van het geschil zal oordelen.

2. Bij beschikking van 16 oktober 2001 gewezen door de vrederechter van het kanton Zelzate werden een reeks dringende en voorlopige maatregelen bevolen en werd de geïntimeerde onder meer veroordeeld tot het betalen van een persoonlijke onderhoudsuitkering van 743,68 EUR (30.000,- BEF) tot en met 31 januari 2002, met voordeel van ontvangstmachtiging (stukken II, 2 appellante).

3. De appellante vordert in haar conclusies neergelegd op 30 juni 2003 haar beperkt hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren, dienvolgens de bestreden beschikking teniet te doen en, opnieuw wijzende:

- de oorspronkelijke vordering tot het doen veroordelen van de geïntimeerde om met ingang van 1 februari 2002 elke maand bij voorbaat 1.487,36 EUR in haar handen te

<sup>1</sup> Zie de noot van Katja JANSEGGERS in dit nummer.



- betalen als tussenkomst in de kosten van haar persoonlijk onderhoud, bedrag jaarlijks naar evenredigheid op 1 februari aan te passen aan het indexcijfer der kleinhandelsprijzen met als basisindex de index van de maand januari 2002, gegrond te verklaren;
- de oorspronkelijke vordering te doen zeggen voor recht dat deze persoonlijke onderhoudsuitkering een netto bijdrage is zodat de geïntimeerde in elk geval de belastingen zal dienen terug te betalen die gebeurlijk zullen worden geheven op deze door hem te betalen onderhoudsuitkering, gegrond te verklaren;
  - de oorspronkelijke vordering om haar tevens te machtigen deze onderhoudsuitkering rechtstreeks en met uitsluiting van haar echtgenoot in ontvangst te nemen bij alle tegenwoordige en toekomstige derden schuldenaars, bij alle instellingen van sociaal recht en alle werkgevers die hem om welke reden ook enige vergoeding zouden verschuldigd zijn, gegrond te verklaren;
  - in subsidiaire orde: een deskundige aan te stellen teneinde de werkelijke inkomsten van de geïntimeerde na te gaan;
  - de geïntimeerde te veroordelen tot alle kosten van de procedure.

De geïntimeerde vraagt het hoger beroep af te wijzen als niet gegrond en de bestreden beschikking integraal te bevestigen, met verwijzing van de appellante in de kosten van hoger beroep.

### **bespreking**

1. Voorwerp van het geschil is de onderhoudsvordering tijdens de echtscheidingsprocedure van partijen op vraag van de appellante (van Spaanse nationaliteit) jegens de geïntimeerde (van Belgische nationaliteit).

Onderhavige onderhoudsvordering die werd ingesteld bij gedinginleidende dagvaarding van 13 februari 2002 valt, ook al vloeit zij voort uit de huwelijksband, nog onder het Europees verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968 (kortweg EEX-Verdrag; H.v.J. 6 maart 1980, DE CAVEL II, Jur. H.v.J., 1980, 731).

De Belgische rechter is dan bevoegd indien hij de bevoegde rechter is om te oordelen over een statuskwesie (bijvoorbeeld echtscheiding) en de onderhoudsvordering als bijkomende vordering daaraan verbonden is, behalve indien de bevoegdheid uitsluitend gebaseerd is op de nationaliteit van één van de partijen (art. 5, 2 EEX-Verdrag).

Ter zake was de Belgische rechter bevoegd om kennis te nemen van de echtscheidingsvordering ingesteld door één van de echtgenoten op andere gronden dan de nationaliteit van één der partijen vermits de laatste echtelijke verblijfplaats van de echtgenoten in België gevestigd was (internationale dimensie aan artikel 628, 1° Ger.W.).

De internationale bevoegdheid van de Belgische kort gedingrechter staat ten deze derhalve vast in toepassing van artikel 5, 2 EEX-Verdrag.

Op de voorlopige maatregelen hangende de echtscheidingsprocedure kan het Belgisch recht — als *lex fori* ook toepasselijk op de echtscheiding (artikel 2 en 3 Wet Rolin) — worden toegepast.

2. De hulpverplichting tussen echtgenoten is een persoonlijk gevolg van het huwelijk die blijft bestaan tot de ontbinding ervan.

(...)





OP DIE GRONDEN, HET HOF, recht doende op tegenspraak,

gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk, doch wijst het af als niet gegrond.

Bevestigt de bestreden beschikking in de mate dat zij werd aangevochten.

Zegt dat wegens de hoedanigheid van de partijen elk haar eigen kosten van deze aanleg dient te dragen, onverminderd de toepassing van artikel 1024 Ger.W..

Slaat de rechtsplegingvergoedingen tussen de partijen om, gelet op hun hoedanigheid.

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het Hof van beroep te Gent, elfde ter kamer, zetelende in burgerlijke zaken, op zestien oktober tweeduizend en drie.

aanwezig:

S. DE BAUW, raadsheer-voorzitter

D. VAN DEN DRIESSCHE, griffier



## Hof van Beroep Gent, arrest van 12 september 2003<sup>1</sup>

*Verordening 1348/2000 – betekening in Portugal – twee geldige en toegelaten betekeningwijzen – voor de beroepstermijn in aanmerking te nemen begindatum*

*Règlement 1348/2000 – signification au Portugal – deux façons de signification réguliers et admis – date à laquelle le délai d’appel prend cours*

in de zaak van:

P., met maatschappelijke zetel te Parque Industrial Manuel da Mota, Portugal-Lote -CP-3100-354 Pombal, ingeschreven in het handelsregister te Pombal, onder het nummer 1720, appellante, hebbende als raadsman mr. HINDERYCKX Alain, advocaat te 9000 GENT, Kortrijksesteenweg 567 tegen:

1. S. nv thans Y. nv. met maatschappelijke zetel te 8500 KORTRIJK,
2. Y. nv, met maatschappelijke zetel te 8500 KORTRIJK, geïntimeerden, hebbende als raadsman mr. MAEYAERT Paul, advocaat te 1080 BRUSSEL, Havenlaan 16

velt het Hof het volgend arrest:

### I. Procesrechtelijk

1. Partijen werden gehoord in hun middelen en conclusies in openbare terechtzitting. De stukken werden ingezien, o.a. het vonnis van 29 juni 2001 van de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk, waartegen hoger beroep werd ingesteld bij beroepsakte, neergelegd ter griffie op 17 december 2001.

Bij op tegenspraak genomen conclusies, neergelegd ter griffie op 7 mei 2002, werd door de oorspronkelijke geïntimeerden incidenteel beroep ingesteld.

Bij op tegenspraak genomen syntheseconclusies, neergelegd ter griffie op 28 mei 2003, meldt nv Y dat de beide oorspronkelijke geïntimeerden op 23 december 2002 gefusioneerd zijn en thans handel drijven onder de benaming nv Y. Zij heeft ten bewijze daarvan de nodige stukken neergelegd.

2. De geïntimeerde beroept zich terecht op de laattijdigheid van het hoger beroep.

De appellante is een vennootschap naar Portugees recht, waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is in Portugal, Parque Industrial Manuel da Mota, Lote 1-CP-3100-354 Pombal.

Uit de overgelegde stukken blijkt dat het bestreden vonnis aan de appellante werd betekend overeenkomstig de bepalingen van de Verordening (EG) 1348/2000 van 9 mei 2000. Deze betekening gebeurde op twee van de door de verordening voorziene wijzen:

---

<sup>1</sup> Zie de noot van Isabelle BAMBUST in dit nummer.



- betekening op 12 oktober 2001 aan de Direcção-Geral da Administração da Justiça, zijnde de door Portugal aangewezen ontvangende instantie. De afgifte van de betekeningssakte gebeurde aan de postdienst op 12 oktober 2001. Het ontvangstbewijs werd door de ontvangende instantie op 18 oktober 2001 terugbezorgd. De ontvangende instantie betekende het bestreden vonnis op 6 november 2001. Dit betreft dus een betekening conform de artikelen 4 tot 7 van de verordening;
- betekening op 12 oktober 2001 per post. De afgifte van de betekeningssakte gebeurde aan de postdienst op 12 oktober 2001. Het ontvangstbewijs werd door de appellante op 17 oktober 2001 terugbezorgd. Dit betreft dus een betekening conform art. 14 van de verordening. Portugal heeft verklaard geen enkel voorbehoud te maken nopens de toepassing van dit artikel.

Niets verzet er zich tegen dat de betekening op verschillende wijzen geschied. Beide betekeningwijzen zijn op een geldige wijze geschied. Wanneer twee verschillende doch geldige betekeningwijzen zijn aangewend, dan is de eerst verrichtte betekening bepalend voor de aanvang van de termijn om hoger beroep in te stellen. Terzake is dit de betekening die gebeurde conform art. 14 van de verordening.

Krachtens artikel 1051, eerste lid, Ger.W. is de termijn om hoger beroep aan te tekenen één maand te rekenen vanaf de betekening van het vonnis.

Terzake wordt de betekening geacht te zijn gebeurd door de afgifte van de akte aan de postdienst tegen ontvangstbewijs (art.40 lid 1 Ger.W.); dit is op 12 oktober 2001. Dit is de aanvangsdatum van de termijn (art. 57 lid 1 Ger. W.).

De termijn wordt verlengd overeenkomstig art.55 Ger.W., waarnaar art. 1051 lid 3 Ger.W. verwijst. Terzake bedraagt de verlenging 30 dagen (art. 55 lid 1-2° Ger.W.).

De termijn wordt gerekend van middernacht tot middernacht. Hij wordt gerekend vanaf de dag na die van de akte of van de gebeurtenis welke hem doet ingaan, en omvat alle dagen, ook zaterdag, zondag en wettelijke feestdagen (artikel 52, eerste lid Ger.W.). Voor de maanden wordt gerekend van de zoveelste dag tot de dag voor de zoveelste (artikel 54 Ger.W.). De dies a quo wordt niet (artikel 52 Ger.W.), de dies ad quem als vervalddag of laatste dag van de termijn wordt wel in de termijn begrepen (artikel 53 Ger.W.).

De beroepstermijn nam aldus in deze een aanvang daags na de betekening op 12 oktober 2001 om te eindigen op de vervalddag van 11 december 2001.

Er is bovendien geen sprake van overmacht of enige ongeldigheid in de betekening.

Nu de appèlakte dateert van 17 december 2001, hetzij van na de vervalddag, is de termijn van artikel 1051 lid 1 Ger.W. overschreden en het hoger beroep laattijdig.

3.Nu het hoofdberoep laattijdig is, kan het incidenteel beroep niet worden toegelaten (art.1054 lid 2 Ger.W.).

(...)

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het Hof van beroep te Gent, zestiende-n kamer, zitting houdende in burgerlijke zaken, van twaalf september tweeduizend en drie.

Aanwezig:

H. VERHAEST Raadsheer, alleensprekend, F. JODTSGriffier,

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



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

## Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 26 février 2003

*Responsabilité délictuelle – compétence internationale – convention de Bruxelles – article 5, 3 – lieu où le fait dommageable c'est produit – diffamation au moyen d'un article de presse diffusé dans plusieurs pays et sur l'internet*

*Onrechtmatige daad – internationale bevoegdheid – EEX-verdrag – artikel 5, 3 – plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan – eerroof door een tijdschriftartikel verspreid in verschillende landen en op het internet*

R.G. : 1999/AR/1118

en cause de:

M., (...), Appellant,

Représenté par Me Michel AUVRAY, (...),

contre

1. N., domicilié à Fröndenberg (Allemagne),

2. B., domicilié à 77652 Offenbourg (Allemagne),

3. La société de droit allemand F., dont le siège social est établi à 81925 München (Allemagne),

4. La société de droit allemand FO, dont le siège social est établi à 81925 München (Allemagne),

Intimés,

Représentés par Me Jean-Pierre VAN CUTSEM, (...) et Me Andréa WEIGEL-VERDCHEVAL, (...),

Vu les pièces de la procédure et notamment :

- le jugement attaqué, prononcé et contradictoirement le 2 mars 1999 par le tribunal de première instance de Bruxelles, décision dont il n'est pas produit d'acte de signification ;
- la requête d'appel déposée au greffe de la cour le 22 avril 1999 ;
- les avis écrits du Ministère Public des 23 novembre 2001 et 8 janvier 2003 ;

Entendu, à l'audience du 23 janvier 2003., M. Huenens, Avocat Général, en son avis oral auquel les parties ont été invitées à répliquer ;

### I. EXPOSE DES FAITS

1. M. est un haut fonctionnaire de la Commission européenne et exerce les fonctions de Directeur général adjoint à la Direction générale de l'agriculture, dite aussi «DG VI». Il vit en Belgique avec sa famille depuis de très nombreuses années dans une maison qu'il a fait construire il y a 25 ans.

En sa qualité de Directeur général adjoint, M. Milano assume la responsabilité de la mise en oeuvre et la gestion de projets pilotes qui reçoivent des subventions de la Commission.

N. est journaliste au magazine allemand FC. dont B. est l'éditeur responsable. Ce magazine est notamment diffusé en Belgique et sur Internet.

2. N. expose qu'il a été contacté, en même temps que des journalistes du «Guardian» et de «La Vanguardia », par des enquêteurs de la Commission qui avaient constaté l'existence d'une fraude

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



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

importante, portant sur le détournement de subventions de plusieurs centaines de millions de lires italiennes au profit de sociétés établies dans des paradis fiscaux dont les actionnaires réels n'ont pu être identifiés. Selon les dires de N., les enquêteurs craignaient que cette affaire ne soit étouffée par la Commission, au prise, à l'époque, avec de nombreux scandales financiers, raison pour laquelle ils avaient décidé d'alerter la presse.

Au cours de cette réunion, les enquêteurs détaillent devant les journalistes le contenu d'un rapport confidentiel de la Direction générale du contrôle financier ainsi que le résultat d'une mission qu'ils ont effectuée en Italie.

Ils précisent encore qu'ils suggèrent qu'une enquête interne soit menée, au sein de la DG VI, afin de déterminer les raisons pour lesquelles ces projets ont été acceptés sans garantie réelle par deux hauts fonctionnaires et quel fut leur rôle dans l'évaluation et la gestion de ces projets.

N. expose encore que c'est par ses contacts internes au sein de la Commission, qu'il aurait appris, verbalement, que ces fonctionnaires seraient M. et R., présenté comme chef d'unité adjoint en charge desdits projets pilotes, lesquels, aux dires des informateurs, sont liés d'amitié et se rendent régulièrement dans l'île de Pantelleria, située au sud de la Sicile où ils possèdent chacun une luxueuse villa.

Le magazine FC décide alors d'envoyer un enquêteur-photographe à Pantelleria pour vérifier sur place ces informations.

Le 9 juin 1997, le magazine FC publie sur 7 colonnes un article illustré de plusieurs photographies, intitulé en caractères gras: « *Le club des voleurs* » avec comme sous-titre: « *Des contrôleurs de la Commission sont sur la trace d'un réseau de fraudeurs de subventions européennes. Deux fonctionnaires hauts gradés sont dans le collimateur des contrôleurs* ».

L'article décrit les fraudes qui ont été mises à jour, à savoir le paiement de subventions pour des projets fictifs d'élevage de cochenilles en Sicile et de culture de buissons de myrrhe en Sardaigne, au profit des sociétés J. et A.

N. écrit notamment: « *La petite cochenille a réussi à mettre les contrôleurs EU sur la trace d'une affaire de fraude internationale dans laquelle pourraient être impliqués également des fonctionnaires de la Commission européenne. Leurs oreilles se sont dressées et de ce fait, les contrôleurs des finances ont mis sous la loupe les dossiers de la DG VI. Là, ils ont trouvé une liste de 17 firmes qui avaient introduit des projets en vue d'encaisser des subventions de l'Union européenne. Le dénominateur commun à toutes ces firmes est qu'elles sont représentées par un seul conseiller à Bruxelles, à savoir D. de la société C.. Aussi, les soupçons que des fonctionnaires hauts gradés de la Commission sont impliqués dans les fraudes de subventions se sont fortifiés. Dans le collimateur des contrôleurs sont surtout deux fonctionnaires hauts gradés italiens, le directeur général adjoint M. et le chef d'Unité R.. Tous les deux étaient également pendant des années responsables pour la sélection et l'examen des projets et avaient un grand coeur pour l'Italie. Parmi 200 projets soumis (environ) 50 étaient attribués à l'Italie. Ceci aurait dû nous mettre la puce à l'oreille disait un contrôleur.*

(...)

*En plus les fonctionnaires auraient su que les propriétaires de la firme A. étaient deux sociétés des Îles Vierges. Cette constellation rend très difficile la récupération de l'argent quand un projet fait faillite. Les contrôleurs ont également trouvé que M. et R. possédaient des villas luxueuses sur l'île idyllique italienne de Pantelleria. Les habitants de l'île aiment dire de M. que c'est 'M. Tangente — M. Pot-de-vin'.*

*Les résultats des recherches ont renforcé les soupçons des contrôleurs qu'il s'agissait d'un réseau bien organisé de ces 17 firmes qui seraient spécialisées dans les fraudes aux subventions. De plus des*



*enquêtes immédiates devraient être introduites pour raison de fraude et le rôle des deux fonctionnaires italiens devrait être examiné. »*

L'article est agrémenté par deux photos de villas, attribuées à M. et R. (...), avec comme sous-titre pour l'une : « *Une villa de 2 millions de marks que le fonctionnaire de la Commission M. a fait construire dans l'Île de Pantelleria.* »

La veille, soit le 8 juin 1997, un résumé de cet article paraissait sur le site Internet du magazine GL intitulé: « *Commission noyauté par des fraudeurs de subventions ?* » et commençant par: « *Deux fonctionnaires italiens hauts gradés sont soupçonnés d'être impliqués dans des affaires de fraude relatives à l'argent provenant de l'UE* » et de citer les noms de « M. » et « R. ».

4. M. proteste auprès de la Commission de son innocence.

Celle-ci entreprend, à sa demande, une enquête.

Le 15 juillet 1998, le Bureau de Sécurité atteste qu'il résulte de l'examen de nombreuses pièces mises à sa disposition par M. lui-même, qu'aucun apport non identifié ou d'origine frauduleuse n'a été découvert dans le patrimoine mobilier examiné.

Le 25 septembre 1998, le Secrétaire Général de la Commission écrit à M. que le rapport établi par l'Unité de coordination de la lutte anti-fraude (UCLAF) conclut qu'aucun élément n'a été découvert permettant de mettre en cause ses activités dans le cadre de ce dossier.

M. produit par ailleurs une copie du rapport intermédiaire de l'UCLAF du 28 octobre 1997 (qualifié de confidentiel et dont plusieurs passages sont occultés) aux termes duquel il est affirmé qu'à la date de la publication des articles de presse, ni le rapport ni aucun élément provenant d'un autre service de la Commission ne mentionnaient un aspect «interne» dans le développement de la fraude.

## II.- ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

5. Par exploit du 22 juillet 1997, M. fait citer les actuels intimés devant le premier juge. Se fondant sur l'article 1382 du Code civil, il réclame:

- la cessation immédiate de la diffusion sur Internet du résumé de l'article,
- 40.000.000 F de dommages et intérêts (portés à 80.000.000 F par voie de conclusions réparties en 40.000.000 F pour le dommage moral et 40.000.000 F pour le dommage matériel),
- la publication du jugement à intervenir dans le magazine FOCUS et dans cinq quotidiens italiens, un quotidien belge d'expression néerlandophone et deux quotidiens belges d'expression francophone ainsi que sur le site Web de FOCUS, sous peine d'une astreinte de 500.000 F par jour de retard,
- l'interdiction de toute nouvelle diffusion du contenu de l'article et de toute référence à son identité sous peine d'une astreinte de 5.000.000 F par manquement constaté,
- la divulgation de l'identité des personnes qui ont délivré au journaliste les informations.

Le premier juge se déclare incompétent rationae loci, estimant que la demande de M. tend à la réparation intégrale de son dommage dans le monde entier et est, de ce fait, de la compétence des juridictions allemandes, aux termes de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

6. M. interjette appel de ce jugement dont il postule la réformation.





Globalement il réitère les mêmes demandes à l'exception de la publication de l'arrêt à intervenir dans des quotidiens italiens à laquelle il renonce. Il limite par ailleurs le montant de son dommage matériel à 0,02 euros.

Les intimés postulent la confirmation du jugement attaqué. A titre subsidiaire ils sollicitent la production du rapport des enquêteurs du 21 mai 1997 et encore plus subsidiairement l'autorisation à prouver par toutes voies de droit 13 faits cotés au dispositif de leurs conclusions.

7. Dans son avis du 23 novembre 2001, le Ministère Public estime que les tribunaux belges sont compétents pour réparer le dommage subi par M. sur le territoire belge et qu'il convient d'ordonner à la Commission européenne la production du rapport du 21 mai 1997 et ses annexes.

Par son arrêt du 28 mars 2002, la cour ordonne la réouverture des débats sur requête de M.. Le siège n'ayant pu être recomposé de la même manière, l'affaire est reprise dans son intégralité.

Dans son avis du 8 janvier 2003, le Ministère Public réitère son opinion quant à la recevabilité de la demande originale. Il estime, par contre, qu'il appartenait aux intimés de démontrer que les affirmations contenues dans l'article litigieux correspondaient à la vérité et qu'il n'apparaissait pas que la Commission européenne ait mené une enquête ni a fortiori que celle-ci ait conclu à une quelconque culpabilité de M.. En conséquence, le Ministère Public est d'avis que la publication de l'article paraît constituer une faute dans le chef des intimés.

### III. DISCUSSION

#### **1. Sur la compétence territoriale**

8. Attendu que l'article 5, 3° de La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 dispose que le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un autre Etat contractant, en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit;

Qu'il faut prendre en considération le lieu où le fait dommageable a directement produit ses effets à l'égard de la personne lésée; (cf. Cass., 28 février 2002, n° du rôle C980065N);

Qu'en cas de diffamation au moyen d'un article de presse diffusé dans plusieurs États contractants, l'article 5, 3° permet à la victime d'intenter contre l'éditeur une action en réparation soit devant les juridictions de l'Etat contractant du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque Etat contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans L'Etat de la juridiction saisie (cf. C.J.C.E. 7 mars 1995, 68/93 Fiona Shevill c/ Press Alliance, Rec. p. 415);

Que cette règle de compétence spéciale, dont le choix dépend d'une option du demandeur, est fondée sur l'existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et des juridictions autres que celles du domicile du défendeur (cf. C.J.C.E. 30 novembre 1976, 21/76, Mines de Potasse d'Alsace, Rec. p. 1735); que c'est le tribunal du lieu du dommage qui est le mieux à même d'apprécier l'atteinte à la réputation de la victime dans son ressort et de déterminer l'étendue du préjudice;

9. Attendu que M. est domicilié en Belgique; qu'il y vit avec sa famille depuis plus de 35 ans;

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



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

Qu'il a exercé son activité professionnelle en Belgique, au siège de la Commission;

Que c'est en Belgique que se sont nouées ses relations sociales et professionnelles;

Que le magazine FC est distribués en Belgique; qu'il en est du reste de même des quotidiens étrangers, et notamment italiens, qui ont répercuté la teneur de l'article litigieux;

Que le quotidien belge De Standaard en a fait de même dans son édition du 10 juin 1997;

Que le site Internet de l'hebdomadaire est consultable en Belgique;

Qu'il ne peut donc être valablement contesté que M. ait subi en Belgique une atteinte à sa réputation;

Que la Belgique n'est donc pas uniquement le lieu où le dommage a été ressenti par M., mais également et surtout celui où le fait dommageable a directement produit ses effets;

Attendu que dans son exploit introductif d'instance, M. ne prétend pas obtenir réparation d'un dommage subi dans un autre Etat que la Belgique;

Que même s'il a sollicité la publication du jugement à intervenir dans des quotidiens italiens et dans le magazine FC il ne s'en déduit pas qu'il demandait au tribunal belge la réparation d'un dommage survenu en Italie et en Allemagne;

Que ces médias sont diffusés ou susceptibles d'être diffusés en Belgique et donc d'être lus par des ressortissants italiens et allemands, collègues de M. à la Commission européenne, qui ont pu être informés des faits qui lui avaient été imputés; que la publication demandée s'inscrivait donc dans la réparation du dommage subi en Belgique; qu'en termes de conclusions M. a pris soin de préciser que les quotidiens italiens dont il était question étaient ceux diffusés en Belgique;

Que c'est à tort que le premier juge a interprété sa demande comme constituant la réparation du dommage survenu également à l'étranger;

11. Attendu au demeurant que ce n'est pas parce que les juridictions de l'Etat du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire étaient compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, à supposer qu'ils fussent demandés, que le premier juge devait se déclarer d'emblée incompétent pour statuer sur le dommage subi en Belgique par M.; que l'arrêt « Shevill » de La Cour de justice ne doit pas être interprété comme signifiant que le tribunal du lieu du dommage serait totalement incompétent et ne pourrait accorder aucune réparation au motif que d'éventuels dommages seraient également survenus dans d'autres pays;

Que le premier juge a fait dépendre sa compétence de l'appréciation du fond du litige et notamment de la nature et de l'ampleur du préjudice alors qu'elle doit être fondée, au contraire, sur une conception objective et non personnelle du lien de proximité (cf. conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire Shevill, n° 84, Rec. p. 433);

Que le premier juge devait se déclarer compétent pour statuer à tout le moins sur le préjudice subi en Belgique dès lors que sa localisation n'y était pas contestée;

12. Attendu, à titre surabondant, que M. Milano a introduit, par voie de conclusions, une demande nouvelle, postulant la condamnation des intimes à la réparation du seul préjudice subi en Belgique, et



ce à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où il devrait être admis que les tribunaux belges n'étaient pas compétents pour connaître de la demande originale;

Que les intimés en contestent la recevabilité; qu'ils soutiennent qu'il s'agit de la même demande simplement modifiée pour contourner le prescrit de l'article 854 du Code judiciaire et le principe selon lequel la compétence territoriale s'apprécie au moment de l'exploit introductif d'instance;

Qu'une demande nouvelle peut être formée pour la première fois en degré d'appel lorsqu'elle est fondée sur un fait ou un acte invoqué dans la citation (cf. Cass., 18 janvier 1991, Pas., I, p. 463); que tel est le cas en l'espèce;

Que lorsqu'au second degré de juridiction il est fait application de l'article 807 du Code judiciaire, le juge d'appel ne doit statuer que sur la demande modifiée qui se substitue à l'ancienne qui est abandonnée; que la juridiction d'appel n'est pas tenue de vérifier si, avant sa modification, la demande libellée dans l'acte introductif était recevable (cf. Fettweis, Manuel de procédure civile, 2<sup>e</sup> édition, p. 92 et la jurisprudence citée);

Que la demande nouvelle est donc également recevable;

Qu'il y a lieu de réformer le jugement attaqué sur l'exception d' incompétence territoriale;

## **2. Au fond**

(...)



## **Veerle Vanden Eeckhout – Communitarization of Private International Law : Tendencies to « liberalise » International Family Law\***

(A Dutch version is available / Dit artikel is beschikbaar in het Nederlands)

### 1. A new actor: the EU. New interferences from an unexpected angle

Fairly unexpectedly a new actor has entered the domain of regulation of International Family law (“IFL”) ; an actor on a supranational level that traditionally has acted almost entirely for economic reasons and with economic motives. Indeed, it is known that the 1997 Treaty of Amsterdam substantially and controversially changed the EC Treaty, and the changes that affected the field of Private International Law (“PIL”) are known as “the Europeanisation of PIL.” This phenomenon of Europeanisation of PIL can be seen as a process whereby the EU has given itself powers to create PIL rules, through the new article 65 in the EC Treaty. This concerns procedural law (jurisdiction on the one hand and recognition and enforcement on the other) as well as rules of applicable law - in short all PIL traits.

In the last couple of years, it was not expected that this would happen, certainly not concerning the sub-discipline of IFL. A confrontation with the difficulties of (International) Family Law did naturally exist, but the European authorities always took a restrictive stance.<sup>1</sup> Of course there are family legal terminologies in EC Law, but in the past, family legal matters in the jurisprudence of the European Court of Justice were very incidental and of a subsidiary nature. The ECJ did, for example, come with a verdict on the legitimacy of foreign judicial decisions whereby a date of birth was rectified, in matters of rules on name, or in matters of alimentation. But in the case of family legal terminologies that are central to EC Regulations and Directives, Co-operation Treaties, etc the ECJ has traditionally been rather reserved in any interference in (International) Family Law of member states. The European Court of Justice has thus acted subdued with regards to IFL of member states, also in cases such as European legislation whereby family members of EU employees made use of the right of residence, or in similar cases where legislation was applicable through co-operation or association treaties that gave social and economic advantages to those involved.<sup>2</sup> What was particularly distressing, was the promulgation of *legislation* in this area by European institutions themselves.

---

\* This article is an adaptation of a part of the article “Communitarization of International Family Law as seen from a Dutch perspective: what is new ? – A prospective analysis-”, to be published in the congressbook from the Conference of 23 January 2004 in Brussels (ULBruxelles), “Transnational civil litigation in the European judicial area and in relations with third states”.

<sup>1</sup> See A.V.M. Struycken, “Les conséquences de l’intégration européenne, Recueil des Cours, 1992-I, p. 307-8 and p. 351-358 and Roth, “Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht”, *RabelsZ* 1991, p. 634-636. See also recently, but briefly, on this issue K. Siehr, « Family unions in private international law », *NILR* 2003, p. 419-435.

<sup>2</sup> See particularly Diatta (Case 267/83 (1985) ECR 567, Reed (Case 59/5 , (1986) ECR 1283) and Singh (C-370+90 (1992) ECR I-4265). Also European Court of Justice 5 February 1981, NJ, note Schultz and the decision Johannes (see for comments on this last judicial decision: S. Francq, “Droit civil, droit familial et droit international privé: un cocktail qui plaît peu à la Cour. Décision de la CJCE du 10 juin 1999”, *ZEUP* 3/2002, p. 597-610 ; F. Rigaux (“”Versorgungsausgleich” and art. 12 EC: discrimination based on nationality and German private international law”, *Iprax* 2000, p. 287-288 he talks about the disinterest of the Court of Justice) and M. Traest, “Internationaal privaatrecht inzake echtscheiding discriminatoir ?” note attached to ECJ 10 June 1999,



The Treaty of Amsterdam changed all this. European institutions want to interfere substantially in the field of IFL. It is clear that, in previous years, European institutions have been creating ambitious plans for a unification of IFL, or, even better, the EU has been *focussing* on unification of IFL – see the Action Plan<sup>3</sup> and the Draft Programme.<sup>4</sup> Obviously the EU sees itself as being largely responsible for unification of IFL rules. The *justification* for this is less clear and needs clarification<sup>5</sup>: it is unclear whether policy makers at the creation of the Treaty of Amsterdam intended to intervene from the beginning in IFL as sub-discipline of PIL and from which perspective and angle one actually wanted to intervene from. For example, is the real goal, the completion of freedom of movement of persons or the freedom of movement of judicial decisions – and what is the relation between both?

## 2. Why is there EU interference in International Family Law: two visions

In my point of view there are two possible visions on the Europeanisation of IFL. Even if the policy makers did not have one of those visions as possible explanations for EU interventions from the beginning, the presentation of the visions could of course still give us justification afterwards as well as a further insight into the development of the process of Europeanisation of IFL. In other words, the matter of explaining the justification of EU interference may seem academic but could also give us clarification about the manner in which unification could be best developed, and answer the question whether a unification of rules of PIL is enough or whether there should also be unification regarding the rules of material Family Law and / or a unification of the rules in the field of Public Law. Thus, a clear vision of the why about the process of Europeanisation, regarding possible justification of which matters that fall within EU responsibility, is important.<sup>6</sup> In short any clarification of the above can give us a valuable insight into the development of the unification process and give us the direction in which the EU will move.

### **2.1. “Free movement of persons and an area of freedom, security and justice”<sup>7</sup>**

---

Johannes t. Johannes nr. C-340/97, *Algemeen Juridisch Tijdschrift* 1999-2000, p. 619-624. Regarding the Johannes-judgement, see also *infra*, footnote 30 and 44.

<sup>3</sup> Vienna Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice – Text adopted by the Justice and Home Affairs Council of 3 December 1998, OJ C019, 23/01/1999 p. 0001-0015.

<sup>4</sup> Draft programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters, OJ C012 15.01.2001, p. 0001-0009. In Tampere the European Council asked for the implementation of a programme for mutual recognition. Concerning IFL especially – and in particular on alimentation and authority – the draft text wishes to see a greater advance.

<sup>5</sup> See also for a discussion about this with more references O. Remien “European Private International Law, the European community and its emerging area of freedom, security and justice” *CMLR* 2001, p. 53-86, particularly p. 74 where he states “Family Law has ever been named as “le vecteur essentiel” for the European judicial area”. See also on this point M. Traest, *De Europese Gemeenschap en de Haagse Conferentie voor het internationaal privaatrecht*, Antwerpen: Maklu 2003.

<sup>6</sup> On the one hand it is about which areas of Family Law can be regulated (specifically: can it be just “matters of status” or also wider family legal matters) and on the other hand the question about which PIL domains can be regulated (all the PIL questions or not).

<sup>7</sup> See the terminology used in article 2 of the Treaty on the European Union and article 61 of the EC Treaty.



The key question is how exactly IFL is related to the EU.<sup>8</sup> If one attempts to answer this question then one will inevitably see that the authority to interfere with PIL is regulated in the new Title IV of the EC Treaty with the title: “Visas, asylum, immigration and other policies related to free movement of persons”. Even though it may not have been the direct intention of having PIL placed in the EC Treaty in this way, the place in which these powers are summed up in the Treaty could be relevant for further augmentation of EU interference in IFL.<sup>9</sup>

It is interesting to notice that up till now only one of the list of aspects of “Migration Law” in Title IV has been given serious attention, namely that of “free movement” - as one of the fundamental freedoms of the EC Treaty. Quite often it is stated that the aim is to get rid of differences in legislation that hamper mobility of people, but it boils down to vague pointers as to how exactly IFL is related to this fundamental freedom of movement of persons.

## **2.2. The uniform definition of family legal terminology as a “preliminary question” and / or the furtherance of legal security.**

In my point of view, if one really would like to point out the importance of the freedom of movement of persons, there are two categories in which arguments could fall – whereby, possibly, one could also think of a combination of the two. The first category emphasises the stimulation of mobility within the EU through the uniform filling-in of terms of family law where they are relevant in EU law. The second category emphasises the stimulation of the freedom of movement within Europe through an increase in general legal security.

Perhaps in drafting the Treaty of Amsterdam the primary idea was defining “family member” in a uniform manner where this term is used in European legislation. Thus, it becomes possible to argue that the EU in Europeanising PIL primarily sought to Europeanise international *family* law. But perhaps the aim was to give the citizens a greater feeling of legal security through legislating PIL rules in the field of PIL outside IFL as well as IFL. Both categories have aspects of legal security, but in the first category the importance of IFL as a cornerstone (IFL as a link between the rules of Family Law and public legal claims) is evidently visible, whereas this is not the case in the second category. I shall explain below.

In the first category one can assume that the creators of Title IV were trying to come to a uniform definition of family legal terminology in EU-regulations regarding the freedom of movement of employees. The first issue would then be the interpretation of the term “family members” in Regulation 1612/68 – the Regulation on freedom of movement for workers within the Community.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Concerning questions about how the criterion of “necessity” is to be interpreted and applied in the context of article 65, see, briefly, M. Tenreiro and M. Ekstrom, “Unification of private international law in family matters within the European Union”, in K. Boele-Woelki (red.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 185.

<sup>9</sup> Further on this (also sceptical), Struycken (Interview with MR. A.V.M. Struycken and mr. J.G.A. Struycken, *Ars Aequi* 2001, p. 747) and C. Joustra, *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal recht, Verslag van de Algemene Vergadering* 2003, p. 36. It is interesting to note that authors such as Joustra argue for a disconnection of PIL on the one hand and migration law on foreigners on the other in the EC Treaty, specifically through the accommodation of the respective areas in different titles in the EC Treaty.

<sup>10</sup> Similar to other regulations with regards to other categories that move within the EU such as students and pensioners. Regarding the question whether the right to family reunion can also be based on article 18 of the EC Treaty see the recent conclusion by Hacene Akrich, no. 54 and 106 with more references. See also in short infra footnote 29 and 43, the recent Garcia Avello case (ECJ 2003-10-02, C-148/02), where an explanation was given about the principles of Community Law in terms of citizenship and freedom of movement of persons. See also in





The hypothesis in this category would be the following: a uniform and liberal interpretation of IFL terminology would stimulate greater usage of claims in the field of freedom of movement. So a person married in accordance to the laws of one member state, moving to another and falling under the provisions of the Regulation 1612/68 would not have to worry about the other states authorities not recognising a partner as his husband or wife. In other words it is important to ensure clarity concerning who, from an IFL angle, falls under the provisions, as they are now formulated, where family members are granted a derived right of residence. The first thing that should then be done is work on unification of rules of recognition. In this specific field more legal security could certainly be achieved. It is also possible to go a step further in this category by including family legal terms in legislation where the issues are not about the freedom of movement of persons, but about social advantages,<sup>11</sup> claims granted via association treaties,<sup>12</sup> and so forth – perhaps even legislation coming from the Council Directive of 22 September 2003 on the right of family reunification where family legal terminology also exists.<sup>13</sup>

In the second category, however, the essence is about stimulating legal security for those that have already been allowed to be mobile within Europe.<sup>14</sup> The assumption here is that a unification of regulations of IFL on a liberal basis will stimulate claims regarding free movement within Europe, or at least shall remove any obstacles to that effect: if this is realised, people will be more able to know

---

this context, the Proposal for a Directive on the right of Union Citizens and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

<sup>11</sup> Regarding social advantages and the question who family members are that receive these advantages; see G. Brinkmann, “Family reunification of third-country nationals. Access of family members to social protection benefits”, *European journal of migration and law* 2002, p. 291-308, specifically p. 292-293, where he states that “EC law does not recognize a single concept as to the meaning of family member for these purposes. As a matter of principle, it is for the Member States to define who are the relatives of a third-country national or a Union citizen exercising his/her market freedoms provided that such definition cannot be regarded as an obstacle to said freedom. Although the meaning of family members has been specified in secondary Community legislation, such as Article 10 of Directive 1612/68, it, however, refers to the circle of family members entitled to family reunification but not to entitlement of family members to social protection benefits”.

<sup>12</sup> See in this context C.A. Groenendijk, note in the *Baumbast Case* (Baumbast and R. 2002-09-17 C-413/99, JV 2002/466), where Groenendijk argues that regarding a decision by the Court of Justice on family reunion, article 10 of 1612/68 does not limit itself to the mutual children, but also children of one of the parents – such as the daughter of Baumbast. Groenendijk basis his arguments on the fact that the ECJ basis its decision on the aim of the regulation - the wife would be hindered in joining a future husband if she would have to leave a daughter behind to do so. Then he points out that this will also have consequences for those that fall under the provisions of association treaties. Such a question is already centre of proceedings regarding article 7 Decision 1/180 of the Association Council EEC-Turkey (case C-275/02, Ayaz, PbEG 2002, C 261/2). Can then be argued that *mutatis mutandis* PIL rules must also fall in line and be treated in a consistent way?

<sup>13</sup> Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right of family reunification, OJ L251, 3 October 2003, p. 0012-0018. For an analysis of terms of family law in European legislation, see M. Bell, “We are family ? Same-sex partners and EU migration law”, *Maastricht Journal of European and Comparative law*, 2002, p. 335-355.

<sup>14</sup> About the differences and interactions between being allowed to be *mobile* or to be *resident* (in an EU member state where one would like to migrate to, another EU-member state that one has migrated to in the first instance, or the home country of one’s partner): see ECJ Singh (C-370/90 (1992) ECR I-4265), and see also the recent judicial decision in *Hacene Akrich* (C-109/01 2003-09-23) and the conclusion of the advocate-general in this case, particularly no. 123. See, critically, on *Hacene Akrich*, comments of C.A. Groenendijk, JV 2004/1, also referring to the “*Chen-case*” (C-200/02, OJ 2002 C180, p. 12, to be expected) and recent developments in legislation concerning right of freedom of mobility and residence of citizens of Union and their family members. See also the Council Common Position of 5 December 2003, *not* introducing a preliminary condition of residence. On the questions arising after *Hacene Akrich*, see also H. Oosterom-Staples, “Wanneer is er sprake van misbruik van het recht op het vrij verkeer van personen ? Het arrest *Akrich*: meer vragen dan antwoorden,” *NTER* 2004, afl. 4, p. 77-83.



what they can expect in circumstances of internationalisation of their legal relationship by exerting their right to freedom of movement; at any rate they can rely upon the fact that they shall not lose any family legal claims by moving freely within Europe. In this category it is easier for one to distance oneself from the limitations to unify regulations regarding family legal terminology that appear within EC Law and of limitations in regulating problems concerning *recognition*. Rather than focussing on problems regarding a derived right of residence for family members of a EU employee, the second category is far wider and aims to stimulate mobility through the creation of a climate of legal security in the area of family law. The idea is that people will be more reserved in moving from one member state to another, if they are afraid of losing claims by immigrating, or if simply they do not know what changes in their legal position they can expect on a family legal basis. Included in the latter is the matter of *what* Law is applicable regarding their family relationship and which authorities can be addressed, and finally what value a judicial decision has in another country.<sup>15</sup> As far as this category is more direct than the first regarding the three PIL questions,<sup>16</sup> one can say that this category can justify in a greater manner the unification of rules of IFL, though in this category, more than in the first, the goal of reaching a unification of rules of IFL in an intra-communitarian context becomes clear.<sup>17</sup> However, additionally, one can surely say that it is a possibility that work will be made of legal security *also* regarding the applicability of association treaties, the Directive on the right of family reunification etc.

### 2.3. Possible conclusions from the Brussels II Regulation?

---

<sup>15</sup> In this sense one is creating, for example, liberal rules, being a guarantee for “liberal access to justice.” Regarding the question on whether one could limit oneself to unifying PIL rules see for example K. Boele-Woelki, “Divorce in Europe: unification of private international law and harmonisation of substantive law”, in H.F.G. Lemaire en P. Vlas (red.), *Met recht verkregen: Bundel opstellen aangeboden aan mr. Ingrid S. Joppe*, Deventer: Kluwer 2002, p. 17-28. It is possible that from this perspective a push could even be made for unifying claims on a *public* legal basis (here it could be stated immediately that “unification” in the area of claims of public law based on family relations, could be elaborated in a double way: on the one hand, one could think of unification in the sense of unification of the family-law-concepts used in public law, on the other hand, one could think of unification in the sense of unification of claims of public law themselves).

<sup>16</sup> I should point out however immediately that although in the first category it is all about the defining of family legal terminology, and from that possibly the aim of free movement of judicial decisions - in other words, the focus is put on the unification of rules of recognition and enforcement – also within the first category it could still be argued that to achieve the aim of freedom of movement of judicial decisions, an unification of the rules of jurisdiction and applicable law (the latter to stop “shopping”) is necessary. Further information about the possibility and reality of the unification of rules of applicable law in divorce, a study by the Asser-institute in 2002 ([http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc\\_civil\\_studies\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm))

<sup>17</sup> See further about the question what matters should be unified, seen from the perspective of increasing legal security and not losing rights if one moves from one country to another, N. Dethloff, “Arguments for the unification and harmonisation of family law in Europe”, in K. Boele-Woelki (red.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 37-64, specifically on whether just IFL or also material Family Law should be unified. In this context, Dethloff makes a distinction between a loss of status or of family-law relationships on the one hand, a loss of the legal effects of a status or legal relationship on the other hand.



The first piece of EU unification in the field of IFL – the Brussels II Regulation<sup>18</sup> – can still be explained in two ways and can support the two categories mentioned above. This is because Brussels II fits in with the second category in the sense that it is favourable to the encouragement of mutual recognition, within the EU, of judicial decisions on divorce and thus stimulates legal security. At the same time it fits in with the first category: although the Brussels II Regulation explicitly enters into *termination* of marriage, this naturally influences the status of family members with regards to laws on residence, albeit in a negative manner.<sup>19</sup> It also paves the way for entering into a new marriage where a new partner appears that must also be granted certain privileges through a derived right of residence.<sup>20</sup>

If one looks at the way in which Brussels II came into existence, then it seems to be pure luck that article 65 was used as the basis for the Regulation.<sup>21</sup> Following on from this, it is my opinion that Brussels II does not contain anything conclusive.

A greater amount of evidence is the fact that the EU has let it be known that PIL rules should be unified in the areas of Marital Property Law and Law of Succession<sup>22</sup>. These rules do not directly influence the status of a family member based on a derived right of residence and are completely separated from matters of residence. Therefore a link with the first category is far fetched. But interference in these areas could lead to a greater legal security for those that already have claims regarding the freedom of movement. Therefore, it is my opinion that, the second category offers more support to the way in which the EU wishes to interfere in IFL. The Draft Council Rapport of 29 October 2001 also seems to support this theory.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> Council Regulation (EC) no. 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses, OJ L 160 30.06.2000, p. 19. The situation will change as of 1 March 2005, when current rules will be replaced by a new Regulation (see Council Regulation (EC) no 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) nr 1347/2000, OJ 23 December 2003, p. 1-29). See for a presentation of these recent developments M. Tenreiro and M. Ekstrom, l.c. and, in a critical way, D. van Iterson, “Het Franse voorstel tot afschaffing van het exequatur voor beslissingen inzake omgangsrecht” en M. Sumampouw, “Voorstel Verordening ouderlijke verantwoordelijkheid: een voorbeeld hoe het niet moet”, both in H.F.G. Lemaire and P. Vlas (red.), *Met recht verkregen: bundel opstellen aangeboden aan mr. Ingrid S. Joppe*, Deventer: Kluwer 2002.

<sup>19</sup> It is interesting to note that the EU is busy shoring-up the legal position of divorced partners and widows/widowers of persons that used their right of freedom of movement. See Proposal Com (2001) 257 OJ C 270E, 25.09.2001 on the right of Union Citizens and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. For ECJ cases that already moved in this direction: see Diatta (267/83 (1985) ECR 567) and Baumbast (2002-09-17 C-413/99).

<sup>20</sup> See also, *mutatis mutandis*, in a non-European context, for a recognition of the same link my comments on the judicial decision by the Dutch Hoge Raad, HR 9 November 2001, V. Van Den Eeckhout, “Gelijkheid in het internationaal privaatrecht. Een kritiek op de gangbare structurering van het debat”, *Nemesis* 2003, p. 177-189: whether the gentleman could let his “second” wife come over or not depended on whether the divorce would be recognised or not.

<sup>21</sup> See for example V. Van Den Eeckhout, “Europees echtscheiden. Bevoegdheid en erkenning van beslissingen op basis van de EG verordening 1347/2000” in H. Van Houtte en M. Pertegas-Sender (red.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen: Intersentia 2001, p. 69-102.

<sup>22</sup> It is, for example, foreseen in the Draft programme that future legal instruments will be drawn up on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments relating to property rights arising out separation between married and unmarried couples and to wills and successions. Moreover, Brussels II itself also contains rules on *parental responsibility* – even in an extended way in the new Brussels II Regulation. Here, it could be noticed however that residence claims could be influenced by decisions on parental responsibility ...

<sup>23</sup> Specifically, no. 6 and no. 14. Draft Council Report 13017/01 on the need to approximate Member States’ legislation in civil matters of October 29<sup>th</sup>, 2001, adopted at November 16<sup>th</sup> 2001. See also the explanatory



### 3. The tendency of liberalisation in an intra-communitarian context – how far and in what sense?

#### **3.1. Liberalisation of (International) Family Law**

A situation of legal security can be achieved that guarantees a minimum or maximum of claims and can therefore to a greater or lesser extent show favour-tendencies.<sup>24</sup> It is interesting to see how things have been worked out in Brussels II.

Looking at the manner in which the Brussels II Regulation has been formulated, one can distil the following concerns: the promotion of the goal of mobility through the increase in legal security, a legal security to be realised by achieving a situation of international harmony. Once one has been granted a divorce it will no longer be questioned, which ensures that any achievements made will not be lost by migrating within the EU; the opposite case would hamper movement.

Through an examination of the Brussels II Regulation it is clear that the creators of that Regulation were led by the principle of “favor divortii.”<sup>25</sup> This favor-tendency is, for example, realised through a

---

memorandum on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations (“Rome II”) Com (2003) 427 (01), focusing on legal security.

<sup>24</sup> Indeed, a difference has to be made between the goal of legal security on the one hand (improving the foreseeability of solutions), and goals such as preventing a loss of rights on the other hand. Not only in the second category but also in the first can the EU take on a more or less liberal stance in the execution of powers in the field of unification of IFL: it is possible for the EU, in the search for IFL uniformity in the area of solutions for IFL problems of family legal terminology, to achieve a liberal or less liberal regulation whereby the IFL rules are measure according to either the “softest” or “strictest” EU member state.

<sup>25</sup> For more about the favor divortii principle in the Brussel II Regulation, see V. Van Den Eeckhout, “Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een tweesporenbeleid”, *Nemesis* 2002, p. 75-88 and V. Van Den Eeckhout, “Nieuw internationaal echtscheidingsprocesrecht: Brussel II”, *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2001, p. 69-102. The new Brussels II Regulation does not introduce any changes concerning matrimonial matters. As regards rules on parental responsibility, the new Brussels II Regulation pretends to have taken into account the principle of the interest of the child (see for example consideration 12 of the Regulation, “The ground of jurisdiction in matters of parental responsibility established in the present Regulation are shaped in the light of the best interests of the child, in particular on the criterion of proximity (...), resulting inter alia in the principle that jurisdiction should lie in the first place with the Member State of the child’s habitual residence. One could argue that thus, the elaboration of the principle of the liberal access to justice has been reduced. But whatever what may be said about the elaboration of the principle of the interest of the child in the Regulation, the general idea of the EU is apparently that child in general *benefit* from being subjected to a European regulation, particularly from the benefit of the system of mutual recognition: in consideration 5 of the new Brussels II Regulation, it is said “In order to ensure equality for all children, this Regulation covers all decisions on parental responsibility, including measures for the protection of the child, independently of any link with a matrimonial proceeding.” The grounds for non-recognition are kept to the minimum required, as well in Brussels II as in the new Brussels II Regulation. Moreover, in the new Brussels II regulation, judgments on rights of access and judgments on return that have been certified in the Member State of origin in accordance with the provisions of the Regulation should be recognised and enforceable in all other Member States without any further procedure being required. See in this context, on the Brussels Regulation, H.U. Jessurun D’Oliveira, “The EU and a metamorphosis of private international law” in J. Fawcett, *Reform and development of private international law: essays in honour of Sir Peter North*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 111-136, especially p. 131-132, arguing that *too much* precedence is given to the free circulation of decisions, thus neglecting the interest of the child, in Brussels II. See also on the issue of “interest of the child” in the new Brussels II regulation D. van Iterson and M. Sumampouw, l.c.





composition of rules of jurisdiction that express the principle of liberal access to justice. Moreover, no hierarchy is made between the different grounds on which competence could be based. If one had chosen a stricter form of competence then this would certainly not have been favourable for the influence of the favor divortii in the Regulation.<sup>26</sup> The draft of the Brussels II Regulation explicitly chooses not to reduce the amount competent fora – and in line with that, not to reduce access to the courts – even though forum shopping could be avoided. This is even more remarkable as one has not yet reached the stage where conflict law between member states is unified and so forum shopping becomes all the more plausible. The principle of favor divortii is not only elaborated in rules of jurisdiction: the principle reemerges in the way in which the Regulation views recognition and enforcement, amongst other things through the flexibility and the provision of extra chances to achieve a divorce when one has not been granted it in the first place. This is because judicial decisions where the granting of divorce has been refused do not fall under the provisions of Brussels II. At the same time it is plausible that authorities in several Member States are competent, which could result in people being able to re-try a divorce somewhere else. All in all one can say, then, that Brussels II certainly has a liberal spirit.

Brussels II limits itself in the unification of PIL rules to those of procedure. The question then is in how far the same goals apply regarding the rules of applicable law; particularly goals concerning the abolition of hurdles to mobility, international harmony, legal security, no loss of achieved rights, and the creation of rules that stimulate access to the family legal institute. In the manner in which Brussels II was created the goal of achieving international harmony has lost its importance regarding the drafting of rules on applicable law: in the regime of recognition in Brussels II there is no control through conflict laws. In other words, in areas where the regime on recognition is applicable in the sense of the Brussels II Regulation, enough freedom is left to draft rules on applicable law without having to worry about the problems and goals regarding international harmony.

In areas where there is no such regime on recognition, one should logically still look at the goals of international harmony in the phase of drafting rules of applicable law. One would, in other words, have to look at how international recognition can be helped by the rules of applicable law. On this point, a question arises after reading the ECJ Gilly case<sup>27</sup>, namely, that the jurisprudence of the ECJ

---

<sup>26</sup> Due to the fact that the rules of applicable law and substantive law differ with regards to divorce in the different member states, a stronger canalisation would coincide with more hurdles in the possibility of getting a divorce. There are historical examples of how a particular order is prescribed concerning the relevant authorities in order to make one's own authorities exclusively competent, which then results in the hampering of the possibilities of achieving a divorce. See for example, V. Van Den Eeckhout, "De wisselwerking tussen materieel recht en internationaal privaatrecht: eenrichtings- of tweerichtingsverkeer?", *Rechtskundig Weekblad* 1999-2000, p. 1258-1259, and also V. Van Den Eeckhout, *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht. Een analyse vanuit de invalshoek van nationaliteitsgemengde partnerrelaties*, Antwerpen: Intersentia 1998, p. 210 etc. For an example where people are forced to address their own national authorities and face negative consequences by then not being able to address another judicial institute, the Treaty of Istanbul (CIEC-agreement on the changing names and surnames of Istanbul of 4 September 1958). The treaty provides the national authorities with the exclusive jurisdiction on liberalising tendencies such as trans-sexuality. H.U. Jessurun D'Oliveira ("Weg met exclusieve jurisdictie in het namenrecht", *NJB* 1985, p. 1305) calls this treaty a "hurdle" to new developments in trans-sexuality. See for recent developments, R. Lawson, "In de schaduw van Goodwin", note under *Rb. 's Gravenhage* 14 October 2002, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 313.

<sup>27</sup> Gilly Case (ECJ 12 May 1998, C-336/96). The case revolved around a double tax payment regarding the use of the principle of nationality. For a short analysis of the Gilly case, see A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers: een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht en IPR aan de hand van de Detacheringsrichtlijn*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 290 etc. also concerning Conflicts Law. Van Hoek introduces the requirements "reasonable and customary." Whether this can be used in PIL in terms of a "suitable and reasonable criterion" has to be seen through the ultimate goal accorded to PIL. The question is then for which goal the criterion is useful and reasonable. In the past (V. Van Den Eeckhout, "De wisselwerking tussen



could lead to a connection with nationality or domicile as being the most important in such cases, if the principle of connection through nationality or domicile proves to be the most promoted. Seen from the perspective of the goal of international harmony, the connection through nationality seems to me at first glance the best option as authorities are more likely to recognise foreign judicial decisions when the national laws have been applied to those involved, particularly concerning foreign judicial decisions on *own* citizens.

Or is the goal of international harmony not the only issue – or perhaps not of primary interest – and therefore do other issues (such as the importance of “integration”) need researching, issues that the EU perhaps also sees as being important?<sup>28</sup> And do these point in the same or another direction if it comes to create rules of applicable law?<sup>29</sup> An interesting remark in this context can be formulated from the Garcia Avello case, namely that from this case it seems that the EU is less inclined, or so it seems – albeit perhaps only in the treatment of people with multiple nationalities in (international) law on names – to reason in terms of considerations in the sense of “respect for culture” or “integration”. At any rate these issues do not seem to have first priority when compared to goals such as legal security and international harmony for the increase of mobility. Ultimately, one could also present it this way: “integration” is stimulated by the elimination of problems concerning mobility and international harmony.

---

materieel recht en internationaal privaatrecht: eenrichtings- of tweerichtingsverkeer?”, l.c.) I have differentiated two possible ultimate legitimisations” in PIL, namely showing respect to peoples culture on the one hand, the stimulating of situations of international harmony on the other hand (whereas the goal of international harmony via the drafting of rules on applicable law must probably be seen in the light of rules on applicable law combined with rules on jurisdiction and recognition).

<sup>28</sup> And that in light of the Gilly case, could also be used as a legitimisation in the interest of those issues and could link in with the “reasonable and suitable” criterion. Considerations that could also fit in with the jurisprudence of the ECHR - (see particularly EHRM Gaygusuz v. Austria, 16 September 1996) regarding the question when a difference in treatment can be justified – in the search for “objective and reasonable justification.”

<sup>29</sup> See also the reaction of the advocate-general and the ECJ in the Garcia Avello case regarding the Danish argument that no difference in treatment may be made between those with multiple nationalities and national citizens because the same treatment meant an increase in better integration. The case revolved around the question of whether the Belgian authorities were forced to deviate from the Belgian rule that gives right of way to the Belgian laws on names if the person in question had more than one nationality of an EU member state (including the Belgian nationality) and whether this was in effect contrary to the ban on discrimination as stated in articles 12 and 17 of the EC Treaty. The ECJ answered positively: the Belgian practice to forbid any exception to the application of Belgian rules was not allowed. Interesting are the remarks made by the advocate-general in the conclusion of the Hacene case (no. 79) about how integration should be viewed in this context. See also the conclusion of the advocate-general in the Garcia Avello case (2003-10-02 C-148/02, no. 72) where he states that, “I would moreover take issue with the argument that the principle of non-discrimination seeks essentially to ensure the integration of migrant citizens into their host Member State. The concept of “moving and residing freely in the territory of the Member States” is not based on the hypothesis of a single move from one Member State to another, to be followed by integration into the latter. The intention is rather to allow free, and possibly repeated or even, continuous, movement within a single area of freedom, security and justice”, in which both cultural diversity and freedom from discrimination are ensured”. In the Garcia Avello case, article 12 is used to justify a *difference* in treatment between “Belgian” citizens and “Belgian-Spanish” citizens (see especially Garcia Avello, consideration nrs. 34, 36 and 37). On the issue of considerations about “integration”, “respect for culture” and “mobility” in PIL, see also V. Van Den Eeckhout, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde paren. De impulsen van de confrontatie van het I.P.R. met “gemengde” partnerrelaties voor de ontwikkeling van het conflictenrecht*, PhD KULeuven 1997 (corresponding mainly with the vision of the ECJ) and V. Van Den Eeckhout, “De wisselwerking tussen internationaal privaatrecht en materieel recht” l.c., where I distinguish between respect for the “State legal culture” (on the issue of respecting the *prohibitions* of foreign law, see *infra*, footnote 40 and following and footnote 67) and respect for “the culture of an individual”. See also *infra* footnote 49.





It can be expected that if the EU decides to regulate IFL aspects of certain family legal issues through Regulations, then the EU will unify rules of recognition before unifying rules of applicable law. If there are already European rules on recognition, the argument of drafting PIL rules for the goal of harmony in international decision-making becomes irrelevant, then the question arises on the basis of which arguments a useful agreement on applicable law can be drafted - or on what basis the ECJ could judge a national regulation on applicable law on its merits. If, hypothetically, there were no European rules on recognition at all, it would still not seem unreasonable to suggest that the ECJ would be asked for a ruling at some stage on (national) rules of applicable law.<sup>30</sup> In such a situation the argument of attaining international harmony through rules on applicable law would still be valid. Then, the issue of how this interest should be seen in the light of other interests would need looking at as far as it concerns rules of applicable law.

So, in short, mainly in areas where the goal of international harmony has been reached via the creation of a recognition regime, the question emerges about what issues need to be consulted when drafting rules on applicable law.<sup>31</sup> If the goal of international harmony has been achieved via rules of recognition, is it then possible to build any imaginable system of applicable law and reason purely in terms such as “integration” and “respect for culture,”<sup>32</sup> or are there other “European legal” issues that need to be looked at that can affect the eventual outcome?

Above I already mentioned the consideration that people should not be able to lose their granted rights when migrating.<sup>33</sup> Perhaps it could be argued that much importance should be attached to this

---

<sup>30</sup> See *infra*, footnote 44, about the Johannes Case (C-430/97 1999-06-10). If, hypothetically, there were no European rules of recognition, it would also not seem unreasonable to suggest that the ECJ would be asked for a ruling at some stage on *national rules of recognition*. In such an evaluation by the ECJ of national rules of recognition - as in the evaluation of national rules of applicable law - considerations could come forward such as the concern to combat fraud, the concern to create a system that is non-discriminatory on the basis of nationality, e.g. through the creation of a system of “contrôle de la loi convenable (see, on this issue, in the context of Belgian rules of recognition concerning divorce, V. Van Den Eeckhout, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde paren. De impulsen van de confrontatie van het I.P.R. met “gemengde” partnerrelaties voor de ontwikkeling van het conflictenrecht*, PhD KULeuven 1997, p. 612-617. See also in this context, in the *European rules of recognition on divorce*, article 18 of the Brussels II regulation, concerning “differences in applicable law”, and saying “The recognition of a judgment relating to a divorce, legal separation or a marriage annulment may not be refused because the law of the Member States in which such recognition is sought would not allow divorce, legal separation or marriage annulment on the same facts”. On the allegation of discrimination on the basis of nationality in the *European jurisdiction rules* of the Brussels II regulation, see and H. Tagaras, “Questions spéciales relatives à l’unification communautaire du droit international privé de la famille”, in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Editions de l’Université Libre de Bruxelles 2003, p. 460-462 the references made in V. Van Den Eeckhout, “Europees echtscheiden”, page 85, footnote 64 and 65.

<sup>31</sup> And, so, in other areas the question is whether other issues point in the same direction or in others regarding the goal of international harmony.

<sup>32</sup> In doctrine a difference of opinion has developed on how these goals should be attained. From this perspective, some pleaded for a link with the laws on domicile (see for example M. Traest, *l.c.* with reference to Lenaerts and Van Hecke) and others pleaded for a link with the laws on nationality (see for example A.V.M. Struycken, “Les conséquences de l’intégration européenne”, *Recueil des Cours*, 1992-I, p. 355). Struycken argues: “Le respect de l’identité nationale empêchera la Communauté de dénier aux Etats membres le droit de préférer, en principe, pour des motifs respectables le rattachement à la loi nationale, du moins pour leurs propres ressortissants.”

<sup>33</sup> This issue often links with, and is often even similar to the issue of international harmony. But one can already state that in order to achieve the goal of international harmony it is a necessary and sufficient condition to unify rules of recognition. Concerning the goal of not losing ones attained rights though, unification of rules of recognition could be seen as a necessary condition but not a sufficient one.



concern, especially in the context of the EU, as peoples' reasoning will be that if rights could be lost by migrating, they won't be stimulated to use their right of mobility. Concerning this last point I think it is possible to see an analogy with considerations of ECJ in other matters. So, for example, *mutatis mutandis*, regarding the issue that one should not be allowed to lose attained rights, the recent *Hacene Case*<sup>34</sup> may be relevant. *Hacene* revolved around residence, but the reasoning, in both the judicial decision and the conclusion of the advocate-general, is about how one can avoid discouraging the movement of people if they perceive the risk of losing certain rights they would otherwise have.

Concerning the drafting of rules of applicable law with regards to the issue of avoiding that people may lose rights, I can make the following remarks. Firstly, the interest in this issue may be seen as one of the greatest reasons<sup>35</sup> to unify rules of applicable law.<sup>36</sup> The next question is then of course how exactly, from this angle, rules of applicable law can best be unified. It must indeed be noted though that not all forms of unification can guarantee that people would not lose any rights when migrating: a complete following of the domicile principle would, for example, incur a loss of rights, because after migration the concept "domicile" will have a different filling-in than before which results in other rules being applicable, which in turn can imply a loss of rights.<sup>37</sup> A similar remark can

---

<sup>34</sup> *Hacene Akrich* C-109/01 2003-09-23. On *Hacene Akrich*, see already above, footnote 10 and 14.

<sup>35</sup> Unless one would understand "obtained rights" and/or the concern to prevent a loss of rights in a very strict sense, namely that the rights that ought to be protected only deal with *judgments* (claims that already have been put before authorities) and don't include "law" or "rules" as such (claims that someone could rely on, but actually did not). For discussions on "obtained rights", see for example I. Joppe, *Overgangsrecht in het internationaal privaatrecht en het fait accompli*, Arnhem: Gouda Quint 1987, 360 p. and A.V.M. Struycken, "s lands wijs 's lands eer (afscheidscollege KUNijmegen 31 August 2001, KUNijmegen 2001, 41 p. In this hypothesis, it seems as if there would also be more room to plead for unification of rules of applicable law with a preference for the law of the domicile, or with a preference for the systematic application of the *lex fori*. It could already be stated here that reference to the domicile criterion would be able to encounter forum shopping, preference for the *lex fori* would not. Moreover, reference to the domicile criterion would lead to the following situation: only if one would move to a Member state with a more liberal substantive family law, unification of IFL in this sense would have a "liberalising" effect (in this opposite situation, the person who claims rights in court before moving, would be better off than the one who does not); on the issue of whether the "State of origin" would, subsequently, be forced to recognise what is obtained in the "State of residence", the problematic is very similar to what will be discussed below.

<sup>36</sup> See for an analysis of the necessity of unifying rules of applicable law from an idea that a lack of uniformity would mean that people lose rights when migrating, Dethloff, (N. Dethloff, l.c., specifically p. 52 where she states that: "Only unified rules on conflict of laws can ensure internationally uniform decision-making so that a status existing in one state, whether created by operation of law or based on a court decision, remains in effect in another". *According to the Action Plan* work needs to be done on the unification of rules concerning Conflicts Law in order to avoid *forum shopping*. Dethloff also focuses on the need to avoid "a race to the court" – a situation which would hamper the equality between the parties - in her argumentation to unify rules of applicable law. See also, on the concern of avoiding forum shopping, as well as on the concern of avoiding a "race to the court", Jantera-Jareborg, "Marriage dissolution in an integrated Europe", *Yearbook of private international law*, 1999; especially concerning the need to unify at the same time *ancillary* claims if one reasons from this perspective.

<sup>37</sup> This is recognised by Dethloff, l.c., p. 52: "(...) even if the rules on conflict of laws are unified, a loss of legal positions can arise with a change in residence. Such a loss of legal position will always occur where the connecting factor is not immutable, but where the applicable law is based on the habitual residence in question". Dethloff does not go into the hypothetical that such a new situation would create a "gain": the primary concern here is to ensure that those involved are guaranteed of keeping their old rights; something they could not have if the criterion of domicile were used. On the attaining of new claims in the case of migration and the question of whether these new rights could be used when returning to one's home country, *infra*. See also, recently, in PIL outside IFL, the explanatory memorandum on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II") Com (2003) 427 (01), where – after referring to the issue of forum shopping, it is put this way (p. 7): "(...) the harmonisation of the conflict rules also



be made concerning application of the *lex fori*.<sup>38</sup> All in all the above seems to suggest a preference for nationality as a connecting factor, *particularly* if *national* citizens of one Member State move from this “home” country to another Member State<sup>39</sup>. Thus, in a rather paradoxical way, it could be argued that difference in treatment of EU-citizens on the ground of nationality would be the best way to remove obstacles to free movement and thus to ensure the principle of freedom of movement and to.

Assuming now that the analysis based on the angle of “avoiding the loss of rights” points, in general, to a link with nationality, another question arises: does one want to go as far as saying that all *prohibitions* that exist in the national law of a Member State be respected?<sup>40</sup> If so, would this not be a break on the process of liberalisation of IFL as wanted by the EU, through ensuring that one does not get less, but also no more, rights than one had in ones home country? Such a strict application of the principle of nationality would lead to people being condemned to having their national law applied with all its advantages and disadvantages, and could be contrary to the favor and liberalising tendencies as laid out in the Brussels II Regulation. Should we then not have to work towards a system that is more favor-centred? Or at least a system that has the advantages of using nationality as a connecting factor – no loss of rights when migrating - *and* includes favor-tendencies?

The above can be illustrated by the problems surfacing with registered partnerships and same-sex marriages. These are areas where there are still no European rules of recognition. In the Belgian PIL on same-sex marriages *before* the new codification comes into force<sup>41</sup> the principle of nationality is

---

facilitates the implementation of the principle of the mutual recognition of judgments in civil and commercial matters. The mutual recognition programme calls for the reduction and ultimately the abolition of intermediate measures for recognition of a judgment given in another Member State. But the removal of all intermediate measures calls for a degree of mutual trust between Member States which is not conceivable if their courts do not all apply the same conflict rule in the same situation”.

<sup>38</sup> One could of course suggest that as long as authorities from the sending state (the home country) as well as the receiving state (the residence state) are competent, no loss of rights would exist in the case of application of the *lex fori*: one would then be able to start proceedings in ones “own” authorities in order to enforce the law of the home country, and the country of residence would in turn have to recognise the result. One argument against this is that this practice could only be executed by those able to return to their home country to start proceedings. This situation thus also seriously hampers the access to justice and could even be seen as a form of class justice. Should one not be able to get the same “service” in the new country of residence to exact ones rights?

<sup>39</sup> It could be argued that in drafting IFL-rules this way, one would respect the „principle of mutual recognition“ – often understood as a preference for the legislation of the Member State of origin. See, for a recent discussion of the principle of mutual recognition – especially dealing with the question whether the principle of mutual recognition could function as a hidden choice-of-law-rule, M. Fallon and J. Meeusen, „Private international law in the European Union and the exception of Mutual recognition“, Yearbook of private international law 2002, p. 37-66. See also M. Traest, o.c.

<sup>40</sup> In the case of missing rules of recognition, one could argue that only in acting this way a situation international harmony can be attained.

<sup>41</sup> See M. Pertégas Sender, “Huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht in België: internrechtelijke en internationale implicaties” in P. Senaev en F. Swennen (red.) De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003, Antwerpen: Intersentia 2003 and P. Wautelet, “Note sur l’ouverture du mariage aux ressortissants étrangers de même sexe”, to be consulted on the electronic journal [tijdschrift@ipr.be](mailto:tijdschrift@ipr.be) 2004 (1), p. 97-105 ([www.ipr.be](http://www.ipr.be)). It has to be noted immediately that the Belgian practice has been changed in January 2004, with the publication of a new circular letter. See the circular of 23 January 2004, Belgisch Staatsblad 2004, 27 January 2004 (also to be consulted on [tijdschrift@ipr.be](mailto:tijdschrift@ipr.be) 2004 (1), containing rules of how should act in the field of applicable law and recognition. Concerning the issue of applicable law, through the use of the principle of the “exception of public order”, a system is established which is similar to the Dutch legislative system ! Thus, the Belgian system has been transformed in a much more “liberal” system. Nevertheless, this Belgian legislative system is still interesting to study, both seen from the perspective of studying a “European typical case-study” (the Belgian legislative system doesn’t seem to be “unique” in its way of dealing with PIL-issues of new forms of family life, see the comparative report K. Waaldijk, “Major legal consequences and procedures of civil



primarily used. The consequence of this is that the entry to the institute of a same-sex marriage is very limited. The question arises if the Belgian regulation can be seen as one that is in line with EU concerns: can the difference in treatment on the basis of nationality be justified on the basis of considerations<sup>42</sup> in the drafting of international harmony and no-loss-of-rights<sup>43</sup>? Or can one speak of discrimination on the grounds of nationality,<sup>44</sup> seen from the point of view that it is unfair to use the nationality criterion so that one person would achieve entry into a family legal institute and another would not. Should one not be thinking more along the favor-lines?<sup>45</sup> It is possible that the principle of

---

marriage, registered partnership and informal cohabitation for different-sex and same-sex partners in nine European countries, to be published. This report also gives information about the Belgian way of dealing with PIL-issues of registered partnerships and informal cohabitation in Belgium) and from the perspective of developments in Belgian legislative PIL: with the introduction of the circular, an administrative change has been realized, but the question arose how the Belgian legislator would handle in the future. Meanwhile it has become clear: the Code on Private international law has been voted, and the new article 46 stipulates – in french – “Sous réserve de l’article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l’Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage. L’application d’une disposition du droit désigné en vertu de l’article 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l’une d’elles a la nationalité d’un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d’un Etat dont le droit permet un tel mariage”. In this context, it is worth mentioning the remarks of P. Wautelet: Wautelet appears to be, in principle, in favor of a system such as the Dutch system, but argues that if one is looking for a convenient connecting factor, one should take into account the fact that marriage legislation is connected with migration: (“(...), il ne faut pas oublier que le mariage a des conséquences dans bien des domaines du droit, notamment sur les droits des époux en matière de sécurité sociale et de titre de séjour. Ces conséquences doivent être prises en compte pour déterminer quelles attaches sont nécessaires pour permettre l’application du droit belge.”

<sup>42</sup> Citizens of countries that recognise same-sex marriage can still make claims to this institute in Belgium. However, citizens of countries that do not recognise same-sex marriage cannot. Analogous to the Hacene case, one could argue that people that hail from countries where same-sex marriages are prohibited would not be discouraged from migrating to a country that would not give them the possibility of a same-sex marriage as they were never able to have one in the first place. Must one reason on a strict basis only regarding the “no-loss-of-attained -rights” or can one expect a more pro-active stance from the EU whereby the EU would itself create such rights? See for example *mutatis mutandis* (revolving around the field of residence) the strict form of reasoning in Hacene Akrich in the case of article 10 of the Regulation 1612/68, in stark contrast to the dynamism in the Carpenter Case (C-60/00 2002-07-11, where article 49 EC is interpreted in the light of the ECHR). On experiences in PIL in a negative sense, see V. Van Den Eeckhout, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partners, o.c.*, concerning the situation where parties are married under a system of law where a divorce is not possible and after a change in nationality one of the parties claims that on the basis of the “old” applicable laws divorce is not possible and whereby the other party claims that divorce should now be possible.

<sup>43</sup> Difference in treatment on the basis of nationality seems to be consistent with jurisprudence from the Garcia Avello case (see footnote 29). Concerning reservations that can be made in this area see *infra*.

<sup>44</sup> The Johannes case is interesting in this context (see *supra* footnote 2 and 30). The ECJ decided that article 6 EC (after revision, article 12 EC) does not stand in the way of the law of a member state that uses the nationality of the persons in question as reference, should lead to a European Civil Servant having a larger burden in one case than another who is in effect in the same situation. Traest (M. Traest, l.c.) argues in his commentary on this case that after the coming into effect of the Treaty of Amsterdam with the basis for rules for competence in the field of PIL the ECJ would – at any rate now - be competent and therefore the ECJ may now judge differently. See also M. Fallon, comments with Johannes, *Revue trimestrielle de droit familial* 2000, p. 247-249.

<sup>45</sup> Regarding the hypothesis that no rules of recognition are available and the nationality link can be pleaded from an angle of „respect for international harmony“ I personally stated that only using nationality as a reference would be discriminatory. I also stated that the principle of international harmony is not the only one and that holding on to the principle of nationality could also be seen as disproportionate in order to achieve the goal of combating fraud. See, *mutatis mutandis*, concerning registered partnerships, V. Van Den Eeckhout, *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht, o.c.* At that time, I was mainly orientated on the “non-european context”, but the issue now prominently also rises in a “european context”.





non-discrimination on the grounds of nationality could be interpreted in such a manner that a pure link with nationality would no longer be allowed. It is even possible that access to the institute of same-sex marriage would be seen as a human right<sup>46</sup>; this would mean that the preference for nationality should be corrected in some cases – as was recently realized through the introduction of a new circular, using the concept of “exception of public order” to mitigate the nationality preference, *and* will be realized in the future through article 46 of the code on Belgian private international law. The Netherlands paid immediately more attention to arguments of this last type. At any rate the Dutch government can be labelled as being much more liberal than the old Belgian system; people that had a claim to enter into marriage in their country of origin keep this claim when they migrate to the Netherlands, but the category of people that have access to this institute is interpreted even wider. The fact that a person hails from a country where same-sex marriages are illegal is not of consequence in Dutch PIL and therefore does not hamper the possibility of entering into a same-sex marriage in the Netherlands.<sup>47</sup> Access is given to liberal substantive law<sup>48</sup> through the liberal construction of PIL.<sup>49</sup> The Netherlands does not limit itself so that people, when they migrate, don’t lose claims, but when they migrate “new” claims are allowed.

---

<sup>46</sup> See, recently, ECHR Karner 24 July 2003, 40016/98, EHRC 2003/83, with comments of J. Gerards. See also the contribution of O. Lassoie, reasoning from the principle of article 12 ECHR and pleading from this perspective for liberal rules of applicable law, to be published in *Revue du Droit des Etrangers*. See also, *mutatis mutandis*, the judicial decision by the German Constitutional Court of 4 May 1971 (see V. Van Den Eeckhout, *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht*, o.c., p. 300-301) where the argument of freedom of marriage, a constitutional right, was used in order to set aside international harmony. See in this context D. Van Grunderbeeck, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen: Intersentia 2003, p.201, where she states that the entering into of a marriage that has references in more than one legal system, it is possible under article 12 ECHR that IPL rules are used as an integral part of national law and foreign laws are made applicable. (Van Grunderbeeck is referring to ECHR nr. 9057/80 X t. Zwitserland, 5 October 1981), “as far as those substantive rules don’t violate as such a convention” –Van Grunderbeeck illustrates this last sentence with the example of the violation of a convention by the national judge himself in the application of foreign law, for example if this judge refuses to allow a marriage on the basis of a foreign interdiction on marriage which is contrary to the ECHR” (See also, ECRM 11 April 1996 appl. No. 24001/94 Gill en Malone tegen VK, by T. Loenen, (“Onderscheid naar sekse de rechtsorde uit of er juist weer in”, FJR 2002, p. 228-234). The former clearly shows us that in view of human rights, the principle of nationality should not be taken too far. In my point of view, even when no human rights are affected, the principle of nationality should not be used absolutely. See V. Van Den Eeckhout, *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht*, o.c.

<sup>47</sup> A same-sex marriage that comes into existence in the Netherlands would not have to rely upon recognition abroad.

<sup>48</sup> Especially along the lines of article 2 Wet Conflictenrecht Huwelijk; requiring for marriage that one partner has residence in the Netherlands or has Dutch citizenship (since April 2001, the same applies to partnership registration (art. 80 a(4) Book 1 CC, as amended by the law of 13 December 2000, Staatsblad 2001, nr. 11). Whether or not the law of the Country of origin of a foreigner permits or recognises registered partnership or same-sex marriage is not relevant in the Netherlands (see K. Boele-Woelki, *Registered Partnerships and Same-Sex marriage in the Netherlands*” in: K. Boele-Woelki and A. Fuchs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 43).

<sup>49</sup> In doctrine (Dethloff, l.c., p.51, see already supra, footnote 36) it has already been said that a too liberal rule of *jurisdiction* would contravene the protection accorded to the weakest party in a family legal case. But one could also imagine the case where *both* parties would like to proceed in the same way in a situation where one country is far more liberal than another. On the issue of creating European liberal rules of *applicable law* and favor-tendencies, also in the sense of creating *party-autonomy*, see for discussions on PIL outside of IFL, J. Israel, “Europees internationaal privaatrecht. De EG, een comitas Europaea en “vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid”, NIPR 2001, p. 135-149, especially p. 140-141, with further references (e.g. to Basedow and others).



Perhaps it is not *necessary* from an EU perspective to issue such favor-type PIL rules, they don't seem prohibited anyway. From the perspective of improving mobility, one can say that if one has a favor-type system people would possibly be stimulated to move abroad because when they migrate they could possibly gain more rights than they had before migrating – at least if they move to a country with a liberal system. Viewed from this perspective, intra-communitarian mobility can only be improved. But put in this way, a following question arises. Is it possible that migration would still be hampered if, hypothetically, the attained rights in the new country of residence in a migration at a later date to the country of origin cannot be taken back? Here again, it is possible that certain analogies can be made with the ECJ and the advocate-general in the Singh and Hacene Akrich cases.<sup>50</sup>

If we assume a flexible regime of recognition as being the one proposed then a PIL regulation as the Dutch one in the case of same-sex marriages would not pose any problems in the area of international harmony and the favor-principle would also be accomplished. If no regime of recognition is anticipated, then a PIL rule as the Dutch one for same-sex marriages could be problematic for the goal of international harmony regarding decisions. The EU could thus end up becoming a patchwork.<sup>51</sup> But at the same time one can remark that *in the long term*, one could possibly achieve an even more general favor-movement with international harmony as the result: if a same-sex marriage is enacted in the Netherlands then it is possible that the authorities abroad could reason that as the marriage has already come into existence it might as well be recognised, especially seen from the issues about harmony in decision making and the no-loss-of-rights due to migration. In a situation where other EU countries and even the country of origin (if a remigration takes place) would reason as above then one could speak of a combined tendency in the direction of liberalisation and an achievement of the goal of international harmony created by the fact that a country has a soft recognition system. It is then imaginable that the country of origin would eventually not only adapt the rules on recognition but also the rules on applicable law.<sup>52</sup> It would then perhaps also become possible that people whose legal relationship exists in an purely internal context could be given a family legal institute, especially if it would be seen as unfair not to give them access – for example because otherwise it would be felt as being a kind of reverse discrimination, in other words, people that never migrated could otherwise be held back. In this sense the final result could be a liberalisation of substantive Family Law.

Of course it could seriously be doubted whether the EU itself would try to exert such dynamisms – see, again, *mutatis mutandis*, discussions in migration law, particularly on the competence to regulate issues family reunion, with the phenomenon of “reverse discrimination”, and dealt by in the ECJ in cases like Singh and Hacene Akrich. But even so, it may be possible for the Member States themselves to reason that, once PIL-rules as the Dutch ones are in force, taking into account

---

<sup>50</sup> The difference is that within this matter it is questionable whether this kind of claims could be categorized as “intra-communitarian” cases that fall under the EU competence, see *infra*. But see in this context also the Carpenter case in which article 8 ECHR was central, particularly in the light of the goal of freedom of movement of services.

<sup>51</sup> Analogous from Jessurun D'Oliveira (“Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie. Hoog tijd!”, NJB 2001, afl. 5 – see also H.U. Jessurun D'Oliveira, “Freedom of movement of spouses and registered partners in the European Union”, in J. Basedow e.a. (ed.), *Private law in the international arena – liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2000, p. 61-77), who in light of the freedom of movement of persons talks about “a Europe with different speeds, and, seen from a territorial point of view, a chequered freedom of movement which has to jump over countries not allowing registered partners in”. For more about this see II.2.3.c

<sup>52</sup> In which case one could talk of backward progression. On the phenomena of the taking in of techniques in rules of applicable law through introducing them first in rules of recognition, see V. Van Den Eeckhout, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partnerrelatie, o.c.*; also in this context V. Van Den Eeckhout, “Book review of G. Steenhoff (red.) *Een zoektocht naar Europees familierecht*”, *Rechtskundig Weekblad* 2001, p. 895-896.





“European internal market concerns”, this could force same-sex marriages to be recognised elsewhere in Europe, because it would otherwise mean a hurdle to the freedom of movement. In such a case, one would be able to notice an “indirect effect” of European rules and logic on national rules.

### **3.2. The liberalisation of (International) Family Law and / or public legal claims. Case study: Working with new forms of family life of European creation**

The issues of liberalising (International) Family Law as such need to be differentiated from issues of public legal claims based on family legal relationships *and* the meaning of IFL *in this context* –issues that have a number of areas that do fall within the competence of the EU.

It is interesting in this context to note a judicial decision from the Belgian labour Court of Liège of 12 June 1990, where nationality was denied importance in deciding whether an Italian was underage or not – in order to evaluate social security rights of this person: reference to the nationality criterion was in this context seen as being contrary to the EC treaty.<sup>53</sup> Could it thus be that IFL rules need balancing and possibly need including in a more liberalising trend because of the realisation that their application hampers public legal claims? Could it also be that IFL rules that are an answer to preliminary questions<sup>54</sup> may, sometimes, have to be left aside? With an eye on the case of Liège, we now reach the issues of public legal claims.

Once again, several can be made clearer if from a PIL perspective the question is asked as to the manner in which the EU will react to new “forms of life,” such as non marital partnerships, registered partnerships and same-sex marriages. In my point of view, this analysis should take account of two different developments: on the one hand the manner in which international aspects of new “forms of living together” are organised through PIL rules and, on the other, the manner in which these new forms of living together, that appear in an international context, have public legal consequences attributed to them, combined with the role that PIL plays in this. It is indeed conceivable<sup>55</sup> that the field of PIL becomes more liberalised in a sense that international legal relationships can subtly create such new forms of living together and dissolve them: this can also have an effect on the manner in which the rules of jurisdiction, applicable law and recognition are drafted. But a liberal IFL does not necessarily mean a liberalisation of public legal claims on the basis of these forms of living together.

---

<sup>53</sup> Liège Labour Court, 12 June 1990, JTT 1991, p. 438, referred to by M. Fallon, « Droit familial et droit des communautés européennes », Revue trimestrielle de droit familial 1998, p. 374 footnote 20.

<sup>54</sup> For the treatment of preliminary questions in the law regulating the rights and duties of Community civil servants, see Kohler, „Zum Kollisionsrecht internationale Organisationen: Familienrechtliche Vorfragen im europäischen Beamtenrecht“, Iprax 1994, 416 (also referred to by N. Dethloff, l.c. footnote 47). See in this context also ECJ 5 February 1981, NJ 1981/654, with conclusion of Warner and comments of Shultz (Schultz refers in this context to the *Gunella* and the *Devred* cases).

<sup>55</sup> On the expectations on whether the EU shall be busy in this field, see V. Van Den Eeckhout, “Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een tweesporenbeleid,” l.c. p. 78 as well as L. Th. L. Pellis, “Internationaal privaatrecht. Echtscheiding, kindbescherming n gezagsvoorziening, meerderjarigenbescherming, alimentatie, adoptie (1998-2002), WPNR 2001, p. 1055-1063, where he states that the EU should look at PIL rules on non-marital partnerships, registered partnerships and homosexual marriages from a human rights perspective. Pellis refers in this context especially to the Action Plan, whereas it was stated that the principle of freedom of movement should be completed with the principle of respect for fundamental freedoms, including the principle of protection against discrimination. There is much discussion about whether or not the Brussels II Regulation is applicable regarding the dissolving of homosexual marriages. See, P.M.M. Mostermans, “De wederzijdse erkenning van echtscheidingen binnen de Europese Unie”, NIPR 2002, p. 263-273, with references.



In my contribution “De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht”<sup>56</sup> I came to the conclusion that a differentiation must be made, and developed an analysis of developments in “a non-European context” from this point of view. I pointed out that it is possible that IFL is being liberalised, but that at the same time in other areas of the law a more restrictive system is being created, as for example in Nationality Law. I therefore made a distinction between on the one hand tendencies to liberalise Dutch International Lineage Law and, on the other hand, tendencies to hamper public legal claims based on lineage relationships in a non-European context. The previous means that an evolution of IFL in liberalising sense is completely useless for several people if there are no public legal consequences attached to family legal relationships, especially if through denying public legal consequences the family legal relationships are hampered.<sup>57</sup>

Altogether, the same sort of warning fits within a European context. Also in the European context when one talks about liberalising tendencies one should clarify in which area liberalisation is taking place. On the one hand one has the question to what extent the EU will interfere in PIL regulation of new forms of living together and, on the other hand, one has the question if these new legal practises can be linked to the principle of freedom of movement of EU employees and their families. In a wider sense, which legal consequences could be attributed to these family relationships? Imagine an employee in a EU context wishes to use his right to freedom of movement as a EU citizen and wishes to take his family members with him. The field of PIL grants him the possibility of a registered partnership that could also be recognised in another country as a registered partnership. This rule of PIL, however, can remain completely meaningless if the employee cannot take the person in question with him as a family member. This situation is still particularly prevalent if the term “spouse” as defined in the Regulation 1612/68 is strictly applied as being a married partner of another sex. This is particularly the case if the EU keeps holding on to a traditional and fairly conservative definition of family members.<sup>58</sup> In other words, even if the EU would interfere with IFL concerning these new forms of living together, it does not automatically mean that the term family member would be widened.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> See V. Van Den Eeckhout, “De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht. Ontwikkelingen aan het begin van de 21ste eeuw”, *Migrantenrecht* 2002, p. 144-158

<sup>57</sup> See V. Van Den Eeckhout, “De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht. Ontwikkelingen aan het begin van de 21ste eeuw”, *l.c.*, p.155-156

<sup>58</sup> In the Reed case a softening happened in the jurisprudence of the ECJ: if a member state grants non-married partners “social advantages” – and thus the issue was qualified - then the member state must also grant these advantages to those that migrate (on the patchwork and a situation of “two speeds” that could come to pass within the EU because of this see, H.U. Jessurun D’Oliveira (supra footnote 51) and M. Bell, *l.c.* For a critique on the restrictive definition of developments see K. Waaldijk, “Towards equality in the freedom of movement of persons” in K. Krickler (red.) *After Amsterdam: sexual orientation and the European Union. A guide*, Brussels, ILGA Europe 1999, p. 40-49. See in this context also M. Bell, *l.c.* In the Council Common Position of 5 December 2003, it is stated that “family member” also includes the registered partner *if the legislation of the host Member State treats registered partnership as equivalent to marriage*. See also, in this context, the changes made in the recent Council Regulation (EC, Euratom) No 723/2004 of 22 March 2004 amending the Staff Regulation of Officials of the Europa Communities and the conditions of Employment of other servants of the European Communities, OJ L 124, April 27<sup>th</sup> 2004. In the 8<sup>th</sup> consideration, it is also argued as a principle that “Officials in a non-marital relationship recognised by a Member State as a stable partnership who do not have legal access to marriage should be granted the same range of benefits as married couples”.

<sup>59</sup> In this context see, H.U. Jessurun D’Oliveira, “Geregistreerde partnerschappen en de Europese Unie. Kanttekeningen over de internationale reikwijdte van het wetsvoorstel”, *NJB* 1995, 1566-1570, regarding the differences that must be made between the regulation of access to certain institutes on the one hand, and the consequences of the granting of those types of living together in European legal sense on the other.



It can be said, however, that the PIL interference could at any rate be an important *impulse* in the widening of the definition of family member.<sup>60</sup> The question is also whether the EU can be more progressive than the European Court of Human Rights,<sup>61</sup> concerning forcing member states to recognise new “forms of life,” particularly when the analysis is from a perspective of free movement of persons,<sup>62</sup> or other claims that are granted in EC Law. If so, then the process of Europeanisation of PIL could mean a wider process of liberalisation, and it would also mean that a larger group of people would attain derived rights of residence in EC Law than before. If not, then the liberalisation via unifying PIL rules will be limited. All in all, the foregoing leads to the conclusion that one should be not too quick to speak of a process of liberalisation within Europe.

#### 4. Looking further a field

Exactly how far Europe will systematically liberalise on a pure *PIL* field will become clear when Europe takes the reigns of matters that, seen from this perspective, really matter – namely, PIL regulations on marriage and lineage. The sensitive areas of marriage and lineage that, more so than for example divorce and Marital Property Law or Law of Succession can have a direct impact on the question to what extent someone has the right of residence<sup>63</sup>, have not yet been brought up by the EU. The fact that Europe has not yet touched upon a PIL ruling of creation of family relations – particularly in legal relationships concerning external aspects – is probably also the reason why the theme has not yet been discovered by those that wish to aid foreigners. For jurists oriented on legal aspects concerning foreigners of third countries, EU interference will probably only become a sensitive issue if PIL regulations of family forming and family reunion of third countries come to pass. Here, it has to be noted that EU interference is currently in full swing in the area of consequences concerning residence of family relationships between and with persons from third

---

<sup>60</sup> A comment that is perhaps useful here is that if in future, EC regulations on the terminology of “family members” are widened, then this could also be an important impulse in unifying PIL rules in this field: the necessity to have European PIL rules in this field would then also become more acute. Thus, the interference of the EU with IFL would not only have consequences for public legal claims, but also vice-a-versa the regulation of public legal claims could provide an impulse for EU interference in IFL. If one looks at it this way, the freedom of movement of persons (or in a wider sense the fundamental freedoms) and the regulation of IFL become linked and a reciprocal way of influencing each other emerges.

<sup>61</sup> On the jurisprudence of the ECJ see D. Van Grunderbeeck, o.c.

<sup>62</sup> On this see V. Van Den Eeckhout, “Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een tweesporenbeleid”, l.c. For a short allusion on this see M. Fallon, « Droit familial et droit des communautés européennes », *Revue trimestrielle de droit familial* 1998, pp. 361-400, especially p. 383-384. It may be important to point out that in this context the ECJ has already been more lenient in interpreting article 8 ECHR than the ECHR itself. See especially the *Carpenter* case (11 July 2002, C-60/00) and the note by Forder (EHRC 2002/76), specifically on the area of the importance of “illegal residence” and the possibility to have a family life elsewhere. This could be clarified by the fact that the EU wishes to protect family life *in order to* eliminate obstacles to the exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty. See also H. Toner, *Comments on Mary Carpenter v. Secretary of State*, 11 July 2002 (Case C-60/00), *European Journal of Migration and Law* 2003, p. 163-172 and H. Toner, *Community law, immigration rights, unmarried partnerships and the relationship between European Court of Human rights jurisprudence and Community law in the Court of Justice*, *Web Journal of Current Legal Issues* 2001, 5, on the fundamental question of whether the Community Institutions, Member States or Court of Justice can develop a distinctive understanding of what respect for family and private life means in the context of Community migration law.

<sup>63</sup> It may seem paradoxical that especially those areas where EU interference could be seen as most expected are the ones that are not (yet) being dealt with. International Marital Law and International Lineage Law are crucial matters in terms of filling in family legal terminology in EC Law as well as in general the improvement of legal security.



countries.<sup>64</sup> But a regulation of IFL aspects of these issues has not yet been put to table. Thus, one can only speculate on the manner in which the EU wishes to regulate IFL issues: there are no clear signals on how one wishes to regulate marriage and succession.

Elsewhere, I developed an analysis of IFL in the “extracommunitarian” context: I both treated actual developments on a national (mainly Dutch) level, and *possible* developments on a supranational European level<sup>65</sup> – if the EU would also interfere on a fundamental basis in family relationships with external aspects.

In this contribution, I focused on “the intracommunitarian context”, treating both pure IFL-issues and IFL-issues as they are connected with public claims. Of course, it has to be noticed immediately that there is naturally still a large discussion about the right of respect of cultural identity and sovereignty of the member states. More in general, the instrumentation of IFL (or even more of substantive Family law) for economic reasons<sup>66</sup> has already been strongly criticised<sup>67</sup>. This is a discussion that could inject subtle distinctions in the tendency of liberalisation of IFL that has been started by the EU.<sup>68</sup> But at least, I hope to have made clear in this contribution that *European concerns themselves, combined with respect for human rights*, point in the direction of liberalisation of (international) family law.

Dr. Veerle Van Den Eeckhout  
Associate Professor Private International Law, Fellow at the “Meijers-institute”  
University of Leiden

---

<sup>64</sup> See the Directive on the right of family reunification, OJ 3 October 2003

<sup>65</sup> See the chapter III.1. „Current developments on a Dutch national level“ and the chapter IV „EU interference in legal relationships with external aspects“ of „Communitarization of International Family Law as seen from a Dutch perspective: what is new? – A prospective analysis“, to be published in A. Nuyts (red.), *Transnational civil litigation in the European judicial area and in relations with third states*, Brussels: Bruylant 2004. See also V. Van Den Eeckhout, “Voetangels bij pleidooien voor recht op respect voor culturele diversiteit” in P.B. Cliteur and V. Van Den Eeckhout (red.), *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 363-382; V. Van Den Eeckhout, “Internationaal privaatrecht en migratierecht. De ontwikkeling van een tweesporenbeleid”, *Nemesis* 2002, p. 75-88 and V. Van Den Eeckhout, “De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht. Ontwikkelingen aan het begin van de 21ste eeuw”, *Migrantenrecht* 2002, p. 144-158

<sup>66</sup> Eventhough the EU is losing its purely economic character and goals, and is now also working in areas such as Human Rights, it is still a fact that the EU is primarily inspired by economic motives. See on this the Draft Council Report 13017/01 on the need to approximate Member States’ legislation in civil matters of October 29<sup>th</sup>, 2001, adopted at November 16<sup>th</sup> 2001.

<sup>67</sup> See for recent discussions on this matter K. Boele-Woelki (red.), *Perspectives for the unification and harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2003, particularly M. Jantera-Jareborg, “Unification of international family law in Europe – a critical perspective” in K. Boele-Woelki (red.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 194-216, especially p. 211 footnote 45 and W. Pintens, “Europeanisation of family law”, in K. Boele-Woelki (red.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. 3-29.

<sup>68</sup> See e.g. already supra, footnote 32, the argumentation of Struycken. See also N. Dethloff, l.c., p. 56 regarding the consideration that restrictions on free movement arising from substantial legal differences are only permissible if they are justified by public interest, are not disproportionate, and are furthermore in agreement with the fundamental rights (with reference to the Bosman Case of the Court of Justice). See also, mutatis mutandis (Bell addresses the issue of the variety of national laws on partnerships) and as well with reference to the Bosman case, M. Bell, l.c., for a discussion of “combat of fraud” and “protection of the national cultural or moral values” as justifications for keeping up obstacles to free movement.



# Isabelle Bambust – Dwarsdoorsnede van de betekenisverordening

Opmerkingen onder Gent, 12 september 2003 (2001/AR/2554)

(...) Toen heeft hij zijn laatste daad gedaan; - hij gaf me zijn uurwerk, - eenvoudig, zonder één woord, - en monklend is hij te rust gegaan (...)

1. Ter gelegenheid van de nakende twintigste verjaardag van de sterfdag van Marnix Gijsen (30 september 1984) voor wie ik speciale bewondering koester, stip ik hierboven willens (en op een niet originele manier<sup>1</sup>) vier versregels uit het gedicht 'Geschenk van mijn vader' aan. Geheel abstractie willen maken van het tijdsbegrip; dit moet wellicht ook de eerste reactie geweest zijn van appelante toen zij kennis zal genomen hebben van onderhavig arrest.

2. Hierna worden vijf punten behandeld die rechtstreeks met de betrokken gerechtelijke beslissing en de Verordening (EG) Nr. 1348/2000<sup>2</sup> verband houden: de bepaling van de Portugese ontvangende instantie (I), de verhouding tussen de hoofdwijze van betekenen en de 'andere' wijzen van betekening – mogelijke cumul (II), het gevolg van de cumul van verschillende wijzen van betekening (III), de datum van de betekening ten aanzien van de hoofdwijze van betekenen en ten aanzien van de wijze van betekenen via de post (IV) en de 'afstandstermijn' (V). Tenslotte vragen we ons af (VI) of de akte van hoger beroep neergelegd ter griffie op 17 december 2001 in elk geval laattijdig moest verklaard worden.

## I. Bepaling van de Portugese ontvangende instantie

3. Hoofdstuk II, Afdeling 1 van de Verordening bepaalt de spelregels van de grensoverschrijdende verzending en betekening van gerechtelijke stukken. Het te betekenen gerechtelijk stuk moet door een verzendende instantie overgemaakt worden aan een in het buitenland gesitueerde ontvangende instantie die het stuk zal betekenen. Het is die manier van handelen die we verder de 'hoofdwijze van betekenen' zullen noemen.

4. In het arrest lezen we dat de "betekenisakte" (dus het exploit van betekening opgesteld door de Belgische gerechtsdeurwaarder, verzendende instantie, met daaraan het vonnis van de rechtbank van Koophandel van Kortrijk gehecht, en vermoedelijk vergezeld van het voorziene standaardformulier waarmee men de betekening van het stuk in het buitenland aanvraagt) werd overgemaakt "aan de Direcção-Geral da Administração da Justiça, zijnde de door Portugal aangewezen ontvangende instantie". Dit kan op het eerste zicht eigenaardig lijken omdat de Direcção-Geral da Administração da Justiça<sup>3</sup>, dit is het directoraat-generaal van de

<sup>1</sup> Zie trouwens LAENENS, J., 'De tijd en het geding', *De Gerechtsdeurwaarder*, 1997, nr. 1, 1.

<sup>2</sup> Verder vermeld als 'de Verordening'.

<sup>3</sup> Direcção Geral da Administração da Justiça

Av. 5 de Outubro, n. 125

P-1069 - 044 Lisboa

Portugal

Tel. (351) 21 790 62 00 - (351) 21 790 62 23





gerechtelijke administratie, door Portugal niet als ontvangende instantie maar als centrale instantie werd aangeduid<sup>4</sup>. Echter, toen de Verordening op 31 mei 2001 in werking trad, waren de gegevens van de verscheidene buitenlandse ontvangende instanties nog niet bekendgemaakt; dit gebeurde pas op 15 november 2001<sup>5</sup>. Ondertussen paste de Europese Commissie hieraan een mouw door te stellen<sup>6</sup> dat, zolang de bekendmaking van de gegevens met betrekking tot de ontvangende instanties uitbleef, de betekeningen van stukken in de periode tussen de inwerkingtreding van de Verordening en de bekendmaking van de bedoelde gegevens als 'buitengewoon' konden worden beschouwd in de zin van artikel 3, eerste lid, c) van de Verordening. Hierdoor kon de Belgische gerechtsdeurwaarder (in zijn hoedanigheid van verzendende instantie) tijdelijk de Portugese centrale instantie verzoeken de aanvraag voor betekening te doen toekomen aan de bevoegde Portugese ontvangende instantie.

5. Nu de handleiding sinds geruime tijd afdoend werd gepubliceerd, rijst nog steeds de vraag hoe men voor Portugal te weten moet komen welke *Tribunal de Comarca* territoriaal bevoegd is voor een bepaalde plaats van betekening. Bij ons weten bestaat er geen zoekmachine waardoor men door het eenvoudig intikken van de plaats van betekening (of de postcode) de bevoegde ontvangende instanties kan verkrijgen<sup>7</sup>. In dit laatste geval kan men

a. ofwel nog steeds zijn licht opsteken bij de Portugese centrale instantie op basis van artikel 3, eerste lid, a) van de Verordening (zonder weliswaar de stukken aan de centrale instantie over te maken zoals in de voormelde overgangperiode). Portugal heeft verklaard dat de Portugese centrale instantie in staat is zich uit te drukken in de Portugese, Spaanse, Engelse en Franse taal.

b. ofwel zijn kans wagen door het stuk over te maken aan een van de in de lijst vermelde *Tribunal de Comarca*. Artikel 6.4 van de Verordening bepaalt immers dat, indien een ontvangende instantie een stuk ontvangt maar territoriaal niet bevoegd is voor de betekening, zij het stuk en de aanvraag aan de bevoegde ontvangende instantie in dezelfde lidstaat moet zenden. In de praktijk stellen we echter vaak vast dat de ontvangende instantie in dat geval het stuk gewoon zal terugsturen naar de verzendende instantie.

c. ofwel via de postcode of persoonlijke geografische kennis zelf gissen welke *Tribunal de Comarca* territoriaal bevoegd zou kunnen zijn en naderhand deze aanduiding bij het betrokken Portugese kantongerecht gaan verifiëren<sup>8</sup>. Hernemen we vandaag de oefening voor

---

Fax (351) 21 790 64 60 - (351) 21 790 62 29  
correio@dgaj.mj.pt

[www.dgaj.mj.pt](http://www.dgaj.mj.pt); in de handleiding wordt nog steeds verkeerdelijk [www.dgsj.pt](http://www.dgsj.pt) vermeld.

<sup>4</sup> Zie artikel 3 van de Verordening en de Mededelingen van de lidstaten overeenkomstig artikel 23 van de Verordening, *PB*, 22 mei 2001, C 151/12.

<sup>5</sup> Besluit 2001/781 van de Commissie tot goedkeuring van een handleiding van de ontvangende instanties en een glossarium van stukken die werden betekend in het kader van de Verordening, *PB*, 15 november 2001, L 298. De *Tribunal de Comarca* (dit is het kantongerecht) in de persoon van de *secretário de justiça* (dit is de griffier) werd toen als bevoegde Portugese ontvangende instantie aangesteld.

<sup>6</sup> Zie de Mededelingen van de lidstaten overeenkomstig artikel 23 van de Verordening, *PB*, 22 mei 2001, C 151/4.

<sup>7</sup> Zie bijv. voor België [www.eu-procedure.be](http://www.eu-procedure.be) of voor Spanje [http://www.justicia.es/portal/public/\\_s.155/251](http://www.justicia.es/portal/public/_s.155/251).

<sup>8</sup> Dit is de methode die gehanteerd wordt door Erevoorzitter Charles Vanheukelen, talenwonder en gerechtsdeurwaarder te Leuven.

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



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



de plaats van betekening in onderhavige zaak, zijnde CP-2100-354 Pombal, dan komen we via [www.dgaj.mj.pt](http://www.dgaj.mj.pt) toevallig makkelijk tot de territoriaal bevoegde Portugese ontvangende instantie omdat de plaats van betekening overeenstemt met de plaats van het kantongerecht:

Tribunal de Comarca  
Av. Heróis do Ultramar  
3100-462 Pombal  
Tel 236 212 223 - 236 215 075  
236 212 554 - 236 212 791  
Fax 236 215 838  
[correio@pombal.tc.mj.pt](mailto:correio@pombal.tc.mj.pt)

## II. Verhouding tussen de hoofdwijze van betekenen en de 'andere' wijzen van betekening – mogelijke cumul<sup>9</sup>

6. Er doen verscheidene opvattingen de ronde over de verhouding tussen de hoofdwijze van betekenen en de 'andere' wijzen van betekening (uit Hoofdstuk II, Afdeling 2, van de Verordening):

a. Sommigen pleiten voor de eenvoudige afschaffing van deze bijkomende manieren van betekening<sup>10</sup>.

b. Sommigen menen dat de andere manieren van betekening enkel als vangnet ("*filet de sécurité*") kunnen fungeren, voor het geval de hoofdwijze van betekenen 'mislukt'<sup>11</sup>.

c. Sommigen beschouwen deze bijkomende wijzen van betekening niet als subsidiair, maar als mogelijke autonome wijzen van betekening<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Hier gaat het over de cumul van twee wijzen van betekening uitgaande van dezelfde rechtsbron. Het probleem van de cumul doet zich ook voor wat het samengaan van verscheidene wijzen van betekening betreft steunend op onderscheiden rechtsbronnen. Bij deze laatste problematiek krijgt de vraag naar hiërarchische prioriteit van de ene of andere wijze van betekening uiteraard nog een geheel andere dimensie.

<sup>10</sup> Zie DE LEVAL, G. en LEBOIS, M., 'Betekenen in de Europese Unie op grond van de verordening 1348/2000 van 29 mei 2000', in *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS SENDER, M. (ed.), Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 188: 'Deze bijkomende manieren van betekening zijn o.i. minder efficiënt en minder betrouwbaar, en zouden moeten verdwijnen. Deze methodes laten immers niet toe om binnen een normale termijn, met dezelfde betrouwbaarheidsgraad en dezelfde doeltreffendheid gerechtelijke stukken over te maken'.

<sup>11</sup> Zie de verwijzing naar de bijdrage van Etienne LEROY in DE LEVAL, G. en LEBOIS, M., 'Signifier en Europe sur la base du Règlement 1348/2000 - bilan après un an et demi d'application', in *Imperat Lex – Liber Amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, 264, voetnoot 13.

<sup>12</sup> Zie de verwijzing naar de bijdrage van Charles VANHEUKELLEN in DE LEVAL, G. en LEBOIS, M., 'Signifier en Europe sur la base du Règlement 1348/2000 - bilan après un an et demi d'application', in *Imperat Lex – Liber Amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, 264 : 'Comme le Règlement n'en dit rien, nous partageons l'avis de Ch. Vanheukelen: les différents modes peuvent être utilisés seuls ou conjointement sans priorité l'un sur l'autre'.



7. Het Hof vermeldt dat de “*betekening gebeurde op twee van de door de verordening voorziene wijzen: (...) een betekening conform de artikelen 4 tot 7 van de verordening*” en “*een betekening conform art. 14 van de verordening*” en ook dat niets er zich tegen verzet dat de betekening op verschillende wijzen geschied.

De beslissing aanvaardt dus beide wijzen van betekening. Het Hof kiest hiermee voor bovengaande mogelijkheid c.

Nu deze andere manieren van betekenen bestaan, lijkt het me logisch dat de rechter deze andere mogelijkheden tot betekenen niet zomaar naast zich neer kan leggen. Nergens wordt immers uitdrukkelijk aangetoond dat deze wijzen ondergeschikt zouden zijn aan de hoofdwijze van betekenen. Een andere zaak is de rechtsgeldigheid en de ‘even-waardigheid’ van de andere wijze van betekening (zie hierna onder III).

8. Deze vraag houdt uiteraard verband met de vraag onder III. Het spreekt voor zich dat, wanneer men de bijkomende wijzen van betekening zou afschaffen of gaan beschouwen als vangnet, het probleem van het samengaan van deze bijkomende wijze van betekening met de hoofdwijze van betekenen zich niet meer zou stellen.

### III. Gevolg van de cumul van verschillende wijzen van betekening

9. In de rechtsleer<sup>13</sup> lezen we: “*En cas de cumul de modes de signification, également performants<sup>14</sup>, le délai à prendre en considération est celui qui prend cours en fonction du premier mode utilisé<sup>15</sup>*”. Toch vinden we ook<sup>16</sup>: “*Anderen menen dat bij dergelijke samenloop de datum van de eerste betekening relevant kan zijn voor de partij die betekent, terwijl de datum van de tweede betekening relevant is voor de verweerder*”.

10. Het Hof stelt: “*Beide betekeningwijzen zijn op een geldige wijze geschied. Wanneer twee verschillende doch geldige betekeningwijzen zijn aangewend, dan is de eerst verrichte*

<sup>13</sup> DE LEVAL, G., *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2003, 113 en de omstandige verwijzingen aldaar; zie ook DE LEVAL, G. en LEBOIS, M., ‘Betekenen in de Europese Unie op grond van de verordening 1348/2000 van 29 mei 2000’, in *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS SENDER, M. (ed.), Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 188: ‘In een dergelijk geval van een opeenvolging van betekeningen is het moeilijk om de precieze datum van betekening te bepalen’ en voetnoot 94: ‘Wanneer twee betekeningen plaats hebben, zou volgens sommigen de eerste betekening relevant zijn (Cass., 4 november 1993, *J.L.M.B.*, 1994, 917)’.

<sup>14</sup> Dus *également performants* met het oog op de ‘interne’ hiërarchie van wijzen van betekening in eenzelfde rechtsbron of met het oog op de wijzen van betekening die deel uitmaken van onderscheiden rechtsbronnen.

<sup>15</sup> Uiteraard wordt hier bedoeld *en fonction du mode qui prendra effet en premier*; zie trouwens ook DE LEVAL, G. en LEBOIS, M., ‘Signifier en Europe sur la base du Règlement 1348/2000 - bilan après un an et demi d’application’, in *Imperat Lex – Liber Amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, 265: ‘En cas de cumul des modes de signification, il me semble qu’il y a lieu de transposer la jurisprudence développée en application de la Convention de la Haye aux termes de laquelle la date de la signification est la date à laquelle la première signification s’est produite’, met verwijzing naar hetzelfde arrest van het Hof van Cassatie van 4 november 1993.

<sup>16</sup> DE LEVAL, G. en LEBOIS, M., ‘Betekenen in de Europese Unie op grond van de verordening 1348/2000 van 29 mei 2000’, in *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS SENDER, M. (ed.), Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 188, voetnoot 94.



betekening<sup>17</sup> bepalend voor de aanvang van de termijn om hoger beroep in te stellen. Terzake is dit de betekening die gebeurde conform art. 14 van de verordening”. Verder geeft het Hof ook weer dat Portugal met betrekking tot artikel 14 van de Verordening verklaard heeft geen enkel voorbehoud te maken nopens de toepassing van dit artikel.

Daar waar het Hof besluit tot twee rechtsgeldige betekeningen is er mogelijk een probleem met de betekening op grond van artikel 14 van de Verordening. We menen namelijk dat artikel 14 (op het ogenblik van de betekening) voor Portugal als volgt moest gelezen worden: “Portugal aanvaardt betekeningen en kennisgevingen per post voor zover zij worden verricht via een aangetekende brief met ontvangstbewijs<sup>18</sup> en een vertaling overeenkomstig de bepalingen van artikel 8 van de verordening is bijgevoegd<sup>19</sup>”. Uit het arrest kunnen we echter niet afleiden of een vertaling werd bijgevoegd. Zonder toevoeging van een vertaling, had men naar mijn gevoel de betekening volgens artikel 14 van de Verordening onrechtsgeldig kunnen verklaren<sup>20</sup> om vervolgens terug te vallen op de gevolgen van de hoofdwijze van betekenen.

Verder kiest de beslissing (met betrekking tot het maken van een keuze tussen de twee (volgens het Hof) rechtsgeldig verrichte betekeningen) voor de meest gangbare (bovenvermelde) opvatting die steunt op cassatiearrest van 4 november 1993. Deze oplossing is rechtvaardig<sup>21</sup>. De andere opvatting (de datum van de eerste betekening weerhouden ten aanzien van de partij die betekent en de datum van de tweede betekening ten aanzien van de verweerder) lijkt op het eerste zicht de theorie van de dubbele datum<sup>22</sup> toe te passen op de problematiek van de cumul van verschillende wijzen van betekening. Toch liggen de zaken hier anders. Daar waar de theorie van de dubbele datum wordt toegepast op een geval waar een enige wijze van betekenen tussenkamt, ligt de rijkdom van de theorie hierin dat ze op het moment van het fixeren van de datum van betekening ten aanzien van de rechten van de verzoekende partij, deze datum niet laat gelden ten aanzien van de rechten van de betekende partij om de eenvoudige reden dat deze laatste partij het stuk nog niet heeft ontvangen. Wanneer men daarentegen twee wijzen van betekenen hanteert en de filosofie van de dubbele datum zoals boven vermeld wil gaan toepassen op het samengaan van deze wijzen, dan verliest dit systeem aan waarde omdat de eerste voltooide wijze van betekenen de betekende partij sowieso reeds in kennis stelde van het stuk. Verder moet opgemerkt worden dat wanneer de eerste betekening zich aan de kant van de betekende partij voltooit, de stukken

<sup>17</sup> Wellicht wordt ook hier bedoeld de betekening die als eerste effect heeft.

<sup>18</sup> Wat *in casu* zo gebeurd is.

<sup>19</sup> Eerste bijwerking van de mededelingen van de lidstaten overeenkomstig artikel 23 van de Verordening, *PB*, 18 juli 2001, C 202/14.

<sup>20</sup> Zie trouwens Rb. Breda (Nederland), 10 december 2003, *LJN-nummer* AN9935, *Zaaknummer*, 122815 / HA ZA 03-1285, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

<sup>21</sup> Althans wat het principe betreft. Want, als men ‘eerst verrichte betekening’ zegt, moet men ook op zoek gaan naar een datum, en bij het bepalen van de momenten van betekening heeft het Hof mijns inziens een voor kritiek vatbare weg gevolgd (zie de vraag onder IV).

<sup>22</sup> Wat eigenlijk hierop neerkomt, dat men, rekening houdend met de haalbaarheid van het bewijs, de datum van betekening, in het kader van de bescherming van de rechten van de verzoekende partij (bijv. met het oog op het doen stuiten van de verjaring), zal vastleggen op een moment dat zo dicht als mogelijk aanleunt bij het moment waarop de verzoekende partij tot uiting brengt een bepaalde (proces)handeling te willen verrichten en ook in werking stelt, terwijl men in het kader van de bescherming van de rechten van de betekende partij (bijv. met het oog op het beginnen lopen van de dagvaardingstermijn of de termijn waarbinnen een rechtsmiddel moet worden aangewend) het moment van de datum van betekening zo dicht als mogelijk zal laten aanleunen bij het moment waarop de betekende partij effectief kennis zal nemen van het stuk.



zullen aanduiden dat ook een tweede wijze van betekenen werd gebruikt, maar de vraag is dan maar of de betekende partij (die niet over een kristallen bol beschikt) zomaar het risico kan nemen enig begin van reactie uit te stellen tot de voltooiing van die tweede wijze van betekenen (zonder met zekerheid te weten of deze tweede wijze tot een goed einde zal komen). In deze discussie kan de bal natuurlijk opnieuw van kamp veranderen indien zou blijken dat de eerste wijze van betekenen formeel gezien tot een goed einde kwam, maar niet dezelfde garanties bood als de tweede voltooide (of aangekondigde) wijze van betekening.

**11.** Deze vraag is rechtstreeks verbonden met de problematiek van het bepalen van de datum van de betekening (onder IV). Om te bepalen welke wijze van betekenen het eerst effect heeft gehad, moet men natuurlijk de onderscheiden data van de betekeningen vastleggen.

#### IV. Datum van de betekening ten aanzien van de hoofdwijze van betekenen en ten aanzien van de wijze van betekenen via de post

**12.** De hoofdwijze van betekenen wordt, wat het bepalen van de datum van de betekening betreft, beheerst door artikel 9 van de Verordening<sup>23</sup>. De bedoeling van artikel 9 is de theorie van de dubbele datum (op een eerste voorzichtige wijze) uit te drukken. Deze bepaling leidt jammer genoeg tot een onevenwichtig<sup>24</sup> en een onvolkomen<sup>25</sup> systeem.

---

<sup>23</sup> Artikel 9. Datum van betekening of kennisgeving.

1. Onverminderd artikel 8 is de datum van betekening of kennisgeving van artikel 7 de datum waarop betekening of kennisgeving overeenkomstig het recht van de aangezochte lidstaat is geschied.

2. Wanneer in het kader van een in de lidstaat van herkomst in te leiden of hangende procedure de betekening of kennisgeving van een stuk binnen een bepaalde termijn moet worden verricht, wordt de datum die ten aanzien van de aanvrager in aanmerking moet worden genomen, evenwel bepaald door het recht van deze lidstaat.

3. Indien daar geldige redenen voor zijn, mogen de lidstaten voor een overgangperiode van vijf jaar afwijken van het bepaalde in de leden 1 en 2.

De lidstaten mogen die overgangperiode om de vijf jaar verlengen om redenen in verband met hun rechtsstelsel. De betrokken lidstaat stelt de Commissie in kennis van de inhoud van de afwijking en van de omstandigheden van de zaak.

<sup>24</sup> De bepaling van artikel 9 van de Verordening komt onevenwichtig over. Allereerst legt artikel 9.1 een algemeen zwaartepunt in het land van bestemming zonder te verwijzen naar de hieraan verbonden bescherming van de rechten van de betekende partij. We zouden kunnen stellen dat de huidige versie van artikel 9.2 dit 'onevenwicht' slechts deels herstelt door enkel in bepaalde gevallen de datum van betekening naar de verzendende staat te laten overhellen. Het geheel wordt een echt kluwen door de verschillende verklaringen van de lidstaten ten aanzien van artikel 9.1 en/of artikel 9.2. In de praktijk merkten we trouwens op dat het blijkbaar niet steeds duidelijk is wanneer de verklaringen van de Lidstaten ten aanzien van artikel 9.1 en/of 9.2 moeten toegepast worden. We menen dat de eenvoudigste en meest logische oplossing de volgende is: als Lidstaat X een verklaring doet in verband met de bepaling van artikel 9.2 (die volgens de oorspronkelijke filosofie een voor de verzoekende partij gunstige datum wil vastleggen in het kader van de bescherming van diens rechten), dan zal die verklaring de lijn van deze filosofie volgen en slechts toegepast worden ten aanzien van de rechten van een verzoekende partij die een stuk heeft overgemaakt vanuit lidstaat X.

<sup>25</sup> Er wordt enkel verwezen naar nationaal recht zonder concrete momenten van betekening vast te leggen. Verder stellen we ons vragen bij de draagwijdte van de inleidende woorden 'onverminderd artikel 8'.



Artikel 14 van de Verordening is problematisch wat het bepalen van de datum van de betekening betreft. In de rechtsleer<sup>26</sup> komen ook hier drie pistes aan bod:

- a. artikel 9 van de Verordening toepassen<sup>27</sup>;
- b. artikel 40 Ger.W. toepassen<sup>28</sup>;
- c. de ‘zuivere’ theorie van de dubbele datum toepassen<sup>29</sup>.

**13.** De beslissing meldt dat de eerst verrichte betekening deze is “*die gebeurde conform art. 14 van de verordening*” en stelt verder: “*Terzake wordt de betekening geacht te zijn gebeurd door de afgifte van de akte aan de postdienst tegen ontvangstbewijs (art.40 lid 1 Ger.W.); dit is op 12 oktober 2001. Dit is de aanvangsdatum van de termijn (art. 57 lid 1 Ger. W.)*”.

We stellen vast dat het Hof het bepalen van de datum van de betekening in het kader van de hoofdwijze van betekenen niet uiteenrafelt en dat, wat de betekening via de post betreft, geopteerd wordt voor de toepassing van artikel 40 Ger.W..

Deze oplossing lijkt moeilijk aanvaardbaar. Om een degelijke ‘selectie’ te maken tussen beide gecumuleerde wijzen van betekening, moet men logischerwijs ook beide data van betekening bepalen. Naar mijn mening had men eerst moeten vaststellen dat Portugal geen verklaring heeft gedaan aangaande artikel 9.1 van de Verordening<sup>30</sup>. Dit betekent dat de datum van betekening moest bepaald worden overeenkomstig het recht van de aangezochte staat. De uiteindelijke oplossing, wat de datum ten aanzien van de hoofdwijze van betekenen betreft, moest dus mijns inziens gezocht worden in het Portugees intern gerechtelijk recht of, desgevallend, in een bestaande Portugese norm van gemeen I.P.R. In de toekomst zal het in opbouw zijnde Europees justitieel netwerk op dit vlak ongetwijfeld nuttig werk kunnen afleveren<sup>31</sup>. Ook wat het bepalen van de datum van betekening in overeenstemming met artikel 14 van de Verordening betreft is het arrest naar mijn gevoel niet overtuigend. Een identiek systeem als dat van artikel 9 van de Verordening toepassen is (zoals we hierboven hebben gezien) om bijkomende problemen vragen. In een situatie waar de rechten van de betekende partij moeten beschermd worden, is verwijzen naar artikel 40 Ger.W. (naar mijn

<sup>26</sup> Voor een overzicht, zie DE LEVAL, G. en LÉBOIS, M., ‘Signifier en Europe sur la base du Règlement 1348/2000 - bilan après un an et demi d’application’, in *Imperat Lex – Liber Amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, 273-274.

<sup>27</sup> Kh. Brussel, 7 februari 2002, *A.R.*, nr. 143/2002.

<sup>28</sup> Kh. Brussel, 6 maart 2002, *R.K.*, nr. 83/2002 en Kh. Kortrijk, 4 december 2003, *A.R.*, nr. 04279/03, [www.euprocedure.be](http://www.euprocedure.be).

<sup>29</sup> Cass. (Fr.), Chambre commerciale, 11 février 2004, *N° de pourvoi* 01-16651, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>30</sup> Portugal verklaarde enkel dat het ‘voornemens is af te wijken van lid 2 van artikel 9 van de Verordening gelet op de onnauwkeurigheid en de dubbelzinnigheid die het gevolg kan zijn van de vaststelling van twee verschillende data van betekening of kennisgeving, die moeten worden bepaald onder verwijzing naar twee verschillende rechtsstelsels, wat ten koste gaat van de rechtszekerheid’ (Zie de Mededelingen van de lidstaten overeenkomstig artikel 23 van de Verordening, *PB*, 22 mei 2001, C 151/12. Tot op vandaag blijft deze verklaring nog steeds beperkt tot een ‘voornemen’.

<sup>31</sup> Zie PERTEGAS SENDER, M., ‘Een nuttig werkinstrument bij grensoverschrijdende geschillen: de website van het Europees justitieel netwerk op het gebied van burgerlijke en handelszaken’, *Tijdschrift@ipr.be*, 2003, nr. 2, 59-60.





persoonlijk gevoel) exorbitant. Mijn inziens is (in het licht van artikel 6 E.V.R.M.) de toepassing van de 'zuivere' theorie van de dubbele datum perfect mogelijk. Een bijkomend argument vinden we trouwens in het arrest van het Arbitragehof van 17 december 2003<sup>32 33 34</sup>. Het Arbitragehof besluit dat de artikels 32, 2° en 46 § 2 (in samenhang gelezen met artikel 792 Ger.W.) de artikels 10 en 11 van de Grondwet schenden indien zij zodanig geïnterpreteerd worden dat de voorzieningstermijnen (tegen een beslissing waarvan bij gerechtsbrief kennisgeving wordt gedaan) ingaan op de datum van verzending van de gerechtsbrief. Verder stelt het Hof dat een andere interpretatie, waarbij de termijn ingaat op de datum waarop de gerechtsbrief door de postdiensten ter hand werd gesteld aan de geadresseerde in eigen persoon of aan diens woonplaats, de artikels 10 en 11 van de Grondwet niet schendt<sup>35</sup>.

## V. De 'afstandstermijn'

**14.** Wordt het vastleggen van de datum van betekening (althans deels) supranationaal geregeld, dan is dit niet zo voor de bepaling van de beroepstermijn en zijn eventuele verlenging met een afstandstermijn ('*délai de distance*'). Men valt dus voor de beroepstermijn terug op het interne gerechtelijk recht (artikel 1050, eerste lid Ger.W.) en voor de afstandstermijn op het gemeen gerechtelijk I.P.R. (artikel 55 Ger.W.).

**15.** Aangezien in voorliggend geval de betekende partij moet handelen binnen een welbepaalde beroepstermijn en de datum van betekening (bijv. door toepassing van artikel 9 van de Verordening of door de eventuele toepassing van de 'zuivere' theorie van de dubbele datum) bepaald wordt in het licht van de bescherming van de rechten van de bestemming, zal het zwaartepunt van de datum van betekening veelal neigen naar het land van bestemming.

<sup>32</sup> A.H., 17 december 2003, nr. 170/2003, *B.S.*, 1 maart 2004, 11536-11538.

<sup>33</sup> Met bijzondere dank aan Henri Storme, Assistent Universiteit Gent en Advocaat aan de balie te Gent, die zich afvroeg of de discussie rond onderhavig arrest ook niet in verband moest gebracht worden met dit bewuste arrest van het Arbitragehof.

<sup>34</sup> Zie onder meer PIRE, D., 'Notifications : ce n'est plus le cachet de la poste qui fait foi', noot onder Arbitragehof, 17 december 2003, *J.L.M.B.*, 2004, 143-146, BREWAEYS, E., 'Kennisgeving bij gerechtsbrief : a never ending story?', *De Juristenkrant*, 2004, nr. 82, 6 en VAN DROOGHENBROECK, J.-F., 'Revirement spectaculaire: détermination de la date de la notification par application de la théorie de la réception', noot onder Arbitragehof, 17 december 2003, *J.T.*, 2004, 46-47.

<sup>35</sup> De concrete en praktische gevolgen van dit arrest werden door J.F. VAN DROOGHENBROECK beschreven en zijn als volgt samen te vatten: a. Theorie van de verzending. De griffie verzendt de gerechtsbrief op datum X. Volgens het arrest van het Arbitragehof kan de datum van verzending niet meer in aanmerking genomen worden. De houding die het Hof van Cassatie nu zal aannemen is onvoorspelbaar, zegt J.F. VAN DROOGHENBROECK, maar wellicht, zo gaat hij verder, zal het Hof er alles aan doen om een 'juridische vrede' in te richten; b. Ontvangsttheorie. De postbode biedt de gerechtsbrief aan op datum X+Y. Volgens het arrest van het Arbitragehof is dit de datum die in aanmerking moet genomen worden. Deze datum kan ofwel zeker bepaald worden of blijft in het andere geval onzeker. In dit laatste geval, zou men de datum moeten vermoeden (volgens de « oude » rechtspraak van het Hof van Cassatie. Men zou dus rekening houden met de datum van de eerstvolgende werkdag na de datum waarop het stuk aan de postdiensten werd toevertrouwd); c. Informatietheorie. Datum waarop de partij effectief kennis neemt van de gerechtsbrief. Deze datum komt doorheen het arrest van het Arbitragehof niet in aanmerking (verwerping van de informatietheorie).





Hierdoor worden de afstandstermijnen meer in vraag gesteld<sup>36</sup>. De oorspronkelijke bestaansreden van deze afstandstermijnen is juist het feit dat bijv. door de toepassing van artikel 40 Ger.W. de datum van betekening van de akte gekoppeld wordt aan een moment dat ver verwijderd is van het moment waarop de bestemming zal kennisnemen van de akte<sup>37</sup>. Toch ligt de filosofie van de afstandstermijn mijns inziens niet alleen in de ‘heenreis’ van de gerechtelijke akte, maar ook in de voorbereiding en verwezenlijking van de ‘terugreis’ die de betekende partij zal moeten ondernemen<sup>38</sup>. De bepaling van artikel 55 Ger.W. behoudt immers als enig criterium (naast de voorwaarde dat de wet uitdrukkelijk in de verlenging moet voorzien) het feit dat de betekende partij in België geen woonplaats, verblijfplaats of gekozen woonplaats heeft. De mogelijke verlenging wordt dus met andere woorden niet gekoppeld aan een bepaalde wijze van betekenen en de hieraan verbonden bepaling van de datum van betekening<sup>39</sup>. Zolang de Belgische wetgever zich niet heeft herbezonnen over deze afstandstermijnen, lijkt het er volgens mij dus eerder op dat we ze met een gerust hart kunnen blijven toepassen (zelfs wanneer de datum van betekening “in de richting van de bestemming werd verschoven”)<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Zie over de afstandstermijnen AMRANI-MEKKI, S., *Le temps et le procès civil*, Paris, Editions Dalloz, 2002, 129: ‘Surtout le règlement n° 1348/2000 (...) réduit sensiblement leur intérêt. L’objectif recherché est d’assurer une notification des actes dans l’Union européenne par des moyens rapides appropriés (...). Il n’est plus nécessaire de transiter par une autorité centrale. Les Etats membres devront indiquer l’autorité décentralisée qui aura compétence pour transmettre les actes. De ce fait, le fondement des délais de distance est largement contredit en ce qui concerne les pays membres de l’Union européenne.

<sup>37</sup> Zie DE LEVAL, G., *Eléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2003, 112 : ‘En l’absence de convention internationale, la signification est régie par l’article 40 du Code judiciaire. Elle est réputée accomplie par la remise de l’acte aux services de la poste contre le récépissé de l’envoi (...). Cet effet attaché à l’expédition et non à la réception de l’acte est contrebalancé par la règle de la prorogation des délais dans les cas prévus par la loi (...).

<sup>38</sup> Zie immers het Verslag van M. Charles Van Reepinghen in *Code judiciaire et son annexe – Loi du 10 octobre 1967*, Brussel, Buylant, 1967, 330: ‘A l’égard des parties qui ne sont pas domiciliées à l’intérieur du pays, il y a lieu d’augmenter les délais lorsque la loi l’impose explicitement. (...) Au délai ordinaire est ajouté un délai spécial ; ce délai supplémentaire a pour but de permettre la transmission de l’acte et de la réponse à y donner par voie postale (exploit de citation ou de signification de jugement)’, en tevens over de afstandstermijnen AMRANI-MEKKI, S., *Le temps et le procès civil*, Paris, Editions Dalloz, 2002, 127: ‘Ce délai est intéressant car, posé légalement et objectivement, il manifeste le souci de prendre en compte certaines situations particulières, objectivement déterminées. Il s’agit, en fait, d’une sorte de moratoire légal qui est tiré d’une circonstance objective : l’éloignement géographique’.

<sup>39</sup> SCHEERS, D., ‘Termijnregeling in het Gerechtelijk Wetboek’, in *Kent u de termijn nog? – Termijnregelingen in en buiten de procedure*, Brussel, Larcier, 2004, 56-57.

<sup>40</sup> Zie trouwens DE LEVAL, G. en LEBOIS, M., ‘Signifier en Europe sur la base du Règlement 1348/2000 - bilan après un an et demi d’application’, in *Imperat Lex – Liber Amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, 271, voetnoot 33. In het kader van de moeilijkheden aangaande het personeel toepassingsgebied van de Verordening, geven de auteurs een voorbeeld weer waaruit blijkt dat zij de toepassing van artikel 55 Ger.W. onverlet laten. Zij schrijven: ‘Ainsi, une firme japonaise avec une succursale en Allemagne peut être citée en appliquant le Règlement 1348/2000, c’est-à-dire en signifiant la citation à la succursale allemande, (...) en respectant (...) le délai de huitaine prévu par l’article 707 du Code judiciaire belge, augmenté de 15 jours suivant le prescrit de l’article 55 du même Code (signification en Allemagne) (...)’. Het geciteerde voorbeeld komt immers met betrekking tot onze vraagstelling goed uit, aangezien werd verklaard: ‘De Bondsrepubliek Duitsland is momenteel niet voornemens van artikel 9, leden 1 en 2, af te wijken’.



## VI. Een tijdig hoger beroep mogelijk?

**16.** De beslissing van het Hof brengt vijf concrete momenten naar voor die hierna op een kalender worden aangeduid:

- a. de neerlegging van de akte van hoger beroep op 17 december 2001;
- b. de verzending van de stukken op 12 oktober 2001 met het oog op een betekening volgens de hoofdwijze van betekenen;
- c. de betekening op 6 november 2001 door de ontvangende instantie volgens de hoofdwijze van betekenen;
- d. de verzending van de stukken op 12 oktober 2001 met het oog op een betekening per post volgens artikel 14 van de Verordening;
- e. ondertekening van het ontvangstbewijs (met betrekking tot de ontvangen poststukken overeenkomstig artikel 14 van de Verordening) door betekende partij op 17 oktober 2001;

oktober 2001							
Week	Maa	Din	Woe	Don	Vri	Zat	Zon
40	1	2	3	4	5	6	7
41	8	9	10	11	<b>12</b>	13	14
42	15	16	<b>17</b>	18	19	20	21
43	22	23	24	25	26	27	28
44	29	30	31				

november 2001							
Week	Maa	Din	Woe	Don	Vri	Zat	Zon
44				1	2	3	4
45	5	<b>6</b>	7	8	9	10	11
46	12	13 (1)	14 (2)	15 (3)	16 (4)	17 (5)	18 (6)
47	19 (7)	20 (8)	21 (9)	22 (10)	23 (11)	24 (12)	25 (13)
48	26 (14)	27 (15)	28 (16)	29 (17)	30 (18)		

december 2001							
---------------	--	--	--	--	--	--	--



Week	Maa	Din	Woe	Don	Vri	Zat	Zon
48						1 (19)	2 (20)
49	3 (21)	4 (22)	5 (23)	6 (24)	7 (25)	8 (26)	9 (27)
50	10 (28)	11 (29)	12 (30)	13	14	15	16
51	<b>17</b>	18	19	20	21	22	23
52	24	25	26	27	28	29	30
53	31						

januari 2002							
Week	Maa	Din	Woe	Don	Vri	Zat	Zon
1		1	2	3	4	5	6
2	7	8	9	10	11	12	13
3	14	15	16	17	18	19	20
4	21	22	23	24	25	26	27
5	28	29	30	31			

**17.** Zoals we hierboven zagen, is de betekening via de post voor het Hof de eerste betekening ‘met gevolg’. De datum wordt bepaald op grond van artikel 40 Ger.W. De datum waarop de verzendende instantie de akte afgeeft aan de postdienst is 12 oktober 2001. Vervolgens laat het Hof de beroepstermijn (1 maand met een verlenging van 30 dagen) lopen en besluit (door verwijzing naar de toepasselijke wettelijke bepalingen in verband met de termijnberekening, maar zonder de berekening te detailleren) dat de vervaldag 11 december 2001 is. Mijn berekeningen komen uit op 12 december 2001 als vervaldag. Voor de berekening van een maand overeenkomstig artikel 54 Ger.W. is mijn ‘beginnende zoveelste’ 13 oktober 2001, mijn ‘eindigende zoveelste’ 13 november 2001 en de dag voor de zoveelste ‘12 november 2001’. Voor de telling van de bijkomende 30 dagen laat ik ‘dag 1’ overeenkomen met 13 november 2001 zodat ‘dag 30’ op 12 december 2001 valt (in overeenstemming met de aanduiding op bovengaande kalender).

**18.** Voor het geval de wijze van betekenen volgende artikel 14 van de Verordening als een vangnet zou beschouwd worden en dus vrijspel zou gelaten worden aan de hoofdwijze van betekenen en artikel 9 van de Verordening, zou de beroepstermijn (wellicht ten vroegste) beginnen lopen vanaf 7 november 2001 om volgens onze berekeningen te vervallen op maandag 7 januari 2002 (30<sup>ste</sup> dag op zaterdag 5 januari 2002 en dus volgens artikel 53



Ger.W. te verplaatsen op de eerstvolgende werkdag). In dat geval zou de neerlegging van de beroepsakte op 17 december 2001 tijdig gebeurd zijn.

**19.** Zelfs door de beide wijzen van betekening op gelijke voet te aanvaarden en voor de betekening via de post rekening te houden met de theorie van de dubbele datum (en bijv. de datum van ontvangst op 17 oktober 2001 te selecteren), stellen we vast dat deze laatste datum zou gezorgd hebben voor het 'eerste gevolg' (in verhouding tot 6 november 2001 wat de hoofdwijze van betekenen betreft). Aldus zou de vervaldag van de beroepstermijn 17 december 2001 zijn en zou ook hier de neerlegging van de beroepsakte op 17 december 2001 net tijdig gebeurd zijn.

Brussel, mei 2004  
Isabelle Bambust



# **Katja Jansegers - Internationaal bevoegde rechter en toepasselijke wet op een onderhoudsvordering tussen echtgenoten tijdens de echtscheidingsprocedure: heden en toekomst**

Noot onder Gent 16 oktober 2003

## 1. Feiten en uitspraak van het Hof

Een Spaanse vrouw leidde op 13 februari 2002 een echtscheidingsvordering in tegen haar Belgische man. Beide echtgenoten hadden klaarblijkelijk hun domicilie in België. De vrouw startte tevens een procedure tot het bekomen van voorlopige maatregelen voor de kort geding rechter, waaronder een vordering tot het bekomen van een onderhoudsbijdrage.

Klaarblijkelijk kende de voorzitter in kort geding in zijn beschikking van 8 juli 2002 geen onderhoudsbijdrage toe aan de vrouw. Zij tekende hoger beroep aan tegen dit onderdeel van de beschikking.

Inmiddels werd de echtscheiding bij vonnis van 5 november 2002 uitgesproken in het nadeel van de eisende echtgenote (op grond van haar overspel) en werd dit vonnis betekend en op 6 januari 2003 overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand zodat het echtscheidingsvonnis kracht van gewijsde gekregen had.

In essentie had de betwisting omtrent de onderhoudsbijdrage enkel nog betrekking op de onderhoudsbijdrage verschuldigd tijdens de (inmiddels beëindigde) echtscheidingsprocedure (meer bepaald de periode februari 2002 tot mei 2002).

Het Hof verklaarde zich op grond van art. 5, 2 EEX-verdrag internationaal bevoegd om uitspraak te doen over de onderhoudsvordering en wees het hoger beroep af als ongegrond. Het baseerde zich hiervoor op de Belgische wet die *“op de voorlopige maatregelen hangende de echtscheidingsprocedure kan toegepast worden – als lex fori toepasselijk op de echtscheiding (art. 2 en 3 Wet Rolin)”*.

Ten gronde hield het Hof rekening met het overspel van de echtgenote-eiseres dat krachtens een exploit van de gerechtsdeurwaarder was vastgesteld op 4 mei 2002. Om die reden vond het Hof dat er geen grond was om een onderhoudsbijdrage toe te kennen na 4 mei 2002. Ook voor de periode februari 2002 tot 4 mei 2002 werd geen onderhoudsbijdrage toegekend omdat de vrouw in staat was geweest om door eigen inkomsten een met het samenleven vergelijkbare levensstandaard te behouden, rekening houdend met de nadelige gevolgen die elke echtscheidings situatie met zich brengt.



## 2. Internationale bevoegdheid inzake een onderhoudsvordering tijdens een echtscheidingsprocedure

### **2.1. Onderhoudsvorderingen ingeleid vóór 1 maart 2002: de Brussel-I-Vo Het Hof paste terecht nog het EEX-verdrag toe**

In het geannoteerde arrest verklaarde het Hof van Beroep te Gent zich internationaal bevoegd om de vordering tot betaling van de *onderhoudsbijdrage* tijdens een in België hangende echtscheidingsprocedure te beoordelen.

Het Hof baseerde zich voor haar bevoegdheid op het EEX-verdrag<sup>41</sup> dat inhoudelijk en temporeel van toepassing was op het geschil. De vordering werd ingesteld bij gedinginleidende dagvaarding van 13 februari 2002.

Hoewel onderhoudsvorderingen strikt familierechtelijk zijn van aard, vallen zij toch (voor verweerders met woonplaats binnen de Europese Unie) onder het toepassingsgebied van het EEX-verdrag. Aangezien de verweerder woonplaats had in België en de vordering ingesteld werd op 13 februari 2002 paste het Hof ook temporeel terecht het EEX-verdrag toe.

Op grond van art. 2 van het EEX-verdrag kunnen onderhoudsplichtige verweerders met woonplaats op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen worden voor de gerechten van die lidstaat (*forum rei*). Naast art. 2 voorziet art. 5 lid 2 van het verdrag in een bijzondere bevoegdheidsgrond voor onderhoudsverplichtingen.<sup>42</sup> De onderhoudsplichtige kan ook gedaagd worden voor het gerecht van de plaats waar de tot onderhoud gerechtigde woonplaats of zijn gewone verblijfplaats heeft (dit is meestal de eiser, *forum actoris*)<sup>43</sup> of, indien het *een bijkomende eis is die verbonden is met een vordering betreffende de staat van personen*, voor het gerecht dat volgens zijn eigen recht bevoegd is daarvan kennis te nemen, behalve in het geval dat deze bevoegdheid uitsluitend berust op de nationaliteit van een der partijen (*forum connexitatis causarum*).

De vordering tot het bekomen van een onderhoudsbijdrage werd *in casu* gesteld tijdens een echtscheidingsprocedure. Het Hof paste terecht art. 5, lid 2 toe. Deze bepaling zorgt ervoor dat wanneer de rechter bevoegd was om de statusvordering te beoordelen, zelfs indien dat op exorbitante gronden was, hij ook bevoegd is voor de bijkomende onderhoudsvordering. Enkel de grond waarbij de bevoegdheid voor de oorspronkelijke statusvordering gesteund werd op

---

<sup>41</sup> Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Brussel op 27 september 1968, *PB L.* 1972, 299, 32. Dit verdrag heeft betrekking heeft op “burgerlijke en handelszaken” en vorderingen omtrent “de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen” expliciet uit haar toepassingsgebied sluit. Volgens het arrest de Cavel vallen onderhoudsvorderingen, ook al vloeien zij voort uit de huwelijksband of uit de ontbinding ervan, onder het EEX-verdrag (H.v.J. 6 maart 1980, de Cavel / de Cavel, II, *Jur. H.v.J.* 1980, 731).

<sup>42</sup> Zie hierover uitgebreid: J. ERAUW, “Niet-uitsluitende bevoegdheidsgronden” in VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS-SENDER, M.(red.), *Europese IPR-verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 96-98.

<sup>43</sup> Volgens J. ERAUW (geciteerd in Ibid.) moet een vordering tot vermindering van onderhoudsbijdragen die tegen de steuntrekker ingeleid wordt, alleen op art. 2 EEX kunnen steunen. Bij een latere vraag tot herziening van de onderhoudsbijdrage zou opnieuw de toepassing van de artikelen 2 of 5.2 moeten nagekeken worden.





de nationaliteit van slechts één van de partijen wordt gewraakt (zoals bijvoorbeeld het Belgische art. 15 B.W.).<sup>44</sup>

Het Hof oordeelde dat het als Belgische rechter bevoegd was om te oordelen over de echtscheiding (statuskwestie) op grond van art. 628, 1° Ger.W. (want de echtgenoten hadden hun laatste echtelijke verblijfplaats in België), zodat het op grond van art. 5, lid 2 EEX-verdrag bevoegd was om te oordelen over de onderhoudsvordering die als bijkomende vordering verbonden was aan de statusvordering en niet uitsluitend gebaseerd was op de nationaliteit van één van de partijen.

Hoewel het Hof zich voor de bevoegdheid inzake de *echtscheiding* baseerde op art. 628, 1° Ger.W. diende m.i. reeds de Verordening (EG) nr. 1347/2000 (die betrekking heeft op echtscheidingen, nietigverklaring van huwelijken en ouderlijk gezag omtrent gemeenschappelijke kinderen in procedures tot echtscheiding of tot nietigverklaring van huwelijken) toegepast te worden.<sup>45</sup> Deze verordening wordt kortweg Brussel-II-Vo genoemd en is sedert 1 maart 2001 in werking getreden.<sup>46</sup> Uit het arrest kan afgeleid worden dat de gedinginleidende dagvaarding in kort geding werd ingesteld op 13 februari 2002. Vermoedelijk werd de echtscheidingsvordering tevens op dat ogenblik aanhangig gemaakt zodat de Belgische rechter op grond van art. 2 Brussel-II-Vo internationaal bevoegd was (de laatste echtelijke verblijfplaats lag in België en de eiseres had haar domicilie in België en de verweerder had tevens zijn domicilie in België). Op grond van art. 8 van de Brussel-II-Vo dat handelt over de residuele bevoegdheden (en dus over de mate waarin nationaal bevoegdheidsrecht nog aan bod kan komen), was het Hof verplicht een beroep te doen op de bevoegdheidsgronden uit de Brussel-II-Vo en kon het Belgisch gemeen recht niet toegepast worden.<sup>47</sup> Bovendien dient nog gewezen te worden op de aard van art. 628, 1° Ger.W. die geen regel van internationale bevoegdheid is.<sup>48</sup>

Volledigheidshalve kan hier nog gewezen worden op een nieuwe verordening – afgekort als Brussel-II-bis-Vo<sup>49</sup> – die de Brussel-II-Vo zal vervangen voor echtscheidingsvorderingen ingeleid vanaf 1 maart 2005.<sup>50</sup> Inhoudelijk verschillen de bevoegdheidsgronden inzake echtscheiding in de Brussel-II-bis-Vo niet van deze van de Brussel-II-Vo. De nieuwe

---

<sup>44</sup> Voor een toepassing: Brussel 19 september 1995, *Div. Act.* 1996, 57, met noot. Zie ook: Gent 21 mei 2001, onuitgegeven. Naast het probleem van de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter sprak het Hof zich tevens uit over een probleem van internationale aanhangigheid.

<sup>45</sup> Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, *PB L.* 2000, 160, 19.

<sup>46</sup> Art. 46 Brussel-II-Vo.

<sup>47</sup> Voor een bespreking van art. 8 Brussel-II-Vo zie: V. VAN DEN EECKHOUT, “ ‘Europees echtscheiden’ Bevoegdheid en erkenning van beslissingen op basis van de EG Verordening 1347/2000 van 29 mei 2000” in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS-SENDER, *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, p. 77 e.v.

<sup>48</sup> J. VERHELLEN, “De Echtscheiding” in J. ERAUW, e.a., “Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht 1993-1998”, *T.P.R.* 1998, nr. 96.

<sup>49</sup> Verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000, *PB L.* 2003, 338.

<sup>50</sup> Art. 72 Brussel-II-bis-Vo.



verordening brengt wel veranderingen op het vlak van de internationale bevoegdheid inzake ouderlijke verantwoordelijkheid.

## 2.2. Onderhoudsvorderingen ingeleid na 1 maart 2002: de Brussel-I-Vo

Voor onderhoudsvorderingen ingesteld na 1 maart 2002<sup>51</sup> is de Europese Verordening (EG) nr. 44/2001, kortweg Brussel-I-Vo, van toepassing.<sup>52</sup> Deze verordening is van toepassing op rechtsvorderingen die zijn ingesteld en authentieke akten die zijn verleden na haar inwerkingtreding.<sup>53</sup>

Inhoudelijk zijn de bepalingen in de Brussel-I-Vo omtrent onderhoudsverplichtingen dezelfde gebleven als in het EEX-verdrag. De materie van de onderhoudsverplichtingen jegens kinderen en tussen echtgenoten blijft dus vallen onder de Brussel-I-Vo, tenzij wanneer een dergelijke vordering een voorlopige of bewarende maatregel in de zin van art. 12 Brussel-II-Vo zou zijn.<sup>54</sup>

De communautaire wetgever heeft mogelijke discrepanties opgemerkt, zodat inmiddels een voorstel werd opgesteld tot wijziging van de Brussel-I-Vo wat onderhoudsverplichtingen betreft.<sup>55</sup> Art. 5 lid 2 van de Brussel-I-Vo zou worden uitgebreid waardoor de rechterlijke instanties ten aanzien van onderhoudsverplichtingen bevoegdheid kunnen uitoefenen in alle gevallen waarin de betrokken vordering een bijkomende vordering, verbonden met een vordering betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, is.<sup>56</sup> Dit zou betekenen dat een rechterlijke instantie die bevoegd is om op grond van de Brussel-II-verordening uitspraak te doen omtrent het ouderlijk gezag, tevens bevoegd zou zijn om zich in een bijkomende eis uit te spreken over een vordering tot het bekomen van een onderhoudsbijdrage.

Territoriaal geldt de verordening niet voor Denemarken. Dit betekent dat het EEX-verdrag enkel nog geldt in de relatie met Denemarken. Aangezien het EEX-verdrag in een verordening opgenomen is, geldt de Brussel-I-Vo vanaf 1 maart 2002 ook in de relatie met Zweden, Oostenrijk en Finland. België had voorheen immers nog steeds de toetreding van beide landen bij het EEX-verdrag niet geratificeerd zodat in die relaties nog het EVEX-verdrag gold. De gebonden landen bij de Brussel-I-Vo zijn dus: België, Duitsland, Finland,

---

<sup>51</sup> Art. 76 Brussel-I-Vo.

<sup>52</sup> Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in handelzaken, *PB* 2001 L 12, 1.

<sup>53</sup> Art. 66.1 Brussel-I-Vo.

<sup>54</sup> Voor een verklaring omtrent het verschil in draagwijdte tussen art. 24 EEX en art. 12 Brussel-II-Vo inzake voorlopige en bewarende maatregelen: V. VAN DEN EECKHOUT, "Europees echtscheiden. Bevoegdheid en erkenning van beslissingen op basis van de EG Verordening 1347/2000 van 29 mei 2000" in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGAS SENDER (eds.), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, p. 93.

<sup>55</sup> Verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid en erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 en tot wijziging, wat betreft onderhoudsverplichtingen, van Verordening (EG) nr. 44/2001, (COM 2002), Brussel 3 mei 2002. Te raadplegen op: [www.ipr.be](http://www.ipr.be)

<sup>56</sup> In dit voorstel wordt Verordening nr. 1347/2000 ingetrokken en een nieuwe Brussel-II-Verordening voorgesteld met een uitbreiding van haar toepassingsgebied tot alle vorderingen inzake ouderlijk gezag (en tot afschaffing van het exequatur inzake ouderlijk gezag) hetgeen reeds gebeurd is in de Brussel-II-bis-Vo.



Frankrijk, Griekenland, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, Portugal, Spanje, Verenigd Koninkrijk en Zweden.

Voor verweerders met woonplaats in IJsland, Noorwegen en Zwitserland<sup>57</sup> geldt het Verdrag van Lugano (of het EVEX-verdrag).<sup>58</sup> Het verdrag is bindend voor alle EG-lidstaten. Tussen twee staten geldt het verdrag slechts vanaf de datum dat het voor de beide betrokken Staten in werking is getreden. De artikelen 2 en 5 lid 2 van het EVEX-verdrag bevatten inhoudelijk dezelfde regels als het EEX-verdrag en de Brussel-I-Vo.

Van zodra Polen lid geworden is van de Europese Unie op 1 mei 2004 is niet langer het EVEX-verdrag van toepassing ten aanzien van verweerders met woonplaats in Polen, maar wel de Brussel-I-Vo. De Brussel-I-Vo zal als deel van het “*acquis communautaire*” toepassing vinden in de nieuwe lidstaten vanaf hun toetreding tot de Europese Unie. De totaliteit van geldend primair en secundair gemeenschapsrecht zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie, moet dan door de toetredende lidstaten integraal en met onmiddellijke ingang overgenomen worden.<sup>59</sup>

Voor verweerders met woonplaats buiten de Europese Unie en buiten de nog bestaande EFTA-landen, moeten we terugvallen op het gemeen Belgisch bevoegdheidsrecht. Dit betekent dat de Belgische rechter bevoegd is als de verweerder de Belgische nationaliteit heeft (art. 15 B.W.), als de verweerder woonplaats heeft in België (art. 635 Ger.W.) en als de eiser woonplaats heeft in België (art. 638 Ger.W.) en de vreemde verweerder die bevoegdheid niet kan afwijzen omdat in zijn land een dergelijk forum actoris eveneens bestaat (art. 636 Ger.W.).

### 2.3. Het nieuw gemeen bevoegdheidsrecht : de I.P.R.-codex

Op 7 juli 2003 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>60</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>61</sup> Op 16 juli 2004 is de

<sup>57</sup> Dit zijn de zogenaamde EFTA-landen.

<sup>58</sup> Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Lugano op 16 september 1988, *PB* 1988 L 319, 9. Verder genoemd: EVEX-verdrag. Officieel rapport (Rapport Jenard / Möller): *PB* 1990 C 189, 57. Beiden te raadplegen op [www.ipr.be](http://www.ipr.be).

<sup>59</sup> B. VOLDERS, “Artikel 66 Brussel I en de uitbreiding van de Unie, l’histoire se répète”, *Tijdschrift@ipr.be* 2003, afl. 2, 53-58 en <http://www.ipr.be/tijdschrift.html> (7 mei 2003); ook in *Tijdschrift@ipr.be* 2004, nr. 2, 88-90.

<sup>60</sup> Wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht ingediend in de Senaat op 7 juli 2003, *St. Senaat* 3-27/1, 2003. De tekst van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting zijn ook te raadplegen op [www.ipr.be](http://www.ipr.be).

<sup>61</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.



Wet houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht aangenomen.<sup>62</sup> Hij zal in werking treden vanaf 1 oktober 2004.<sup>63</sup>

Uiteraard blijft ook na de invoering van een Belgische I.P.R.-codex de bestaande Europese verordening als hogere rechtsnorm gelden. De I.P.R.-codex wordt dan het gemeen recht dat vastgelegd was in het Burgerlijk of Gerechtelijk Wetboek.

In de artikelen 5 tot en met 14 van het wetsvoorstel worden de algemene bevoegdheidsregels opgenomen. Specifiek voor onderhoudsverplichtingen gelden naast deze algemene bevoegdheidsregels ook deze voorzien in art. 73. De Belgische rechters zijn ook bevoegd indien de onderhoudsgerechtigde bij de instelling van de vordering zijn gewone verblijfplaats heeft in België of de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige bij de instelling van de vordering Belg zijn (art. 73 § 1). Indien het een bijkomende vordering bij een verzoek inzake de staat van personen betreft, is de Belgische rechter die bevoegd is om van dit verzoek kennis te nemen, ook bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot onderhoud (art. 73 § 2).

Volgens de Memorie van Toelichting I.P.R.-codex is de verwijzing naar de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde verantwoord omdat het ook gebruikt wordt om de toepasselijke wet aan te duiden (zie verder onder 3.2.) en omdat het ook bevestigd wordt door art. 5.2 Brussel-I-Vo. De bevoegdheid gebaseerd op de Belgische nationaliteit van de partijen biedt geëmigreerde Belgen de mogelijkheid hun geschil in België te doen beslechten. Dit criterium wordt in de I.P.R.-codex in het algemeen gehandhaafd in persoonsrechtelijke en familierechtelijke aangelegenheden.<sup>64</sup>

### 3. Toepasselijke wet op een onderhoudsvordering tijdens een echtscheidingsprocedure

#### **3.1. Het Hof paste de Belgische lex fori toe als wet die tevens van toepassing is op de echtscheiding**

In het geannoteerde arrest paste het Hof het Belgisch recht toe op de onderhoudsbijdrage tussen de Spaanse vrouw en de Belgische man met als korte motivering *“op de voorlopige maatregelen hangende de echtscheidingsprocedure kan het Belgisch recht – als lex fori ook toepasselijk op de echtscheiding (artikel 2 en 3 Wet Rolin) – worden toegepast”*.

Over de wet van toepassing op de voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure bestaan verschillende strekkingen: enerzijds verklaart men de wet van toepassing die op de

---

<sup>62</sup> Wet houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht van 16 juli 2004, *B.S.* 27 juli 2004.

<sup>63</sup> Art. 140 I.P.R.-codex

<sup>64</sup> Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht ingediend in de Senaat op 7 juli 2003, *St. Senaat* 3-27/1, 2003 (verder afgekort als Memorie van Toelichting IPR-codex), p. 104, te raadplegen op [www.ipr.be](http://www.ipr.be).



definitieve regeling van toepassing zou zijn (in casu de onderhoudsbijdrage tijdens het huwelijk) en anderzijds past men de *lex fori* als “*loi d’application immédiate*” toe.<sup>65</sup>

### *Toepassing van de eigen aanknopingscategorie als zou het een definitieve maatregel zijn*

Een voorbeeld van de eerste strekking is terug te vinden in een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Namen dat duidelijk stelde dat de voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure onderworpen zijn aan de gemeenschappelijke nationale wet van de partijen en bij gebreke hieraan aan de wet van de gemeenschappelijke woonplaats van de echtgenoten.<sup>66</sup> Anders stelde de rechter in kort geding te Brussel – specifiek voor onderhoudsbijdragen – dat de wet van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde van toepassing was op een provisionele onderhoudsbijdrage met als motivering dat deze wet het best rekening houdt met de economische en sociale werkelijkheid.<sup>67</sup>

Dat er disparate rechtspraak (en ook de rechtsleer) bestaat over de wet van toepassing op onderhoudsverplichtingen tussen echtgenoten van verschillende nationaliteit, blijkt reeds uit deze twee gerechtelijke uitspraken. Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen onderhoudsvorderingen tijdens het huwelijk (en dus tijdens de echtscheidingsprocedure) en ná de echtscheiding.<sup>68</sup>

Er bestaat weinig discussie over dat de vordering tot het bekomen van een onderhoudsbijdrage ingesteld tijdens een echtscheidingsprocedure moet gekwalificeerd worden als een persoonsrechtelijk gevolg van het huwelijk. De huwelijksband waaruit de verplichting voortvloeit, bestaat immers nog.

Moelijker is de vraag of de onderhoudsverplichting als persoonsrechtelijk gevolg beheerst wordt door de rechtspraak van het Hof van Cassatie inzake het I.P.R. van het primair statuut. In het primair statuut worden immers zowel aspecten van persoonsrechtelijke als huwelijksvermogensrechtelijke aard geregeld. Het Hof van Cassatie heeft in het arrest van 25 mei 1992 uitspraak gedaan over de aard van art. 224 § 1 B.W.<sup>69</sup> Uit dit arrest kan vooreerst afgeleid worden dat de fixatie van de aanknopingsfactor (nationaliteit bij uninationale huwelijken en verblijfplaats bij gemengde huwelijken) gebeurt op het ogenblik van het ontstaan van het geschil en niet op het ogenblik van het aangaan van het huwelijk zoals voor de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk.<sup>70</sup> Voor het overige meende het Hof dat deze bepaling uit het primair statuut zo nauw met het huwelijk en de gevolgen ervan verbonden is dat ze moet worden beschouwd als een regeling betreffende de staat van

<sup>65</sup> Zie de rechtspraak en rechtsleer geciteerd in H. JACOBS, “Overzicht van rechtspraak (1995-2002) – De echtscheiding in het internationaal privaatrecht (deel 1)”, *E.J.* 2003, nr. 32.

<sup>66</sup> Rb. (Kg.) Namen 22 september 2000, *Rev.dr.étr.* 2000, 678.

<sup>67</sup> Rb. (Kg.) Brussel 28 februari 2000, *Rev.trim.dr.fam.* 2001, 692, noot M. FALLON.

<sup>68</sup> F. DE BOCK annoteerde tevens het arrest van 16 oktober 2003 en besprak in haar noot de rechtspraak inzake onderhoudsverplichtingen na echtscheiding: “Het bepalen van rechtsmacht en toepasselijk recht inzake de onderhoudsvordering tijdens de echtscheidingsprocedure tussen echtgenoten van verschillende nationaliteit”, *RABG* 2004/8, 488-492.

<sup>69</sup> Cass. 25 mei 1992, *R.W.* 1992-93, 332; *T. Not.* 1992, 432, met noot F. BOUCKAERT.

<sup>70</sup> Over de fixatie van de aanknopingsfactor inzake huwelijksvermogensrecht op het ogenblik van het huwelijk: inzake renvoi: Rb. Luik 7 maart 1994, *Rev.trim.dr.fam.* 1996, 90; inzake intertemporeel conflictenrecht: Cass. 9 september 1993, *J.L.M.B.* 1994, 398, met noot M. LIENARD-LIGNY.





personen. Aangezien het in het betrokken geval om een gemengd huwelijk ging (zoals in het geannoteerde arrest ook het geval is), besloot het Hof aan te knopen bij de wet van de *eerste* echtelijke verblijfplaats.

In het arrest van het Hof van Cassatie van 16 juni 1994 dat uitspraak doet over de vordering met betrekking tot de gezinswoning en met betrekking tot de onderhoudsverplichtingen tussen gewezen echtgenoten, wordt nog steeds het onderscheid tussen beide gevolgen gemaakt.<sup>71</sup> Het arrest stelt wel duidelijk dat de onderhoudsverplichting na echtscheiding beheerst wordt door de wet tot regeling van het personeel statuut van de gewezen echtgenoten en dus nog een personeel gevolg van het huwelijk is. Aangezien de beide echtgenoten de Italiaanse nationaliteit hadden werd de gemeenschappelijke Italiaanse wet toegepast. Deze uitspraak maakte evenwel nog steeds niet duidelijk of de eerste dan wel de laatste echtelijke verblijfplaats moest toegepast worden.

Volgens een belangrijk deel van de rechtsleer moet op de onderhoudsvordering na echtscheiding bij echtgenoten van verschillende nationaliteit aangeknoopt worden bij de wet van de *actuele* huwelijksdomicilie.<sup>72</sup> Deze auteurs leiden dit af uit het arrest van het Hof van Cassatie van 17 oktober 2002<sup>73</sup> inzake onderhoudsvorderingen ná echtscheiding. M.i. heeft het Hof van Cassatie in dit laatste arrest evenwel niet met zoveel woorden gesteld dat in geval van een gemengd huwelijk de wet van de actuele echtelijke verblijfplaats van toepassing is.<sup>74</sup> Het Hof heeft het aangevoerde middel afgewezen wegens gebrek aan belang, hetgeen op zich niet betekent dat de door de verzoeker gesuggereerde toepassing van het Portugese recht, in casu de wet van de laatste echtelijke verblijfplaats, aanvaard werd.<sup>75</sup> De afwijzing door het Hof betekent enkel dat mocht het middel gegrond geweest zijn, het geschil niet tot een andere oplossing zou geleid hebben, zodat het verzoek diende afgewezen te worden als onontvankelijk wegens gebrek aan belang.

### *Vervangende rol van de lex fori*

De praktijk past vaak onmiddellijk Belgisch recht toe als de wet van toepassing op de procedure. Men doet dit omwille van de hoogdringendheid en het praktische obstakel dat vreemd recht eenvoudig niet voorhanden is. Het geannoteerde arrest doet dit eigenlijk ook, maar knoopt aan bij de Belgische wet door een andere redenering. In het geannoteerde arrest oordeelt het Hof niet vooruit te lopen op de echtscheiding aangezien de echtscheiding al bij

<sup>71</sup> Cass. 16 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 985; zie voor een bespreking: K. LAMBEIN, "Het Huwelijksvermogensrecht" in J. ERAUW, e.a., "Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht 1993-1998", *T.P.R.* 1998, nr. 84 en J. VERHELLEN, "De Echtscheiding", *l.c.*, nr. 110.

<sup>72</sup> F. BOUCKAERT, "Echtscheidingsgevolgen, onderhoudsgeld en "renvoi", Kantmeldingen bij het arrest van het Hof van Cassatie van 17 oktober 2002", *tijdschrift @ipr.be* nr. 4/2003, 71, voetnoot 2; *tijdschrift@ipr.be* 2003, nr. 1, noot M. FALLON; B. VOLDERS, "Verwijzingsregels voor alimentatievragen na echtscheiding en renvoi", *R.W.* 2002-2003, 1508; F. DE BOCK, *l.c.*, nr. 5.

<sup>73</sup> Cass. 17 oktober 2002, *R.W.* 2002-2003, 1508, noot B. VOLDERS; *tijdschrift@ipr.be* 2003, nr. 1, noot M. FALLON; *E.J.* 2003, 2, noot M. TRAEEST.

<sup>74</sup> Het arrest zegt letterlijk: "(...) terwijl de rechter, aldus het middel, toepassing had moeten maken van de Portugese wet, de wet van de laatste echtelijke verblijfplaats van de partijen (...)". Het Hof citeert hier enkel het middel en besluit verder dat dit middel (in de veronderstelling dat het correct zou zijn) niet tot een andere oplossing van het geschil zou leiden. Verder gaat het arrest niet.

<sup>75</sup> Zie hierover ook noot van M. TRAEEST onder Cass. 17 oktober 2002, *E.J.* 2003, 2.





een in kracht van gewijsde getreden vonnis is uitgesproken en knoopt aan bij de echtscheidingswet die bekomen werd via de wet Rolin van 27 juni 1960.<sup>76</sup> De wet Rolin geeft de wet aan die van toepassing is op de echtscheiding, maar regelt geenszins de voorlopige maatregelen tijdens de echtscheiding noch de gevolgen van de echtscheiding. De toepassing van de echtscheidingswet werd eerder in de rechtsleer bepleit voor onderhoudsvorderingen na echtscheiding<sup>77</sup>, maar niet voor onderhoudsvorderingen tijdens de echtscheidingsprocedure.

In een arrest van het Hof van Cassatie van 12 december 1985 zijn de krijtlijnen uiteengezet waaronder de vrederechter op grond van art. 223 B.W. (of naar analogie de voorzitter in kort geding op grond van art. 1280 Ger.W., zoals *in casu*) de *lex fori* in plaats van de normaal toepasselijke wet mocht toepassen voor het nemen van dringende en voorlopige maatregelen.<sup>78</sup> De normaal toepasselijke wet mag in dringende gevallen worden vervangen door de *lex fori* voor zover de vreemde wet niet kan worden toegepast en voor zover de *lex fori* de normaal toepasselijke wet slechts voorlopig vervangt. Bij gebrek aan tijd voor het vereiste opzoekingswerk gelet op de urgentie en voor zover de regeling maar voorlopig is, mag dus de *lex fori* de normaal toepasselijke wet vervangen. Nergens in het geannoteerde arrest wordt deze oefening gedaan. Het Hof motiveert nergens welke de normaal toepasselijke wet is, maar past automatisch de Belgische wet toe als *lex fori* en als wet die van toepassing was op de echtscheiding (die in middels definitief geworden was).

### 3.2. Het nieuwe recht : de I.P.R.-codex

Na de inwerkingtreding van de nieuwe I.P.R.-codex op 1 oktober 2004 is de oplossing van het huidig geschil veel eenvoudiger. De vordering tot het bekomen van een onderhoudsbijdrage wordt geregeld in een afzonderlijk hoofdstuk VI. Dit hoofdstuk van het wetboek voorziet in een regeling voor onderhoudsbijdragen ten aanzien van zowel kinderen als tussen echtgenoten.

Het wetboek bevat autonome conflictenregels met betrekking tot onderhoudsbijdragen, ongeacht de juridische omkadering, huwelijk, echtscheiding, bloedverwantschap,...<sup>79</sup> De memorie van toelichting stelt uitdrukkelijk dat het wetboek de toepassing van de echtscheidingswet op relaties tussen gewezen echtgenoten uitsluit.<sup>80</sup> De vordering tot het bekomen van een onderhoudsbijdrage tijdens de echtscheidingsprocedure vloeit nog voort uit het huwelijk en zal dus vallen onder dit bijzonder hoofdstuk.

<sup>76</sup> Wet van 27 juni 1960, B.S. 9 juli 1960.

<sup>77</sup> J. ERAUW, *Beginselen van Internationaal Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 177; A. HEYVAERT, *Belgisch Internationaal Privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 1995, nr. 288.

<sup>78</sup> Cass. 12 december 1985, *R.W.* 1986-87, 99 met noot J. ERAUW. In de annotatie werd uiteengezet dat de uitspraak van het Hof van Cassatie niet beperkt hoeft te worden tot de dringende en voorlopige maatregelen met betrekking tot de kinderen, maar tevens van toepassing is op maatregelen inzake alimentatie en relaties tussen echtgenoten.

<sup>79</sup> B. VOLDERS, "Verwijzingsregels voor alimentatievragen na echtscheiding en renvoi", *R.W.* 2002-2003, p. 1508; F. BOUCKAERT, "Echtscheidingsgevolgen, onderhoudsgeld en "renvoi" – Kantmeldingen bij het arrest van het Hof van Cassatie van 17 oktober 2002", *tijdschrift @ipr.be* 4/2003, 71-75.

<sup>80</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, 105.



Art. 74 § 1 I.P.R.-codex schrijft de toepasselijke wet voor bij gebreke aan keuze in een overeenkomst tot verstrekking van onderhoud en knoopt voornamelijk aan bij de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde. De onderhoudsverplichting wordt beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied de onderhoudsgerechtigde op het tijdstip dat ze wordt ingeroepen zijn gewone verblijfplaats heeft. De onderhoudsverplichting wordt evenwel beheerst door het recht van de staat waarvan de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige op het tijdstip dat deze wordt ingeroepen de nationaliteit hebben, indien de onderhoudsplichtige op dat tijdstip zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van die staat heeft. Deze laatste bepaling is bedoeld voor het bijzondere geval waarin de rechthebbende naar het buitenland is vertrokken terwijl nochtans alle feitelijke elementen in de staat van herkomst gelokaliseerd blijven: het wetboek wil voorkomen dat een loutere verhuizing van de persoon die aanspraak maakt op levensonderhoud, gevolg kan hebben voor het toepasselijk recht.<sup>81</sup> Wanneer de partijen niet dezelfde nationaliteit hebben en de onderhoudsgerechtigde zou naar het buitenland vertrokken zijn louter om gevolgen te verkrijgen die hij niet zou hebben bekomen door verder in het land van herkomst te verblijven, biedt het wetboek de mogelijkheid om de exceptie van wetontduiking (art. 18) en zelfs de uitzonderingsclausule (art. 19) in te roepen.

In de tweede paragraaf van art. 74 wordt een correctie ingebouwd voor het geval het aangewezen rechtsstelsel geen recht op onderhoudsgeld zou toekennen aan de onderhoudsgerechtigde. In dat geval wordt de onderhoudsverplichting jegens een echtgenoot beheerst door het recht van de staat waarvan de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige de nationaliteit hebben op het tijdstip dat zij wordt ingeroepen. Indien dat recht geen onderhoudsgeld toekent, wordt Belgisch recht toegepast.

De partijen kunnen ook een overeenkomst tot onderhoud sluiten.<sup>82</sup> De partijen bij een overeenkomst tot onderhoudsverstrekking voortvloeiend uit ouderschap, huwelijk of verwantschap, kunnen kiezen tussen twee toepasselijke rechtsstelsels: het recht van de staat waarvan op het tijdstip van die keuze één van hen de nationaliteit heeft of op wiens grondgebied op dat tijdstip één van hen zijn gewone verblijfplaats heeft (art. 75 § 1).

Bij gebreke van keuze wordt de overeenkomst beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied de onderhoudsgerechtigde bij het sluiten van de overeenkomst zijn gewone verblijfplaats heeft. Zij wordt evenwel beheerst door het recht van de staat waarvan de onderhoudsgerechtigde en de onderhoudsplichtige bij het sluiten van de overeenkomst de nationaliteit hebben, wanneer de onderhoudsplichtige op dat ogenblik zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van die staat heeft (art. 75 § 2).

De overeenkomst is geldig naar vorm indien zij in overeenstemming is met het recht dat krachtens de voorgaande paragrafen van toepassing is (*lex causae*) of met het recht van de staat op wiens grondgebied zij is gesloten (*locus regit actum*) (art. 75 § 3).

---

<sup>81</sup> Memorie van Toelichting I.P.R.-codex, p. 105.

<sup>82</sup> Familierechtelijke overeenkomsten kunnen ook gesloten worden in het kader van een procedure tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed. Of een voorafgaande overeenkomst in die procedures vereist is, wordt geregeld door de wet die van toepassing is op de echtscheiding (art. 56 I.P.R.-codex).



Het recht van toepassing op de onderhoudsverplichting bepaalt (art. 76 § 1)<sup>83</sup>: 1° in welke mate en van wie de onderhoudsgerechtigde onderhoud kan vorderen; 2° wie de vordering tot onderhoud kan instellen en binnen welke termijn zulks moet geschieden; 3° of en onder welke voorwaarden het onderhoud kan worden gewijzigd; 4° de oorzaken voor het tenietgaan van het recht op onderhoud; 5° de grenzen van de verplichtingen van de onderhoudsplichtige wanneer de persoon die onderhoud aan de onderhoudsgerechtigde heeft verschaft, hiervan terugbetaling vordert. De subrogatie in de rechten van de schuldeiser ten voordele van een derde die hem heeft vergoed, wordt beheerst door het recht toepasselijk op de verbintenis van de derde om die schuldeiser te vergoeden, onverminderd paragraaf 1, 5° (art. 76 § 2). Het is evident dat de onderhoudsschuldeiser maar recht heeft op een bedrag zoals voorzien in het recht dat toepasselijk is op de onderhoudsverplichting.

De nieuwe codex is innoverend door een *autonome* verwijzingsregel voor onderhoudsvorderingen in te voeren, ongeacht de aard van de onderhoudsbijdrage (tussen echtgenoten, na echtscheiding, ten aanzien van kinderen, ...). Passen we op de voorliggende casus de nieuwe wet toe dan is de kwalificatie van de vordering en de toepasselijke verwijzingsregel eenvoudig: de onderhoudsverplichting wordt beheerst door het recht van de staat op wiens grondgebied de Spaanse echtgenote op het tijdstip dat ze wordt ingeroepen haar gewone verblijfplaats heeft, dus Belgisch recht.

Katja Jansegers  
Assistente I.P.R. UGent  
Advocaat balie Gent

---

<sup>83</sup> Voor de opmaak van deze lijst heeft art. 10 van het Verdrag van Den Haag van 2 oktober 1973 model gestaan.



# Hildegard Schmidt - Nog drie maanden een dilemma voor de ambtenaar van de burgerlijke stand

Ingaan op een maatschappelijke trend: de omzendbrief van 23 januari 2004 betreffende de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht.

## 1. Inleiding - Actualiteit

Sedert 1 juni 2003 is het mogelijk voor personen van hetzelfde geslacht om met elkaar te huwen<sup>1</sup>. De wet van 13 februari 2003<sup>2</sup> stelt het huwelijk immers open voor personen van hetzelfde geslacht. Daarmee volgt de Belgische wetgever, net zoals de Nederlandse, een maatschappelijke tendens. Het huwelijk is vandaag namelijk veeleer een veruiterlijking van een innige band tussen twee personen, dan dat het nog zo gericht is op het procreatief karakter. Om die reden moet een zo groot mogelijke gelijkheid worden nagestreefd tussen partners van verschillend en partners van hetzelfde geslacht<sup>3</sup>.

Om te beantwoorden aan die maatschappelijke trend – *het wegwerken van de ongelijkheid tussen heteroseksuele en homoseksuele partners*<sup>4</sup> – had de wetgever keuze tussen twee mogelijkheden: een soortgelijke rechtsfiguur creëren of het huwelijk openstellen voor personen van hetzelfde geslacht. De wetgever in België heeft gekozen voor het openstellen van het huwelijk<sup>5</sup>. Daarmee is hij niet ingegaan op tal van bemerkingen die zowel door de Raad van State als door de rechtsleer werden geopperd<sup>6</sup>. Wat is in ons rechtstelsel echter de (juridische) essentie van het huwelijk? Zonder dat te willen verdiepen – deze bijdrage wil zich beperken tot de problemen van internationaal-privaatrechtelijke aard naar aanleiding van de wet en de omzendbrief – kan men toch stellen dat het huwelijk vooral een zekerheid en een kader geeft over de afstamming<sup>7</sup>. Op grond van het geldende recht wordt immers vermoed dat het kind geboren binnen het huwelijk, de echtgenoot tot vader heeft<sup>8</sup>. Bovendien vloeien er uit het huwelijk een aantal verplichtingen voort ten aanzien van die kinderen en ten aanzien van de echtgenoten jegens elkaar en hun ascendenten. Dit geldt niet zo voor de homoseksuele huwelijken. Volgens de Raad van State is het uitgangspunt van de redenering van de wetgever foutief inzake een beweerde discriminatie wegens de onmogelijkheid voor partners van hetzelfde geslacht om te huwen<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Voor een eerste commentaar zie SENAËVE, P., “De Wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht”, *E.J.*, 2003, 4, p.50.

<sup>2</sup> Wet 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.*, 28 februari 2003.

<sup>3</sup> Wetsvoorstel tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *Gedr. St.*, Senaat, 2001-2002, 1173/1, p. 2.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Dat is ook de oplossing die gekozen werd in Denemarken, Zweden, Bondsrepubliek Duitsland. Voor een wetenschappelijke benadering van deze problematiek zie SENAËVE, P. en COENE, E., *Geregistreerd partnerschap. Pleidooi voor de institutionalisering van de homoseksuele tweerelatie*, Antwerpen, Maklu, 1998, 256 p.

<sup>6</sup> Zie over de essentie van het huwelijk: DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4<sup>e</sup> uitgave, Brussel, Bruylant, 1990, II, Vol. I, nr. 502, p. 526.

<sup>7</sup> Zie Renchon, p. 43 – 44, *Gedr. St.*, Senaat, 1173/3.

<sup>8</sup> Art. 315 B.W.

<sup>9</sup> Wetsvoorstel tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *Adv. R. v. St.*, *Gedr. St.*, Kamer, 2001-2002, 1692/001, p. 18 en 22: “De grondwettelijke regels inzake de gelijkheid van de Belgen en inzake niet-discriminatie, vastgelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, sluiten niet uit dat voorzien wordt in een verschillende behandeling van bepaalde categorieën van personen, voorzover het criterium van onderscheid objectief en redelijkerwijs kan worden verantwoord. Het bestaan van een zodanige verantwoording moet worden nagegaan rekening houdend met de strekking en de gevolgen van de betwiste



De situatie van een homoseksueel paar is immers niet dezelfde als die van een heteroseksueel paar, zegt de Raad.

De Wet Openstelling Huwelijk wijzigde de geslachtsvoorwaarde; voortaan kunnen ook personen van hetzelfde geslacht een huwelijk aangaan. De wet wijzigde als gevolg daarvan ook een aantal artikelen in het Burgerlijk Wetboek in verband met de huwelijksbeletsels. De wet wijzigt niets inzake afstamming. Kinderen in een homohuwelijk hebben derhalve niet automatisch de beide echtgenoten als ouder. Wat belangrijk is: de wet wijzigt evenmin de regels aangaande de principes van het internationaal privaatrecht. Daar werd bovendien tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de wet extra op gewezen<sup>10</sup>. Nochtans verscheen er naast de Wet Openstelling Huwelijk eveneens een veel recentere omzendbrief<sup>11</sup> die wel poogt bepaalde principes van het internationaal privaatrecht te wijzigen<sup>12</sup>.

## 2. Het huwelijk in de internationale context

Als twee Belgen van hetzelfde geslacht in België huwen, is er geen probleem. Maar dat verandert wanneer een van de aanstaande echtgenoten geen Belg is, of wanneer het huwelijk buiten België gesloten wordt. We bevinden ons dan in een situatie met een vreemd element. In een dergelijke situatie moeten de regels van internationaal privaatrecht worden aangewend<sup>13</sup>. In België wordt er gekozen voor het persoonlijk statuut van de betrokkene. Er wordt dus aangeknoopt bij de nationaliteit van de vreemdeling en diens nationale wet<sup>14</sup>. De wetgever wenste die regel niet te wijzigen<sup>15</sup>. De aanknopingsfactor en de verwijzing worden bijgevolg door de Wet Openstelling Huwelijk ongemoeid gelaten.<sup>16</sup>

---

*maatregel, alsook met de aard van de beginselen waarvan sprake is; het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden indien vaststaat dat er geen redelijk proportionaliteitsverband bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. [...] [D]e situatie van een homoseksueel paar [is] niet dezelfde als die van een heteroseksueel paar. [...] Daarom ook is het verkieslijk zich de moeite te getroosten, wat voorzeker soms enigszins zwaar uitvalt, om nieuwe rechtsfiguren op te zetten, veeleer dan dat aan het beoogde doel wordt voorbijgegaan omdat men geoordeeld heeft dat de eigenheid van een bestaande rechtsfiguur onbeperkt kan worden uitgehold teneinde te beantwoorden aan de bedoeling van de steller van het ontwerp.”*

<sup>10</sup> Gedr. St., Senaat, 2001-2002, 1173/1, p. 4 –5. “Dit voorstel raakt niet aan de inzake het huwelijk geldende principes van het internationaal privaatrecht. ...”

<sup>11</sup> Omz. 23 januari 2004 tot vervanging van de circulaire (*sic!*) van 8 mei 2003 betreffende de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, B.S. 27 januari 2004.

<sup>12</sup> Voor een eerste commentaar zie TRAEST, M., “De omzendbrief van 23 januari 2004 betreffende het homohuwelijk of: hoe een omzendbrief Belgische conflictenregels wil wijzigen, *E.J.*, 2004, 3, p. 49 – 52.

<sup>13</sup> KEGEL, G. en SCHURIG, K., *Internationales Privatrecht*, München, Beck, 8ste uitgave, 2000, p. 4: “*Internationaal privaatrecht (IPR) is het geheel van rechtsregels die bepalen van welke Staat het privaatrecht moet worden aangewend. IPR is noodzakelijk zolang er a) verschillende Staten bestaan en b) er in die Staten elk hun eigen privaatrechtelijke regels gelden.*” De oplossingen voor IPR kunnen zowel vanuit cultureel standpunt worden opgevat met respect voor de cultuur van “het vreemde element” als vanuit het oogpunt van de wederkerigheid. De rechtsorde heeft respect voor de vreemde rechtsorde met het oog op wederkerigheid. Zie MEEUSEN, J., *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, Intersentia, Antwerpen, 1997, 565 p.; VAN DEN EECKHOUT, V., *De wisselwerking tussen materieel recht en internationaal privaatrecht: eenrichtings- of tweerichtingsverkeer?*, *R.W.*, 1999-2000, p. 1249 – 1265. Het internationaal privaatrecht blijft evenwel nationaal. Het gaat om een Belgische oplossing voor grensoverschrijdende gevallen.

<sup>14</sup> Art. 3 B.W.; Cass., 19 januari 1882, *Pas.*, 1882, I, 36; “*De wetten betreffende de staat en de bekwaamheid van de personen volgen de vreemdeling in België, tenzij die wetten in strijd zijn met de Belgische internationale openbare orde.*”

<sup>15</sup> Gedr. St., Kamer, 2002-2003, 2165/002, p. 19: “*De minister verduidelijkt dat, overeenkomstig de algemene principes van het internationaal privaatrecht, dit wetsontwerp niet van toepassing is op buitenlanders die in België resideren. Krachtens het internationaal privaatrecht kan het homohuwelijk ook voor buitenlanders gelden, mits hun eigen status zulks mogelijk maakt.*”

<sup>16</sup> Gedr. St., Senaat, 2001-2002, 1173/1, p. 2: “*Dit voorstel raakt niet aan de inzake het huwelijk geldende principes van internationaal privaatrecht. Aldus is het huwelijk, ook voor personen van hetzelfde geslacht, slechts mogelijk wanneer door beide partijen is voldaan aan de door hun persoonlijk statuut voorgeschreven grondvoorwaarden om een huwelijk te mogen aangaan.*”





Om het toepasselijke recht te bepalen wordt de rechtsfiguur van het huwelijk gesplitst en gelden er verschillende regels. Er wordt een verschil gemaakt tussen de vormvoorwaarden van het huwelijk en de grondvoorwaarden. Het beginsel van de vormvoorwaarden is *locus regit actum*: de wet van de plaats waar het huwelijk wordt gesloten<sup>17</sup>. Dat betekent dus concreet dat ongeacht de nationaliteit van de personen, het huwelijk in België gesloten, naar de vorm volgens de Belgische wet moet worden gesloten.

De grondvoorwaarden betreffen de toelaatbaarheidsvoorwaarden van het huwelijk. Voor de grondvoorwaarden wordt er aangeknoopt bij de nationaliteit<sup>18</sup>. Gaat het om echtgenoten van dezelfde nationaliteit, dan is de gemeenschappelijke nationale wet van toepassing van de toekomstige echtgenoten. Zijn de echtgenoten van verschillende nationaliteit, dan moet men een distributieve toepassing maken van de wetten. Elk van de echtgenoten moet voldoen aan de door zijn nationale wet gestelde voorwaarden. Toch zijn er bepaalde huwelijksbeletsels die kunnen doorwerken naar de andere echtgenoot en die op de twee hoofden tegelijk slaan<sup>19</sup>.

Ondanks correcte toepassing van de verwijzingsregels kunnen er zich in het internationaal privaatrecht toch constellaties voordoen die aanleiding geven tot problemen. Wij brengen aan die zopas gegeven verwijzingsregel modificaties aan, met de exceptie van internationaal-privaatrechtelijke openbare orde, het *renvoi*<sup>20</sup> en het *conflict mobile*<sup>21</sup>.

Het kan gebeuren dat het toepasselijke vreemde recht niettemin toch wordt opzijgezet op grond van de toepassing van internationale openbare orde. Dat is het geval wanneer de toepassing van het vreemde recht tot resultaten zou leiden die onze rechtsorde onaanvaardbaar vindt.

De exceptie van internationale openbare orde stelt gewoon het vreemde recht buiten werking op het punt waar het ons tegen de borst stuit. Dat werd reeds in 1950 door het Hof van Cassatie gesteld<sup>22</sup>. Ook hier geldt dat de internationale openbare orde een nationaal begrip is, dat zelfs beperkter is dan de interne openbare orde. Het gaat alleen om “die bepalingen die een wezenlijk beginsel van de ethische, politieke of economische ordening van de gemeenschap uitdrukken [en daarom] het ingrijpen van de internationaal-privaatrechtelijke exceptie van openbare orde rechtvaardigen”<sup>23</sup>. Voor de internationale openbare orde wordt steeds *in concreto* geoordeeld. In de plaats van de rechtsregel die buiten werking wordt gesteld, wordt Belgisch recht in de plaats gesteld<sup>24</sup>.

---

<sup>17</sup> ERAUW, J., CLAEYS, M., LAMBEIN, K., ROOX, K. en VERHELLEN, J., Internationaal privaatrecht en Nationaliteitsrecht 1993 – 1998, Overzicht van rechtspraak, T.P.R., p. 1394, §2: “Een huwelijk is naar vorm geldig wanneer het werd gesloten met inachtneming van de pleegvormen voorgeschreven door de wet van de plaats van de huwelijksvoltrekking. De verwijzingsregel *locus regit actum* werd bevestigd in diverse uitspraken.” Zie aldaar gecit. rechtspraak.

<sup>18</sup> Artikel 3, lid 3 B.W. Bij personen met verschillende nationaliteit moet dus eerst worden uitgemaakt welke hun effectieve nationaliteit is.

<sup>19</sup> Voorbeeld: de graad van aanverwantschap

<sup>20</sup> Het kan dat volgens de Belgische verwijzingsregel de buitenlandse wet van toepassing is, maar dat die zelf verwijst naar een ander recht. Er bestaan twee vormen van *renvoi*. Het volgens de Belgische wet toepasselijke recht verwijst terug naar de Belgische wet; men noemt dit *renvoi simple* (vb. iemand van de Britse nationaliteit wenst in België te trouwen met een Belg of iemand van een andere nationaliteit). *Renvoi au second degré* bestaat wanneer het volgens de Belgische wet toepasselijke vreemde recht verder verwijst naar een andere wet van een derde land.

<sup>21</sup> *Conflict mobile* doet zich voor wanneer er zich een verandering van aanknopingsfactoren voordoet.

<sup>22</sup> Cass., 4 mei 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 624.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> D’HAeyer, I., *Overzicht van het Belgische IPR*, Gent, Mys en Breesch, 1992, p. 21.





### 3. Problemen bij het toepassen van de verwijzingsregels

#### **a. Huwelijk tussen vreemdelingen of tussen een vreemdeling en een Belg in België**

Aangezien nog maar weinig Staten het huwelijk tussen partners van gelijk geslacht hebben erkend, rijzen er een aantal hypothesen.

- De nationale wet van de echtgenoten kan het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht in rechte toelaten: ofwel geldt de gezamenlijke nationale wet van de beide echtgenoten (indien zij dezelfde nationaliteit hebben) ofwel wordt een distributieve toepassing gemaakt. Indien elke echtgenoot volgens de door zijn nationale wet gestelde voorwaarden gelijkslachtig mag huwen, dan is er geen probleem.

- Is volgens de nationale wet van een van de echtgenoten het huwelijk enkel mogelijk tussen personen van verschillend geslacht, dan is het huwelijk ontoelaatbaar, aangezien aan de grondvoorwaarden van het verschillend geslacht niet is voldaan.

- De nationale wet van de echtgenoten kan naar de Belgische wet verwijzen (*renvoi*): ook dan is er geen probleem, want de Belgische wet mag worden toegepast. Het gebruik van de terugverwijzing is goed onder het huidige Belgische recht.

#### **b. Huwelijk tussen een Belg en een vreemdeling in het buitenland**

Hier moeten de verwijzingsregels van de desbetreffende Staat worden gehanteerd. Het kan zijn dat het huwelijk niet toelaatbaar is, vanuit het oogpunt van het internationaal privaatrecht van dat betrokken vreemde land.

#### **c. Vestiging in het buitenland na een huwelijk in België**

Er kunnen nog problemen rijzen, vooral wanneer het huwelijk geldig werd gesloten in België maar de echtgenoten zich in het buitenland vestigen. Ook hier bestaan weer verschillende constellaties. De echtgenoten vestigen zich in de Staat van de nationaliteit van één van de huwelijkspartners. Het kan zijn dat die Staat het huwelijk tussen personen van gelijk geslacht niet erkent. Dat gevaar bestaat ook wanneer de echtgenoten verhuizen naar een derde Staat.

#### **d. Soortgelijke rechtsfiguren**

Een verder probleem bestaat met de soortgelijke rechtsfiguren. In haast alle andere Staten werd niet het huwelijk opgesteld voor gelijkslachtige partners, maar werden er nieuwe rechtsfiguren in het leven geroepen die hetzelfde doel beogen: de gemeenschap van twee personen van hetzelfde geslacht juridisch te erkennen. Sommige van die rechtsfiguren zouden kunnen worden gelijkgeschakeld met het opgestelde huwelijk naar Belgisch recht. In het verleden werden inzake echtscheiding sommige soortgelijke rechtsfiguren onder strikte voorwaarden erkend<sup>25</sup>. Zonder dat hierover reeds uitsluitel

<sup>25</sup> Cass., 11 december 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 204, *R.W.*, 1995-96, 1339, noot Erauw, J.



werd gegeven door de rechtbanken, kan worden aangenomen dat zulks wellicht het geval zal zijn wanneer de vreemde rechtsfiguren sterk gelijkend op het huwelijk, d.w.z. wanneer ze inderdaad gelijk van aard zijn, en bv. een effect op de status hebben<sup>26</sup>.

### e. Besluit over de oprijzende rechtsvragen

Het lijkt erop dat door de toepassing van het internationaal privaatrecht aanstaande huwelijkskandidaten verschillend zullen worden behandeld op grond van hun persoonlijk statuut. Enkel wanneer hun nationale wet het zou toelaten, zouden de aanstaande huwelijkskandidaten met elkaar in het huwelijk kunnen treden in België. Toch kan men niet gewagen van discriminatie, omdat de rechtsverhoudingen met een vreemd element onderworpen worden aan andere rechtsregels dan de interne rechtsverhoudingen<sup>27</sup>. Het verschil in behandeling wordt in het geval van de mogelijkheid voor personen van hetzelfde geslacht tot het aangaan van een huwelijk; verantwoord doordat de rechtsregeling berust op hun nationale wet. Zoals reeds hoger werd gesteld, volgen niet alle Staten dezelfde maatschappelijke ontwikkelingen op juridisch vlak. De erkenning van een dergelijk huwelijk dat wij in België zouden sluiten, is zeker niet gegarandeerd voor het vaderland. Deze in België aangegane rechtsverhouding is bijgevolg hinkend<sup>28</sup>.

Deze hinkende huwelijken hebben een beperkte ruimtelijke gelding. De betrokkenen zullen met praktische en juridische problemen worden geconfronteerd wanneer zij zich vestigen in het buitenland. De Nederlandse Raad van State stelt daarom uitdrukkelijk voor dat “[d]e oplossing enerzijds [moet worden] gezocht in de voorlichting aan de aanstaande echtgenoten van hetzelfde geslacht over het probleem van de “hinkende rechtsverhouding” en anderzijds in het opstellen van eigen internationaal-privaatrechtelijke regels.<sup>29</sup>” Ook in België acht de Minister van Justitie het noodzakelijk dat de ambtenaar van burgerlijke stand de aanstaande echtgenoten wijst op de

<sup>26</sup> Zie SENAËVE, P., De wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht, *E.J.*, 2003, 50-62: “Het zou toch al te absurd, willekeurig en onrechtvaardig zijn dat bijvoorbeeld een Belgische vrouw en een Deense vrouw – of een Belgische man en een Finse man – die in België met elkaar een relatie hebben, en voor hun relatie de juridische gevolgen van een huwelijk wensen, in België geen (homo)huwelijk zouden kunnen aangaan, en dit terwijl zowel het Deense recht als het Finse en thans het Belgische recht in de mogelijkheid voorziet voor een tweerelatie van hetzelfde geslacht om toe te treden tot een met het (hetero)huwelijk parallele instelling.”

<sup>27</sup> VAN DEN EECKHOUT, V., geciteerd, p. 1251.

<sup>28</sup> Dit wordt uitstekend verwoord in een brief van de Nederlandse Staatssecretaris van Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. De redenering gaat evenzeer op voor België:

*“De consulaire praktijk bevestigt dat de wereld niet “één groot Nederland” is. Hoewel de consulaire ambtenaar in zijn handelen vanuit de Nederlandse optiek opereert, [...] blijkt met grote regelmaat dat in het buitenland heel anders, met verschillende gradaties van felheid, wordt gedacht over naar Nederlandse begrippen volstrekt acceptabele opvattingen of situaties.*

*Een goed voorbeeld hiervan zijn alternatieve vormen van samenleving. Het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht en adoptie van kinderen door gehuwden van hetzelfde geslacht is in Nederland voor vrijwel iedereen aanvaardbaar. Deze acceptatie is de aanleiding om deze samenlevingsvormen ook wettelijk te regelen.*

*In een aanzienlijk aantal landen is dit onderwerp echter minder of niet bespreekbaar en in sommige landen volstrekt onaanvaardbaar. In deze landen is het niet mogelijk om als personen van hetzelfde geslacht een huwelijk aan te gaan of samen te wonen, en is de afkeuring hiervan soms zo sterk dat hierop strafrechtelijke sancties zijn gezet. Het is zeker denkbaar dat een al dan niet tijdelijk in het buitenland verblijvende Nederlander met een dergelijke juridische procedure wordt geconfronteerd en op grond daarvan een beroep doet op de Ambassade.*

[...]

*De mogelijkheden die de consulaire ambtenaar in dergelijke situaties ter beschikking staan zijn ook zeer beperkt. Op grond van het Verdrag van Wenen is het hem immers niet toegestaan zich te mengen in de lokale rechtsgang, noch is het hem mogelijk om bij de lokale autoriteiten een andere behandeling dan lokaal gebruikelijk voor de betrokken Nederlander te verwerven.” (eigen onderstreping)*

<sup>29</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 1998-1999, 26 672 en 26 673, B, wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet openstelling huwelijk), Advies Raad van State en nader rapport, p. 2.



problemen. Bij de bespreking in de Senaatscommissie van Justitie diende Senator Nyssen een amendement in om de informatieplicht aan de A.B.S. op te leggen; maar dat werd verworpen, o.m. na tussenkomst van de experts.

## 4. De nieuwe omzendbrief over homohuwelijken

### **a. De wetgever bevestigde het conflictenrecht**

Tot voor het verschijnen van de nieuwe omzendbrief van 23 januari 2004 was gesteld dat een verschillende behandeling van de persoonlijke vereisten voor de geldelijke sluiting van een huwelijk, gerechtvaardigd is, al naar gelang de nationaliteit van de betrokken partners. Die uitdrukkelijk verschillende behandeling vloeit immers voort uit het feit dat de Belgische wetgever de verwijzingsregels inzake huwelijk niet wenste te wijzigen<sup>30</sup>. Om te beginnen wenste men niet te raken aan het internationaal privaatrecht wat impliceert dat vreemdelingen nu eenmaal ongelijk zullen worden behandeld. Hun nationale wet bepaalt immers of hetzelfde geslacht een huwelijksbeletsel is of niet.

Inmiddels blijkt de Minister van Justitie haar standpunt herzien te hebben aangezien ze verdedigt dat het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht in België voor iedereen moet kunnen<sup>31</sup>: *“Aangezien het Belgisch recht het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht heeft opengesteld, ben ik van oordeel dat een bepaling van buitenlands recht betreffende het geslacht van de echtgenoten, op grond waarvan het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht is verboden, als discriminerend en in strijd met onze internationale openbare rechtsorde moet worden beschouwd. Daarom meen ik dat een bepaling van buitenlands recht die het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht verbiedt, niet moet worden toegepast indien één van die personen de nationaliteit bezit van een Staat waarin, krachtens het nationale recht, een dergelijk huwelijk is toegestaan of op het grondgebied van een dergelijke Staat zijn gewone verblijfplaats heeft.”*

### **b. De omzendbrief van Minister Onkelinx van januari 2004**

De Minister gebruikt als techniek de exceptie van de internationale openbare orde om het vreemde recht niet te moeten toepassen. De Minister wijkt daarmee af van de distributieve toepassing. Het volstaat volgens haar dat het huwelijk toelaatbaar is voor één van de toekomstige echtgenoten. Alhoewel aan de principes van de distributieve toepassing van de verwijzingsregels wordt herinnerd, meent de Minister, steeds op grond van het feit, dat een *“verbod van een huwelijk tussen personen van*

---

<sup>30</sup> *Gedr. St.*, Senaat, 1173/1, p. 4. De eerste omzendbrief naar aanleiding van deze wet (Omsendbrief 8 mei 2003 betreffende de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.*, 16 mei 2003) liet geen twijfel bestaan:

*“Deze wet doet geen afbreuk aan de beginselen van het internationaal privaatrecht die van toepassing zijn op het huwelijk. Het feit of twee personen van hetzelfde geslacht al dan niet met elkaar mogen trouwen valt onder de grondvoorwaarden van het huwelijk. In het internationaal privaatrecht zijn deze voorwaarden onderworpen aan het persoonlijk statuut van de echtgenoten [...].”*

*Met betrekking tot twee toekomstige echtgenoten met dezelfde nationaliteit is hun gemeenschappelijke nationale wet van toepassing [...] [of] moet ieder van hen beantwoorden aan de voorwaarden die worden opgelegd voor in het buitenland gesloten huwelijken [...].”*

<sup>31</sup> Omsendbrief 23 januari 2004. Zie de volledige tekst in dit Tijdschrift@ipr.be, Nr. 4/2004.



*hetzelfde geslacht [...] discriminerend [is] en in strijd met onze internationale openbare rechtsorde, dat “die bepaling [van vreemd recht] evenwel niet van toepassing [is] ten voordele van de Belgische wet”.* Om toestanden zoals in Las Vegas te vermijden moet er voor die vreemde echtgenoten wel een aanknopingspunt zijn met België, namelijk ofwel moet een van de toekomstige echtgenoten Belg zijn ofwel als geen van beide echtgenoten dat is, moet er minstens één van de twee zijn of haar gewone verblijfplaats hebben in België.

De Minister gaat met deze omzendbrief duidelijk in tegen hetgeen door de wetgever was beslist en bevestigd in de vorige omzendbrief van 8 mei 2003. Deze voorwaarden zijn inderdaad de voorwaarden om in België de bevoegdheid van de ambtenaar te vestigen om een huwelijk te sluiten. Zo zou nog voor de inwerkingtreding van de nieuwe ipr-wet voor elk in België gesloten huwelijk de voorwaarde van verschil van geslacht wegvallen. Verder is het nog geen uitgemaakte zaak of de gelijkstelling tussen hetero- en homoseksuele paren wel een zo fundamenteel grondrecht is. Er dient in internationale context te worden op gewezen dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het recht op huwen nog niet zo ruim interpreteert. Ook de Raad van State stelt in zijn advies dat de definitie van huwelijk als echtverbintenis *tussen man en vrouw* door zowel het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens, het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten als de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens gehuldigd wordt. Als het huwelijk vooral slaat op de echtverbintenis tussen man en vrouw en de hieruit voortvloeiende afstamming, dan is het maar zeer de vraag of de nieuwe rechtsfiguur die in België werd gecreëerd, plots als een fundamenteel en universeel mensenrecht kan worden gehuldigd. Bovendien moet men vaststellen dat de Belgische interpretatie van een fundamenteel mensenrecht zeer recent is, aangezien hierover nog geen sprake was in de omzendbrief van 8 mei 2003.

### **c. De kracht en de uitwerking van omzendbrieven**

Er kan niet worden voorbijgegaan aan de hiërarchie van de rechtsnormen. Strikt genomen heeft een omzendbrief niet dezelfde rechtskracht als een wet. Niettemin rekenen Mast en Dujardin “ministeriële omzendbrieven en dienstorders” tot de bronnen van het administratief recht<sup>32</sup>. Volgens de Raad van State zijn de interpretatieve omzendbrieven wettelijk niet bindend voor de personen die niet tot de overheidsdiensten behoren. De overheidsdienst slaat uiteraard op de dienst die de omzendbrief opstelde<sup>33</sup>.

In het administratief recht maakt men gewoonlijk het onderscheid tussen verschillende soorten omzendbrieven: de interpretatieve, de indicatieve en de verordenende omzendbrieven. De indicatieve omzendbrieven gaan uit van de overheid voor zichzelf<sup>34</sup>. Ze stellen de ambtenaren op de hoogte van nieuwe regels of bestaande regels. In de indicatieve omzendbrieven vaardigt de overheid richtlijnen uit die zij zich voorneemt te volgen of te doen volgen door een ondergeschikt bestuur. Mast en Dujardin stellen hierover: “... *dergelijke omzendbrieven [hebben] enkel het karakter van aanbeveling, die, in welke gebiedende voorwaarden ook gesteld en hoe dringend noodzakelijk ook voorgesteld, toch geen rechtsregels zijn*”<sup>35</sup>. De verordenende omzendbrieven hebben wel een bindend karakter en

<sup>32</sup> Zie MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M., VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgische Administratief Recht*, 16<sup>e</sup> uitgave, Mechelen, Kluwer, 2002, p.43.

<sup>33</sup> R.v.St., De Jaegere, nr. 17332 van 10 december 1975, Van de Vyvere en cons., nr. 38371, 19 december 1991. Toch mag hun belang niet onderschat worden. Zodra de ambtenaar die omzendbrief toepast in een geval dat de rechtsonderhorige rechtstreeks raakt, ontstaat er eigenlijk een regel *de facto*.

<sup>34</sup> MAST en DUJARDIN halen als voorbeeld de richtlijnen van de toezichthoudende overheid ten opzichte van het onderschikte bestuur aan. “...[D]ergelijke omzendbrieven [hebben] enkel het karakter van aanbevelingen, die, in welke gebiedende voorwaarden ook gesteld en hoe dringend noodzakelijk ook voorgesteld, toch geen rechtsregels zijn”. *o.c.*, p.44.

<sup>35</sup> MAST, A., *o.c.*, p.43.



zijn derhalve ook vatbaar voor vernietiging door de Raad van State. In een principearrest van de Raad van State<sup>36</sup> wordt gesteld dat er cumulatief moet worden voldaan aan vier voorwaarden: 1) de omzendbrieven willen nieuwe regels aan de bestaande toevoegen, 2) de overheid wil die richtlijnen verplichtend stellen, 3) de overheid is bevoegd om degene die ze moet toepassen te binden, 4) de overheid beschikt over de middelen om zelf de handhaving van de richtlijnen af te dwingen<sup>37</sup>. Het is in geen geval toegelaten dat het gaat om verholde rechtsregels die door een wet hadden moeten worden tot stand gebracht, want dan ontbreken ze een substantieel en op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorschrift, namelijk het voorafgaande advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State<sup>38</sup>.

Ofwel is de omzendbrief van 23 januari geen verordenende omzendbrief en mist hij elk reglementair karakter, ofwel wenst de minister nieuwe regels aan bestaande rechtsregels toe te voegen. In dat laatste geval is de omzendbrief vatbaar voor vernietiging. De Raad van State stelt namelijk: “[h]et ontbreken van een substantieel en op straffe van nietigheid voor geschreven vormvoorschrift is een middel tot vernietiging. Gelet op het verordenend karakter van [een] omzendbrief had de [...] overheid het verplicht voorafgaand advies van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State moeten inwinnen<sup>39</sup>”. Bovendien gaat de Minister in die veronderstelling in tegen wat oorspronkelijk werd beoogd; de nationale wet van de echtgenoten wordt gerespecteerd. Als de omzendbrief evenwel slechts vermag een licht te werpen op de bestaande wetgeving, dan kan men enkel concluderen dat de verwijzingsregels ongemoeid blijven. Bijgevolg kan de ambtenaar van de burgerlijke stand niet anders dan de nationale wet van de vreemdeling toepassen en in voorkomend geval vaststellen dat er wel degelijk een huwelijksbeletsel bestaat bij gelijk geslacht.

Uit de aangewende techniek kan trouwens afgeleid worden dat de auteur van de omzendbrief zich terdege bewust is van de hiërarchie van de rechtsnormen. Niet doordat er een nieuwe verwijzingsregel in het leven wordt geroepen, is het homohuwelijk tussen vreemdelingen mogelijk, maar door de exceptie van internationale openbare orde toe te passen. Deze techniek is op zijn zachtst gezegd merkwaardig<sup>40</sup>. Deze exceptie raakt namelijk aan de fundamenten van ons rechtsbestel. Is het openstellen van het huwelijk dermate fundamenteel dat het enkel door de rechtsfiguur van het huwelijk kan worden opgelost? Is dit huwelijk dan een universeel recht? Tot nog toe werd de exceptie van internationaal privaatrecht vooral toegepast bij kindhuwelijken, polygamie, het verbod van interracial huwelijken en het verschil tussen natuurlijke en wettelijke kinderen<sup>41</sup>. Uit de jurisprudentiële praktijk blijkt dat de hoven en rechtbanken rekening houden met hoe zwaarwichtig de vreemde rechtsregel met ons rechtsbestel onverzoenbaar is, hoe zwaar het “*rattachement*” van de vreemdeling met de *lex fori* is en wat voor gevolgen de vreemde rechtsregel beoogt<sup>42</sup>. Een minister heeft tot heden nog niet kunnen bepalen wat tot de internationale openbare orde behoort. In dit geval heeft de Minister wel eind januari 2004 aangevoeld dat er een regeringsmeerderheid was om in het dan besproken wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht af te stappen van de toepassing van de nationale wet op het vlak van de vereiste van verschil van geslacht.

<sup>36</sup> R.v.St., nr. 13.666, 8 juli 1969, Bestendige Deputatie Provincieraad Oost-Vlaanderen.

<sup>37</sup> Zie MAST, A., o.c., p. 44, voetnoot 58 en de aldaar geciteerde rechtspraak.

<sup>38</sup> R.v.St., Stad Huy, nr. 72.369, 11 maart 1998, T.Gem., 1999, 274 met noot Backs, A.

<sup>39</sup> *Idem*

<sup>40</sup> Zie TRAEST, M., geciteerd, p. 51. Hij schrijft in dat verband: “... *Er is daarbij nog een derde bezwaar dat verband houdt met de gehanteerde internationaal privaatrechtelijke techniek. Er wordt voor geopteerd als het ware systematisch de exceptie van internationaal privaatrechtelijke openbare orde in te roepen [...]. Nu is het evenwel algemeen aanvaard dat men een spaarzaam gebruik dient te maken van de exceptie van internationaal privaatrechtelijke openbare orde.*”

<sup>41</sup> RIGAUX, F., *Droit International Privé*, Band I, Brussel, Larcier, 1973, nr. 266,

<sup>42</sup> FOBLETS, M.C. en FRANSENS, G., L'établissement et la validité du lien conjugal entre époux d'une même nationalité étrangère ou de nationalité différente. Les grands principes et leur application en droit international privé belge, illustrés au moyen de la jurisprudence, *R.D.E.*, 1997-1998, 712. Zie ook RIGAUX, F., o.c., p. 358.





## 5. Wat moet de ambtenaar van de burgerlijke stand nu doen?

Het is de taak van de ambtenaar van de burgerlijke stand om na te gaan of alle vorm- en grondvoorwaarden voor het aangaan van het huwelijk worden vervuld. Hij moet dat doen vooraleer het huwelijk wordt gesloten<sup>43</sup>. De vraag rijst hoe uitgebreid de bevoegdheid is van de ambtenaar. Volgens het Hof van Beroep te Luik mag de ambtenaar niet weigeren het huwelijk te voltrekken wanneer de objectieve voorwaarden vervuld zijn<sup>44</sup>. Andere rechtspraak geeft een ruimere appreciatiebevoegdheid<sup>45</sup>. Die bevoegdheid slaat vooral op de toetsing van de bedoeling van de echtgenoten met het doel een duurzame levensgemeenschap op te bouwen of – anders gezegd – de mogelijkheid van een schijnhuwelijk te onderzoeken.

Heeft de ambtenaar de bevoegdheid om een wettelijk huwelijksbeletsel, *in casu* hetzelfde geslacht, volgens de nationale wet van de vreemdeling opzij te zetten? Het lijkt ons in de huidige stand van wetgeving evenwel niet mogelijk voor de ambtenaar van de burgerlijke stand om te oordelen of het vreemde recht buiten werking wordt gesteld en in de plaats ervan het Belgische toe te passen, omdat geen enkele wettelijke bepaling hem daartoe machtigt. Er bestaat nog geen jurisprudentie van de hoogste rechtbanken die over deze aangelegenheid definitief klaarheid brengt. En de nieuwe “wet” op het internationaal privaatrecht is nog niet van kracht geworden.

Mocht hij toch toelaten dat de aanstaande echtgenoten met elkaar in het huwelijk treden, dan heeft dat belangrijke gevolgen. De kans is meer dan waarschijnlijk dat het huwelijk van de persoon wiens nationale wet een dergelijk huwelijk niet toelaat, door die Staat (en wellicht ook door derde Staten) gewoon niet erkend wordt. In voorkomend geval gebeurt er gewoon niets of wordt het huwelijk nietig verklaard. In de eerste hypothese staat de persoon er in geval van een scheiding slecht voor: wie kan er uit de echt scheiden als hij verondersteld wordt niet te zijn getrouwd?

De minister is zich terdege bewust van de problemen met dergelijke rechtsfiguren en wijst de ambtenaren op hun plicht om de toekomstige echtgenoten te informeren over hun hinkende rechtsverhouding. Wij menen trouwens dat dat de enige bevoegdheid is die de ambtenaar vandaag heeft. Elke andere bevoegdheid vergt eerst een wetswijziging waardoor de verwijzingsregels worden gewijzigd. Een omzendbrief terzake is ruimschoots onvoldoende. De ambtenaar moet dus nog steeds de regels van het Burgerlijk Wetboek toepassen, wat betekent dat het niet voor iedereen mogelijk is om in het huwelijk te treden met iemand van hetzelfde geslacht in België.

Het hoeft geen betoog dat de weigering van de ambtenaar van de burgerlijke stand om vreemdelingen te huwen, in een geschil voor de rechtbank kan eindigen. Uiteindelijk zal dan ook de geldigheid van de besproken omzendbrief ter discussie staan. De ambtenaar is in elk geval verplicht om zijn weigering te motiveren.

---

<sup>43</sup> Art. 64 B.W.

<sup>44</sup> Luik, 26 juni 1997, *J.M.L.B.*, 1997, 1564 met noot LELEU, Y.-H.

<sup>45</sup> Kort Ged. Brussel, 3 november 1994, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1995, 58; Rb. Brussel 1 maart 1994, *T.B.B.R.*, 1994, 408.





## 6. Slotopmerkingen

Op grond van de huidige wetgeving moet de ambtenaar van de burgerlijke stand nog steeds voor de toelaatbaarheid van het huwelijk een distributieve toepassing maken van het nationale recht van de echtgenoten. Hiervoor verlangt hij een authentiek document van elk van de betrokken echtgenoten, waaruit de huwelijksbeletsels blijken. Als blijkt dat de nationale wet van één van de echtgenoten het verschil in geslacht verlangt van de toekomstige echtgenoten, dan kan de ambtenaar daar volgens ons niet omheen. Op grond hiervan zal hij zijn weigering om de personen te huwen motiveren. In geval van geschil komt het trouwens niet aan de ambtenaar toe om te trancheren, maar aan de hoven en rechtbanken. Blijkt het huwelijk toch mogelijk, dan is het de taak van de ambtenaar om op het hinkende karakter van de aldus ontstane rechtsverhouding te wijzen. Deze materie evolueert evenwel snel en wat nu als onmogelijk wordt ervaren, kan misschien over enkele jaren als volledig achterhaald worden beschouwd.

Hildegard Schmidt  
Lic. Iuris V.U.B. / LL. M. UGA,  
Coördinator studiedienst Vereniging Stad en  
Gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

