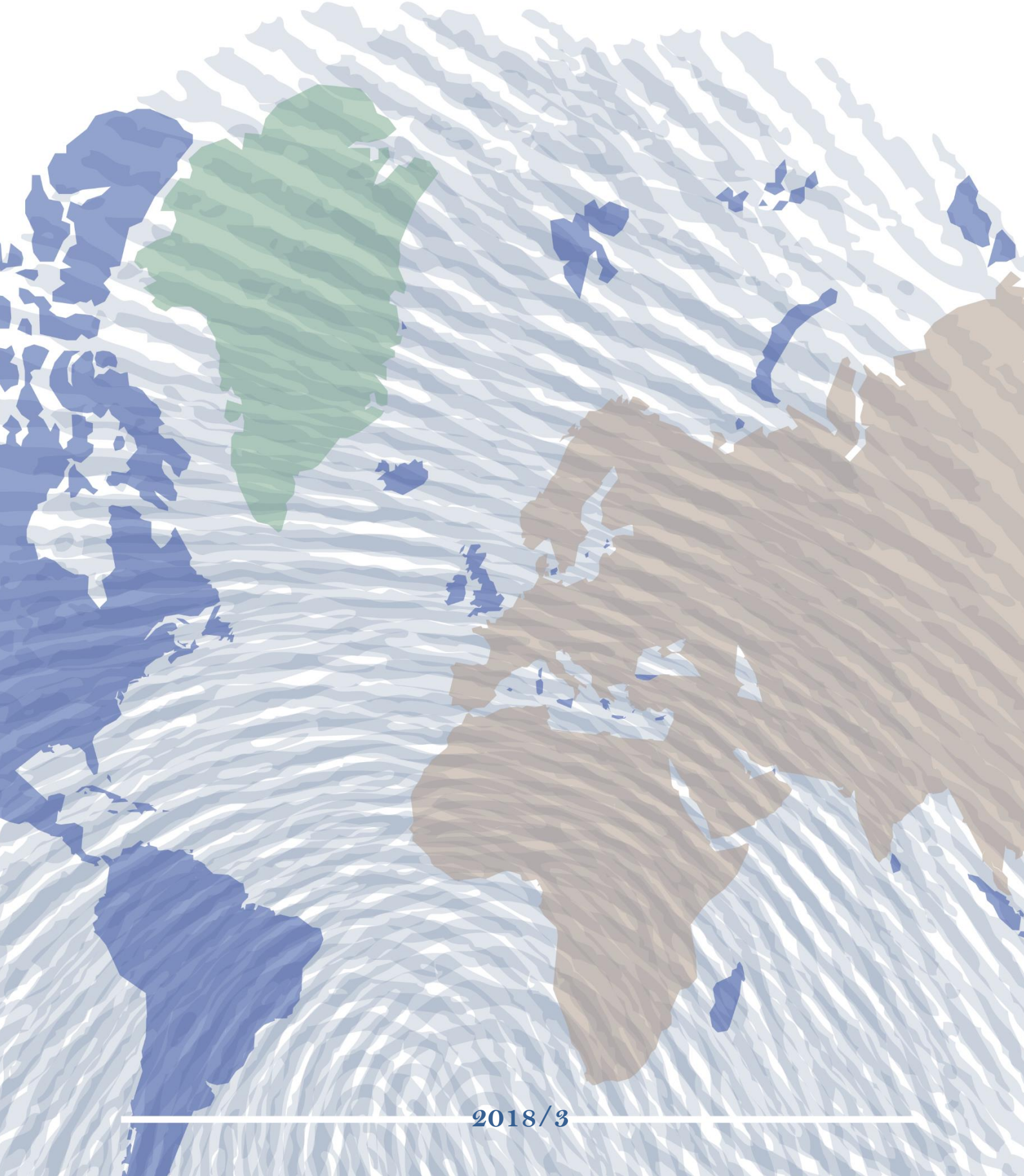
Revue@dipr.be
REVUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Tijdschrift@ipr.be
TIJDSCHRIFT VOOR INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT



2018/3

17de jaargang –
17ième année

Redactie – Rédaction:
Ilse Couwenberg (Hof van Cassatie)
Johan Erauw (UGent)
Marc Fallon (UCLouvain la Neuve)
Stéphanie Francq (UCLouvain la Neuve)
Thalia Kruger (UAntwerpen)
Johan Meeusen (UAntwerpen)
Marta Pertegás Sender (UAntwerpen, UMaastricht)
Geert Van Calster (KU Leuven)
Cedric Vanleenhove (UGent)
Jinske Verhellen (UGent)
Patrick Wautelet (ULiège)

Samenstelling van dit nr. – Composition de ce n°:
Sarah Den Haese – Laura Deschuyteneer – Jinske Verhellen

Uw bijdragen
Bijdragen voor het tijdschrift kunnen via e-mail worden toegezonden op het adres: tijdschrift@ipr.be. Het tijdschrift werkt met een double-blind peer review. Publicatie gebeurt alleen na controle door de redactieraad.

Vos contributions
Vos contributions pour la revue peuvent être envoyées à l'adresse suivante: revue@dipr.be. La revue fonctionne selon le système de double-blind peer review. La publication est soumise à l'accord du comité de rédaction.

Citeerwijze
Tijdschrift@ipr.be 2018/3

Mode de citation
Revue@dipr.be 2018/3

ISSN 2030-4072

INHOUD/CONTENU

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, M.R. en D.R. tegen Oekraïne, arrest van 22 mei 2018

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Tonello tegen Hongarije, arrest van 24 april 2018

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Royer tegen Hongarije, arrest van 6 maart 2018

Hof van Justitie, gevoegde zaken C-325/18 PPU en C-375/18 PPU, Hampshire County Council tegen C.E., N.E., in tegenwoordigheid van: Child and Family Agency, Attorney General, arrest van 19 september 2018

Hof van Justitie, zaak C-304/17, Helga Löber tegen Barclays Bank plc, arrest van 12 september 2018

Hof van Justitie, zaak C-21/17, Catlin Europe SE tegen O.K. Trans Praha spol. s r. o., arrest van 6 september 2018

Hof van Justitie, zaak C-88/17, Zurich Insurance plc, Metso Minerals Oy tegen Abnormal Load Services (International) Ltd, arrest van 11 juli 2018

Hof van Justitie, zaak C-27/17, AB "flyLAL-Lithuanian Airlines", in liquidatie, tegen "Starptautiskā lidosta 'Rīga'" VAS, "Air Baltic Corporation" AS, in tegenwoordigheid van: "ŽIA Valda"AB, "VA Reals" AB, Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, arrest van 5 juli 2018

Hof van Justitie, zaak C-512/17, HR, arrest van 28 juni 2018

Hof van Cassatie, arrest van 18 juni 2018

Hof van Cassatie, arrest van 29 mei 2018

Cour de cassation, arrêt du 25 mai 2018

Hof van Cassatie, arrest van 24 mei 2018

Hof van Cassatie, arrest van 3 mei 2018

Hof van Cassatie, arrest van 3 mei 2018

Hof van Cassatie, arrest van 26 april 2018

Cour de cassation, arrêt du 23 avril 2018

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 4 december 2017

Hof van beroep Brussel, arrest van 5 juni 2018

Hof van beroep Gent, arrest van 29 november 2017

Cour du travail Liège, arrêt du 8 mai 2018

Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 28 mei 2018

Tribunal de la famille Bruxelles, jugement du 8 mai 2018

RECHTSLEER/DOCTRINE

Isabelle Bambust, Jan De Meyer, Valerie De Ruyck, Sarah Den Haese, Laura Deschuyteneer, Erinda Mehmeti en Jinske Verhellen (Universiteit Gent) – Cross-Border Proceedings in Family Law Matters before National Courts and the CJEU: National Report Belgium

Veerle Van Den Eeckhout (Max Planck Instituut Luxemburg) – Regels van internationale bevoegdheid in de context van de "tweede generatie" verordeningen. Enkele beschouwingen vanuit het perspectief van bescherming van zwakke partijen

Jinske Verhellen (Universiteit Gent) – De Belgische transgenderwet in een internationale context

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

INHOUDSOPGAVE/TABLE DES MATIÈRES

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE 7

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, M.R. en D.R. tegen Oekraïne, arrest van 22 mei 2018 7

Ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Onrechtmatige overbrenging van kind naar Oekraïne – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Artikel 11 Verdrag van Den Haag van 1980 – Tenuitvoerlegging beslissing tot terugkeer – Artikel 8 EVRM – Recht op respect voor het privé- en familieleven – Positieve verplichting voor de Staat – Duur van de procedure – Belang van het kind – Schending van artikel 8 EVRM 7

Responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Déplacement illicite d'un enfant vers l'Ukraine – Convention de La Haye de 1980 (Enlèvement d'enfant) – Article 11 Convention de La Haye de 1980 – Exécution d'une décision de retour – Article 8 CEDH – Droit au respect de la vie privée et familiale – Obligation positive de l'Etat – Longueur de la procédure – Intérêt supérieur de l'enfant – Pas de violation de l'article 8 CEDH 7

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Tonello tegen Hongarije, arrest van 24 april 2018 8

Ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Artikel 11 Verordening 2201/2003 (Brussel II*bis*) – Geen tenuitvoerlegging beslissing tot terugkeer – Positieve verplichting voor de Staat – Schending van artikel 8 EVRM – Recht op respect voor het privé- en familieleven 8

Responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Convention de La Haye de 1980 (Enlèvement d'enfant) – Article 11 Règlement 2201/2003 (Bruxelles II*bis*) – Pas d'exécution d'une décision de retour – Obligation positive de l'Etat – Violation de l'article 8 CEDH – Droit au respect de la vie privée et familiale 8

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Royer tegen Hongarije, arrest van 6 maart 2018 9

Ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Onrechtmatige overbrenging van kind naar Hongarije – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Verordening 2201/2003 (Brussel II*bis*) – Artikel 11 Brussel II*bis* – Artikel 13 Verdrag van Den Haag van 1980 – Ernstig risico – Tenuitvoerlegging beslissing tot terugkeer – Artikel 23 (a) Brussel II*bis* – Openbare orde – Artikel 35 § 3 (a) EVRM – Misbruik van het recht tot het indienen van een verzoekschrift – Artikel 8 EVRM – Recht op respect voor het privé- en familieleven – Belang van het kind – Geen schending van artikel 8 EVRM 9

Responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Déplacement illicite d'un enfant vers la Hongrie – Convention de La Haye de 1980 (Enlèvement d'enfant) – Règlement 2201/2003 (Bruxelles II*bis*) – Article 11 Bruxelles II*bis* – Article 13 Convention de la Haye de 1980 – Risque grave – Exécution d'une décision de retour – Article 23 (a) Bruxelles II*bis* – Ordre public – Article 35 § 3 (a) CEDH – Abus du droit d'introduire une requête – Article 8 CEDH – Droit au respect de la vie privée et familiale – Intérêt supérieur de l'enfant – Pas de violation de l'article 8 CEDH 9

Hof van Justitie, gevoegde zaken C-325/18 PPU en C-375/18 PPU, Hampshire County Council tegen C.E., N.E., in tegenwoordigheid van: Child and Family Agency, Attorney General, arrest van 19 september 2018 10

Prejudiciële verwijzing – Prejudiciële spoedprocedure – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake ouderlijke verantwoordelijkheid – Internationale ontvoering van kinderen – Verordening 2201/2003 (Brussel II*bis*) – Artikel 11 – Verzoek om terugkeer – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Verzoek om uitvoerbaarverklaring – Beroep – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikel 47 – Recht op een doeltreffende voorziening in rechte – Termijn voor het instellen van een rechtsmiddel – Uitvoerbaarverklaring – Tenuitvoerlegging vóór de betekening ervan 10

Renvoi préjudiciel – Procédure préjudicielle d'urgence – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale – Enlèvement international d'enfants – Règlement 2201/2003 (Bruxelles II*bis*) – Article 11 – Demande de retour – Convention de La Haye du 1980 (Enlèvement enfants) – Requête en déclaration de la force exécutoire – Recours – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Article 47 – Droit à un recours effectif – Délai de formation du recours – Ordonnance d'exequatur – Exécution avant sa signification 10

Hof van Justitie, zaak C-304/17, Helga Löber tegen Barclays Bank plc, arrest van 12 september 2018 11

Prejudiciële verwijzing – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Rechterlijke bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken – Bijzondere bevoegdheid – Artikel 5, punt 3 – Bevoegdheid inzake verbintenissen uit onrechtmatige daad – Plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen – Consument die zijn woonplaats heeft in een lidstaat en die door bemiddeling van een in deze lidstaat gevestigde bank effecten heeft aangekocht die zijn uitgegeven door een in een andere lidstaat gevestigde bank – Bevoegdheid om kennis te nemen van het rechtsmiddel dat door deze consument wegens aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van deze bank is ingesteld 11

Renvoi préjudiciel – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Compétence judiciaire en matière civile et commerciale – Compétences spéciales – Article 5, point 3 – Compétence en matière délictuelle ou quasi délictuelle – Lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire – Consommateur, domicilié dans un État membre, ayant acheté, par l'intermédiaire d'une banque établie dans cet État membre, des titres émis par une banque établie dans un autre État membre – Compétence pour connaître du recours introduit par ce consommateur au titre de la responsabilité délictuelle de cette banque 11

Hof van Justitie, zaak C-21/17, Catlin Europe SE tegen O.K. Trans Praha spol. s r. o., arrest van 6 september 2018 12

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke en handelszaken – Europese betalingsbevelprocedure – Verordening 1896/2006 (Betalingsbevel) – Uitvaardiging van een betalingsbevel samen met het verzoek om een bevel – Ontbreken van een vertaling van het verzoek om een bevel – Uitvoerbaar verklaard Europees betalingsbevel – Verzoek om heroverweging na het verstrijken van de termijn voor de indiening van een verweerschrift – Betekening en kennisgeving van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken – Verordening 1393/2007 (Betekening) – Toepasselijkheid – Artikel 8 en bijlage II – Mededeling aan de geadresseerde van het recht om de ontvangst te weigeren van een niet-vertaald stuk dat het geding inleidt – Ontbreken van het modelformulier – Gevolgen 12

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile et commerciale – Procédure européenne d'injonction de payer – Règlement 1896/2006 (Injonction de payer) – Délivrance d'une injonction de payer conjointement avec la demande d'injonction – Absence de traduction de la demande d'injonction – Injonction de payer européenne déclarée exécutoire – Demande de réexamen postérieurement à l'expiration du délai d'opposition – Signification et notification des actes judiciaires et extrajudiciaires – Règlement 1393/2007 (Signification) – Applicabilité – Article 8 et annexe II – Information du destinataire du droit de refuser la réception d'un acte introductif d'instance non traduit – Absence du formulaire type – Conséquences 12

Hof van Justitie, zaak C-88/17, Zurich Insurance plc, Metso Minerals Oy tegen Abnormal Load Services (International) Ltd, arrest van 11 juli 2018 13

Prejudiciële verwijzing – Samenwerking in burgerlijke en handelszaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Rechterlijke bevoegdheid – Artikel 5, punt 1, onder b), tweede streepje – Bevoegdheid van het gerecht van de plaats van uitvoering van de verbintenis – Plaats van verstrekking van de diensten – Overeenkomst voor goederenvervoer tussen twee lidstaten – Traject dat uit meerdere deeltrajecten bestaat en waarbij van verschillende vervoermiddelen wordt gebruikgemaakt 13

Renvoi préjudiciel – Coopération en matière civile et commerciale – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Compétence judiciaire – Article 5, point 1, sous b), second tiret – Compétence de la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation – Lieu de fourniture des services – Contrat de transport de marchandises entre deux États membres – Trajet constitué de plusieurs étapes et effectué avec différents moyens de transport 13

Hof van Justitie, zaak C-27/17, AB "flyLAL-Lithuanian Airlines", in liquidatie, tegen "Starptautiskā lidosta 'Rīga'" VAS, "Air Baltic Corporation" AS, in tegenwoordigheid van: "ŽIA Valda"AB, "VA Reals" AB, Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, arrest van 5 juli 2018 14

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Bijzondere bevoegdheden – Artikel 5, punt 3 – Verbintenissen uit onrechtmatige daad – Plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan – Plaats waar de schade is ingetreden en plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis – Verzoek om vergoeding van schade die zou zijn veroorzaakt door

mededingingsbeperkende gedragingen in verschillende lidstaten – Artikel 5, punt 5 – Exploitatie van een filiaal – Begrip 14

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Compétences spéciales – Article 5, point 3 – Matière délictuelle ou quasi délictuelle – Lieu où le fait dommageable s'est produit – Lieu de la matérialisation du dommage et lieu de l'évènement causal à l'origine du dommage – Demande en réparation du préjudice prétendument causé par des comportements anticoncurrentiels commis dans différents États membres – Article 5, point 5 – Exploitation d'une succursale – Notion 14

Hof van Justitie, zaak C-512/17, HR, arrest van 28 juni 2018 15

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake ouderlijke verantwoordelijkheid – Verordening 2201/2003 (Brussel II*bis*) – Artikel 8, lid 1 – Gewone verblijfplaats van een kind – Zuigeling – Beslissende omstandigheden voor de bepaling van deze verblijfplaats 15

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale – Règlement 2201/2003 (Bruxelles II*bis*) – Article 8, paragraphe 1 – Résidence habituelle de l'enfant – Nourrisson – Circonstances déterminantes pour établir le lieu de cette résidence 15

Hof van Cassatie, arrest van 18 juni 2018 16

Toepasselijk recht – Overeenkomst – Arbeidsovereenkomst – Detachering – Verdrag van Rome van 19 juni 1980 (EVO) – Artikel 3 – Rechtskeuze – Toepassingsgebied rechtskeuze – Artikel 10 – Dwingende bepalingen – Artikel 6.2 – Wet Welzijn Werknemers 16

Droit applicable – Contrat – Contrat de travail – Détachement – Convention de Rome du 19 juin 1980 – Article 3 – Choix de loi – Portée de la loi choisie – Article 10 – Dispositions impératives – Article 6.2 – Loi sur le bien-être des travailleurs 16

Hof van Cassatie, arrest van 29 mei 2018 30

Erkenning – Dading gesloten in het kader van een groepsvordering – Aansprakelijkheid – Strafrechtelijke procedure – Artikel 25, § 1, 1° WIPR – Artikel 25, § 1, 2° WIPR – Miskenning rechten van verdediging – Artikel 6 EVRM – Opt-out-systeem voor niet-Amerikaanse burgers – Gebrek individuele kennisgeving – Schending openbare orde 30

Reconnaissance – Transaction conclue dans le cadre d'une action de groupe – Responsabilité – Procédure pénale – Article 25, § 1, 1° CODIP – Article 25, § 1, 2° CODIP – Violation des droits de la défense – Article 6 CEDH – Système de l'opt-out pour les citoyens non américains – Absence de notification individuelle – Violation de l'ordre public 30

Cour de cassation, arrêt du 25 mai 2018 38

Responsabilité civile – Accident de la circulation – Droit applicable – Droit marocain – Interprétation par l'Etat d'origine – Interprétation du droit étranger – Dommages et intérêts 38

Onrechtmatige daad – Verkeersongeval – Toepasselijk recht – Marokkaans recht – Uitlegging land van oorsprong – Interpretatie buitenlands recht – Schadevergoeding 38

Hof van Cassatie, arrest van 24 mei 2018 43

Internationale bevoegdheid – Onrechtmatige daad – Artikel 96, 2° WIPR – Plaats waar de schade is ingetreden – Interpretatie naar analogie met rechtspraak Hof van Justitie van de EU – Artikel 5.3 Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 7.2 Verordening 1215/2012 (Brussel I*bis*) – Financiële schade 43

Compétence internationale – Responsabilité délictuelle – Article 96, 2° CODIP – Lieu où le dommage est survenu – Interprétation par analogie avec la jurisprudence de la Cour de justice – Article 5, 3° Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 7, 2° Règlement 1215/2012 (Bruxelles I*bis*) – Dommage financier 43

Hof van Cassatie, arrest van 3 mei 2018 47

Internationale bevoegdheid – Overeenkomst – Artikel 35 Verordening 1215/2012 (Brussel I*bis*) – Voorlopige of bewarende maatregelen – Vordering tot tussenkomst in deskundigenonderzoek – Geen

maatregel die uitsluitend tot doel heeft proceskansen in te schatten – Feitelijke of juridische situatie ter bewaring van de rechten in stand houden – Verkrijgen en veiligstellen van bewijsmateriaal – Artikel 584, eerste lid Ger.W. – Spoedeisend geval 47

Compétence internationale – Contrat – Article 35 Règlement 1215/2012 (Bruxelles I*bis*) – Mesures provisoires ou conservatoires – Action en intervention dans le cadre d'une expertise – Mesure qui ne vise pas exclusivement à apprécier ses chances de succès – Situation en fait ou en droit aux fins de garantir les droits en l'état – Obtention et sécurisation d'éléments de preuve – Article 584, al. 1 Code judiciaire – Urgence 47

Hof van Cassatie, arrest van 3 mei 2018 52

Overeenkomst – Toepasselijk recht – Onrechtmatige daad – Verzekering – Rechtstreekse vordering tegen de verzekeraar – Artikel 106 WIPR – Artikel 99 WIPR – Werking in de tijd – Artikel 127, § 1, tweede lid, in fine WIPR – Artikel 3, eerste lid BW – Politiewetten – Wijze van de schadevergoeding – Engels recht 52

Contrat – Droit applicable – Responsabilité délictuelle – Assurances – Action directe contre l'assureur – Article 106 CODIP – Article 99 CODIP – Application dans le temps – Article 127, § 1 al. 2 in fine CODIP – Article 3, al. 1 C. civ. – Lois de police – Méthode de compensation du dommage – Droit anglais 52

Hof van Cassatie, arrest van 26 april 2018 55

Verordening 1206/2001 (Bewijsverkrijging) – Artikel 1, lid 1 – Gerecht van een lidstaat mag een in een andere lidstaat woonachtige partij of derde veroordelen om stukken over te leggen overeenkomstig nationale recht – Consequenties in nationaal recht voor onrechtmatige niet-overlegging van de stukken – Toepassing Luxemburgs recht – Uitlegging land van oorsprong – Interpretatie buitenlands recht 55

Règlement 1206/2001 (Obtention de preuves) – Article 1, al. 1 – Juridiction d'un Etat membre peut condamner une personne domiciliée dans un autre Etat membre à produire des documents selon le droit national – Conséquences selon le droit national de l'absence délictueuse de production de documents – Application du droit luxembourgeois – Interprétation selon l'Etat d'origine – Interprétation du droit étranger 55

Cour de cassation, arrêt du 23 avril 2018 59

Contrat – Contrat de travail – Droit applicable – Droit congolais – Interprétation selon l'Etat d'origine – Interprétation du droit étranger – Article 152 du Code congolais du travail – Résiliation du contrat 59

Overeenkomst – Arbeidsovereenkomst – Toepasselijk recht – Congolees recht – Uitlegging land van oorsprong – Interpretatie buitenlands recht – Artikel 152 Congolees Arbeidswetboek – Beëindiging overeenkomst 59

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 4 december 2017 62

Internationale bevoegdheid – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Forumbeding – Algemene voorwaarden – Artikel 23 – Taal – Artikel 2 – Betekening – Betalingsbevel 62

Compétence internationale – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Clause d'élection de for – Conditions générales – Article 23 – Langue – Article 2 – Signification – Injonction de payer 62

Hof van beroep Brussel, arrest van 5 juni 2018 69

Staat van personen – Verzoek tot erkenning als staatloze – Verdrag van New York van 28 september 1954 – Artikel 1.1 – Nationaliteit – Bewijs ontbreken nationaliteit – Band met staten – Verzoeker van Palestijnse origine – Palestina – Montevideo Conventie – Palestijnse onderdaan 69

Etat des personnes – Demande de reconnaissance de la qualité d'apatride – Convention de New York du 28 septembre 1954 – Article 1.1 – Nationalité – Preuve de l'absence d'une nationalité – Lien avec des Etats – Requérant d'origine palestinienne – Palestine – Convention de Montevideo – Ressortissant palestinien 69

Hof van beroep Gent, arrest van 29 november 2017 77

Toepasselijk recht – Overeenkomst – Koopovereenkomst – Weens Koopverdrag (CISG) – Artikel 3.1 – Aansprakelijkheid verkoper – Artikel 35 – Artikel 36 – Artikel 38 – Artikel 39 – Redelijke termijn – Klacht 77

Droit applicable – Contrat – Contrat de vente – Convention de Vienne vente internationale de marchandises (CVIM) – Article 3.1 – Responsabilité du vendeur – Article 35 – Article 36 – Article 38 – Article 39 – Délai raisonnable – Plainte 77

Cour du travail Liège, arrêt du 8 mai 2018 94

Reconnaissance – Divorce – Répudiation – Talak – Polygamie – Pension de survie – Convention générale sur la sécurité sociale entre la Belgique et le Maroc – Article 57, § 2, 3° CODIP – Article 570 (ancienne version) C. Jud. – Respect des droits de la défence – Ordre public 94

Erkenning – Echtscheiding – Verstoting – Talak – Polygamie – Overlevingspensioen – Belgisch-Marokkaans Algemeen Verdrag betreffende de sociale zekerheid – Artikel 57, § 2, 3° WIPR – Oud artikel 570 Ger.W. – Respect voor de rechten van verdediging – Openbare orde 94

Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 28 mei 2018 105

Nationaliteit – Nationaliteitsverkrijging – Artikel 12*bis*, § 1, 5° WBN – Ononderbroken wettelijk verblijf – Bijzondere identiteitskaart – Protocolkaart – Artikel 7*bis* WBN – Artikel 4 KB 14 januari 2013 105

Nationalité – Attribution de la nationalité – Article 12*bis*, §1, 5° CBN – Séjour légal ininterrompu – Carte d'identité spéciale – Carte du Protocole – Article 7*bis* CBN – Article 4 AR 14 janvier 2103 105

Tribunal de la famille Bruxelles, jugement du 8 mai 2018 111

Nationalité – Déclaration de nationalité – Article 12*bis* CNB – Séjour légal – Article 7*bis* CBN – Articles 3 et 4 Arrêté royal du 14 janvier 2013 – Énumération non exhaustive – Fonctionnaire européen – Différence de traitement – Principe d'égalité – Intégration sociale – Fonction publique 111

Nationaliteit – Nationaliteitsverklaring – Artikel 12*bis* WBN – Wettelijk verblijf – Artikel 7*bis* WBN – Artikelen 3 en 4 Koninklijk besluit van 14 januari 2013 – Exhaustieve opsomming – Europees ambtenaar – Verschillende behandeling – Gelijkheidsbeginsel – Maatschappelijke integratie – Overheidsdienst 111

RECHTSLEER/DOCTRINE 121

Isabelle Bambust, Jan De Meyer, Valerie De Ruyck, Sarah Den Haese, Laura Deschuyteneer, Erinda Mehmeti en Jinske Verhellen (Universiteit Gent) – Cross-Border Proceedings in Family Law Matters before National Courts and the CJEU: National Report Belgium 121

Veerle Van Den Eeckhout (Max Planck Instituut Luxemburg) – Regels van internationale bevoegdheid in de context van de "tweede generatie" verordeningen. Enkele beschouwingen vanuit het perspectief van bescherming van zwakke partijen 147

Jinske Verhellen (Universiteit Gent) – De Belgische transgenderwet in een internationale context 185

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ 199

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, M.R. en D.R. tegen Oekraïne, arrest van 22 mei 2018

Ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Onrechtmatige overbrenging van kind naar Oekraïne – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Artikel 11 Verdrag van Den Haag van 1980 – Tenuitvoerlegging beslissing tot terugkeer – Artikel 8 EVRM – Recht op respect voor het privé- en familieleven – Positieve verplichting voor de Staat – Duur van de procedure – Belang van het kind – Schending van artikel 8 EVRM

Responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Déplacement illicite d'un enfant vers l'Ukraine – Convention de La Haye de 1980 (Enlèvement d'enfant) – Article 11 Convention de La Haye de 1980 – Exécution d'une décision de retour – Article 8 CEDH – Droit au respect de la vie privée et familiale – Obligation positive de l'Etat – Longueur de la procédure – Intérêt supérieur de l'enfant – Pas de violation de l'article 8 CEDH

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Tonello tegen Hongarije, arrest van 24 april 2018

Ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Artikel 11 Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Geen tenuitvoerlegging beslissing tot terugkeer – Positieve verplichting voor de Staat – Schending van artikel 8 EVRM – Recht op respect voor het privé- en familieleven

Responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Convention de La Haye de 1980 (Enlèvement d'enfant) – Article 11 Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Pas d'exécution d'une décision de retour – Obligation positive de l'Etat – Violation de l'article 8 CEDH – Droit au respect de la vie privée et familiale

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Royer tegen Hongarije, arrest van 6 maart 2018

Ouderlijke verantwoordelijkheid – Kinderontvoering – Onrechtmatige overbrenging van kind naar Hongarije – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Artikel 11 Brussel IIbis – Artikel 13 Verdrag van Den Haag van 1980 – Ernstig risico – Tenuitvoerlegging beslissing tot terugkeer – Artikel 23 (a) Brussel IIbis – Openbare orde – Artikel 35 § 3 (a) EVRM – Misbruik van het recht tot het indienen van een verzoekschrift – Artikel 8 EVRM – Recht op respect voor het privé- en familieleven – Belang van het kind – Geen schending van artikel 8 EVRM

Responsabilité parentale – Enlèvement d'enfant – Déplacement illicite d'un enfant vers la Hongrie – Convention de La Haye de 1980 (Enlèvement d'enfant) – Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Article 11 Bruxelles IIbis – Article 13 Convention de la Haye de 1980 – Risque grave – Exécution d'une décision de retour – Article 23 (a) Bruxelles IIbis – Ordre public – Article 35 § 3 (a) CEDH – Abus du droit d'introduire une requête – Article 8 CEDH – Droit au respect de la vie privée et familiale – Intérêt supérieur de l'enfant – Pas de violation de l'article 8 CEDH

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, gevoegde zaken C-325/18 PPU en C-375/18 PPU, Hampshire County Council tegen C.E., N.E., in tegenwoordigheid van: Child and Family Agency, Attorney General, arrest van 19 september 2018

Prejudiciële verwijzing – Prejudiciële spoedprocedure – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake ouderlijke verantwoordelijkheid – Internationale ontvoering van kinderen – Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Artikel 11 – Verzoek om terugkeer – Verdrag van Den Haag van 1980 (Kinderontvoering) – Verzoek om uitvoerbaarverklaring – Beroep – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikel 47 – Recht op een doeltreffende voorziening in rechte – Termijn voor het instellen van een rechtsmiddel – Uitvoerbaarverklaring – Tenuitvoerlegging vóór de betekening ervan

Renvoi préjudiciel – Procédure préjudicielle d'urgence – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale – Enlèvement international d'enfants – Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Article 11 – Demande de retour – Convention de La Haye du 1980 (Enlèvement enfants) – Requête en déclaration de la force exécutoire – Recours – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Article 47 – Droit à un recours effectif – Délai de formation du recours – Ordonnance d'exequatur – Exécution avant sa signification

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-304/17, Helga Löber tegen Barclays Bank plc, arrest van 12 september 2018

Prejudiciële verwijzing – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Rechterlijke bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken – Bijzondere bevoegdheid – Artikel 5, punt 3 – Bevoegdheid inzake verbintenissen uit onrechtmatige daad – Plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen – Consument die zijn woonplaats heeft in een lidstaat en die door bemiddeling van een in deze lidstaat gevestigde bank effecten heeft aangekocht die zijn uitgegeven door een in een andere lidstaat gevestigde bank – Bevoegdheid om kennis te nemen van het rechtsmiddel dat door deze consument wegens aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van deze bank is ingesteld

Renvoi préjudiciel – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Compétence judiciaire en matière civile et commerciale – Compétences spéciales – Article 5, point 3 – Compétence en matière délictuelle ou quasi délictuelle – Lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire – Consommateur, domicilié dans un État membre, ayant acheté, par l'intermédiaire d'une banque établie dans cet État membre, des titres émis par une banque établie dans un autre État membre – Compétence pour connaître du recours introduit par ce consommateur au titre de la responsabilité délictuelle de cette banque

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-21/17, Catlin Europe SE tegen O.K. Trans Praha spol. s r. o., arrest van 6 september 2018

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke en handelszaken – Europese betalingsbevelprocedure – Verordening 1896/2006 (Betalingsbevel) – Uitvaardiging van een betalingsbevel samen met het verzoek om een bevel – Ontbreken van een vertaling van het verzoek om een bevel – Uitvoerbaar verklaard Europees betalingsbevel – Verzoek om heroverweging na het verstrijken van de termijn voor de indiening van een verweerschrift – Betekening en kennisgeving van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken – Verordening 1393/2007 (Betekening) – Toepasselijkheid – Artikel 8 en bijlage II – Mededeling aan de geadresseerde van het recht om de ontvangst te weigeren van een niet-vertaald stuk dat het geding inleidt – Ontbreken van het modelformulier – Gevolgen

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile et commerciale – Procédure européenne d'injonction de payer – Règlement 1896/2006 (Injonction de payer) – Délivrance d'une injonction de payer conjointement avec la demande d'injonction – Absence de traduction de la demande d'injonction – Injonction de payer européenne déclarée exécutoire – Demande de réexamen postérieurement à l'expiration du délai d'opposition – Signification et notification des actes judiciaires et extrajudiciaires – Règlement 1393/2007 (Signification) – Applicabilité – Article 8 et annexe II – Information du destinataire du droit de refuser la réception d'un acte introductif d'instance non traduit – Absence du formulaire type – Conséquences

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-88/17, Zurich Insurance plc, Metso Minerals Oy tegen Abnormal Load Services (International) Ltd, arrest van 11 juli 2018

Prejudiciële verwijzing – Samenwerking in burgerlijke en handelszaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Rechterlijke bevoegdheid – Artikel 5, punt 1, onder b), tweede streepje – Bevoegdheid van het gerecht van de plaats van uitvoering van de verbintenis – Plaats van verstrekking van de diensten – Overeenkomst voor goederenvervoer tussen twee lidstaten – Traject dat uit meerdere deeltrajecten bestaat en waarbij van verschillende vervoermiddelen wordt gebruikgemaakt

Renvoi préjudiciel – Coopération en matière civile et commerciale – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Compétence judiciaire – Article 5, point 1, sous b), second tiret – Compétence de la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation – Lieu de fourniture des services – Contrat de transport de marchandises entre deux États membres – Trajet constitué de plusieurs étapes et effectué avec différents moyens de transport

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-27/17, AB "flyLAL-Lithuanian Airlines", in liquidatie, tegen "Starptautiskā lidosta 'Rīga'" VAS, "Air Baltic Corporation" AS, in tegenwoordigheid van: "ŽIA Valda"AB, "VA Reals" AB, Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, arrest van 5 juli 2018

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Bijzondere bevoegdheden – Artikel 5, punt 3 – Verbintenissen uit onrechtmatige daad – Plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan – Plaats waar de schade is ingetreden en plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis – Verzoek om vergoeding van schade die zou zijn veroorzaakt door mededingingsbeperkende gedragingen in verschillende lidstaten – Artikel 5, punt 5 – Exploitatie van een filiaal – Begrip

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Compétences spéciales – Article 5, point 3 – Matière délictuelle ou quasi délictuelle – Lieu où le fait dommageable s'est produit – Lieu de la matérialisation du dommage et lieu de l'évènement causal à l'origine du dommage – Demande en réparation du préjudice prétendument causé par des comportements anticoncurrentiels commis dans différents États membres – Article 5, point 5 – Exploitation d'une succursale – Notion

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Justitie, zaak C-512/17, HR, arrest van 28 juni 2018

Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake ouderlijke verantwoordelijkheid – Verordening 2201/2003 (Brussel IIbis) – Artikel 8, lid 1 – Gewone verblijfplaats van een kind – Zuigeling – Beslissende omstandigheden voor de bepaling van deze verblijfplaats

Renvoi préjudiciel – Coopération judiciaire en matière civile – Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale – Règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) – Article 8, paragraphe 1 – Résidence habituelle de l'enfant – Nourrisson – Circonstances déterminantes pour établir le lieu de cette résidence

Hier vindt u de volledige tekst van dit arrest.

Ici, vous trouverez le texte intégral de cet arrêt.

Hof van Cassatie, arrest van 18 juni 2018

Toepasselijk recht – Overeenkomst – Arbeidsovereenkomst – Detachering – Verdrag van Rome van 19 juni 1980 (EVO) – Artikel 3 – Rechtskeuze – Toepassingsgebied rechtskeuze – Artikel 10 – Dwingende bepalingen – Artikel 6.2 – Wet Welzijn Werknemers

Droit applicable – Contrat – Contrat de travail – Détachement – Convention de Rome du 19 juin 1980 – Article 3 – Choix de loi – Portée de la loi choisie – Article 10 – Dispositions impératives – Article 6.2 – Loi sur le bien-être des travailleurs

S.15.0123.N

A.L.,

eiseres,

vertegenwoordigd door mr. Johan Verbist, advocaat bij het Hof van Cassatie,

tegen

M. nv,

verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Willy van Eeckhoutte, advocaat bij het Hof van Cassatie,

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Antwerpen, van 11 mei 2015.
Raadsheer Koen Mestdagh heeft verslag uitgebracht.
Advocaat-generaal Henri Vanderlinden heeft geconcludeerd.

II. Cassatiemiddel

De eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

- *artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet;*
- *de artikelen 3, 1134, eerste lid, en 1135 van het Burgerlijk Wetboek (artikel 3 in de versie vóór en na de opheffing ervan bij wet van 16 juli 2004;*
- *de artikelen 98, § 1, 139, 1°, en 140 van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht;*
- *de artikelen 3, 6, 7, 8, 9, 10, 17 en 29 van het op 19 juni 1980 te Rome gesloten verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna EVO), goedgekeurd*

bij wet van 14 juli 1987 en in de versie vóór de opheffing van het verdrag bij art. 24 Verord. Eur. Parl. en Raad E.G. nr. 593/2008/EG van 17 juni 2008;

- *de artikelen 3 en 17 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten;*
- *de artikelen 2, 3, § 1, enig lid, 15°, 32bis, eerste lid, 32septies, § 1, en 32tredecies, §§ 1, 3 en 4, van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk (hierna Welzijnswet, 32bis, eerste lid, 32septies, § 1, en artikel 32tredecies, §§ 1, 3 en 4, in de versies vóór de wijziging ervan bij wet van 28 februari 2014).*

Aangevochten beslissing

Het arbeidshof verklaart het incidenteel hoger beroep van eiseres gedeeltelijk gegrond en veroordeelt verweerster tot betaling van de in het bestreden arrest opgesomde bedragen, maar verklaart de overige vorderingen van eiseres ongegrond en oordeelt meer in het bijzonder dat eiseres geen aanspraak kan maken op de beschermingsvergoeding die eiseres vorderde op grond van artikel 32tredecies, § 4, van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk.

Het arbeidshof beslist aldus op volgende gronden (p. 17-20 van het bestreden arrest):

"[Eiseres] beroept zich op artikel 32tredecies van de Welzijnswet, volgens hetwelk de werkgever, behalve om redenen die vreemd zijn aan de klacht, de arbeidsovereenkomst van een werknemer die een met redenen omklede klacht heeft ingediend, niet kan beëindigen.

Op 24 februari 2010 heeft [eiseres] een klacht wegens pesten op het werk ingediend bij de preventieadviseur van [verweerster].

De arbeidsovereenkomst werd door [verweerster] eenzijdig en zonder dringende reden beëindigd op 15 maart 2010.

[Eiseres] heeft op 24 maart 2010 haar reïntegratie gevraagd, die door [verweerster] is geweigerd op 13 april 2010.

[Verweerster] voert aan dat de Welzijnswet niet van toepassing is omdat deze territoriaal beperkt is tot het Belgisch grondgebied.

Het arbeidshof oordeelt daarover als volgt.

Volgens artikel 22 van het contract voor internationale detachering zijn partijen conform artikel 3 van het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, overeengekomen dat het contract onderworpen is aan het Belgisch recht.

Het EVO voorziet een IPR-regeling die specifiek is voor arbeidsovereenkomsten.

(...)

Centraal hierin staat de rechtskeuze van partijen, die uitdrukkelijk of minstens voldoende duidelijk moet blijken uit de bepalingen van de overeenkomst.

In casu kozen partijen uitdrukkelijk in het contract voor de toepassing van het Belgisch recht.

Het recht dat door rechtskeuze of door objectieve aanknoping de arbeidsovereenkomst beheerst, regelt volgens de artikelen 8 tot en met 10 van het Verdrag:

- *de vormvereisten, de uitlegging van de overeenkomst;*
- *de uitvoering ervan, wat en hoe moet worden uitgevoerd, welke maatregelen een schuldeiser eventueel kan inroepen om de prestaties af te afvingen, waarbij de rechter ook rekening mag houden met het recht van het land waar de overeenkomst wordt nagekomen;*
- *de gevolgen van een gehele of gedeeltelijke tekortkoming met inbegrip van de eventuele rechtsregels voor de vaststelling van de schade, voor zover verenigbaar met het procesrecht dat de rechter moet toepassen;*
- *de wijzen van tenietgaan van de overeenkomst, de verjaring en de vervaltermijnen;*
- *de gevolgen van de nietigheid van de overeenkomst;*
- *de vestiging van wettelijke vermoedens of de regels van verdeling van de bewijslast;*
- *het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst of van een bepaling daarvan.*

De eerste rechters stelden terecht dat de toepassing zich tot de arbeidsovereenkomst zelf beperkt.

Aan de gelding van de contractwet worden hoe dan ook grenzen gesteld. Reeds in de artikelen 6 en 7 van het EVO-verdrag worden correcties aangebracht.

Zo wordt, overeenkomstig artikel 6.2. EVO-verdrag, ongeacht artikel 4, de arbeidsovereenkomst, bij gebreke van een rechtskeuze overeenkomstig artikel 3, beheerst door het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld, of het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, in welk geval het recht van dat andere land toepasselijk is.

In het (thans opgeheven) artikel 3, eerste lid B. W. was bepaald dat de wetten van politie en veiligheid allen verbinden die binnen het Belgische grondgebied wonen.

In de Belgische rechtspraak worden beschouwd als "wetten van politie en veiligheid" van het Belgische arbeidsrecht: die regels van het Belgisch arbeidsrecht die van dwingend recht zijn en die de werknemer, de sociaal-zwakkere partij beschermen.

Wat de territoriale toepassingssfeer van de Belgische arbeidsrechtelijke politiewetten betreft, oordeelde het Hof van Cassatie in een arrest van 4 december 1989 dat die enkel van toepassing zijn op werknemers die gewoonlijk in België arbeid verrichten.

De meerderheid van de rechtsleer interpreteert dit arrest zo dat een tewerkstelling in België toch al een zekere duur of een zekere standvastigheid moet hebben voordat die onder de toepassing van de Belgische arbeidsrechtelijke politiewetten komt.

Er moet dan ook een voldoende nauwe band met België zijn. Dit ligt in de lijn van de normale ruimtelijke werkingssfeer van beschermende politiewetten (...).

In een arrest van het Hof van Cassatie van 27 maart 2006 over de Belgische arbeidsrechtelijke wetten van politie en veiligheid, worden zowel de ruime materiële invulling van dit begrip als de ruimtelijke werkingssfeer ervan bevestigd.

[Uw] Hof oordeelt hierin als volgt: "Inzake arbeidsovereenkomsten zijn de wettelijke bepalingen die de bescherming van de werknemers regelen en die gebiedend zijn, wetten van politie en van veiligheid; ze hebben bindende gevolgen voor de werkgevers die werknemers gewoonlijk in België tewerkstellen.

Hiermee hanteert het Hof van Cassatie ten volle het concept van de beschermende politiewetten: het gaat om alle dwingende bepalingen van het arbeidsrecht die de belangen van de werknemers, de zwakkere sociaal-economische partij, beschermen, maar opdat die bepalingen op een bepaalde arbeidsrelatie van toepassing zijn, is wel vereist dat die arbeidsrelatie een voldoende nauwe band heeft met België in de vorm van een tewerkstelling in België van een zekere duur met een zekere standvastigheid.

Het aanknopingspunt voor de toepassing van de politiewetten wordt in het arbeidsrecht dus gevonden in de plaats van uitvoering van de arbeid en niet noodzakelijk in het recht dat de overeenkomst beheerst (...).

[Eiseres] steunt haar vordering op het Belgisch recht, meer bepaald op afdeling 3 van hoofdstuk Vbis van de Welzijnswet, zoals van toepassing ten tijde van het neerleggen van de klacht en het ontslag.

Inzake arbeidsovereenkomsten zijn de wettelijke bepalingen die de bescherming van de werknemers regelen en die gebiedend zijn, wetten van politie en veiligheid.

De eerste rechters hebben terecht geoordeeld dat de bepalingen van de Welzijnswet beschermingsregels zijn in het voordeel van de werknemer, met andere woorden bepalingen van een wet van politie en veiligheid.

[Eiseres] legde in België bij de preventieadviseur een formele klacht neer wegens pesten op het werk in Spanje.

In casu stelt het arbeidshof vast dat [eiseres] sedert 3 mei 2006 (dus nog vóór haar aanwerving door [verweerster] in Spanje haar woonplaats had en aldaar gewoonlijk haar arbeid presteerde.

Op het ogenblik dat zij door [verweerster] werd aangeworven was zij niet in België, maar in Spanje tewerkgesteld.

In België heeft zij in werkelijkheid niet of nauwelijks gepresteerd.

Dat zij in diverse andere landen nog zou gepresteerd hebben wijzigt niets aan het gegeven dat er geen voldoende nauwe band met België voorhanden is.

Die gegevens volstaan naar het oordeel van het arbeidshof niet om te aanvaarden dat er een voldoende nauwe band met een zekere duur en standvastigheid met België voorhanden was opdat de Belgische Welzijnswet als wet van politie en veiligheid toepassing zou kunnen vinden".

Grieven

Eerste onderdeel

Overeenkomstig artikel 3 van het EVO wordt een overeenkomst beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen. De rechtskeuze moet uitdrukkelijk zijn gedaan of voldoende duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Bij hun keuze kunnen partijen het toepasselijke recht aanwijzen voor de overeenkomst in haar geheel of voor slechts een onderdeel daarvan. Artikel 3 stelt geen voorwaarden aan het gekozen recht, beperkt de keuze voor het op een arbeidsovereenkomst toepasselijke recht niet tot het arbeidsovereenkomstenrecht van het desbetreffende land inhoudt en verbiedt ook niet de keuze voor de dwingende wetsbepalingen van een land.

Luidens artikel 10 van het EVO beheerst het recht dat ingevolge artikel 3 van het EVO toepasselijk is op de overeenkomst, met name: de uitlegging ervan, de nakoming ervan, de gevolgen van gehele of gedeeltelijke tekortkoming, daaronder begrepen de vaststelling van de schade voor zover hiervoor rechtsregels gelden, een en ander binnen de grenzen welke het procesrecht van de rechter aan diens bevoegdheden stelt, de verschillende wijzen waarop verbintenissen tenietgaan, alsmede de verjaring en het verval van rechten als gevolg van het verstrijken van een termijn en de gevolgen van de nietigheid van de overeenkomst.

Noch artikel 3, noch artikel 10 van het EVO bepaalt dat de keuze voor het toepasselijke recht, wat betreft de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, beperkt blijft tot het arbeidsovereenkomstenrecht van de betrokken lidstaat en dat de rechtskeuze niet geldt voor de dwingende voorschriften van dat land. Integendeel, artikel 10 van het EVO geldt evenzeer voor de dwingende wetsbepalingen van het overeenkomstig artikel 6 van het EVO aangewezen land. Daaruit volgt dat de toepasselijke wetgeving aangeduid door de partijen of met toepassing van artikel 6 van het EVO ook betrekking heeft op de dwingende wetsbepalingen met betrekking tot onder meer de uitvoering van arbeidsovereenkomsten.

Luidens artikel 1134, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek strekken alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, degenen die deze hebben aangegaan, tot wet. Overeenkomsten verbinden overeenkomstig artikel 1135 van het Burgerlijk Wetboek niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend.

Artikel 17 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten bepaalt dat de werkgever de werknemer eerbied en achting verschuldigd is. Uit de samenlezing van die wetsbepaling met de bepalingen van de Welzijnswet volgt dat de werkgever en zijn personeelsleden zich moeten onthouden van pesterijen ten aanzien van de werknemer bij de uitvoering van zijn verplichting tot tewerkstelling van de werknemer, dat de werkgever aan wie pesterijen ter kennis worden gebracht geschikte maatregelen moet treffen en dat de werkgever de arbeidsverhouding van een werknemer niet mag beëindigen omwille van die kennisgeving of van een klacht wegens pesterijen (art. 32bis, 32septies en 32tredecies van de Welzijnswet). Zowel artikel 17 van de wet van 3 juli 1978, als de artikelen 32bis, 32septies en 32tredecies van de Welzijnswet hebben betrekking op de uitvoering van de overeenkomst.

In haar appelconclusies (p. 31-40 van haar syntheseconclusie en p. 2-6 van haar repliek op het advies van het openbaar ministerie) voert eiseres aan dat partijen in hun detacheringsovereenkomst uitdrukkelijk hebben gekozen voor de toepassing van het Belgisch recht, dat de verplichting van de werkgever om de werknemer te laten arbeiden in behoorlijke omstandigheden gedekt wordt door die rechtskeuze en dat in casu de door partijen gemaakte rechtskeuze bijgevolg ook betrekking heeft op de toepasselijkheid van de Welzijnswet.

Het arbeidshof overweegt dat de rechtskeuze centraal staat in de bijzondere verwijzingsregels van het EVO voor individuele arbeidsovereenkomsten en stelt vast dat partijen in hun contract uitdrukkelijk hebben gekozen voor de toepassing van het Belgische recht, maar beslist dan na de artikelen 8 tot en met 10 van het EVO in herinnering te hebben gebracht, dat de eerste rechters terecht stelden dat de toepassing van het gekozen recht zich beperkt tot de arbeidsovereenkomst zelf (p. 17-18 van het bestreden arrest).

Voor zover het arrest aldus moet worden gelezen dat de appelrechters beslissen dat de rechtskeuze niet geldt voor de dwingende bepalingen van het Belgische arbeidsrecht en/of voor de bepalingen van het arbeidsrecht die zijn opgenomen niet in de wet van 3 juli 1978, maar in andere Belgische wetten die de verplichtingen van de partijen bij een arbeidsovereenkomst beheersen, schenden de appelrechters de artikelen 3 en 8 tot en met 10 van het EVO, zoals gepreciseerd in de aanhef van het middel.

Voor zover het arrest aldus moet worden gelezen dat de appelrechters van oordeel zijn dat de verplichtingen van de werkgever om zich te onthouden van pesterijen geschikte maatregelen te treffen in geval van pesterijen en de werknemer niet te ontslaan omwille van een klacht wegens pesterijen, geen deel uitmaken van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en in het bijzonder van de in artikel 10 van het EVO bedoelde nakoming van de arbeidsovereenkomst, schenden de appelrechters de artikelen 10 van het EVO zoals gepreciseerd in het middel, 17 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en 32bis, 32septies en 32tredecies, § § 1, 3 en 4, van de Welzijnswet zoals gepreciseerd in het middel.

Door op die gronden te beslissen dat de toepassing van het door partijen gekozen recht beperkt is tot de arbeidsovereenkomst zelf miskennen de appelrechters de verbindende kracht van de door partijen op 10 oktober 2007gesloten overeenkomst van internationale detachering (schending van de artikelen 1134, eerste lid, en 1135 van het Burgerlijk Wetboek en 3 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten) en verantwoorden zij hun beslissing dat eiseres geen aanspraak kan maken op de door haar gevorderde beschermingsvergoeding niet naar recht (schending van art. 32tredecies, §§ 1, 3 en 4, van de Welzijnswet, zoals gepreciseerd in het middel).

Tweede onderdeel

Artikel 6, eerste lid, van het EVO, in de op dit geschil toepasselijke versie, bepaalde dat, ongeacht artikel 3 van het EVO, de rechtskeuze van partijen in een arbeidsovereenkomst er niet toe kan leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat ingevolge het tweede lid van artikel 6 bij gebreke van een rechtskeuze op hem van toepassing zou zijn. Deze verdragsbepaling ontneemt partijen bijgevolg niet het recht te kiezen voor de dwingende bepalingen van het recht van een ander land, voor zover deze rechtskeuze de werknemer niet berooft van de bescherming van de dwingende bepalingen van het zonder rechtskeuze toepasselijke recht.

Artikel 7, eerste lid, van het EVO, in de op dit geschil toepasselijke versie, bepaalde dat bij de toepassing ingevolge dit verdrag van het recht van een bepaald land gevolg kan worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmede het geval nauw is verbonden, indien en voor zover deze bepalingen volgens het recht van het laatstgenoemde land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst. Bij de beslissing of aan deze dwingende bepalingen gevolg moet worden toegekend, wordt rekening gehouden met hun aard en strekking, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zouden voortvloeien. Ook deze verdragsbepaling ontneemt partijen bijgevolg niet het recht te kiezen voor de dwingende bepalingen van het recht van een land, met dien verstande dat gevolg kan worden gegeven aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmee het geval nauw verbonden is.

Overeenkomstig het tweede lid van artikel 7 laat het EVO de toepassing onverlet van de bepalingen van het recht van het land van de rechter die ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht, het geval dwingend beheersen. Die verdragsbepaling werd in het voorliggende geval niet toegepast door het arbeidshof.

In haar appelconclusies (p. 31-40 van haar syntheseconclusie en p. 2-6 van haar repliek op het advies van het openbaar ministerie) voert eiseres aan dat partijen in hun detacheringsovereenkomst uitdrukkelijk hebben gekozen voor de toepassing van het Belgisch recht.

Het arbeidshof overweegt dat de rechtskeuze centraal staat in de bijzondere verwijzingsregels van het EVO voor individuele arbeidsovereenkomsten en stelt vast dat partijen in hun contract uitdrukkelijk hebben gekozen voor de toepassing van het Belgische recht (p. 17 van het bestreden arrest), maar beslist dat de eerste rechters terecht stelden dat de toepassing van het gekozen recht zich beperkt tot

de arbeidsovereenkomst zelf en overwegen in dat verband dat aan de gelding van de contractwet hoe dan ook grenzen worden gesteld en dat reeds in de artikelen 6 en 7 correcties worden aangebracht.

Zoals eiseres uiteenzet met betrekking tot het eerste onderdeel van het middel, stelt artikel 3 van het EVO geen enkele grens aan de gelding van de contractwet.

Uit de hoger in herinnering gebrachte verdragsbepalingen volgt dat de partijen in het voorliggende geschil het recht hadden om te kiezen voor de dwingende Belgische bepalingen inzake arbeidsovereenkomsten, zolang eiseres niet werd beroofd van de bescherming van de dwingende bepalingen van het recht dat zonder rechtskeuze van toepassing zou zijn en geen gevolg moet worden gegeven aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmee het geval nauw verbonden is.

Het arbeidshof gaat niet na en stelt dus ook niet vast dat de keuze voor de toepassing van de Belgische Welzijnswet eiseres zou hebben beroofd van de bescherming van de dwingende wetsbepalingen van een ander land en stelt aldus Uw Hof niet in staat zijn wettelijk toezicht uit te oefenen (schending van artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet).

Door op grond dat aan de gelding van de contractwet hoe dan ook grenzen worden gesteld en dat reeds in de artikelen 6 en 7 correcties worden aangebracht te beslissen dat eiseres zich niet kan beroepen op de Belgische Welzijnswet zonder vast te stellen dat de keuze voor de toepassing van de Belgische Welzijnswet eiseres zou hebben beroofd van de bescherming van de dwingende wetsbepalingen van een ander land, schenden de appelrechters bovendien de artikelen 3, 6, 7 en 10 van het EVO, zoals gepreciseerd in het middel. De appelrechters beslissen bijgevolg ook niet naar recht dat de toepassing van het door partijen gekozen recht zich beperkt tot de arbeidsovereenkomst zelf en miskennen de verbindende kracht van de door partijen op 10 oktober 2007 gesloten overeenkomst van internationale detachering (schending van de artikelen 1134, eerste lid, en 1135 van het Burgerlijk Wetboek en 3 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten). Zij beslissen op die gronden ook niet naar recht dat eiseres geen aanspraak kan maken op de door haar gevorderde beschermingsvergoeding niet naar recht (schending van art. 32tredecies, §§ 1, 3 en 4, van de Welzijnswet, zoals gepreciseerd in het middel).

Derde onderdeel

Ongeacht artikel 4 wordt de arbeidsovereenkomst, bij gebreke van een rechtskeuze overeenkomstig artikel 3, beheerst door: a) het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld, of b) het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, in welk geval het recht van dat andere land toepasselijk is (art. 6, tweede lid, van het EVO).

Zoals eiseres uiteenzet met betrekking tot het eerste onderdeel van het middel, stelt artikel 3 van het EVO geen enkele grens aan de gelding van de contractwet.

Het arbeidshof brengt artikel 6, tweede lid, van het EVO in herinnering (p. 18 van het bestreden arrest). Uit de bewoordingen van die verdragsbepaling volgt dat zij slechts van toepassing is bij ontstentenis van een rechtskeuze overeenkomstig artikel 3 van het EVO. Het arbeidshof stelt voorts vast dat partijen in hun contract uitdrukkelijk hebben gekozen voor de toepassing van het Belgische recht (p. 17 van het bestreden arrest).

Voor zover het arrest aldus moet worden gelezen dat het arbeidshof met toepassing van artikel 6, tweede lid, van het EVO beslist dat de eiseres zich niet kan beroepen op de toepassing van de Belgische Welzijnswet, schenden zij die verdragsbepaling, zoals gepreciseerd in de aanhef van het middel.

De appelrechters beslissen bijgevolg ook niet naar recht dat de toepassing van het door partijen gekozen recht beperkt is tot de arbeidsovereenkomst zelf en miskennen de verbindende kracht van de door partijen op 10 oktober 2007 gesloten overeenkomst van internationale detachering (schending van de artikelen 1134, eerste lid, en 1135 van het Burgerlijk Wetboek en 3 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten). Zij beslissen op die gronden ook niet naar recht dat eiseres geen aanspraak kan maken op de door haar gevorderde beschermingsvergoeding niet naar recht (schending van art. 32tredecies, §§ 1, 3 en 4, van de Welzijnswet, zoals gepreciseerd in het middel).

Vierde onderdeel

Voor zover het arrest aldus moet worden gelezen dat het arbeidshof zijn beslissing steunt op de overweging dat uit artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek volgt dat eiseres zich niet kan beroepen op de toepassing van de Belgische Welzijnswet, gaat het arbeidshof eraan voorbij dat deze wetsbepaling met ingang van 1 oktober 2004, en dus vóór het sluiten van het contract van internationale detachering tussen partijen, werd opgeheven bij artikel 139, 1°, van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht en maakt het arbeidshof toepassing van een wetsbepaling die niet van toepassing is op het voorliggende geschil (schending van de artikelen 3 van het Burgerlijk Wetboek en 139, 1°, en 140 van de wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht).

De appelrechters beslissen bijgevolg ook niet naar recht dat de toepassing van het door partijen gekozen recht beperkt is tot de arbeidsovereenkomst zelf en miskennen de verbindende kracht van de door partijen op 10 oktober 2007 gesloten overeenkomst van internationale detachering (schending van de artikelen 1134, eerste lid, en 1135 van het Burgerlijk Wetboek en 3 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten). Zij beslissen op die gronden ook niet naar recht dat eiseres geen aanspraak kan maken op de door haar gevorderde beschermingsvergoeding niet naar recht (schending van art. 32tredecies, §§ 1, 3 en 4, van de Welzijnswet, zoals gepreciseerd in het middel).

Vijfde onderdeel

Artikel 6, tweede lid, van het EVO, in de op dit geschil toepasselijke versie, bepaalde dat, ongeacht artikel 4 van het EVO, de arbeidsovereenkomst, bij gebreke van een rechtskeuze overeenkomstig artikel 3, wordt beheerst door: a) het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld, of b) het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, in welk geval het recht van dat andere land toepasselijk is.

Uit die verdragsbepalingen volgt dat het Belgische recht bij gebrek aan rechtskeuze in het voorliggende geval van toepassing zou zijn, ingeval eiseres haar arbeid gewoonlijk in België verricht of haar arbeid niet gewoonlijk in een en hetzelfde land verricht, vermits verweersters vestiging die haar heeft in dienst genomen zich in België bevindt.

In haar appelconclusies (p. 2-6 van haar repliek op het advies van het openbaar ministerie) voert eiseres aan dat het openbaar ministerie in zijn advies ten onrechte ertoe besloot dat eiseres werkte in Spanje, dat zij daarentegen was tewerkgesteld in een internationale functie en haar activiteiten zich ontplooiden over de ganse regio West-Europa, Noord-Afrika en het Midden-Oosten, dat bijgevolg het recht van België waar verweerster is gevestigd, moet worden toegepast.

Het arbeidshof overweegt niettemin dat eiseres sedert 3 mei 2006 haar woonplaats had in Spanje en nog vóór haar aanwerving door verweerster gewoonlijk haar arbeid presteerde, dat zij in België niet of nauwelijks heeft gepresteerd en dat het feit dat zij in diverse andere landen zou hebben gepresteerd niets wijzigt aan het gegeven dat er geen voldoende nauwe band met België voorhanden is. Ofschoon het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, bij gebrek aan rechtskeuze moet worden toegepast, wanneer de werknemer niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, beslist het arbeidshof op die gronden dat eiseres geen aanspraak kan maken op de toepassing van de Belgische Welzijnswet.

Die beslissing van het arbeidshof is niet naar recht verantwoord (schending van de artikelen 3 en 6 eerste en tweede lid van het EVO, zoals gepreciseerd in het middel), vermits de appelrechters wel vaststellen dat eiseres vóór haar aanwerving gewoonlijk haar arbeid in Spanje verrichtte, maar niet vaststellen dat zij dat nog deed op het ogenblik waarop zij de klacht bij de Belgische preventie-adviseur indiende en ontslagen werd, hoewel zij wel vaststellen dat zij sinds eind september 2009 haar activiteiten uitoefende in West-Europa, het Midden-Oosten en Noord-Afrika en zij in 2010 werd verzocht niet meer te werken vanuit Madrid, maar vanuit Düsseldorf wanneer zij niet in één van de drie haar toegewezen landen verbleef (p. 10 en 11 van het bestreden arrest). Vermits de beslissing van het arbeidshof aldus berust op tegenstrijdige vaststellingen en motieven, schendt het arbeidshof tevens artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet. Minstens blijkt, rekening houdende met die vaststellingen van de appelrechters, niet duidelijk uit het arrest of eiseres vanaf september 2009 haar arbeid al dan niet nog gewoonlijk in Spanje verrichtte en berust het arrest daardoor op dubbelzinnige motieven, vermits het recht van België waar de aanwervende vestiging van verweerster zich bevindt, moet worden toegepast ingeval eiseres niet langer in een en hetzelfde land gewoonlijk haar arbeid verrichtte en het arrest is in dat geval niet naar recht verantwoord (schending van artikel 149 van de Grondwet).

De appelrechters beslissen bijgevolg ook niet naar recht dat de toepassing van het door partijen gekozen recht beperkt is tot de arbeidsovereenkomst zelf en miskennen de verbindende kracht van de door partijen op 10 oktober 2007 gesloten overeenkomst van internationale detachering (schending van de artikelen 1134, eerste lid, en 1135 van het Burgerlijk Wetboek en 3 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten). Zij beslissen op die gronden ook niet naar recht dat eiseres geen aanspraak kan maken op de door haar gevorderde beschermingsvergoeding niet naar recht (schending van art. 32tredecies, §§ 1, 3 en 4, van de Welzijnswet, zoals gepreciseerd in het middel).

Zesde onderdeel

Artikel 6, tweede lid, van het EVO, in de op dit geschil toepasselijke versie, bepaalde dat, ongeacht artikel 4 van het EVO, de arbeidsovereenkomst, bij gebreke van een rechtskeuze overeenkomstig artikel 3, wordt beheerst door: a) het recht van het land waar de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land te werk is gesteld, of b) het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemer in dienst heeft genomen, wanneer deze niet in eenzelfde land gewoonlijk zijn arbeid verricht, tenzij uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land, in welk geval het recht van dat andere land toepasselijk is.

Uit die verdragsbepalingen volgt dat in de hypothese waarin de werknemer zijn arbeid gewoonlijk in een en hetzelfde land verricht, toch de wetgeving wordt toegepast van een ander land waarmee, zoals uit het geheel der omstandigheden blijkt, de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden. Op dit vlak moet rekening worden gehouden met alle factoren die de arbeidsbetrekking kenmerken, waaronder allereerst het land waar de werknemer belastingen en heffingen op inkomsten uit arbeid betaalt, het land waar hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen en de wetgeving die van toepassing is op de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden.

In haar appelconclusies (p. 5-6 van haar repliek op het advies van het openbaar ministerie) voert eiseres aan dat zelfs in de veronderstelling dat toepassing zou moeten worden gemaakt van artikel 6, tweede lid, a), van het EVO de Belgische Welzijnswet diende te worden toegepast op grond dat de arbeidsovereenkomst nauwer verbonden is met België dan met elk ander land, vermits eiseres de Belgische nationaliteit heeft en in België is aangeworven, haar werkgever vanuit zijn vestiging in België gezag over haar uitoefende via de heer B. aan wie zij diende te rapporteren en die haar gepest heeft, haar tewerkstelling aanleiding gaf tot het betalen van socialezekerheidsbijdragen in België, haar salaris en andere arbeidsvoorwaarden werden bepaald naar Belgisch recht, haar arbeidsovereenkomst met toepassing van het Belgisch recht werd beëindigd en de Belgische rechter als de bevoegde rechter was aangeduid in de overeenkomst tussen partijen.

Het arbeidshof antwoordt niet op dit precieze en regelmatig door eiseres in haar appelconclusie aangevoerde verweer, zodat het arrest ter zake niet regelmatig met redenen is omkleed (schending van artikel 149 van de Grondwet).

Het arbeidshof gaat niet na of uit de door eiseres aangevoerde feitelijke omstandigheden kan worden afgeleid dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen nauwer verbonden is met België dan met Spanje en stelt aldus Uw Hof niet in staat zijn wettelijk toezicht uit te oefenen (schending van artikel 149 van de gecoördineerde Grondwet). Door te beslissen dat geen voldoende nauwe band aanwezig is met België zonder rekening te houden met andere criteria dan de plaats waar eiseres haar arbeid, naar het oordeel van het arbeidshof, gewoonlijk verrichtte, verantwoordt het arbeidshof zijn beslissing dat de Belgische Welzijnswet geen toepassing kan vinden niet naar recht (schending van de artikelen 3 en 6 van het EVO, zoals gepreciseerd in de aanhef van het middel).

De appelrechters beslissen bijgevolg ook niet naar recht dat de toepassing van het door partijen gekozen recht beperkt is tot de arbeidsovereenkomst zelf en miskennen de verbindende kracht van de door partijen op 10 oktober 2007 gesloten overeenkomst van internationale detachering (schending van de artikelen 1134, eerste lid, en 1135 van het Burgerlijk Wetboek en 3 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten). Zij beslissen op die gronden ook niet naar recht dat eiseres geen aanspraak kan maken op de door haar gevorderde beschermingsvergoeding niet naar recht (schending van art. 32tredecies, §§ 1, 3 en 4, van de Welzijnswet, zoals gepreciseerd in het middel).

Zevende onderdeel

In haar appelconclusies voerde eiseres aan dat het werkgeversgezag vanuit België werd uitgeoefend door de persoon die haar gepest heeft en dat het haar bijgevolg moest zijn toegestaan een formele klacht wegens pesterijen neer te leggen, ook al betrof het feiten die zich voordeden in het buitenland, vermits de Welzijnswet de arbeidsplaats definieert als zijnde de plaats waar de arbeid wordt verricht, zonder onderscheid te maken volgens de ligging van de arbeidsplaats.

Het arbeidshof antwoordt niet op dit precieze en regelmatig door eiseres in haar appelconclusie aangevoerde verweer, zodat het arrest ter zake niet regelmatig met redenen is omkleed (schending van artikel 149 van de Grondwet).

Door te beslissen dat geen voldoende nauwe band aanwezig is met België zonder rekening te houden met de plaats van waaruit eiseres werd gepest, verantwoordt het arbeidshof zijn beslissing dat de Belgische Welzijnswet geen toepassing kan vinden niet naar recht (schending van de artikelen 2, 3, § 1, enig lid, 15°, 32bis, eerste lid, 32septies, § 1, en 32tredecies, §§ 1, 3 en 4, van de Welzijnswet, zoals gepreciseerd in de aanhef van het middel).

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Eerste onderdeel

Ontvankelijkheid

1. De verweerster voert tegen het eerste onderdeel vier gronden van niet-ontvankelijkheid aan:

- alhoewel de eiseres de miskenning aanvoert van de verbindende kracht van de overeenkomst van internationale detachering die de partijen op 10 oktober 2007 hebben gesloten, is bij de voorziening geen eensluidend afschrift van die overeenkomst gevoegd;
- artikel 16 Arbeidsovereenkomstenwet wordt niet als geschonden aangewezen, niettegenstaande deze wetsbepaling essentieel is voor de in het onderdeel aangevoerde grief;
- het onderdeel gaat uit van verschillende tegenstrijdige interpretaties van de bestreden beslissing en is mitsdien onderling tegenstrijdig;
- de beoordeling van het arbeidshof dat het door de partijen gekozen recht zich tot de arbeidsovereenkomst zelf en dus tot het arbeidsovereenkomstenrecht beperkt, houdt een interpretatie in van de contractuele bepaling van de detacheringsovereenkomst en vereist aldus een interpretatie van de bedoeling van de partijen, wat een feitelijke beoordeling vergt waarvoor het Hof niet bevoegd is.

2. De miskenning van de verbindende kracht van een overeenkomst houdt niet noodzakelijk in dat de overeenkomst verkeerd wordt uitgelegd.

Dergelijke grief vereist niet steeds de voeging van een eensluidend verklaard afschrift van de overeenkomst bij de voorziening.

De eerste grond van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen.

3. Het eerste onderdeel voert in essentie aan dat de appelrechters, na te hebben vastgesteld dat de partijen voor de toepassing van het Belgische recht hebben gekozen, niet konden oordelen dat artikel 32 tredecies Wet Welzijn Werknemers niet op hun arbeidsrelatie van toepassing is.

De aangevoerde schendingen van de artikelen 3 en 10 van het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, hierna EVO, en van de artikelen 2 en 32*tredecies* Wet Welzijn Werk-nemers, volstaan om tot cassatie te kunnen leiden.

De tweede grond van niet-ontvankelijkheid moet eveneens worden verworpen.

4. De omstandigheid dat het onderdeel uitgaat van verschillende mogelijke interpretaties van de bestreden beslissing, brengt niet mee dat het onderdeel zelf tegenstrijdig is.

Ook de derde grond van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen.

5. Met het oordeel dat de toepassing van de rechtskeuze zich tot de arbeidsovereenkomst zelf beperkt, geven de appelrechters geen uitleg van de contractuele bepaling van de detacheringsovereenkomst, maar beoordelen zij de bestanddelen die deel uitmaken van het recht dat volgens de artikelen 8 tot 10 EVO door rechtskeuze of door objectieve aanknoping de arbeidsovereenkomst beheerst.

De vierde grond van niet-ontvankelijkheid moet evenzeer worden verworpen.

Gegrondheid

6. Krachtens artikel 3.1 EVO wordt een overeenkomst beheerst door het recht dat de partijen hebben gekozen. Bij hun keuze kunnen de partijen het toepasselijke recht aanwijzen voor de overeenkomst in haar geheel of voor slechts een deel ervan.

Krachtens artikel 10.1 EVO beheerst het recht dat ingevolge de artikelen 3 tot en met 6 en 12 van dit Verdrag op de overeenkomst toepasselijk is, met name de uitlegging ervan, de nakoming ervan, de gevolgen van gehele of gedeeltelijke tekortkoming, daaronder begrepen de vaststelling van de schade voor zover hiervoor rechtsregels gelden, een en ander binnen de grenzen welk het procesrecht van de rechter aan diens bevoegdheden stelt, de verschillende wijzen waarop verbintenissen tenietgaan, alsmede de verjaring en het verval van rechten als gevolg van het verstrijken van een termijn en de gevolgen van de nietigheid van de overeenkomst.

Uit deze bepalingen volgt kennelijk dat wanneer de partijen het toepasselijke recht hebben aangewezen voor de overeenkomst in haar geheel, onverminderd de toepassing van de overige bepalingen van het EVO, de rechtskeuze van de partijen zich uitstrekt tot alle bepalingen van het aangewezen recht die de wederzijdse rechten en verplichtingen van de partijen bij de overeenkomst regelen.

7. Krachtens artikel 2, § 1, Wet Welzijn Werknemers is deze wet toepasselijk op de werkgevers en werknemers.

Krachtens artikel 32*tredecies*, § 1, Wet Welzijn Werknemers, in zijn hier toepasselijke versie, mag de werkgever, behalve om redenen die vreemd zijn aan de klacht, de rechtsvordering of de getuigenverklaring, de arbeidsverhouding van de werknemer die op het vlak van de onderneming of instelling die hem tewerkstelt, overeenkomstig de vigerende procedures een met redenen omklede klacht heeft ingediend, niet beëindigen en evenmin de arbeidsvoorwaarden van die werknemer op ongerechtvaardigde wijze eenzijdig wijzigen.

Deze bepaling heeft betrekking op de nakoming van de arbeidsovereenkomst door de werkgever ten aanzien van de werknemer en is aldus, onverminderd toepassing van de overige bepalingen van het EVO, een bepaling waartoe de rechtskeuze van de partijen zich in toepassing van de artikelen 3.1 en 10.1 EVO uitstrekt.

8. De appelrechters stellen vast dat de partijen op 25 oktober 2007 en 5 november 2007 een arbeidsovereenkomst hebben gesloten en dat zij volgens artikel 22 van het contract voor internationale detachering conform artikel 3 EVO zijn overeengekomen dat het contract onderworpen is aan het Belgisch recht.

Zij oordelen dat de partijen in het contract *in casu* uitdrukkelijk kozen voor de toepassing van het Belgisch recht.

Waar zij vervolgens de vordering van de eiseres tot het verkrijgen van een beschermingsvergoeding op grond van artikel 32*tredecies* Wet Welzijn Werknemers afwijzen op grond dat de eerste rechters terecht stelden dat de toepassing van de rechtskeuze zich tot de arbeidsovereenkomst zelf beperkt, schenden zij artikel 3.1 en 10.1 EVO.
Het onderdeel is in zoverre gegrond.

Tweede onderdeel

Ontvankelijkheid

9. De verweerster voert ook tegen dit onderdeel de tegen het eerste onderdeel eerst aangevoerde grond van niet-ontvankelijkheid aan.

10. Om de redenen vermeld in het antwoord op het eerste onderdeel, moet deze grond van niet-ontvankelijkheid ook hier worden verworpen.

Gegrondheid

11. Krachtens artikel 3.1 EVO wordt een overeenkomst beheerst door het recht dat de partijen hebben gekozen.

Krachtens artikel 6.1 EVO kan de rechtskeuze van de partijen in een arbeidsovereenkomst niet ertoe leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van de dwingende bepalingen van het recht dat ingevolge het tweede lid van dit artikel bij gebreke van een rechtskeuze op hem van toepassing zou zijn.

Uit deze bepalingen volgt kennelijk dat inzake arbeidsovereenkomsten het recht dat de partijen hebben gekozen op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, ook wanneer ingevolge het tweede lid van artikel 6 EVO bij afwezigheid van een rechtskeuze een ander recht van toepassing zou zijn, tenzij wanneer dat voor gevolg heeft dat de werknemer ingevolge de toepassing van het gekozen recht de bescherming verliest van het dwingend recht dat van toepassing zou zijn bij gebreke van een rechtskeuze.

12. De appelrechters stellen vast dat:
- de partijen volgens artikel 22 van het contract voor internationale detachering conform artikel 3 EVO zijn overeengekomen dat het contract onderworpen is aan het Belgisch recht;
- de eiseres sedert 3 mei 2006, dus nog voor haar aanwerving door de verweerster, in Spanje haar woonplaats had en daar was tewerkgesteld;
- de eiseres in werkelijkheid niet of nauwelijks in België heeft gepresteerd.

Zij oordelen dat:
- de partijen in het contract *in casu* uitdrukkelijk kozen voor de toepassing van het Belgisch recht;
- het feit dat de eiseres ook nog in andere landen dan Spanje zou hebben gepresteerd niets wijzigt aan het gegeven dat er geen voldoende nauwe band met België voorhanden is, opdat de Belgische Welzijnswet toepassing zou kunnen vinden.

13. Door op die gronden te oordelen dat de eiseres geen aanspraak kan maken op de op grond van artikel 32*tredecies* Wet Welzijn Werknemers gevorderde beschermingsvergoeding, zonder vast te stellen dat de eiseres door toepassing van die bepaling de bescherming zou verliezen van dwingende bepalingen van het recht dat ingevolge artikel 6.2 EVO bij gebreke van een rechtskeuze van toepassing zou zijn, schenden de appelrechters de genoemde bepalingen.

Het onderdeel is gegrond.

Overige grieven

14. De overige grieven kunnen niet tot ruimere cassatie leiden.

DICTUM

HET HOF

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het uitspraak doet over de vordering tot het verkrijgen van een beschermingsvergoeding op grond van artikel 32*tredecies* Wet Welzijn Werknemers en over de kosten.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het arbeidshof te Brussel.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, derde kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, als voorzitter, sectievoorzitter Alain Smetryns, en de raadsheren Koen Mestdagh, Antoine Lievens en Bart Wylleman, en in openbare rechtszitting van 18 juni 2018 uitgesproken door sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, in aanwezigheid van advocaat-generaal Henri Vanderlinden, met bijstand van griffier Mike Van Beneden.

Hof van Cassatie, arrest van 29 mei 2018

Erkenning – Dading gesloten in het kader van een groepsvordering – Aansprakelijkheid – Strafrechtelijke procedure – Artikel 25, § 1, 1° WIPR – Artikel 25, § 1, 2° WIPR – Miskenning rechten van verdediging – Artikel 6 EVRM – Opt-out-systeem voor niet-Amerikaanse burgers – Gebrek individuele kennisgeving – Schending openbare orde

Reconnaissance – Transaction conclue dans le cadre d'une action de groupe – Responsabilité – Procédure pénale – Article 25, § 1, 1° CODIP – Article 25, § 1, 2° CODIP – Violation des droits de la défense – Article 6 CEDH – Système de l'opt-out pour les citoyens non américains – Absence de notification individuelle – Violation de l'ordre public

P.17.0635.N

I.
10508 burgerlijke partijen,

eisers, die allen woonplaats kiezen bij gerechtsdeurwaarder Patrick Marijns, met kantoor te 8200 Brugge, Torhoutsesteenweg 344/1, en gerechtsdeurwaarder Patrick Gielen, met kantoor te 1040 Etterbeek, Stationstraat 42,

met als raadslieden mr. Filiep Deruyck en mr. David Verreckt, beiden advocaat bij de balie te Antwerpen,

tegen

1. **K. cvba**, met zetel te […] Brussel, […],

beklaagde, verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Bruno Maes, advocaat bij het Hof van Cassatie,

2. **V A W J F**,

beklaagde, verweerder,

vertegenwoordigd door mr. Johan Verbist en mr. Beatrix Vanlerberghe, advocaten bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 2000 Antwerpen, Amerikalei 187/302, waar de verweerder woonplaats kiest.

II.
D W,

burgerlijke partij, eiser,

met als raadsman mr. Anja Baeyens, advocaat bij de balie te Dendermonde,

tegen

V A W J F, reeds vermeld.

verweerder,

vertegenwoordigd door mr. Johan Verbist en mr. Beatrix Vanlerberghe, advocaten bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 2000 Antwerpen, Amerikalei 187/302, waar de verweerder woonplaats kiest.

I. Rechtspleging voor het Hof

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent, correctionele kamer, van 23 maart 2017.

De eisers I voeren in een memorie die aan dit arrest is gehecht, drie middelen aan.

De eiser II voert in een memorie die aan dit arrest is gehecht, vier middelen aan.

Raadsheer Ilse Couwenberg heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Marc Timperman heeft geconcludeerd.

II. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Middelen van de eisers I

Eerste middel

1. Het middel voert schending aan van de artikelen 5, 774 en 1138, 3°, Gerechtelijk Wetboek en de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek, alsook miskenning van het algemeen rechtsbeginsel krachtens hetwelk de rechter gehouden is om, mits eerbiediging van het recht van verdediging, de rechtsnorm te bepalen die van toepassing is op de bij hem ingestelde rechtsvordering: het arrest besluit tot de niet-ontvankelijkheid van de burgerlijke rechtsvorderingen van de eisers, zowel deze ingesteld tegen de verweerster in eigen naam gelet op haar vrijspraak als deze ingesteld tegen de verweerster in haar hoedanigheid van burgerrechtelijk aansprakelijke partij voor de verweerder vermits zij enkel als beklaagde was gedagvaard; het arrest gaat hierbij ten onrechte niet na of de bewezen verklaarde strafrechtelijke fouten van de verweerder op grond van artikel 16 van de wet van 22 juli 1953 houdende oprichting van een Instituut van de Bedrijfsrevisoren en organisatie van het publiek toezicht op het beroep van bedrijfsrevisor dan wel op grond van artikel XV.73 Wetboek Economisch Recht, niet een rechtstreekse aansprakelijkheid van de verweerster op grond van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek met zich meebrengen en miskent aldus de verplichting om op de voorgelegde feitelijke gegevens de juiste rechtsregels toe te passen.

2. Krachtens de artikelen 3 en 4 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering kan de strafrechter een burgerlijke rechtsvordering tot herstel van schade slechts gegrond verklaren indien hij vaststelt dat de schade voortvloeit uit een als misdrijf gekwalificeerd feit waarvoor de beklaagde is vervolgd en dat de rechter bewezen verklaart.

Hieruit volgt dat de strafrechter die uitspraak doet over de burgerlijke rechtsvordering niet gehouden is na te gaan of een beklaagde, die wordt vrijgesproken van alle hem ten laste gelegde feiten, andere fouten of onvoorzichtigheden in oorzakelijk verband met de gevorderde schade heeft begaan.

In zoverre het middel uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt het naar recht.

3. Na te hebben aangegeven dat de hoedanigheid waarin een partij in het strafproces werd betrokken bepalend is opdat tegen die partij een ontvankelijke burgerlijke rechtsvordering kan worden ingesteld, oordeelt het arrest dat:

- de verweerster door de procureur-generaal enkel als beklaagde werd gedagvaard, zodat de vorderingen van de eisers die gericht zijn tegen de verweerster in haar hoedanigheid van burgerrechtelijk aansprakelijke partij, niet ontvankelijk zijn;
- de verweerster is vrijgesproken van alle haar ten laste gelegde feiten, met inbegrip van de feiten vermeld onder de telastleggingen F.III en F.IV;
- gelet op dit ontslag van rechtsvervolging de appelrechters onbevoegd zijn om kennis te nemen van de burgerlijke rechtsvordering van de eisers gericht tegen de verweerster als beklaagde.

Met deze redenen oordelen de appelrechters naar recht dat de burgerlijke rechtsvorderingen van de eisers tegen de verweerster in eigen naam en in haar hoedanigheid van burgerrechtelijk aansprakelijke partij voor de verweerder niet ontvankelijk zijn.

In zoverre kan het middel niet worden aangenomen.

Tweede middel

Eerste onderdeel

4. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek: het arrest verklaart de vorderingen tot schadevergoeding van de eisers tegen de verweerder ongegrond omdat de fouten van de verweerder niet de oorzaak zijn van het faillissement en het daarmee gepaard gaande totale waardeverlies van hun aandelen; door aldus aan te nemen dat enkel fouten die in causaal verband staan met het totale waardeverlies van de aandelen aanleiding kunnen geven tot schadevergoeding miskennen de appelrechters het rechtsbegrip van het causaal verband.

5. Het arrest stelt vast dat alle eisers, ook degenen die gewag maken van de rechtsfiguur van het verlies van een kans, een vergoeding vorderen voor het verlies van de waarde van de financiële instrumenten van L. nv en oordeelt dat de fouten van de verweerder niet in oorzakelijk verband staan met deze schade. Met dit oordeel nemen de appelrechters niet aan dat enkel fouten die in oorzakelijk verband staan met het totale waardeverlies van de aandelen aanleiding kunnen geven tot schadevergoeding.

Het onderdeel berust op een onjuiste lezing van het arrest en mist feitelijke grondslag.

Tweede onderdeel

6. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 1319, 1320 en 1322 Burgerlijk Wetboek en artikel 1138, 2°, Gerechtelijk Wetboek: in weerwil van wat de eisers in hun syntheseberoepsconclusie hebben uiteengezet, oordeelt het arrest dat de eisers geen vergoeding vorderen voor het verlies van een kans en miskent het aldus de bewijskracht van deze conclusie; door eisers' vordering als ongegrond te verwerpen omdat zij een vergoeding hebben gevorderd voor het totale waardeverlies van hun aandelen en dit een andere vordering is dan een vordering tot

schadevergoeding voor het verlies van een kans, zonder over deze laatste vordering uitspraak te doen, schendt het arrest tevens artikel 1138, 2°, Gerechtelijk Wetboek; de appelrechters die aan een vordering tot schadevergoeding zoals verwoord in de conclusie van de eisers een andere omschrijving geven, wijzigen het voorwerp van de vordering niet en doen geen uitspraak over een niet-gevorderde zaak.

7. In hun syntheseberoepsconclusie hebben de eisers onder meer aangevoerd dat ook de eisende partijen die hun aandelen aankochten vóór juli 1999, respectievelijk 4 mei 2000 aanspraak kunnen maken op schadevergoeding aangezien zij, indien de verweerder de bewezen inbreuken niet had gepleegd, de kans zouden hebben gehad hun aandelen te verkopen en een deel van hun investering te recupereren. Zij begroten hun schade voor alle eisende partijen op de aankoopprijs van de aandelen die werden aangekocht vóór of op 21 september 2000 min de opbrengstprijs van de verkoop van de aandelen die na deze datum heeft plaatsgevonden.

8. Het arrest stelt vast dat de eisers een vergoeding vorderen voor de schade, begroot op het volledig waardeverlies van de waarde van de financiële instrumenten van L. nv en oordeelt dat deze schade niet bestaat uit verlies van een kans maar schade is die zich in werkelijkheid al heeft voorgedaan. Met dit oordeel geeft het arrest geen uitlegging van eisers' conclusie, maar trekt er een juridisch gevolg uit.

In zoverre mist het onderdeel feitelijke grondslag.

9. Het arrest oordeelt dat:

- de lastens de verweerder bewezen verklaarde misdrijven zich pas voordeden op 4 mei 2000 zodat de eisers zich ten vroegste vanaf die datum konden steunen op de informatie uit het revisoraal verslag voor hun investeringsbeslissingen en zij aldus ten vroegste vanaf 4 mei 2000 op grond van de telastleggingen F.III en F.IV schade kunnen hebben geleden;
- op dat ogenblik de overige schuldig verklaarde beklaagden, omwille van de door hen gepleegde fraude, de financiële onderbouw en geloofwaardigheid van L. nv reeds dusdanig hadden ondergraven dat een correcte revisorale verklaring het volledig waardeverlies van de aandelen niet had kunnen vermijden.

Met deze niet-bekritiseerde redenen geven de appelrechters te kennen dat ook zonder de fout van de verweerder er geen kans was om het door de eisers aangevoerde nadeel te vermijden.

Het onderdeel dat nalaat deze redenen in zijn kritiek te betrekken, kan niet tot cassatie leiden en is in zoverre niet ontvankelijk.

Derde middel

10. Het middel voert schending aan van artikel 6 EVRM en artikel 25, § 1, 1° en 2°, Wetboek IPR: het arrest oordeelt ten onrechte dat de beslissing van de districtsrechtbank van Massachusetts in België moet worden erkend; deze beslissing bekrachtigt de dading, gesloten in het kader van de groepsvordering tot vergoeding van de aandeelhouders die schade leden in het L&H-dossier, en verklaart deze dading aldus bindend voor alle leden, ook de niet-Amerikaanse ingezetenen, die tot deze klasse behoren tenzij zij uitdrukkelijk via de daartoe geëigende procedure hebben verzocht om te worden uitgesloten ("*opt-out*"-systeem); het arrest neemt hierbij ten onrechte aan dat het gebrek aan een individuele kennisgeving van het bestaan van de groepsvordering en haar gevolgen het recht van verdediging van de buitenlandse leden in deze procedure niet heeft miskend en de erkenning van de Amerikaanse beslissing bijgevolg niet indruist tegen de openbare orde.

11. Het arrest oordeelt dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de door de verweerder gepleegde fouten en de schade waarvoor de eisers schadevergoeding vorderen. Die zelfstandige reden draagt de beslissing om de burgerlijke rechtsvordering af te wijzen.

Het middel dat die reden niet aanvecht, kan niet tot cassatie leiden en is bijgevolg niet ontvankelijk.

Middelen van de eiser II

Derde middel

Eerste onderdeel

12. Het onderdeel voert schending aan van artikel 149 Grondwet en de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek: het arrest oordeelt ten onrechte dat de misdrijven gepleegd door de verweerder, zoals omschreven in de telastleggingen F.III en F.VI, niet in oorzakelijk verband staan met de schade zoals deze zich *in concreto* heeft voorgedaan; door de veroordeling voor de voormelde telastleggingen bij arrest van 20 september 2010 is vastgesteld dat de verweerder niet het nodige heeft gedaan om zich ervan te vergewissen dat de jaarrekeningen overeenkomstig de Boekhoudwet werden opgesteld; hieronder valt de gereviseerde geconsolideerde rekening over het eerste semester van 1999; het arrest stelt tevens vast dat K. nv bij het toestaan van het krediet onder meer rekening heeft gehouden met deze ten onrechte gereviseerde geconsolideerde rekening over het eerste semester van 1999 en dat de opzegging van dit krediet de rechtstreekse aanleiding was voor het faillissement van L. nv; het arrest kon uit deze vaststellingen dan ook niet wettig afleiden dat de fout van de verweerder niet heeft bijgedragen tot de schade; de voormelde redenen zijn eveneens tegenstrijdig.

13. Het arrest stelt vast en oordeelt dat:

- uit de omschrijving van de bewezen verklaarde telastleggingen volgt dat de verweerder is veroordeeld voor het op 4 mei 2000 zonder voorbehoud goedkeuren van de enkelvoudige en geconsolideerde jaarrekeningen van het boekjaar 1999 zonder te hebben gedaan wat hij moest doen om te achterhalen of er inbreuken werden gepleegd zoals omschreven onder de telastleggingen E.I.1.3, E.I.2.3, E.II.1.3 en E.II.2.3 (telastlegging F.III) en E.III en E.IV (telastlegging F.VI);
- de verweerder hierbij zijn controleopdracht op vier specifieke punten niet had uitgevoerd zoals een normaal, redelijk en voorzichtig commissaris-revisor, geplaatst in dezelfde omstandigheden, deze zou hebben uitgevoerd;
- bij de beoordeling van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de verweerder enkel rekening kan worden gehouden met deze vier in het strafarrest aanvaarde feitelijke gegevens die zijn schuld aan de telastleggingen F.III en F.VI hebben meegebracht;
- de bewezen verklaarde misdrijven bijgevolg niet met zich meebrengen dat alle controlehandelingen die de verweerder als bedrijfsrevisor van L. nv stelde vóór 4 mei 2000 in aanmerking genomen moeten worden voor de beoordeling van zijn burgerrechtelijke aansprakelijkheid.

Het arrest stelt aldus niet vast dat de telastleggingen F.III en F.VI eveneens betrekking hebben op de geviseerde geconsolideerde rekening over het eerste semester van 1999 en dat de verweerder een fout heeft begaan door een verklaring over deze rekening af te leggen.

In zoverre berust het onderdeel op een onjuiste lezing van het arrest en mist het feitelijke grondslag.

14. De aangevoerde tegenstrijdigheid van de motivering en overige wetsschendingen zijn afgeleid uit deze onjuiste lezing van het arrest.

In zoverre is het onderdeel niet ontvankelijk.

Tweede onderdeel

15. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek: het arrest oordeelt ten onrechte dat, gelet op de eerdere fouten van derden, er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de misdrijven van de verweerder en de schade zoals deze zich *in concreto* heeft voorgedaan; uit de strafrechtelijke veroordeling voor de telastleggingen F.III en F.VI volgt dat de verweerder ten onrechte een goedkeurende verklaring heeft verleend voor de geconsolideerde rekening voor het eerste semester van 1999; volgens de brief van 27 november 2000 waarnaar de appelrechters verwijzen, heeft K. nv zich op deze rekening gesteund voor het toekennen van het krediet waarvan de opzegging heeft geleid tot het faillissement van L. nv; aldus staat het, ongeacht eerdere door derden gepleegde misdrijven, vast dat de schade werd veroorzaakt door fouten van de verweerder.

16. Uit het antwoord op het eerste onderdeel volgt dat de eiser ten onrechte ervan uitgaat dat het arrest vaststelt dat de telastleggingen F.III en F.VI eveneens betrekking hebben op de geviseerde geconsolideerde rekening over het eerste semester van 1999 en dat de verweerder aldus een fout heeft begaan door een verklaring over deze rekening af te leggen.

In zoverre mist het onderdeel feitelijke grondslag.

Derde onderdeel

17. Het onderdeel voert schending aan van artikel 149 Grondwet: het arrest is tegenstrijdig en dubbelzinnig gemotiveerd; de appelrechters verwijzen enerzijds naar een brief van K. nv, waarin de bank bevestigt dat het krediet werd toegekend *"o.a. op basis van de gereviseerde geconsolideerde rekening voor het eerste semester van 1999"* en oordelen anderzijds dat uit deze brief blijkt dat de bank bij de toekenning van dit krediet enkel rekening hield met de nog niet-gereviseerde geconsolideerde jaarrekening voor 1999.

18. Het onderdeel preciseert niet in welke lezing van het arrest de beslissing wettig is en in welke andere lezing ze onwettig is.

In zoverre dubbelzinnigheid in de motivering wordt aangevoerd, is het onderdeel onnauwkeurig, mitsdien niet ontvankelijk.

19. Het arrest oordeelt dat op het ogenblik dat de bank het krediet toekende de verweerder zijn revisoraal verslag voor het boekjaar 1999 nog niet had afgeleverd zodat de bank enkel rekening hield met de nog niet-gereviseerde geconsolideerde rekening voor 1999. Dit oordeel is niet tegenstrijdig met de vaststelling dat de bank in zijn schrijven van 27 november 2000 eveneens verwees naar de gereviseerde geconsolideerde rekening voor 1998 en de gereviseerde geconsolideerde rekening voor het eerste semester van 1999.

In zoverre mist het onderdeel feitelijke grondslag.

Eerste middel in zijn geheel

20. Het middel voert schending aan van artikel 2262*bis*, § 1, tweede lid, Burgerlijk Wetboek: het arrest bepaalt de einddatum van de verjaring van eisers burgerlijke rechtsvordering tegen de verweerder, *"behoudens stuiting of schorsing"*, op 23 oktober 2006; het arrest houdt voor de berekening van deze verjaringstermijn ten onrechte enkel rekening met de kennis van de schade en

niet met de kennis van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon (*eerste onderdeel*); het oordeelt eveneens ten onrechte dat de verjaringstermijn aanvangt op de dag waarop de schade vaststond en niet op de hierop volgende dag (*tweede onderdeel*).

21. Het arrest verklaart de burgerlijke rechtsvordering lastens de verweerder, die betrekking heeft op de gewone aandelen van L. nv gekocht op de Nasdaq-beurs of op call-opties van L. nv gekocht of op put-opties van L. nv verkocht op een optiebeurs in de Verenigde Staten van Amerika in de periode van 28 april 1998 tot en met 9 november 2000, ontoelaatbaar. Het verklaart de burgerlijke rechtsvordering, gericht tegen deze verweerder, voor zover ontvankelijk en toelaatbaar, ongegrond.

Het middel dat in al zijn onderdelen is gericht tegen redenen die de beslissing tot afwijzing van eisers burgerlijke rechtsvordering tegen de verweerder niet schragen, kan niet tot cassatie leiden en is bijgevolg niet ontvankelijk.

Tweede middel

22. Het middel voert schending aan van artikel 25, § 1, 1°, Wetboek IPR: het arrest oordeelt ten onrechte dat de erkenning van de beslissing van de districtsrechtbank van Massachusetts waarbij de dading wordt bekrachtigd, niet in strijd is met de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde; het arrest houdt hierbij ten onrechte geen rekening met de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde zoals ingevuld op het ogenblik van het tot stand komen van de buitenlandse beslissing, maar wel met omstandigheden en wetgeving die tien jaar later zijn tot stand gekomen.

23. Het arrest oordeelt dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de door de verweerder gepleegde fouten en de schade waarvoor de eiser schadevergoeding vordert. Die zelfstandige reden draagt de beslissing om de burgerlijke rechtsvordering af te wijzen.

Het middel dat die reden niet aanvecht, kan niet tot cassatie leiden en is bijgevolg niet ontvankelijk.

Vierde middel

24. Het middel voert schending aan van artikel 1405, 4°, Burgerlijk Wetboek: het arrest oordeelt ten onrechte dat een partij die gehuwd is onder een stelsel van gemeenschap van goederen het bewijs moet leveren dat de financiële instrumenten op naam of voor rekening van de huwgemeenschap werden aangekocht; de voormelde wetsbepaling creëert immers een wettelijk vermoeden dat de goederen van echtgenoten met een gemeenschapsstelsel, bij gebrek aan tegenbewijs, tot de huwgemeenschap behoren.

25. Het arrest verklaart de burgerlijke rechtsvordering lastens de verweerder, die betrekking heeft op de gewone aandelen van L. nv gekocht op de Nasdaq-beurs of op call-opties van L. nv gekocht of op put-opties van L. nv verkocht op een optiebeurs in de Verenigde Staten van Amerika in de periode van 28 april 1998 tot en met 9 november 2000, ontoelaatbaar. Het verklaart alle burgerlijke rechtsvorderingen gericht tegen deze verweerder, voor zover ontvankelijk en toelaatbaar, ongegrond.

Het middel dat is gericht tegen redenen die de beslissing tot afwijzing van eisers burgerlijke rechtsvordering tegen de verweerder niet schragen, kan niet tot cassatie leiden en is bijgevolg niet ontvankelijk.

DICTUM

HET HOF

Verwerpt de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eisers tot de kosten van hun cassatieberoep.

Bepaalt de kosten in het geheel op 2.971,31 euro waarvan de eisers I 2.097,46 euro verschuldigd zijn en de eiser II 803,85 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, tweede kamer, samengesteld uit voorzitter Paul Maffei, als voorzitter, de raadsheren Geert Jocqué, Antoine Lievens, Sidney Berneman en Ilse Couwenberg, en op de openbare rechtszitting van 29 mei 2018 uitgesproken door voorzitter Paul Maffei, in aanwezigheid van advocaat-generaal Luc Decreus, met bijstand van afgevaardigd griffier Véronique Kosynsky.

Cour de cassation, arrêt du 25 mai 2018

Responsabilité civile – Accident de la circulation – Droit applicable – Droit marocain – Interprétation par l'Etat d'origine – Interprétation du droit étranger – Dommages et intérêts

Onrechtmatige daad – Verkeersongeval – Toepasselijk recht – Marokkaans recht – Uitlegging land van oorsprong – Interpretatie buitenlands recht – Schadevergoeding

C.15.0354.F

S. R.,

demanderesse en cassation,

représentée par Maître Paul Alain Foriers, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 149, où il est fait élection de domicile,

contre

A., société anonyme, dont le siège social est établi à Bruxelles, […],

défenderesse en cassation,

représentée par Maître Michèle Grégoire, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue de la Régence, 4, où il est fait élection de domicile.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre le jugement rendu le 31 mars 2015 par le tribunal de première instance francophone de Bruxelles, statuant en degré d'appel.

Le 27 décembre 2017, l'avocat général Philippe de Koster a déposé des conclusions au greffe.

Le conseiller Mireille Delange a fait rapport et l'avocat général Philippe de Koster a été entendu en ses conclusions.

II. Les moyens de cassation

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, la demanderesse présente six moyens.

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen:

Lorsqu'il applique la loi étrangère, le juge doit en déterminer la portée en tenant compte de l'interprétation qu'elle reçoit dans le pays dont elle émane.

La Cour vérifie la conformité de la décision du juge du fond à cette interprétation.

En vertu de l'article 77, alinéa 1er, du dahir marocain du 12 septembre 1913 formant le code des obligations et des contrats, tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe.

Suivant l'article 78, alinéa 1er, du même code, chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe.

L'article 98 de ce code prévoit que les dommages, dans le cas de délits ou de quasi-délits, sont la perte effective éprouvée par le demandeur et les dépenses nécessaires qu'il a dû ou devrait faire afin de réparer les suites de l'acte commis à son préjudice, ainsi que les gains dont il est privé dans la mesure normale en conséquence de cet acte.

Aux termes de l'article 99 dudit code, si le dommage est causé par plusieurs personnes agissant de concert, chacune d'elles est tenue solidairement des conséquences, sans distinguer si elles ont agi comme instigateurs, complices ou auteurs principaux.

Aux termes de l'article 100 du code, la règle établie en l'article 99 s'applique au cas où, entre plusieurs personnes qui doivent répondre d'un dommage, il n'est pas possible de déterminer celle qui en est réellement l'auteur, ou la proportion dans laquelle elles ont contribué au dommage.

Le jugement attaqué constate que la demanderesse a été victime d'un accident de la circulation causé par l'assuré de la défenderesse et un autre conducteur entre lesquels « les juridictions marocaines ont conclu au partage [par moitié] des responsabilités de l'accident ».

Il déduit des articles 99 et 100 du code des obligations et des contrats et de « plusieurs dispositions, [par exemple les articles 10 et 11 du dahir portant loi n° 1-84-177 du 2 octobre 1984 relatif à l'indemnisation des victimes d'accidents causés par des véhicules terrestres à moteur], qui se réfèrent expressément, en matière d'indemnisation, à la part de responsabilité imputable à l'auteur de l'accident », que le droit marocain ne consacre une solidarité entre plusieurs auteurs d'un dommage que dans les deux hypothèses prévues par ces articles 99 et 100 et que, « dans le cas où, comme en l'espèce, une décision judiciaire a déterminé un partage précis de responsabilité entre les auteurs du dommage sans que ceux-ci aient agi de concert, [...] la victime ne peut obtenir à la charge de chaque auteur que la réparation de son dommage jusqu'à concurrence du pourcentage de responsabilité précis retenu à la charge de cet auteur ». Il décide par conséquent que le recours de la demanderesse contre la défenderesse sera « limité à 50 p.c. de [son] dommage ».

Le jugement attaqué ne donne pas ainsi des dispositions précitées du code marocain des contrats et des obligations une interprétation qui ne pourrait manifestement pas être tenue pour conforme à celle qu'elles reçoivent au Maroc.

Le moyen ne peut être accueilli.

Sur le deuxième moyen:

Sur la fin de non-recevoir opposée au moyen par la défenderesse et déduite de ce qu'il critique une appréciation du juge du fond qui gît en fait:

Les faits constatés par le jugement attaqué suffisent à l'examen du moyen.

La fin de non-recevoir ne peut être accueillie.

Sur le fondement du moyen:

L'article 2, alinéa 1er, du dahir du 2 octobre 1984 dispose que l'indemnisation comporte le remboursement des frais médicaux.

Statuant sur les frais médicaux « après consolidation », c'est-à-dire selon ses constatations « après le 1er septembre 1996 », le jugement attaqué évalue ces frais à 146,64 euros par mois, condamne la défenderesse à payer à la demanderesse 221 fois ce montant « pour la période du 1er octobre 1996 au 31 mars 2015 » et déboute la demanderesse du surplus de sa demande.

En refusant l'indemnisation des frais médicaux exposés par la demanderesse après la consolidation, en septembre 1996, le jugement attaqué donne de l'article 2, alinéa 1er, du dahir du 2 octobre 1984 une interprétation qui ne peut manifestement être tenue pour conforme à celle que cette disposition reçoit au Maroc.

Dans cette mesure, le moyen est fondé.

Sur le troisième moyen:

L'article 1er du dahir du 2 octobre 1984 dispose que, nonobstant toutes dispositions législatives contraires, les dommages corporels causés à des tiers par un véhicule terrestre à moteur sont indemnisés, dans les limites et suivant les bases et la procédure fixées par le dahir portant loi et les textes pris pour son application.

Dans un arrêt du 10 décembre 1998, n° P 2695/7, la Cour suprême du Maroc a considéré qu'en vertu de cet article, l'indemnisation des dommages occasionnés par un accident de la circulation causé par des véhicules terrestres est déterminée dans les limites et suivant les règles et procédures fixées par ledit dahir.

Aux termes de l'article 2, alinéa 1er, du même dahir, l'indemnisation comporte le remboursement des frais du transport de la victime et, le cas échéant, de la personne qui l'accompagne, ainsi que des frais médicaux, chirurgicaux, pharmaceutiques et d'hospitalisation et des dépenses nécessitées par le recours à des appareils de prothèse ou d'orthopédie et par la rééducation de la victime.

Le jugement attaqué déduit de l'article 1er précité que les « préjudices indemnisables sont énumérés de manière limitative » dans l'article 2, alinéa 1er, et il considère que cette disposition ne prévoit pas d'indemnisation pour des frais d'adaptation du logement de la victime ; il refuse par ces motifs une telle indemnité à la demanderesse.

Le jugement attaqué ne donne pas ainsi de l'article 2, alinéa 1er, du dahir du 2 octobre 1984 une interprétation qui ne pourrait manifestement pas être tenue pour conforme à celle que cette disposition reçoit au Maroc.

Le moyen ne peut être accueilli.

Sur le quatrième moyen:

En vertu de l'article 3, b), du dahir du 2 octobre 1984, outre le remboursement des frais et dépenses prévus à l'article 2 ci-dessus, l'indemnisation due à la victime en cas d'incapacité physique permanente compense la perte du salaire ou des gains professionnels qui en résulte pour la victime ainsi que les dommages causés à son intégrité physique et, le cas échéant, les préjudices suivants : recours à une tierce personne, changement total de profession, conséquences défavorables de carrière, interruption définitive ou quasi-définitive de scolarité, préjudice esthétique et *pretium doloris*, le tout dans les conditions prévues aux articles 5 à 10 inclus du même dahir.

Suivant les articles 5 à 9 précités, l'indemnisation de la victime pour incapacité physique permanente comporte une indemnité principale déterminée en fonction de l'âge de la victime au moment de l'accident, du montant du salaire ou des gains professionnels, du taux d'incapacité et de la part de responsabilité imputable au responsable de l'accident. Selon l'article 10, à l'indemnité principale ainsi déterminée s'ajoutent, le cas échéant, des indemnités complémentaires pour l'incapacité permanente obligeant la victime à avoir recours, d'une manière permanente, à une tierce personne pour accomplir les actes ordinaires de la vie, pour le *pretium doloris*, pour le préjudice esthétique, pour l'incapacité permanente entraînant pour la victime un changement total de profession ou des conséquences défavorables de carrière et pour l'incapacité permanente entraînant pour la victime une interruption de scolarité.

Le jugement attaqué refuse l'indemnité pour le préjudice moral permanent de la demanderesse au motif que le dahir du 2 octobre 1984 « ne [prévoit] pas d'indemnisation pour ce poste de dommage ».

En considérant que l'indemnisation de l'intégrité physique due à la victime en cas d'incapacité physique permanente ne comporte pas d'indemnisation pour dommage moral distincte de l'indemnité principale et des indemnités complémentaires pour le recours à une tierce personne, le changement total de profession, les conséquences défavorables de carrière, l'interruption définitive ou quasi-définitive de scolarité, le préjudice esthétique et le *pretium doloris*, le jugement attaqué ne donne pas des articles 3, b), et 5 à 10 du dahir du 2 octobre 1984 une interprétation qui ne pourrait manifestement pas être tenue pour conforme à celle que cette disposition reçoit au Maroc.

Le moyen ne peut être accueilli.

Sur le cinquième moyen:

Le jugement attaqué énonce que la demanderesse « a conclu le 1er mars 1994 un contrat de travail 'emploi-formation' pour travailler comme fille de cuisine en parallèle avec une formation à suivre en cours d'hôtellerie » mais qu'« elle a interrompu ce travail et cette formation, à une date non précisée, en 1994, [et] a ensuite fait un séjour au Maroc, où vit l'essentiel de sa famille », et que « c'est à ce moment-là que l'accident s'est produit, le 28 février 1995 ». Il en conclut que, « au moment de l'accident, la demanderesse ne travaillait pas et ne percevait aucun salaire ».

Le moyen, qui, tout entier fondé sur l'affirmation que le contrat de travail de la demanderesse était en vigueur au moment de l'accident, s'érige contre cette appréciation en fait du jugement attaqué, est irrecevable.

Sur le sixième moyen:

Sur la fin de non-recevoir opposée au moyen par la défenderesse et déduite de ce qu'il exige la recherche d'éléments de faits:

Les faits constatés par le jugement attaqué suffisent à l'examen du moyen. La fin de non-recevoir ne peut être accueillie.

Sur le fondement du moyen:

Le jugement attaqué décide d'accorder des intérêts compensatoires pour réparer le préjudice subi en raison du retard de l'indemnisation, sauf « sur les montants forfaitaires reconnus par le dahir de 1984 (aide d'une tierce personne, *pretium doloris* et préjudice esthétique) », mais il déboute la demanderesse de sa demande d'intérêts sur l'indemnité de 1.859,20 euros alloués pour les frais de médecin-conseil de la demanderesse.

En refusant les intérêts sur cette indemnité sans vérifier si la demanderesse n'a pas subi un retard d'indemnisation à cet égard, le jugement attaqué fait de l'article 2, alinéa 1er, du dahir du 2 octobre 1984 une interprétation qui ne peut manifestement être tenue pour conforme à celle que cette disposition reçoit au Maroc.

Dans cette mesure, le moyen est fondé.

PAR CES MOTIFS

LA COUR

Casse le jugement attaqué en tant qu'il rejette les demandes de la demanderesse en paiement d'une indemnité pour les frais médicaux exposés en septembre 1996 et d'intérêts sur l'indemnité pour les frais de médecin-conseil, et qu'il statue sur les dépens entre les parties à l'instance en cassation;

Rejette le pourvoi pour le surplus;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge du jugement partiellement cassé;
Condamne la demanderesse à la moitié des dépens et en réserve le surplus pour qu'il soit statué sur celui-ci par le juge du fond;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant le tribunal de première instance du Brabant wallon, siégeant en degré d'appel.

Les dépens taxés à la somme de mille six cent soixante euros soixante-quatre centimes envers la partie demanderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Christian Storck, les conseillers Mireille Delange, Michel Lemal, Sabine Geubel et Ariane Jacquemin, et prononcé en audience publique du vingt-cinq mai deux mille dix-huit par le président de section Christian Storck, en présence de l'avocat général Philippe de Koster, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

Hof van Cassatie, arrest van 24 mei 2018

Internationale bevoegdheid – Onrechtmatige daad – Artikel 96, 2° WIPR – Plaats waar de schade is ingetreden – Interpretatie naar analogie met rechtspraak Hof van Justitie van de EU – Artikel 5.3 Verordening 44/2001 (Brussel I) – Artikel 7.2 Verordening 1215/2012 (Brussel Ibis) – Financiële schade

Compétence internationale – Responsabilité délictuelle – Article 96, 2° CODIP – Lieu où le dommage est survenu – Interprétation par analogie avec la jurisprudence de la Cour de justice – Article 5, 3° Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Article 7, 2° Règlement 1215/2012 (Bruxelles Ibis) – Dommage financier

C.17.0514.N

B. nv, met zetel te […] Bornem, […],

eiseres,

vertegenwoordigd door mr. Johan Verbist, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 2000 Antwerpen, Amerikalei 187/302, waar de eiseres woonplaats kiest,

tegen

C., vennootschap naar het recht van de Staat Delaware, met zetel te […] Detroit (Verenigde Staten van Amerika), […],

verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Simone Nudelholc, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3, waar de verweerster woonplaats kiest.

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 8 februari 2017.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft op 17 april 2018 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Sectievoorzitter Beatrijs Deconinck heeft verslag uitgebracht. Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. Cassatiemiddel

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

III. Beslissing van het hof

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. Krachtens artikel 96, 2°, Wetboek IPR zijn de Belgische rechters bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen aangaande verbintenissen, naast de gevallen voorzien in de algemene bepalingen van deze wet, betreffende een verbintenis voortvloeiend uit een onrechtmatige daad, a) indien de schadelijke handeling zich geheel of gedeeltelijk in België heeft voorgedaan of dreigt zich te zullen voordoen; of b) indien en voor zover de schade zich in België heeft voorgedaan of dreigt zich te zullen voordoen.

2. Uit voormeld artikel 96, 2°, en de wetsgeschiedenis blijkt dat deze bepaling gebaseerd is op de interpretatieve rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie bij artikel 5.3 EEX-Verordening, thans artikel 7.2 Brussel I*bis* Verordening.

In zoverre het onderdeel ervan uitgaat dat voor de interpretatie van artikel 96, 2°, Wetboek IPR niet bij analogie kan worden teruggegrepen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot artikel 5.3 EEX- Verordening, faalt het naar recht.

3. Krachtens artikel 5.3 EEX-Verordening kan een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, in een andere lidstaat worden opgeroepen, ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen.

4. Als plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, moet, volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, worden begrepen hetzij de plaats van de veroorzakende gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt, hetzij de plaats waar de schade is ingetreden (arresten C-21/76, *Bier*, 30 november 1976; C-51/97, *Réunion européenne SA*, 27 oktober 1998; C-375/13, *Harald Kolossa*, 28 januari 2015; C-12/15, *Universal Music International Holding BV*, 16 juni 2016).

Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het begrip *"plaats waar de schade is ingetreden"* in de zin van artikel 5.3 EEX-Verordening niet zo ruim mag worden uitgelegd dat het iedere plaats omvat waar de schadelijke gevolgen voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijke schade heeft veroorzaakt. Aldus ziet dit begrip niet op de plaats waar de benadeelde vermogensrechtelijke schade heeft geleden als gevolg van een in een andere verdragsluitende staat ingetreden en door hem geleden aanvankelijke schade (arresten C-364/93, *Marinari*, 19 september 1995, r.o. 14-15; C-168/02, *Kronhofer*, 10 juni 2004, r.o. 21; C- 375/13, *Harald Kolossa*, 28 januari 2015, r.o. 48-49; C-12/15, *Universal Music International Holding BV*, 16 juni 2016, r.o. 34-35).

5. Uit het bovenstaande volgt dat als plaats waar de schade is ingetreden krachtens artikel 96, 2°, Wetboek IPR, dat wordt uitgelegd in de zin van artikel 5.3 EEX-Verordening, moet worden begrepen de plaats waar de veroorzakende gebeurtenis rechtstreekse schadelijke gevolgen heeft gehad voor degene die hierdoor direct is benadeeld.

In zoverre het onderdeel van het tegendeel uitgaat, faalt het naar recht.

Tweede onderdeel

6. Krachtens artikel 96, 2°, Wetboek IPR zijn de Belgische rechters bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen aangaande verbintenissen, naast de gevallen voorzien in de algemene bepalingen van deze wet, betreffende een verbintenis voortvloeiend uit een onrechtmatige daad, a) indien de schadelijke handeling zich geheel of gedeeltelijk in België heeft voorgedaan of dreigt zich te zullen voordoen; of b) indien en voor zover de schade zich in België heeft voorgedaan of dreigt zich te zullen voordoen.

7. Krachtens artikel 5.3 EEX-Verordening kan een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, in een andere lidstaat worden opgeroepen, ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen.

8. In het arrest C-375/13, *Harald Kolossa*, van 28 januari 2015, r.o. 48-50, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat met het begrip *"plaats waar het schade-brengende feit zich heeft voorgedaan"* niet wordt gedoeld op de plaats waar de verzoeker woont enkel op grond dat deze aldaar financiële schade heeft geleden die voortvloeit uit het in een andere verdragsluitende staat ingetreden en door hem geleden verlies van onderdelen van zijn vermogen. Daarentegen is de bevoegdheid van die gerechten gerechtvaardigd voor zover de woonplaats van de verzoeker inderdaad de plaats is van de schadebrengende gebeurtenis of het intreden van de schade.

9. Hieruit volgt dat de plaats waar de schade is ingetreden krachtens artikel 96, 2°, Wetboek IPR, dat wordt uitgelegd in de zin van artikel 5.3 EEX-Verordening, niet doelt op de woonplaats van de verzoeker, enkel op grond dat hij aldaar financiële schade heeft geleden die voortvloeit uit een in een andere staat ingetreden en door hem geleden verlies van vermogensonderdelen. Daarentegen hebben de gerechten van de woonplaats van de verzoeker rechtsmacht indien de schade aldaar rechtstreeks is ingetreden.

10. De appelrechters stellen vast en oordelen dat:

- de betwiste overdracht van aandelen in de in Zweden gevestigde vennootschap en autofabrikant A., de concessiegever, plaatsvond in de Verenigde Staten tussen de verweerster als verkoper en een in Nederland gevestigde vennootschap als koper;
- de schade die de eiseres als concessiehouder beweert te hebben geleden door de foutieve verkoop van de aandelen, met het anderhalf jaar later volgend faillissement in Zweden van de concessiegever als beweerd logisch gevolg van deze foutieve handeling in plaats van een *"ordentelijke vereffening"*, collectieve schade is die door alle schuldeisers van de concessiegever geleden wordt;
- deze schade derhalve intrad op de plaats en het ogenblik van deze verkoop in plaats van een *"ordentelijke vereffening*" van de concessiegever;
- de ingeroepen *"ordentelijke vereffening"* van de concessiegever bovendien plaats diende te vinden in Zweden;
- de schade die de eiseres beweert te hebben geleden, rechtstreeks is ingetreden, hetzij in de Verenigde Staten, hetzij in Zweden, maar in geen geval in België;
- het feit dat de eiseres deze beweerde schade als concessiehouder aanvoelt in haar vermogen in België, niet voldoende is, opdat de schade in België is ingetreden.

11. Door op die grond te oordelen dat de Belgische rechtbanken geen rechtsmacht hebben krachtens artikel 96, 2°, Wetboek IPR, verantwoorden de appelrechters hun beslissing naar recht.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

Derde onderdeel

12. Het onderdeel komt op tegen een overtollige reden die geen weerslag heeft op de wettigheid van het bestreden arrest.

Het onderdeel kan, al was het gegrond, niet tot cassatie leiden en is mitsdien, bij gebrek aan belang, niet ontvankelijk.

DICTUM

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres tot de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eiseres op 697,73 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, als voorzitter, sectievoorzitter Alain Smetryns, en de raadsheren Koen Mestdagh, Geert Jocqué en Koenraad Moens, en in openbare rechtszitting van 24 mei 2018 uitgesproken door sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, in aanwezigheid van advocaat-generaal André Van Ingelgem, met bijstand van griffier Vanessa Van de Sijpe.

Hof van Cassatie, arrest van 3 mei 2018

Internationale bevoegdheid – Overeenkomst – Artikel 35 Verordening 1215/2012 (Brussel Ibis) – Voorlopige of bewarende maatregelen – Vordering tot tussenkomst in deskundigenonderzoek – Geen maatregel die uitsluitend tot doel heeft proceskansen in te schatten – Feitelijke of juridische situatie ter bewaring van de rechten in stand houden – Verkrijgen en veiligstellen van bewijsmateriaal – Artikel 584, eerste lid Ger.W. – Spoedeisend geval

Compétence internationale – Contrat – Article 35 Règlement 1215/2012 (Bruxelles Ibis) – Mesures provisoires ou conservatoires – Action en intervention dans le cadre d'une expertise – Mesure qui ne vise pas exclusivement à apprécier ses chances de succès – Situation en fait ou en droit aux fins de garantir les droits en l'état – Obtention et sécurisation d'éléments de preuve – Article 584, al. 1 Code judiciaire – Urgence

C.17.0387.N

B. GmbH, vennootschap naar Duits recht, met zetel te […] Düsseldorf (Duitsland), […],

eiseres,

vertegenwoordigd door mr. Martin Lebbe, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 106, waar de eiseres woonplaats kiest,

tegen

1. **S. bvba**, met zetel te […] Mechelen, […],

2. **C. nv**, met zetel te […] Flémalle, […],

eerste en tweede verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Bruno Maes, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Bergstraat 11, waar de eerste en tweede verweerster woonplaats kiezen,

3. **F. nv**, met zetel te […] Eupen, […],

derde verweerster, minstens in gemeen- en bindendverklaring van het arrest opgeroepen partij.

I. <u>Rechtspleging voor het Hof</u>

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Brussel van 29 november 2016.

Advocaat-generaal Ria Mortier heeft op 19 maart 2018 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Sectievoorzitter Eric Dirix heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Ria Mortier heeft geconcludeerd.

II. Feiten

Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijken de volgende feiten:

- de eerste en de tweede verweersters sloten in de vorm van een tijdelijke vennootschap (hierna: de onderaannemers) een aannemingsovereenkomst met de nv X. (hierna: de hoofdaannemer) voor de bouw van een staalstructuur voor een parkeer- en kantoorcomplex te Oostende;
- de onderaannemers kochten in 2014 stalen buizen van de derde verweerster die ze op haar beurt had betrokken van de eiseres;
- de stalen buizen werden na bewerking en beschildering en/of galvanisatie gebruikt in de stalen constructie;
- de hoofdaannemer stelde problemen vast na galvanisatie of beschildering van de buizen;
- de hoofdaannemer vorderde voor de Brusselse kortgedingrechter de aanstelling van een deskundige;
- de deskundige werd op 18 mei 2015 aangesteld;
- de hoofdaannemer vorderde op een later tijdstip de gedwongen tussenkomst in de kortgedingprocedure van zowel de eiseres als de derde verweerster;
- de eiseres betwist de rechtsmacht van de Belgische kortgedingrechter.

III. Cassatiemiddelen

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest gehecht is, drie middelen aan.

IV. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Eerste middel

1. Krachtens artikel 35 van Verordening (EU) nr. 1215/2012 van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: Brussel I*bis*-Verordening) kunnen in de wetgeving van een lidstaat vastgestelde voorlopige of bewarende maatregelen bij de gerechten van die staat worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere lidstaat bevoegd is om van het bodemgeschil kennis te nemen.

2. Voormelde bepaling houdt een uitzondering in op het bevoegdheidsstelsel van de Brussel I*bis*-Verordening teneinde te voorkomen dat partijen schade lijden ten gevolge van de lange termijnen die bij iedere internationale procedure onvermijdelijk zijn. Die uitzondering moet restrictief worden uitgelegd. Het toestaan van dergelijke maatregelen vergt bovendien van de rechter niet enkel bijzondere behoedzaamheid, maar ook een gedegen kennis van de concrete omstandigheden waarin de maatregel effect moet sorteren (o.m. HvJ 28 april 2005, *Saint Paul Dairy Industries*, C-104/03, r.o. 14).

3. In considerans 25 van de Brussel I*bis*-Verordening wordt verduidelijkt: *"Onder het begrip van voorlopige en bewarende maatregelen dient bijvoorbeeld te worden begrepen conservatoire bevelen ter verkrijging van informatie of ter bescherming van bewijsmateriaal [...]. Onder dit begrip mogen niet*

worden begrepen maatregelen die geen conservatoir karakter hebben, zoals maatregelen waarbij het verhoor van een getuige wordt gelast."

4. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie moet onder *"voorlopige of bewarende maatregelen"* in de zin van artikel 35 Brussel I*bis*-Verordening worden verstaan, maatregelen die bedoeld zijn om een feitelijke situatie of rechtssituatie in stand te houden ter bewaring van rechten waarvan de erkenning voor het overige wordt of moet worden gevorderd voor de rechter die van het bodemgeschil kennis neemt (HvJ 26 maart 1992, *Reichert en Kockler*, C-261/90, r.o. 34; HvJ 17 november 1998, *Van Uden*, C-391/95, r.o. 37; HvJ 28 april 2005, *Saint Paul Dairy Industries*, C-104/03, r.o. 13).

Volgens voormeld arrest van het Hof van Justitie van 28 april 2005, C-104/03 kan een maatregel die uitsluitend tot doel heeft de aanvrager in staat te stellen zijn proceskansen in te schatten, niet als een voorlopige of bewarende maatregel worden aangemerkt in de zin van het genoemde artikel.

5. Uit deze rechtspraak en de genoemde considerans 25 volgt kennelijk dat een maatregel ter verkrijging van informatie of ter bescherming van bewijsmateriaal, die niet als hoofddoel heeft de aanvrager in staat te stellen zijn proceskansen in te schatten, maar een feitelijke situatie of rechtssituatie in stand wil houden ter bewaring van de rechten van de aanvrager, een voorlopige of bewarende maatregel uitmaakt in de zin van artikel 35 Brussel I*bis*-Verordening.

6. De appelrechters stellen vast dat:

- op de werf werd geconstateerd dat er zich hechtingsproblemen voordeden van de *"galvanisatie"* op de stalen elementen (afbrokkeling) en dat er schade optrad aan de staalstructuur (mechanische schade en blaas- of blaarvorming);
- als mogelijke oorzaken werden naar voor geschoven zowel de materiaalkeuze, het conserveringsconcept, het siliciumgehalte of de uitvoering (galvanisatie, verven);
- het verzoek tot tussenkomst zich voordeed kort na de heropstart van de werf.

7. De appelrechters oordelen dat:

- het voorwerp van de expertise, te weten de staalbouw in kwestie, zich in België bevindt;
- reeds acht bouwactoren, waaraan het technisch probleem in kwestie misschien toerekenbaar zou kunnen zijn, betrokken zijn in de expertise en allen gevestigd zijn in België;
- verzekeraar Z., gevestigd in Duitsland, vrijwillig tussenkwam in de expertise;
- de aanstelling van een deskundige in burgerlijke zaken een bewarende maatregel in het kader van de bewijsvoering vormt, bevolen in afwachting en tot nut van de eind- of bodembeslissing over de rechten van de partijen;
- het in de gegeven omstandigheden onredelijk zou zijn, zowel economisch als praktisch, om te eisen dat er desgevallend een satellietexpertise zou moeten plaatsvinden in Duitsland;
- het stilvallen van de bouwactiviteit op een werf omwille van een technisch verschijnsel zeer belangrijke oplopende schade kan veroorzaken, en bijgevolg een urgente technische oplossing vereist in het belang van alle mogelijke professionele betrokkenen en van de toekomstige gebruikers van het project;
- een technische expertise, waarbij gezocht wordt, niet naar de juridische, maar naar de technische waarheid, zeker in geval van urgentie, best plaatsvindt in aanwezigheid van alle mogelijke betrokkenen, waardoor de deskundige kan beschikken over alle nuttige informatie en hij zijn werk in de best mogelijke voorwaarden kan verrichten;
- het niet constructief deelnemen aan de zoektocht naar de oorzaak van een technisch probleem, in bepaalde omstandigheden, een autonoom schadeverwekkend feit kan uitmaken, met eigen schade tot gevolg;

- de vordering tot tussenkomst van de eiseres in de expertise urgent was om nuttige tegenspraak mogelijk te maken;
- kort na de expertisevergadering van 22 oktober 2015, waarop de deskundige voor het eerst toelichting verschafte over de technische vaststellingen die hij had kunnen doen op basis van eerste staalnamen, de eerste en tweede verweerster aan de eiseres en de derde verweerster vroegen om vrijwillig tussen te komen in de expertise met het oog op het aanvatten van fase 2 daarvan;
- deze partijen weigerden om tussen te komen en de eiseres weigerde om woonstkeuze te doen in België, waardoor kostbare tijd werd verloren;
- de vordering tot tussenkomst urgent blijft omdat bij afwezigheid van de leveranciers in fase 2 van de expertise een ernstige vrees bestaat voor ernstige procedurele ongemakken.

8. De appelrechters die aannemen dat de vordering tot tussenkomst in het deskundigenonderzoek strekt tot het verkrijgen en veiligstellen van bewijsmateriaal en aldus tot doel heeft een feitelijke en juridische situatie ter bewaring van de rechten van de verweerders in stand te houden en op die grond beslissen dat het om een voorlopige of bewarende maatregel gaat in de zin van artikel 35 Brussel I*bis* Verordening, waarvoor de Belgische kortgedingrechter rechtsmacht heeft, verantwoorden hun beslissing naar recht.

Het middel kan niet worden aangenomen.

(...)

Derde middel

9. Er is sprake van een spoedeisend geval in de zin van artikel 584, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek, wanneer een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang dan wel ernstige ongemakken te voorkomen. Derhalve kan men zijn toevlucht nemen tot het kort geding wanneer de gewone rechtspleging niet bij machte is het geschil tijdig op te lossen. Hierdoor beschikt de rechter in kort geding over een ruime feitelijke beoordelingsmacht en, binnen de juiste maat, over de grootste vrijheid.

10. De appelrechters oordelen dat:

- precies om nuttige tegenspraak mogelijk te maken, de vordering tot tussenkomst in de expertise urgent was;
- kort na de expertisevergadering van 22 oktober 2015, waarop de deskundige voor het eerst toelichting verschafte over de technische vaststellingen die hij had kunnen doen op basis van eerste staalnamen, de eerste en tweede verweerster aan de eiseres en de derde verweerster vroegen om vrijwillig tussen te komen in de expertise met het oog op het aanvatten van fase 2 daarvan;
- deze partijen weigerden om tussen te komen en de eiseres weigerde om woonstkeuze te doen in België, waardoor kostbare tijd werd verloren;
- de vordering tot tussenkomst urgent was en blijft omdat bij afwezigheid van de leveranciers in fase 2 van de expertise een ernstige vrees bestaat voor ernstige procedurele ongemakken.

11. Met deze redenen miskennen de appelrechters het begrip *"spoedeisend geval"* in de zin van artikel 584, eerste lid, Gerechtelijk Wetboek niet.

Het middel kan niet worden aangenomen.

DICTUM

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres tot de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eiseres op 2.404,20 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Eric Dirix, als voorzitter, sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, en de raadsheren Koen Mestdagh, Geert Jocqué en Koenraad Moens, en in openbare rechtszitting van 3 mei 2018 uitgesproken door sectievoorzitter Eric Dirix, in aanwezigheid van advocaat-generaal Ria Mortier, met bijstand van griffier Vanessa Van de Sijpe.

Hof van Cassatie, arrest van 3 mei 2018

Overeenkomst – Toepasselijk recht – Onrechtmatige daad – Verzekering – Rechtstreekse vordering tegen de verzekeraar – Artikel 106 WIPR – Artikel 99 WIPR – Werking in de tijd – Artikel 127, § 1, tweede lid, in fine WIPR – Artikel 3, eerste lid BW – Politiewetten – Wijze van de schadevergoeding – Engels recht

Contrat – Droit applicable – Responsabilité délictuelle – Assurances – Action directe contre l'assureur – Article 106 CODIP – Article 99 CODIP – Application dans le temps – Article 127, § 1 al. 2 in fine CODIP – Article 3, al. 1 C. civ. – Lois de police – Méthode de compensation du dommage – Droit anglais

C.17.0095.N

A., gemeenschappelijke verzekeringskas, met zetel te […] Gent, […],

eiseres,

vertegenwoordigd door mr. Caroline De Baets, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 149/20, waar de eiseres woonplaats kiest,

tegen

S., vennootschap naar vreemd recht, met zetel te […] Luxemburg (Groot-Hertogdom Luxemburg), […],

verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Huguette Geinger, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Quatre Brasstraat 6, waar de verweerster woonplaats kiest.

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent van 24 maart 2016.
[…]

II. Cassatiemiddel

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Eerste onderdeel

1. Krachtens artikel 106, eerste lid, Wetboek IPR bepaalt het krachtens de artikelen 98 tot 105 op de verbintenis toepasselijk recht of de persoon die schade lijdt over een rechtstreekse vordering

beschikt tegen de verzekeraar van de aansprakelijke persoon. Krachtens het tweede lid van dit artikel kan, indien het krachtens het eerste lid toepasselijke recht die vordering niet kent, zij toch worden ingesteld indien zij wordt toegekend door het recht toepasselijk op het betrokken verzekeringscontract.

Artikel 99 Wetboek IPR bepaalt het recht van toepassing op verbintenissen voortvloeiend uit een onrechtmatige daad.

Krachtens artikel 127, § 1, eerste lid, Wetboek IPR bepaalt dit wetboek het recht dat van toepassing is op de rechtshandelingen en rechtsfeiten die zich voordoen na de inwerkingtreding ervan. Overeenkomstig het tweede lid bepaalt het wetboek eveneens het recht dat van toepassing is op de gevolgen die na de inwerkingtreding ervan voortvloeien uit een rechtshandeling of rechtsfeit die vóór de inwerkingtreding ervan heeft plaatsgevonden, met uitzondering van de gevolgen van een handeling of feit bedoeld in de artikelen 98, 99, 104 en 105.

2. Uit de samenhang van die bepalingen volgt dat het Wetboek IPR krachtens artikel 127, § 1, tweede lid, *in fine*, niet het recht bepaalt dat van toepassing is op de vraag of een persoon die schade lijdt door een onrechtmatige daad die plaatsvond vóór de inwerkingtreding van het wetboek, na de inwerkingtreding ervan over een rechtstreekse vordering beschikt tegen de verzekeraar van de aansprakelijke persoon.

Het onderdeel dat van een andere rechtsopvatting uitgaat, faalt naar recht.

Tweede onderdeel

3. Krachtens artikel 3, eerste lid, Burgerlijk Wetboek, zoals van kracht vóór zijn opheffing door artikel 139, 1°, van de Wet van 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, zijn, voor zover daarin een regel van internationaal privaatrecht is neergelegd, de politiewetten van een Staat van toepassing op feiten die op het grondgebied van die Staat worden begaan, ongeacht de nationaliteit van de betrokken personen.

4. De wetten die de bestanddelen van het feit dat aan de basis ligt van de burgerlijke, delictuele of quasi-delictuele aansprakelijkheid, alsook de wijze en de omvang van de schadevergoeding bepalen, zijn politiewetten in de zin van artikel 3, eerste lid, Burgerlijk Wetboek.

5. De wetten die een rechtstreekse vordering invoeren, bepalen de wijze van de schadevergoeding waarop een schadelijder recht heeft. Hieruit volgt dat ook deze wetten politiewetten zijn in de zin van artikel 3, eerste lid, Burgerlijk Wetboek.

6. De appelrechters die oordelen dat de eiseres naar Engels recht geen rechtstreekse vordering heeft en het Belgische recht op grond waarvan zij een rechtstreekse vordering zou kunnen instellen op het ogenblik van het ongeval nog niet in werking was getreden, zodat de vordering van de eiseres ongegrond is, niettegenstaande ze eerder vaststelden dat het schadegeval zich in België heeft voorgedaan, verantwoorden hun beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

DICTUM

HET HOF

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Brussel.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Eric Dirix, als voorzitter, sectievoorzitter Beatrijs Deconinck, en de raadsheren Koen Mestdagh, Geert Jocqué en Koenraad Moens, en in openbare rechtszitting van 3 mei 2018 uitgesproken door sectievoorzitter Eric Dirix, in aanwezigheid van advocaat-generaal Ria Mortier, met bijstand van griffier Vanessa Van de Sijpe.

Hof van Cassatie, arrest van 26 april 2018

Verordening 1206/2001 (Bewijsverkrijging) – Artikel 1, lid 1 – Gerecht van een lidstaat mag een in een andere lidstaat woonachtige partij of derde veroordelen om stukken over te leggen overeenkomstig nationale recht – Consequenties in nationaal recht voor onrechtmatige niet-overlegging van de stukken – Toepassing Luxemburgs recht – Uitlegging land van oorsprong – Interpretatie buitenlands recht

Règlement 1206/2001 (Obtention de preuves) – Article 1, al. 1 – Juridiction d'un Etat membre peut condamner une personne domiciliée dans un autre Etat membre à produire des documents selon le droit national – Conséquences selon le droit national de l'absence délictueuse de production de documents – Application du droit luxembourgeois – Interprétation selon l'Etat d'origine – Interprétation du droit étranger

C.16.0192.N

L. nv, vennootschap naar Luxemburgs recht, met zetel te […] Luxemburg (Groot-Hertogdom Luxemburg), […],

eiseres,

vertegenwoordigd door mr. Simone Nudelholc, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3, waar de eiseres woonplaats kiest,

tegen

1. **A.C.**,

verweerster,

vertegenwoordigd door mr. Bruno Maes, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Bergstraat 11, waar de verweerster woonplaats kiest,

2. **A.D.**,

verweerder.

I. <u>Rechtspleging voor het Hof</u>

Het cassatieberoep is gericht tegen het vonnis in laatste aanleg van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Dendermonde, van 31 december 2015.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft op 9 maart 2018 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Sectievoorzitter Alain Smetryns heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. Cassatiemiddelen

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Eerste middel

Eerste onderdeel

1. Artikel 1, lid 1, van de verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken bepaalt dat die verordening van toepassing is in burgerlijke en handelszaken wanneer het gerecht van een lidstaat overeenkomstig de wettelijke bepalingen van die staat a) het bevoegde gerecht van een andere lidstaat verzoekt een handeling tot het verkrijgen van bewijs te verrichten; of b) verzoekt een handeling tot het verkrijgen van bewijs rechtstreeks in een andere lidstaat te mogen verrichten.

2. In zijn arrest van 6 september 2012 *Lippens*, C-170/11, wijst het Hof van Justitie van de Europese Unie erop dat *"de materiële werkingssfeer van verordening nr. 1206/2001, zoals omschreven in [artikel 1, lid 1,] en zoals voortvloeit uit het stelsel van deze verordening, beperkt is tot twee middelen van bewijsverkrijging, te weten, ten eerste, het verrichten van een handeling tot het verkrijgen van bewijs door het aangezochte gerecht overeenkomstig de artikelen 10 tot en met 16 van die verordening na een verzoek van het verzoekende gerecht van een andere lidstaat en, ten tweede, het rechtstreeks verrichten van een dergelijke handeling in een andere lidstaat door het verzoekende gerecht, op de wijze zoals geregeld in artikel 17 van die verordening; verordening nr. 1206/2001 bevat daarentegen geen enkele bepaling die regelt of uitsluit dat een gerecht van een lidstaat een in een andere lidstaat woonachtige partij kan oproepen om rechtstreeks voor hem te verschijnen en een getuigenis af te leggen; daaruit volgt dat verordening nr. 1206/2001 in beginsel enkel toepassing vindt in het geval waarin een gerecht van een lidstaat besluit bewijs te verkrijgen volgens een van de twee in deze verordening voorziene methoden; dat gerecht is dan gehouden de procedures te volgen die betrekking hebben op deze methoden"* (r.o. 26-28).

Het Hof van Justitie oordeelt dat *"uit het voorgaande volgt dat het bevoegde gerecht van een lidstaat een in een andere lidstaat woonachtige partij voor hem als getuige mag oproepen en die partij mag horen overeenkomstig het recht van de lidstaat van dit gerecht. Voorts blijft dit gerecht vrij om aan het - zonder rechtvaardiging door een legitieme reden - niet-verschijnen van een partij als getuige de eventuele in het recht van de lidstaat van dat gerecht voorziene consequenties te verbinden, mits zij onder eerbiediging van het Unierecht worden toegepast"* (r.o. 37-38).

Het Hof van Justitie beslist vervolgens dat *"verordening nr. 1206/2001, en met name artikel 1, lid 1, daarvan, in die zin moet worden uitgelegd dat het bevoegde gerecht van een lidstaat dat een in een andere lidstaat woonachtige partij als getuige wenst te horen, teneinde dat verhoor te verrichten deze partij mag oproepen voor hem te verschijnen en haar mag horen overeenkomstig het recht van de lidstaat van dat gerecht"* (r.o. 39).

3. Uit dat arrest volgt kennelijk dat een gerecht van een lidstaat een in een andere lidstaat woonachtige partij of derde mag veroordelen om hem stukken over te leggen overeenkomstig het nationale recht van dat gerecht.

4. Het onderdeel dat ervan uitgaat dat een gerecht van een lidstaat niet overeenkomstig zijn nationale recht een in een andere lidstaat woonachtige derde mag veroordelen om hem stukken over te leggen, maar verplicht is om de procedures van verordening nr. 1206/2001 te volgen, faalt naar recht.

5. De prejudiciële vraag van de eiseres hoeft niet aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te worden gesteld.

Tweede onderdeel

6. Uit het voormelde arrest van het Hof van Justitie volgt kennelijk dat wanneer een gerecht van een lidstaat een in een andere lidstaat woonachtige partij of derde veroordeelt om hem stukken over te leggen overeenkomstig het nationale recht van dat gerecht, het gerecht aan de onrechtmatige niet-overlegging van de stukken de in zijn nationale recht voorziene consequenties mag verbinden, mits eerbiediging van het Unierecht.

7. Het onderdeel dat ervan uitgaat dat een gerecht van een lidstaat niet overeenkomstig zijn nationale recht een in een andere lidstaat woonachtige derde mag veroordelen om hem stukken over te leggen, maar verplicht is om de procedures van verordening nr. 1206/2001 te volgen, wanneer het gerecht aan de onrechtmatige niet-overlegging de verbeurte van een dwangsom verbindt die voorzien is in zijn nationale recht, faalt naar recht.

8. De prejudiciële vraag van de eiseres hoeft niet aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te worden gesteld.

(...)

Tweede middel

Eerste, tweede en derde onderdeel

9. Wanneer de feitenrechter de buitenlandse wet toepast, moet hij de draagwijdte ervan bepalen door rekening te houden met de uitlegging die eraan gegeven wordt in het land van oorsprong.

Het Hof gaat na of de beslissing van de feitenrechter overeenstemt met de uitlegging ervan.

10. De rechter oordeelt in de bestreden beslissing met verwijzing naar Luxemburgse rechtspraak en rechtsleer dat:

- de bankier vandaag gehouden is om een gunstig gevolg te geven aan vragen die hem gericht zijn door de burgerlijke rechter of de strafrechter of deze nu een overlegging van stukken dan wel een getuigenis in rechte betreffen;
- de artikelen 41 Bankwet en 458 Strafwetboek zich niet verzetten tegen een getuigenis in rechte en dat, met verwijzing naar het standpunt van de Luxemburgse overheid in zaak C-153/00, het begrip *"gerechtelijke instantie"* zowel de Luxemburgse gerechtelijke instanties omvat als die van de andere lidstaten;
- artikel 41 Bankwet, blijkens een vonnis van de arrondissementsrechtbank van Luxemburg van 8 juni 2000, gelinkt is aan de rechtvaardigingsgrond van artikel 70 Strafwetboek waarin

voorzien wordt dat er geen strafrechtelijke inbreuk is wanneer een feit opgelegd is door de wet of bevolen is door een bevoegde overheid;

- artikel 40 Bankwet de banken verplicht om een antwoord en een zo compleet mogelijke medewerking te verschaffen aan elke rechtmatige vraag die de autoriteiten belast met de toepassing van de wet hen richten in de uitoefening van hun bevoegdheden;
- het bankgeheim moet wijken voor de vrijwaring van een wettelijk erkend of rechterlijk vastgesteld recht van een partij;
- hierbij vereist is dat de gedwongen overlegging van een stuk of een inlichting onmisbaar is voor het vaststellen van de waarheid en dat de eiser geen andere middelen heeft om het stuk of de inlichting te verkrijgen.

11. Uit het onderzoek van de elementen die de onderdelen aanvoeren ter ondersteuning van de vooropgestelde interpretaties, blijkt niet dat de rechter in de bestreden beslissing een uitlegging geeft aan voormelde bepalingen die, gelet op de dienaangaande bestaande verdeeldheid, kennelijk niet overeenstemt met de uitlegging die deze bepalingen in Luxemburg krijgen.

De onderdelen kunnen niet worden aangenomen.

(...)

DICTUM

HET HOF

Verwerpt het cassatieberoep.

Veroordeelt de eiseres tot de kosten.

Bepaalt de kosten voor de eiseres op 976,10 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Alain Smetryns, als voorzitter, en de raadsheren Koen Mestdagh, Geert Jocqué, Bart Wylleman en Koenraad Moens, en in openbare rechtszitting van 26 april 2018 uitgesproken door sectievoorzitter Alain Smetryns, in aanwezigheid van advocaat-generaal André Van Ingelgem, met bijstand van griffier Vanessa Van de Sijpe.

Cour de cassation, arrêt du 23 avril 2018

Contrat – Contrat de travail – Droit applicable – Droit congolais – Interprétation selon l'Etat d'origine – Interprétation du droit étranger – Article 152 du Code congolais du travail – Résiliation du contrat

Overeenkomst – Arbeidsovereenkomst – Toepasselijk recht – Congolees recht – Uitlegging land van oorsprong – Interpretatie buitenlands recht – Artikel 152 Congolees Arbeidswetboek – Beëindiging overeenkomst

S.16.0055.F

J.M. D.,

demandeur en cassation,

représenté par Maître Paul Alain Foriers, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 149, où il est fait élection de domicile,

contre

G., société de droit congolais, dont le siège est établi à Lubumbashi (République démocratique du Congo), […], ayant un bureau à Watermael-Boitsfort, […],

défenderesse en cassation,

représentée par Maître Simone Nudelholc, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, boulevard de l'Empereur, 3, où il est fait élection de domicile.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 6 avril 2016 par la cour du travail de Bruxelles. […]

II. Les moyens de cassation

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, le demandeur présente trois moyens.

III. La décision de la Cour

Sur le premier moyen:

Lorsqu'il applique la loi étrangère, le juge du fond doit en déterminer la portée en tenant compte de l'interprétation qu'elle reçoit dans le pays dont elle émane.

La Cour vérifie la conformité de la décision du juge du fond à cette interprétation.

Aux termes de l'article 152, alinéa 1er, a), du Code du travail congolais, les actions qui naissent du contrat de travail se prescrivent par trois ans après le fait qui a donné naissance à l'action, à l'exception des actions en paiement du salaire, qui se prescrivent par un an à compter de la date à laquelle le salaire est dû.

Par les motifs que le moyen vise et critique, l'arrêt, qui fait état des controverses auxquelles l'interprétation de cette disposition légale donne lieu au Congo, décide de se rallier à l'interprétation suivant laquelle la prescription qu'elle institue est libératoire en se référant à l'évolution législative qui s'est produite en la matière, à d'autres dispositions du droit congolais relatives à la prescription, à la raison d'être des présomptions de paiement, à la volonté du législateur et à un grand nombre d'opinions de doctrine et de décisions de jurisprudence, dont il examine de manière approfondie le contenu, la portée et la pertinence.

Il ne ressort pas de l'examen des éléments d'interprétation sur lesquels s'appuie le moyen que l'arrêt donne de l'article 152, alinéa 1er, a), précité une interprétation qui, en l'état partagé de la jurisprudence congolaise, ne pourrait manifestement pas être tenue pour conforme à l'interprétation que cette disposition reçoit au Congo.

Le moyen ne peut être accueilli.

Sur le deuxième moyen:

L'arrêt ne se limite pas à considérer que la prescription n'a pas été interrompue et que la défenderesse n'a pas renoncé à la prescription, mais il répond, sous le titre « Suspension [...] de la prescription? », au moyen déduit par le demandeur de cette suspension en énonçant que les parties n'ont pas convenu de report des dates d'exigibilité, « qui aurait entraîné une suspension de la prise de cours de la prescription ».
Le moyen manque en fait.

Sur le troisième moyen:

Quant aux deux branches réunies:

L'arrêt décide que la demande de résiliation du contrat de travail formulée par le demandeur constitue une démission, après avoir analysé les pièces relatives à la rupture du contrat et considéré que toute autre interprétation des documents échangés serait inconciliable avec leurs termes, avoir écarté l'hypothèse de la violence morale imputée par le demandeur à la défenderesse et avoir eu égard au comportement du demandeur après la résiliation du contrat de travail. Il en déduit que, « la démission [étant] un mode de rupture explicite du contrat de travail », « il n'y a pas à rechercher un éventuel congé tacite » et donc « à examiner la question de l'existence de la théorie de la faute équipollente à rupture » en droit congolais.

Par ces énonciations, l'arrêt ne refuse pas d'examiner si, au regard du droit congolais, une demande de résiliation du contrat de travail fondée par le travailleur sur un retard de paiement de la rémunération qualifié d'insupportable peut être imputée à l'employeur en dépit de la formulation adoptée, mais il impute la rupture du contrat de travail au demandeur.

Il répond ainsi aux conclusions du demandeur qui l'invitaient à rechercher, sans s'arrêter aux apparences et à sa démission, la partie qui avait effectivement voulu ou provoqué la fin des relations contractuelles.

Le moyen, en ses deux branches, manque en fait.

PAR CES MOTIFS

LA COUR

Rejette le pourvoi;

Condamne le demandeur aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de mille quatre cent vingt-quatre euros soixante-quatre centimes envers la partie demanderesse.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, troisième chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Christian Storck, les conseillers Didier Batselé, Mireille Delange, Michel Lemal et Sabine Geubel, et prononcé en audience publique du vingt-trois avril deux mille dix-huit par le président de section Christian Storck, en présence de l'avocat général Jean Marie Genicot, avec l'assistance du greffier Lutgarde Body.

Hof van beroep Antwerpen, arrest van 4 december 2017

Internationale bevoegdheid – Verordening 44/2001 (Brussel I) – Forumbeding – Algemene voorwaarden – Artikel 23 – Taal – Artikel 2 – Betekening – Betalingsbevel

Compétence internationale – Règlement 44/2001 (Bruxelles I) – Clause d'élection de for – Conditions générales – Article 23 – Langue – Article 2 – Signification – Injonction de payer

J., wonende te […] (Frankrijk), […],

appellant,

vertegenwoordigd door mr. Vanfraechem Lotte, advocaat te 9000 Gent; Lange Boomgaardstraat 6

tegen het vonnis van de rechtbank van koophandel Antwerpen, afdeling Mechelen van 24 november 2015

F. NV, met KBO-nummer […] en met maatschappelijke zetel te […] Willebroek, […],

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mr. Dewit Rani loco mr. Verbeek Toon, advocaat te 3920 Lommel, Michiel Jansplein 25

I. <u>Ten geleide</u>

1. Gelet op de door de wet vereiste meegedeelde procedurestukken o.m. het op tegenspraak gewezen vonnis van 24 november 2015 […] door de rechtbank van koophandel Antwerpen (afdeling Mechelen).

2. Het bestreden vonnis wordt betekend op 5 februari 2016. Het verzoekschrift tot hoger beroep wordt door de heer J. neergelegd op 21 maart 2016.

Bij conclusie d.d. 22 mei 2017 (na tussenarrest d.d. 19 december 2016) stelt de NV F. incidenteel beroep in doch bij conclusie d.d. 25 september 2017 wordt hierin niet meer volhard.

3. Ter verduidelijking van de omstandigheden van betekening van het vonnis a quo werd het volgende weergegeven onder randnr. 7 van het tussenarrest d.d. 19 december 2016:

De heer J. tekende hoger beroep aan tegen het vonnis a quo op 21 maart 2016. Het vonnis a quo werd op twee wijzen betekend:

- *De raadsman van F. verzocht haar gerechtsdeurwaarder over te gaan tot betekening. Volgens F. werd conform artikel 4 van Vo. 1393/2007 (hierna aangeduid als de "BetekeningsVo.") de stukken verzonden van de Belgische gerechtsdeurwaarder aan de Franse gerechtsdeurwaarder. De stukken werden ontvangen op 28 januari 2016.*

De Franse gerechtsdeurwaarder ging op 5 februari 2016 over tot betekening van het bestreden vonnis, samen met Franse vertaling, alsmede de in Bijlage II bij de BetekeningsVo. opgenomen Franstalige pagina van het modelformulier (hierna aangeduid als het "Modelformulier"), waarbij de gerechtsdeurwaarder de heer J. aantrof op zijn adres.

- *Op 26 januari 2016 gaat de Belgische gerechtsdeurwaarder over tot rechtstreekse betekening aan de heer J. van het bestreden vonnis, samen met een Franse vertaling bij aangetekend schrijven met ontvangstbevestiging en dit volgens F. conform artikel 14 BetekeningsVo. Het ontvangstbewijs werd door de heer J. afgetekend op 29 januari 2016.*

4. Op 19 december 2016 wordt een tussenarrest gewezen waarbij partijen het hof verzochten om haar beoordeling te beperken tot de ontvankelijkheid van het hoger beroep. Dit werd als volgt weergegeven in het vermeld tussenarrest:

De beoordeling is heden, op verzoek van partijen en zoals opgelegd op de inleidingszitting d.d. 25 april 2016, beperkt tot de ontvankelijk van het hoger beroep en meer specifiek of het hoger beroep ingesteld op 21 maart 2016 tijdig is. Concreet voeren partijen betwisting of de ontvangstdatum van de aangetekende zending overgemaakt door de Belgische gerechtsdeurwaarder (i.e. 29 januari 2015), als geldige aanvangsdatum kan worden beschouwd.

Volgens F. vangt de termijn aan bij de betekening bij middel van aangetekende zending.

Volgens J. is deze betekening behept met onregelmatigheden, zodat de tweede betekeningswijze (zelfs indien behept met onregelmatigheden) het enige aanvangspunt van de vervaltermijn zou kunnen zijn, zodat het aantekenen van het hoger beroep in elk geval regelmatig is.

Het hof oordeelde dat de kennisgeving bij aangetekend schrijven als onregelmatig diende te worden beschouwd en dat als dusdanig het verzoekschrift strekkende tot hoger beroep tijdig werd neergelegd. Er werden om proceseconomische redenen nieuwe conclusietermijnen en een rechtsdag bepaald voor de verdere behandeling van het geschil.

5. Om redenen van leesbaarheid van onderhavig arrest wordt het feitelijk kader (randnrs. 1-4), de oorspronkelijke vordering (randnr. 5), het vonnis a quo (randnr. 6), de eisen in hoger beroep (randnr. 8) als weergegeven in vermeld tussenarrest hierna herhaald:

II. Feiten

1. Tussen de heer J. en de nv F. (hierna aangeduid als "F.") bestaat gedurende verscheidene jaren een handelsrelatie (volgens F. teruggaand tot minstens 2004), De kwalificatie van deze handelsrelatie betreft een onderdeel van de betwisting tussen partijen. Onafhankelijk van deze kwalificatie stelt F. dat zij aan de heer J. fietsonderdelen en fietskledij leverde en hiervoor facturen opstelde. De facturen, voorwerp van onderhavige procedure, worden uitgeschreven in de periode 17 februari 2004 tot 11 juni 2004 (een oplijsting van deze facturen is terug te vinden in het vonnis van de rechtbank van koophandel Antwerpen, afdeling Mechelen d.d. 24 november 2015 (pagina 4).

Volgens F. wordt de heer J. omtrent deze facturen verscheidene malen aangemaand (doch zonder enige gevolg - protest dan wel betaling). Een aangetekende ingebrekestelling wordt overgemaakt op 22 mei 2012.

2. Gezien het volgens F. niet-geprotesteerde facturen betreft, legt F. In september 2012 een verzoek om een Europees betalingsbevel (formulier A) ter griffie neer.

Op 26 september 2012 levert de rechtbank van koophandel Antwerpen, afdeling Mechelen het Europees betalingsbevel af.

Op 28 september 2012 brengt de rechtbank het Europees betalingsbevel ter kennis aan de heer J. (middels formulieren E en F) (volgens F. zowel in de Nederlandse, als in de Franse taal) bij aangetekend schrijven met ontvangstbevestiging. Aangezien geen bezwaar werd aangetekend door de heer J., levert de rechtbank van koophandel Antwerpen, afdeling Mechelen op 13 november 2012 het formulier uitvoerbaarverklaring af.

F. stelt dat zij via gerechtsdeurwaarder R. op 26 december 2012 overging tot betekening van de uitvoerbare titel van het betalingsbevel.

Aangezien de gerechtsdeurwaarder R. de expeditie was kwijtgeraakt, legt F. op 10 mei 2013 een verzoekschrift conform artikel 1377 G.W. neer teneinde een tweede expeditie te bekomen, wat noodzakelijk was voor de verdere uitvoering ([...]). Bij beschikking van de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Mechelen d.d. 10 mei 2013 wordt het verzoek ontvankelijk en gegrond verklaard en werd een tweede expeditie afgeleverd.

De tweede expeditie wordt door gerechtsdeurwaarder D. betekend op 9 juli 2013. Op 2 augustus 2013 wordt het proces-verbaal van gedwongen verkoop betekend.

3. Op 29 augustus 2013 tekent de heer J. verzet aan tegen de betekening van het Europees betalingsbevel bij de Beslagrechter van de rechtbank van eerste aanleg te Valenciennes (Frankrijk).

Bij vonnis van de Beslagrechter te Valenciennes d. d. 5 juni 2014 wordt de betekening van 9 juli 2013 en 2 augustus 2013 nietig verklaard. De rechtbank verklaart zich onbevoegd om kennis te nemen omtrent de beoordeling m.b.t. geldigheid van het Europees betalingsbevel d.d. 26 september 2012.

4. Op 8 juli 2014 wordt het Europees betalingsbevel opnieuw betekend, waarbij volgens F. de wettelijke formaliteiten wel in acht werden genomen.

De heer J. tekende op 28 juli 2014 verweer aan tegen "het op 8 juli 2014 uitgevaardigde Europees betalingsbevel" (zie formulier F laatste pagina).

Ten gevolge van dit verweer wordt een procedure ten gronde aangevat voor de rechtbank van koophandel Antwerpen, afdeling Mechelen.

III. De oorspronkelijke vorderingen

5. De heer J. tekende verweer aan op 28 juli 2014 tegen het "op 8 juli 2014 uitgevaardigd Europees betalingsbevel". De heer J. stelt dat zijn verweer tijdig was, gezien de kennisgeving van het Europees betalingsbevel niet rechtsgeldig zou gebeurd zijn door de rechtbank (zodat de betekeningtermijn geen aanvang nam).

Met betrekking tot de oorspronkelijke vordering van F., argumenteert de heer J. tot de onbevoegdheid van de Belgische rechtbank (bij gebreke aan een geldig forumbeding). Verder wordt de onontvankelijkheid van de vordering geargumenteerd (op grond van schending van de Wet tot oprichting van een Kruispuntbank van Onderneming). Tenslotte wordt de ongegrondheid van de vordering geargumenteerd (met verwijzing naar een vermeende concessieovereenkomst).

IV. Vonnis a quo

6. Bij vonnis gewezen op 24 november 2015 besloot de eerste rechter tot de ongeldigheid van het betalingsbevel (bij gebrek aan zekerheid inzake de kennisgeving van formulier A aan de heer J.) en de tijdigheid en ontvankelijkheid van het verweer. De eerste rechter stelde dat in geval van tijdig verweer, de betalingsbevelprocedure een einde neemt en de zaak overgaat naar een gewone burgerlijke procedure. De eerste rechter verklaart vervolgens internationale rechtsmacht te hebben en territoriaal bevoegd te zijn om het geschil te beoordelen (op grond van artikel 23 Brussel-I Vo.). Het verweer van de heer J. wordt ongegrond verklaard en de vordering van F. ontvankelijk en gegrond.

De heer J. wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag aan hoofdsom van € 25.841,68 en een forfaitaire schadevergoeding t.b.v. € 2.500,00 vermeerderd met intresten en gerechtskosten. De voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis wordt toegestaan.

VI. Eisen in hoger beroep

8. In zijn akte tot hoger beroep verzoekt de heer J. zijn hoger beroep toelaatbaar en gegrond te horen verklaren en het bestreden vonnis te hervormen en vervolgens opnieuw recht te doen als volgt:

- *Voor recht te horen zeggen dat het Europees betalingsbevel (formulier E) en de uitvoerbaarverklaring (formulier G) nietig zijn (hetgeen niet met zoveel woorden is gezegd in het dispositief van het vonnis a quo, al blijkt het impliciet).*
- *De internationale onbevoegdheid van de Belgische rechtbanken vast te stellen.*
- *Ondergeschikt: de oorspronkelijke vorderingen af te wijzen als onontvankelijk.*
- *Meer ondergeschikt: de oorspronkelijke vorderingen af te wijzen als ongegrond.*
- *Nog meer ondergeschikt: het procesrechtsmisbruik van F. te horen vaststellen en haar vordering om deze reden af te wijzen.*
- *Uiterst ondergeschikt: de gevorderde intresten en schadevergoeding af te wijzen (minstens te matigen).*
- *F. te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de geïndexeerde rechtsplegingvergoedingen en de kosten van vertaling.*

9. F. verzoekt het hof te horen zeggen voor recht dat de stukken 1A, 1B, 8, 10, 15 & 16 van de heer J. dienen geweerd te worden uit de debatten, minstens hem te bevelen om de vertaling van deze stukken bij te brengen.

In hoofdorde verzoekt F. te horen zeggen voor recht dat het hoger beroep van de heer J. onontvankelijk is (wegens laattijdigheid).
In ondergeschikte orde argumenteert F. tot de ongegrondheid van het hoger beroep.

In ieder geval verzoekt F. de heer J. te horen veroordelen tot de kosten van het geding (waarbij de rechtsplegingvergoedingen in eerste aanleg als in graad van hoger beroep worden bepaald op € 1100,00).

6. Na tussenarrest d.d. 19 december 2016 past F. haar beschikkend gedeelte aan en tekent incidenteel beroep aan. Zij verzoekt het hof het bestreden vonnis te hervormen in die zin dat de geldigheid van het Europees Betalingsbevel dient te worden aanvaard en dat zodoende het door appellant ingestelde verweer als laattijdig dient beschouwd te worden. Vervolgens wordt bij laatste conclusie d.d. 25 september 2017 niet meer volhard in dit incidenteel beroep zodat het hof niet meer dient over te gaan tot beoordeling omtrent de geldigheid van het Europees Betalingsbevel (als afgewezen door in het bestreden vonnis).

II. Beoordeling na tussenarrest d.d. 19 december 2016

7. De rechtsmacht dient beoordeeld te worden conform de EEX-Vo. (met inwerkingtreding op 1 maart 2002 conform artikel 76 EEX-Vo.). Ook na inwerkingtreding van het Wetboek van Internationaal Privaatrecht op 1 oktober 2004 behoudt de EEX-Vo haar voorrang als Europese rechtsbron inzake internationale bevoegdheid. Artikel 2 van het Wetboek van Internationaal Privaatrecht geeft ten overvloede de primauteit van het EU-recht aan.

8. De betwisting tussen partijen en de kernbeoordeling omtrent de rechtsmacht van de Belgische rechter kan teruggebracht worden tot de tegenstelbaarheid van het forumbeding in de algemene voorwaarden van F. als weergegeven op de voorzijde van haar facturatie. Op de facturen overgemaakt aan J. (waarvan 11 betaald werden (over een termijn van 9 maanden en dit tussen 23 mei 2003 en 19 januari 2004) en 14 onbetaald bleven - voorwerp van huidige procedure - en dit samen in een periode van 2 jaar) staat onderaan het volgende vermeld (in de Nederlandse taal):

"Voor alle geschillen zijn uitsluitend de Rechtbank van het arrondissement Mechelen bevoegd".

9. De probleemstelling tussen partijen dient beoordeeld te worden in het licht van artikel 23.1. EEX-Vo. dat primeert op de toepassing van artikel 2.1. EEX-Vo.:

Wanneer de partijen van wie er ten minste één woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, een gerecht of de gerechten van een lidstaat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die lidstaat bevoegd. Deze bevoegdheid is exclusief, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Deze overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht wordt gesloten:
a) hetzij bij een schriftelijke overeenkomst of bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst;
b) hetzij in een vorm die wordt toegelaten door de handelwijzen die tussen de partijen gebruikelijk zijn geworden;
c) hetzij, in de internationale handel, in een vorm die overeenstemt met een gewoonte waarvan de partijen op de hoogte zijn of hadden behoren te zijn en die in de internationale handel algemeen bekend is en door partijen bij dergelijke overeenkomsten in de betrokken handelsbranche doorgaans in acht wordt genomen.

10. In haar conclusie d.d. 22 mei 2017 benadrukt F. de toepassing van artikel 23.1.C. EEX-Vo. (cfr. p. 8 e.v.) terwijl zij in haar syntheseconclusie d.d. 25 september 2017 verzoekt de rechtsmacht te toetsen aan de toepassing van artikel 23.1.b. EEX-Vo. (p. 12 e.v.). Ter zitting d.d. 6 november 2017 bevestigt F. de toetsingsgronden van artikel 23.1.b. EEX-Vo.

11. Het hof oordeelt dat aan de toepassingsvoorwaarden van desbetreffend artikel niet is voldaan en motiveert dit als volgt:

- Tussen partijen bestond er een handelsrelatie waarbij J. werd geconfronteerd met steeds dezelfde voorwaarden, m.i.v. een forumbeding. Waar in een nationale (Belgische) handelsrelatie de ongeprotesteerde ontvangst van dergelijke voorwaarden en betaling van de facturatie op zich als een wettelijk dan wel feitelijk vermoeden van aanvaarding zou kunnen worden beschouwd (afhankelijk van de aard van de onderliggende overeenkomst), vindt dit geen doorwerking in een internationale handelsrelatie. In dergelijke relatie dient rekening te worden gehouden met de bijkomende omstandigheden van het geval opdat invulling kan worden gegeven aan de vereiste als weergegeven in artikel 23.1.b. EEX-Vo. dat de vorm zou zijn toegelaten door de handelswijzen die tussen partijen gebruikelijk zou zijn geworden.

- Onderdeel van deze *"vorm"* en een specifieke omstandigheid is eveneens de taal waarin de voorwaarden worden weergegeven. De voorwaarden werden opgesteld in een taal (Nederlands) waarvan onvoldoende naar recht wordt bewezen dat *hetzij* J. deze machtig was *hetzij* dat de onderhandelingen die hebben geleid tot de bestellingen (en/of vermeende handelsrelatie) in dezelfde taal werden gevoerd als de algemene voorwaarden *hetzij* dat dat deze taal gebruikelijk is in de handelstransacties voorwerp van de facturatie. In die zin kan niet worden aangenomen dat de vorm toegelaten zou zijn door handelswijzen die tussen partijen gebruikelijk zou zijn geworden.

- Dit geldt des te meer indien uit de omstandigheden van het geval blijkt dat andere onderdelen van de algemene voorwaarden blijkbaar niet werden gevolgd (o.a. de [contante] betaling van de facturatie te Willebroek m.b.t. de vorige leveringen).

- Zelfs als zou het bewijs kunnen worden geleverd dat de taalproblematiek buiten spel zou kunnen worden gezet (cfr. supra) en indien al het bewijs kon worden geleverd dat partijen zich steeds conform deze algemene voorwaarden hadden gedragen, dan nog is de termijn van 9 maanden (i.e. periode waarin de facturatie als aanvaard en betaald dient te worden beschouwd) onvoldoende om gewag te maken van een voldoende lange handelsrelatie die kan wijzen op een *gebruik* (voorafgaandelijk aan de transacties waarover het geschil loopt of naar aanleiding waarvan het geschil is ontstaan).

12. Gezien artikel 23.1.b. EEX-Vo, geen toepassing kent in onderhavig geschil, dient omtrent de bevoegdheid te worden teruggevallen op artikel 2.1. EEX-Vo. en dient de Belgische rechter zich zonder rechtsmacht te verklaren. Het hoger beroep wordt als gegrond beschouwd en het hof hervormt het bestreden vonnis in deze zin.

13. Het hof oordeelt ten slotte dat J. onvoldoende elementen aandraagt om de lichtzinnigheid en onredelijkheid van de vordering ingesteld door F. dan wel om het lichtzinnig karakter van de argumentatie te bewijzen opdat dit aanleiding zou geven tot een verhoogde rechtsplegingsvergoeding. Het gegeven dat J. zich dient te verdedigen in een andere taal middels een Belgische raadsman zijn niet afdoende om een verhoogde rechtsplegingsvergoeding toe te staan.

III. Beslissing

Het hof beslist bij wijze van arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep verder in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het tussenarrest van 19 december 2016 verder uitwerkend.

Verklaart het hoger beroep toelaatbaar en gegrond.

Hervormt het bestreden vonnis.

Verklaart zich zonder rechtsmacht om te oordelen over het geschil.

Veroordeelt de NV F. tot betaling van de kosten van het geding als volgt begroot:

-	Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg:	€ 3.000,00
-	Rolrecht hoger beroep:	€ 400,00
-	Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep:	€ 3.000,00

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 4 december 2017 door

S. Granata Raadsheer
S. Wasteels Griffier

Hof van beroep Brussel, arrest van 5 juni 2018

Staat van personen – Verzoek tot erkenning als staatloze – Verdrag van New York van 28 september 1954 – Artikel 1.1 – Nationaliteit – Bewijs ontbreken nationaliteit – Band met staten – Verzoeker van Palestijnse origine – Palestina – Montevideo Conventie – Palestijnse onderdaan

Etat des personnes – Demande de reconnaissance de la qualité d'apatride – Convention de New York du 28 septembre 1954 – Article 1.1 – Nationalité – Preuve de l'absence d'une nationalité – Lien avec des Etats – Requérant d'origine palestinienne – Palestine – Convention de Montevideo – Ressortissant palestinien

Inzake van

de procureur-generaal, bij het hof van beroep te Brussel, te 1000 Brussel, Poelaertplein 1,

appellant,

ter zitting vertegenwoordigd door A. Bijnens, substituut-procureur-generaal,

tegen

A., wonende te […] 8400 Oostende, […],
geïntimeerde,

niet in persoon aanwezig
ter zitting vertegenwoordigd door Mr. Baelde Johannes, advocaat te 8200 Sint-Andries, Gistelse Steenweg 229 bus 1.

Gelet op de stukken van de rechtspleging, inzonderheid:
- het vonnis van de burgerlijke rechtbank van de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge van 23 november 2015;
- het arrest van de 11e kamer van het hof van beroep te Gent van 16 juni 2016, waarbij het hoger beroep ontvankelijk maar ongegrond wordt verklaard;
- het arrest van het Hof van Cassatie van 23 januari 2017 (C.16.0325/N), waarbij het arrest van het hof van beroep te Gent wordt vernietigd en de zaak verwezen wordt naar dit hof van beroep;
- de dagvaarding uitgebracht door de procureur-generaal bij het hof van beroep te Brussel d.d. 5 december 2017;
- de conclusie van appellant neergelegd ter griffie op 18 april 2018;
- de conclusie van geïntimeerde neergelegd ter griffie op 16 mei 2018;
- de door partijen neergelegde stukken.

I. <u>Voorgaanden</u>

Geïntimeerde stelt op […] 1985 in […] (Libanon) geboren te zijn en van Palestijnse origine te zijn.

Hij is erkend en geregistreerd als Palestijns vluchteling door UNRWA (*United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East; vertaling uit het Engels: VN-Agentschap voor Hulp en Steun voor de Palestijnse Vluchtelingen in het Nabije Oosten*).

Hij houdt voor, doordat hij geboren is uit twee ouders van Palestijnse origine, dat hij beschouwd dient te worden als staatloos in de zin van het Verdrag van New York van 28 september 1954.

Hij kwam op 6 januari 2011 in België toe en diende dezelfde dag nog een asielaanvraag in.

Hij legde op de burgerlijke griffie van de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge, een eenzijdig verzoekschrift neer op 3 september 2014 met het oog op de toekenning van het statuut van staatloze.

Bij beslissing van 29 juli 2015 werd hij door het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en Staatlozen erkend als vluchteling in de zin van de Conventie van Genève. Daarbij werd zijn identiteit en herkomst op basis van de aangegeven gegevens / voorgelegde stukken bevestigd als correct.

Bij vonnis van 23 november 2015 van de burgerlijke rechtbank van de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge werd zijn verzoek tot erkenning als staatloze ontvankelijk en gegrond verklaard.

Het Openbaar Ministerie tekende tegen dit vonnis hoger beroep aan op 30 november 2015.

Het hof van beroep van Gent verklaarde op 16 juni 2016 dit hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond en bevestigde dat geïntimeerde als staatloze erkend dient te worden.

Tegen dit arrest werd door het Openbaar Ministerie een voorziening in cassatie ingesteld op 12 juli 2016.

Het Hof van Cassatie oordeelde op 23 januari 2017 dat het arrest van het hof van beroep te Gent tegenstrijdig gemotiveerd is, vernietigde het arrest van het hof van beroep te Gent [zonder enige clausulering] en verwees de zaak naar het hof van beroep te Brussel.

II. <u>Vorderingen van de partijen na het arrest van het hof van cassatie</u>

Overeenkomstig zijn conclusie voor het hof vordert appellant, met de hervorming van het bestreden vonnis van de burgerlijke rechtbank van de rechtbank van eerste aanleg van West-Vlaanderen, afdeling Brugge van 23 november 2015, geïntimeerde af te wijzen van zijn verzoek tot toekenning van het statuut van staatloze.

Overeenkomstig zijn syntheseconclusie voor het hof vordert geïntimeerde te zeggen voor recht dat hij erkend wordt als staatloos in de zin van artikel 1 van het Verdrag van New York van 28 september 1954.

III. <u>Aangaande de procedure</u>

De zaak werd na het arrest van het Hof van Cassatie van 23 januari 2017 op dagvaarding uitgebracht door de procureur-generaal gebracht voor het hof van beroep te Brussel waar de zaak naar verwezen werd door het Hof van Cassatie.

Overeenkomstig artikel 572*bis*, 1° Ger.W. zoals gewijzigd bij artikel 73, a) van de wet van 6 juli 2017, neemt de familierechtbank kennis van vorderingen betreffende de staat van de persoon, “met inbegrip

van vorderingen betreffende de Belgische nationaliteit en met betrekking tot de erkenning van de status van staatloze". Sinds de inwerkingtreding van deze bepaling, op 3 augustus 2017, is binnen de rechtbank van eerste aanleg niet langer de burgerlijke rechtbank maar de familierechtbank hiervoor bevoegd, en in hoger beroep niet langer de burgerlijke kamers maar de familiekamers van het hof van beroep. De zaak werd dan ook terecht voor de [Nederlandstalige] familiekamer van het hof van beroep gebracht.

Gelet op het hoger beroep van het Openbaar Ministerie tegen het vonnis van de burgerlijke rechtbank van de rechtbank van eerste aanleg West-Vlaanderen, afdeling Brugge, verloopt de procedure sindsdien, anders dan voor de eerste rechter, op tegenspraak.

IV. <u>Beoordeling</u>

1. Overwegende dat overeenkomstig artikel 1.1° van het Verdrag van New York van de Verenigde Naties van 28 september 1954 betreffende de status van staatlozen [hierna afgekort als: Apatridenverdrag], goedgekeurd bij de wet van 12 mei 1960, voor de toepassing van dat verdrag een apatride een persoon is die door geen enkele Staat ter wereld, krachtens diens rechtstelsel, als onderdaan beschouwd wordt;

Dat behoudens de uitsluitingen bepaald in artikel 1, 2° van dit verdrag, het Verdrag van New York van toepassing is op al degenen die geen enkele nationaliteit bezitten;

Dat het in de zin van dit verdrag gaat om de zuiver technisch-juridische notie van 'nationaliteit', waarbij de op basis van het bezit van die nationaliteit al dan niet daadwerkelijk geboden bescherming irrelevant is;

Dat de erkenning als apatride evenwel niet kan worden geweigerd om reden dat de betrokkene niet het bewijs kan leveren dat hij niet in aanmerking komt voor het verkrijgen van een andere nationaliteit dan de Belgische;

Dat daarentegen wél nagegaan kan en moet worden of de betrokkene niet het bewijs kan verkrijgen dat hij een andere nationaliteit dan de Belgische heeft.

2. Overwegende dat geïntimeerde als verzoekende partij het bewijs dient te leveren dat hij door geen enkele Staat als onderdaan wordt beschouwd;

Dat hierbij niet vereist is dat geïntimeerde aantoont dat hij niet de nationaliteit heeft van gelijk welke Staat in de wereld, maar wel van die Staten waar hij een band mee heeft;

Dat geïntimeerde meer bepaald dient te bewijzen dat hij noch de nationaliteit heeft van de Staat waar hij is geboren, noch de nationaliteit van zijn ouders, noch deze van de Staat of Staten waar hij verblijft of heeft verbleven, noch die van een Staat waar hij een andere nauwe band mee zou hebben.

3. Overwegende dat genoegzaam vaststaat dat geïntimeerde niet de nationaliteit heeft van het land waar hij geboren is, namelijk Libanon;

Dat de vluchtelingen van Palestijnse origine die in Libanon geboren zijn en aldaar erkend en geregistreerd worden als Palestijns vluchteling door UNRWA (*United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East*), onmogelijk de nationaliteit van Libanon kunnen verwerven.

4. Overwegende dat aldus nog de vraag rest of geïntimeerde al dan niet de Palestijnse nationaliteit bezit of kan bezitten;

Overwegende dat daartoe overeenkomstig artikel 1, 1° Apatridenverdrag het recht van de betrokken Staat dient te worden toegepast.

5. Overwegende dat 'nationaliteit' de rechtsband is die een persoon als onderdaan verbindt aan een bepaalde Staat;

Dat aldus vooreerst het bestaan van een Palestijnse Staat onderzocht dient te worden;

Dat appellant voorhoudt dat de Staat Palestina bestaat, terwijl geïntimeerde dit betwist.

6. Overwegende dat een moderne Staat omschreven kan worden als een politieke autoriteit die de soevereiniteit heeft over een bepaald grondgebied;

Dat in het internationaal recht daartoe inzonderheid de definitie van de Montevideo Conventie van de Rechten en Plichten van Staten van 26 december 1933 gehanteerd wordt; dat hoewel strikt genomen deze conventie enkel de partijen bij dat verdrag bindt, de principes van de Montevideo Conventie deel uitmaken van het internationaal gewoonterecht;

Overwegende dat volgens deze conventie een Staat als persoon van het internationale recht dient te beschikken over:
a) een permanente bevolking
b) een afgebakend grondgebied
c) een overheid/regering
d) het vermogen tot het aangaan van relaties met andere Staten (art. 1).

Dat het politieke bestaan van een Staat onafhankelijk is van de erkenning door de andere Staten (art. 3 Montevideo Conventie); dat het hof zich aansluit bij de declaratieve theorie, die de erkenning van een Staat beschouwt als een goedkeuring van een vooraf bestaande feitelijke situatie;

Dat ook de '*Resolutions Concerning the Recognition of New States and New Governments*' [vertaald uit het Engels: Resoluties aangaande de erkenning van nieuwe Staten en nieuwe Regeringen] uit oktober 1936 van het *Institut de Droit International* [vertaald uit het Frans: Instituut voor Internationaal Recht] (art. 1) bepaalt dat de erkenning een declaratief effect heeft zodat het bestaan van een nieuwe Staat, met alle [juridische] gevolgen vandien, niet wordt aangetast door een weigering tot erkenning vanwege andere Staten;

Dat ten slotte ook de Arbitration Commission of the Peace Conference on the former Yugoslavia [vertaald uit het Engels: Arbitrage Commissie van de Vredesconferentie voor het voormalige Joegoslavië] (de zogeheten commissie-Badinter), opgericht door de Europese Gemeenschap, de declaratieve theorie heeft gevolgd en toepassing heeft gemaakt van de vier voormelde criteria ("Arbitration Commission of the Peace Conference on the former Yugoslavia", Opinion No. 1, 11 januari 1992);

Overwegende dat geïntimeerde ten onrechte opwerpt dat met dit uitgangspunt aldus een krijgsheer [of een groep terroristen] gewoon door de controle te verwerven over een bepaald grondgebied, een nieuwe Staat zou kunnen creëren; dat immers volgens de criteria van de Montevideo Conventie van de Rechten en Plichten van Staten uit 1933 het geenszins volstaat om de controle te verwerven over een afgebakend grondgebied om als 'Staat' erkend te kunnen worden.

7. Overwegende dat toegepast op Palestina, moet worden vastgesteld dat er wel degelijk een Palestijnse bevolking is, die als dusdanig ook formeel wordt aangemerkt in officiële documenten zoals identiteitspapieren, paspoorten voor Palestijnen, een familieregistratiekaart van het UNRWA dat

specifiek is opgericht om bescherming te bieden aan Palestijnen (UNRWA staat immers voor 'United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East'; vertaling uit het Engels: *VN-Agentschap voor Hulp en Steun voor de Palestijnse Vluchtelingen in het Nabije Oosten*);

Dat geïntimeerde overigens zelf opwerpt dat hij door het Commissariaat voor de Vluchtelingen en Staatlozen formeel erkend werd als "vluchteling van Palestijnse origine";

Overwegende dat het feit dat zich in de Palestijnse gebieden burgers bevinden die geen nationaliteitsband met Palestina hebben, in het bijzonder een deel van de Israëlische bevolking die zich gevestigd heeft in Palestijns gebied, thans op de Westelijke Jordaanoever en in Oost-Jeruzalem, geen reden is om te stellen dat er geen Palestijnse bevolking zou bestaan;

Dat overigens in veel Staten een zeer groot gedeelte van de bevolking geen nationaliteitsband heeft met de Staat, zonder dat zij daardoor niet langer als Staat beschouwd zouden worden (zo bijvoorbeeld het Groot-Hertogdom Luxemburg, dat op 1 januari 2018 602.005 inwoners telde van wie slechts 313.042 de Luxemburgse nationaliteit hebben, en 288.963 enkel een vreemde nationaliteit hebben[1]).

8. Overwegende dat Palestina ook een afgebakend grondgebied heeft, bestaande uit de Gazastrook, de Westelijke Jordaanoever en Oost-Jeruzalem, zoals bepaald in de wapenstilstandsakkoorden van 1949;

Dat het feit dat de grenzen van dit grondgebied thans door de Staat Israël betwist zijn en het grondgebied *de facto* versnipperd is, daar geenszins afbreuk aan doet;

Dat immers een niet-betwist of onbetwistbaar grondgebied geen noodzakelijke voorwaarde is om te kunnen spreken over een Staat, zolang er maar zekerheid over bestaat dat de entiteit over een bepaald grondgebied beschikt, zoals *in casu* het geval is;

Dat ook het feit dat een deel van de Palestijnse gebieden bezet en gecontroleerd wordt door de Staat Israël, geen voldoende reden is om te concluderen tot het niet bestaan van de Staat Palestina; dat overigens heel wat Staten geconfronteerd worden met het feit dat een deel van hun grondgebied bezet of gecontroleerd wordt door een andere Staat of door een groepering die gesteund wordt door een andere Staat, zonder dat zij daardoor niet langer als Staat beschouwd zouden worden (zoals thans bijvoorbeeld de Staat Oekraïne).

9. Overwegende dat Palestina ook een bestuur heeft, met name de Palestijnse Nationale Autoriteit [internationaal aangeduid als: *Palestinian National Authority*] die haar oorsprong vindt in de Oslo-akkoorden van 1993, die er het staatsgezag uitoefent;

Dat de beperkingen inzake de uitoefening van haar regeringsgezag door de Oslo Akkoorden (die de principes van het zelfbestuur vastleggen) en de *de facto* controle en/of bezetting door Israël, hier niets aan veranderen;

Dat het feit dat een deel van de Palestijnse gebieden, namelijk de Gazastrook, op dit ogenblik *de facto* gecontroleerd wordt door de Palestijns Islamitische organisatie *Hamas*, die (onder meer) door de Europese Unie en door de Verenigde Staten beschouwd wordt als een terroristische organisatie, reden waarom zij elke vorm van overleg met Hamas weigeren, geenszins wegneemt dat er een Palestijnse Autoriteit bestaat die haar gezag uitoefent over een deel van de Palestijnse gebieden;

[1] http://www.luxembourg.public.lu/fr/le-grand-duche-se-presente/population/index.html

Dat voor de erkenning als Staat geenszins vereist wordt dat het bestuur daadwerkelijk gezag uitoefent over het integrale grondgebied (zie bijvoorbeeld het geval van de Staat Oekraïne).

10. Overwegende dat Palestina wel degelijk in staat is om relaties met andere Staten aan te gaan;

Dat de Palestijnse Nationale Autoriteit een diplomatieke vertegenwoordiging heeft in minstens 90 Staten, en dat Palestina door de Verenigde Naties in 2012 erkend werd als een 'waarnemende Staat niet lid van de VN' waardoor het kan deelnemen aan VN-Commissies en zich desgevallend kan wenden tot het Internationaal Gerechtshof in Den Haag bij juridische conflicten met andere Staten;

Dat Palestina reeds diverse internationale akkoorden heeft afgesloten (o.a. in het raam van de UNESCO);

Dat Palestina door minstens 138 Staten van de wereld erkend wordt als een onafhankelijke Staat, waarvan minstens 136 van de 193 Lidstaten van de Verenigde Naties; dat onder meer de EU-Lidstaten Cyprus, Tsjechische Republiek, Slovakije, Hongarije, Roemenië, Polen en Zweden Palestina als Staat erkend hebben;

Dat het feit dat België op heden Palestina [nog] niet als Staat erkend heeft, er niet aan in de weg staat om te aanvaarden dat Palestina in het internationaal recht als Staat beschouwd dient te worden;

Dat overigens het al dan niet aanvaarden van het statuut van staatloze overeenkomstig het Verdrag van New York van de Verenigde Naties van 28 september 1954 betreffende de status van staatlozen, uiteraard niet kan afhangen van het land waar de betrokkene zich bevindt;

Overwegende dat er ten overvloede op gewezen wordt dat België wél een bijzonder diplomatiek statuut aan Palestina toekent; dat er met name een Palestijnse delegatie in België, Luxemburg en bij de Europese Unie is, die aangeduid wordt met '*Missie van Palestina*' en door de FOD Buitenlandse Zaken ook officieel wordt erkend; dat het posthoofd ervan overigens de titel van ambassadeur draagt; dat deze diplomatieke vertegenwoordiging bescherming en bijstand kan bieden aan Palestijnse onderdanen die in België verblijven.

11. Overwegende dat in tegenstelling tot wat geïntimeerde beweert, met de invulling van de vier criteria vooropgesteld in de Conventie van Montevideo zoals door appellant geponeerd en door het Hof meer uitgewerkt aangenomen, het geenszins zo is dat zelfs IS (*Islamic State*) dan als Staat in de zin van deze Conventie beschouwd had moeten worden.

12. Overwegende dat op basis van al deze elementen, in tegenstelling tot wat de eerste rechter heeft aangenomen, geconcludeerd moet worden dat Palestina hic et nunc als een Staat moet worden beschouwd;

Dat dienvolgens geïntimeerde zich niet kan beroepen op het niet bestaan van Palestina als Staat om te stellen dat hij staatloos is.

13. Overwegende dat overeenkomstig artikel 1.1. van het Apatridenverdrag van 1954 voor de oogmerken van dat verdrag, de notie "staatloos persoon" betekent: een persoon die door geen enkele Staat, krachtens diens rechtsstelsel, als diens onderdaan wordt beschouwd [*"For the purpose of this Convention, the term "stateless person" means a person who is not considered as a national by any State under the operation of its law"*];

Dat de vraag dan rijst of geïntimeerde door de Staat Palestina, krachtens het rechtstelsel van deze Staat, als diens onderdaan wordt beschouwd;

Overwegende dat geïntimeerde in ondergeschikte orde opwerpt dat er geen Palestijnse nationaliteitswetgeving bestaat op grond waarvan hij de Palestijnse nationaliteit zou kunnen hebben;

Overwegende dat artikel 1.1. van het Apatridenverdrag van 1954 evenwel geenszins vereist dat er in de betrokken Staat een “wetgeving” bestaat die gedetailleerd regelt op welke manier een “nationaliteit” van die Staat verworven, respectievelijk verloren kan worden;

Dat het volstaat dat de betrokken Staat op grond van het rechtstelsel dat in die Staat voorhanden is, de betrokken persoon als diens onderdaan beschouwt;

Overwegende dat geïntimeerde volgens de door hem neergelegde identiteitsstukken afgeleverd door de Libanese overheid en door de UNRWA, geboren is uit Palestijnse ouders in het Palestijnse vluchtelingenkamp ‘Rashidieh Camp II” in de streek van Tyre in Libanon;

Dat op de UNRWA Registration Card van de betrokkene en van zijn vader onder “Nationality” (vertaald uit het Engels: Nationaliteit”] vermeld wordt: “PAL” hetgeen ontegensprekelijk de afkorting is van Palestijn (stuk 3 geïntimeerde);

Dat volgens de Palestijnse Nationale Autoriteit, de Palestijnen die bij de stichting van de Staat Israël gevlucht zijn naar Libanon, en hun nakomelingen als onderdaan beschouwd worden.

14. Overwegende dat geïntimeerde er aldus niet in slaagt aan te tonen dat hij door de Staat Palestina, krachtens de aldaar geldende regels, niet als onderdaan beschouwd wordt;

Dat zijn verzoek dan ook ongegrond verklaard wordt;

Dat het hoger beroep gegrond is.

15. Aangaande de gerechtskosten

Overwegende dat geïntimeerde als verliezende partij veroordeeld wordt in de gerechtskosten van alle instanties, niet nuttig te vereffenen langs de zijde van geïntimeerde en niet begroot door het Openbaar Ministerie;

Dat het Openbaar Ministerie – dat overigens niet bijgestaan wordt door een advocaat – geen aanspraak maakt en evenmin kan maken op een rechtsplegingsvergoeding in de zin van de artikelen 1018, sub 6° en 1022 Ger.W.

OM DEZE REDENEN

HET HOF, 42e KAMER (FAMILIEKAMER)

Rechtsprekend op tegenspraak, na verzending van de zaak door het Hof van Cassatie naar dit hof van beroep,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het taalgebruik in gerechtszaken;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond;

Dienvolgens:

Hervormt het bestreden vonnis van 23 november 2015 (rolnummer […]), behoudens in zoverre het het verzoek van geïntimeerde tot erkenning als staatloze in de zin van artikel 1.1 van het Verdrag van New York van 28 september 1954 ontvankelijk verklaart;

Opnieuw rechtsprekend over het overige:

Verklaart het verzoek van geïntimeerde tot erkenning als staatloze in de zin van artikel 1.1 van het Verdrag van New York van 28 september 1954 ongegrond en wijst hem ervan af;

Veroordeelt geïntimeerde in de gerechtskosten van alle instanties, niet begroot langs de zijde van appellant en niet nuttig te vereffenen langs de zijde van geïntimeerde.

Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare terechtzitting van de 42ste kamer, familiekamer van het Hof van Beroep te Brussel op 05 juni 2018.

Waar aanwezig waren:
P. Senaeve, voorzitter,
V. Aelbrecht, raadsheer,
F. Gillijns, raadsheer,
H. Coeymans, griffier.

Hof van beroep Gent, arrest van 29 november 2017

Toepasselijk recht – Overeenkomst – Koopovereenkomst – Weens Koopverdrag (CISG) – Artikel 3.1 – Aansprakelijkheid verkoper – Artikel 35 – Artikel 36 – Artikel 38 – Artikel 39 – Redelijke termijn – Klacht

Droit applicable – Contrat – Contrat de vente – Convention de Vienne vente internationale de marchandises (CVIM) – Article 3.1 – Responsabilité du vendeur – Article 35 – Article 36 – Article 38 – Article 39 – Délai raisonnable – Plainte

In de zaak van

M. N.V., met maatschappelijke zetel te […] Merelbeke, […], ingeschreven met KBO-nummer […],

appellante,

hebbende als raadsman mr. Grootaert Geert, advocaat te 9000 Gent, Maïsstraat 8

tegen

E., vennootschap naar Spaans recht, met maatschappelijke zetel te […] Utiel, Spanje, […],

geïntimeerde,

hebbende als raadsman mr. De Meulenaere Bart, advocaat te 9000 Gent, Tentoonstellingslaan 54

wijst het hof het volgend arrest:

Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van dit hof op 15 december 2014, stelde nv M. […] hoger beroep in tegen het vonnis dat op 3 september 2010 tussen M. als eiseres en de vennootschap naar Spaans recht B. als verweerster op tegenspraak werd gewezen door de rechtbank van koophandel te Gent, eerste kamer.

De naam B. werd gewijzigd in E. en haar zetel werd verplaatst. Hierna wordt gemakkelijkheidshalve uitsluitend E. gebruikt als naam van de geïntimeerde.

De partijen werden gehoord in openbare terechtzitting in hun middelen. Het hof heeft kennisgenomen van hun conclusies en heeft de door hen neergelegde stukken ingezien. De partijen hebben verklaard ermee in te stemmen dat alle conclusies tot het debat behoren, ook indien zij werden neergelegd na het verstrijken van de conclusietermijnen. Er zijn geen regels van openbare orde die zich daartegen verzetten.

I. <u>Antecedenten</u>

1. In het tussenarrest van 21 oktober 2015 heeft het hof de vordering van M. weergegeven en haar overwegingen omtrent de rechtsmacht van de geadieerde rechter. Het heeft het standpunt van E. met betrekking tot de rechtsmacht samengevat.

Het hof heeft de beslissing van de eerste rechter, die zich zonder rechtsmacht verklaard heeft, weergegeven en de bijzonderste overwegingen waarop deze beslissing steunde samengevat.

Het tussenarrest vermeldt het voorwerp van het hoger beroep van M. met de actualisering van haar vordering, evenals haar grieven in verband met de uitspraak van de eerste rechter over de rechtsmacht en het standpunt daaromtrent en ten gronde van E., die tot de onontvankelijkheid, minstens ongegrondheid van het hoger beroep besloot.

Op grond van de overwegingen die daarin zijn vermeld, besloot het hof tot de ontvankelijkheid van het hoger beroep van M. Het verklaarde dit hoger beroep in de volgende mate gegrond. Het verklaarde over rechtsmacht te beschikken om uitspraak te doen over het geschil en bepaalde, gelet op artikel 1068, eerste lid Ger.W. en alvorens recht te doen over de ontvankelijkheid en de gegrondheid van de vordering van M., de rechtsdag voor de verdere behandeling van de zaak en conclusietermijnen.

2. E. heeft op 20 mei 2016 een voorziening in Cassatie ingesteld tegen het tussenarrest van 21 oktober 2015. Het Hof van Cassatie heeft dit cassatieberoep verworpen bij arrest van 12 mei 2017.

3. M. vordert uiteindelijk dat E. veroordeeld wordt tot betaling van 174.380,00 EUR, te vermeerderen met de moratoire intresten te berekenen vanaf de vervaldagen, subsidiair vanaf 1 november 2008, nog meer subsidiair vanaf de ingebrekestelling d.d. 31 maart 2009, omgezet in gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding d.d. 16 december 2009 tot aan de integrale betaling, aan de intrestvoet overeenkomstig de wet tot bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. Zij vordert dat de tegenvorderingen worden afgewezen als onontvankelijk, ontoelaatbaar, minstens volstrekt ongegrond en dat E. veroordeeld wordt tot de kosten van het geding, begroot op 497,16 EUR kosten van dagvaarding, 8.400,00 EUR rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg, 210,00 EUR rolrecht hoger beroep, 2.190,00 EUR vertalingskosten beroepsakte, 8.400,00 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep inzake de hoofdvordering, 8.400,00 EUR basisrechtsplegingsvergoeding inzake de tegenvordering, 33,00 EUR grosse, 195,75 EUR vertalingskosten tussenarrest, 559,13 EUR betekening tussenarrest en de kosten van tenuitvoerlegging, vertaling, kosten, voor de Cassatieprocedure, enz. p.m.

Onder verwijzing naar het tussenarrest van 21 oktober 2015 besluit M. dat de overeenkomst, in uitvoering waarvan zij het openstaand saldo vordert, beheerst wordt door haar algemene voorwaarden, waaronder de daarin bedongen toepasselijkheid van het Belgisch recht (artikel 12) met inbegrip van het Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, gedaan te Wenen op 11 april 1980 (hierna het "*Weens Koopverdrag*" genoemd) en voor de aangelegenheden die niet door dit Verdrag geregeld zijn door het Belgische recht, dat als *lex contractus* werd aangeduid in de algemene voorwaarden.

M. stelt dat de overeenkomst tussen partijen dient gekwalificeerd te worden als een koopovereenkomst in de zin van artikel 3.1. van het Weens Koopverdrag.

M. betoogt dat zij een conforme machine heeft geleverd en dat zij, boven de hoofdsom, gerechtigd is op intresten en een schadevergoeding op grond van artikel 78 van het Weens Koopverdrag. Zij berekent intresten aan de rentevoet, bepaald op grond van artikel 5 van de wet van 2 augustus 2002 tot bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties en verklaart aanspraak te maken op een redelijke schadeloosstelling in de zin van artikel 6 van deze wet, die zij evenwel niet begroot.

M. acht haar vordering gegrond, aangezien ze betrekking heeft op niet geprotesteerde facturen. Zij beroept zich op artikel 25 van het wetboek van koophandel.

Zij is van oordeel dat de tegenvorderingen van E., strekkende tot het bekomen van een vertragingsvergoeding en schadevergoeding met aanstelling van een deskundige, onontvankelijk zijn, omdat zij voor het eerst in graad van beroep zijn gesteld, acht jaar na de levering. De omstandigheid dat zij reeds eerder – zes jaar na de levering – gesteld werden voor de onbevoegde Spaanse rechtbank doet daar volgens haar geen afbreuk aan.

Volgens M. zijn de tegenvorderingen van E. in elk geval onontvankelijk of ontoelaatbaar, gelet op de bepalingen omtrent de onderzoeks- en de klachtplicht van de artikelen 38 en 39 van het Weens Koopverdrag.

Minstens maakt de laattijdige tegenvordering van E. en het voor het eerst voorleggen met haar conclusie van 18 mei 2017 van e-mailcorrespondentie, die negen jaar oud is, volgens M. rechtsmisbruik uit. Zij meent bovendien dat deze e-mailberichten geen kennisgeving van niet-conformiteit in de zin van artikel 39 van het Weens Koopverdrag vormen, aangezien ze niet gericht werden aan iemand die bevoegd was om deze kennisgevingen in ontvangst te nemen en ze niet in de taal van het contract werden gesteld of in een taal die de geadresseerde begrijpt. Bovendien beantwoorden ze volgens M. ook inhoudelijk niet aan de vereisten van artikel 39.1 van het Weens Koopverdrag. M. betwist dat geen overnamebeproevingen en *performantietests* zouden zijn gedaan en dat daardoor de termijn voor de kennisgeving op grond van artikel 39.1. niet zou zijn beginnen lopen. Bovendien stelt zij dat de *verjaringstermijn* van artikel 39.2. in elk geval verstreken was.

M. acht de tegenvordering van E. bovendien ongegrond. Zij stelt dat E. ten onrechte tegelijk de terugbetaling van de prijs en herstel vordert. Zij meent dat zij nooit aansprakelijk kan zijn voor economische schade, nu zij niet conform de bepalingen van het Weens Koopverdrag op de hoogte werd gesteld van de beweerde niet-conformiteit en verwijt E. in elk geval haar schadebeperkingsplicht niet te hebben nageleefd.

M. stelt dat E. het bestaan van de beweerde gebreken niet bewijst en dat een gerechtsdeskundige negen jaar na de feiten geen enkele nuttige vaststelling meer kan doen.

Wat de vordering tot schadevergoeding wegens laattijdige levering betreft, heeft E. volgens M. afstand gedaan van en verzaakt aan elke vordering tot betaling van schadevergoeding. Minstens is volgens haar sprake van rechtsmisbruik. Bovendien acht zij het boetebeding strijdig met artikel 74 van het Weens Koopverdrag en bijgevolg nietig. Zij wijst erop dat E. geen schade geleden heeft en dat zij zelf steeds te laat was met haar eigen verplichtingen. Uiterst ondergeschikt beroept M. zich met betrekking tot de schadevergoeding wegens vertraging op de imprevisieleer.

Ten slotte verzet M. zich ertegen dat pas uitspraak zou gedaan worden over de hoofdvordering als er een beslissing is over de tegen vordering. Zij verzet zich ook tegen de gevorderde compensatie.

4. E. vordert uiteindelijk dat het hof de vordering van M. toelaatbaar verklaart, doch de beslissing ten gronde aanhoudt tot de beslissing over de tegenvordering.

Zij vordert dat M. veroordeeld wordt om aan haar 43.595,00 EUR te betalen uit hoofde van de contractueel bepaalde vertragingsvergoeding op basis van de annex bij de overeenkomst van 28 juni 2007, meer de verwijlrente vanaf 24 maart 2014 (datum waarop deze vordering werd gesteld in Spanje middels dagvaarding, hetgeen geldt als ingebrekestelling), aan de wettelijke intrestvoet, meer de gerechtelijke rente vanaf de datum van neerlegging van de conclusie d.d. 4 juli 2016, waarbij deze vordering hernomen werd in het onderhavige geding, tot de datum van betaling.

Bovendien vordert E. dat M. veroordeeld wordt tot betaling aan haar van 1,00 EUR provisioneel op een minimaal geraamde schade van 316.484,26 EUR op grond van niet-conformiteit in de uitvoering

van de overeenkomst van 28 juni 2007, c.q. verborgen gebreken in het door M. aan haar geleverde/verkochte.

E. vordert dat het hof, alvorens dienaangaande ten gronde te oordelen, een gerechtsdeskundige aanstelt in toepassing van artikel 19, derde lid Ger.W., met als opdracht ter plaatse te gaan te Utiel - Spanje, […], dan wel de bedrijfsterreinen en locaties waar de door M. geleverde machine in werking werd gesteld, de uitgevoerde werken en de geleverde machine te beschrijven en te beoordelen in welke mate sprake is van conformiteit in vergelijking met de specificaties van de overeenkomst en een uitvoering volgens de regels van de kunst in het algemeen, de eventuele fouten en zichtbare en verborgen gebreken te beschrijven, de herstelkosten en herstelduur weer te geven, de schade (zowel moreel als materieel) van E. te beschrijven en te begroten, alsmede een cijfermatige begroting van eventuele genotsderving en minwaarden op te maken, in voorkomend geval de door M. aan E. terug te betalen prijs te begroten en de afrekening tussen de partijen op te maken.

In ondergeschikte orde vordert E. dat het hof de hoofdvordering afwijst als ongegrond, de tegenvorderingen gegrond verklaart met veroordeling van M. zoals in hoofdorde gevorderd en desgevallend de compensatie weerhoudt tussen het bedrag waartoe M. veroordeeld wordt en het bedrag waartoe zij in voorkomend geval zou worden veroordeeld. Zij vordert dat de verwijlrente op de vordering van M. wordt afgewezen voor de periode tussen 3 september 2010 en 15 december 2014 en dat deze ten vroegste ingaat op de datum van ingebrekestelling.

Zij vordert dat M. veroordeeld wordt tot betaling van de rechtsplegingsvergoedingen van 8.400,00 EUR per aanleg, minstens de rechtsplegingsvergoedingen wegens het wederzijds gelijk en ongelijk van de partijen te compenseren.

E. betoogt dat de bijzondere voorwaarden, vermeld in de basisovereenkomst, primeren op de algemene voorwaarden.

Zij stelt dat M. zich niet kan beroepen op de aanvaarding van de facturen. Zij verklaart deelbetalingen te hebben verricht opdat de zaken zouden vooruitgaan. Zij merkt op dat de in de overeenkomst voorziene acceptatietesten niet werden uitgevoerd.

E. acht het Weens Koopverdrag niet van toepassing, omdat de overeenkomst dient beschouwd te worden als een aanneming.

Zij stelt dat zij op toelaatbare wijze een tegenvordering kon stellen wegens niet-conformiteit en verborgen gebreken, aangezien zij dezelfde vordering reeds ingesteld had voor de Spaanse rechtbank van Requena met dagvaarding van 23 maart 2014. Zij wijst erop dat deze Spaanse rechter op 11 februari 2016 de zaak naar de Belgische rechter "*verwezen*" heeft. Zij betoogt dat haar tegenvordering berust op een feit of handeling aangevoerd in de oorspronkelijke dagvaarding en bovendien een verweer uitmaakt op de hoofdvordering.

Volgens E. is sprake van verborgen gebreken bij de levering van de machine die gebeurde in het kader van de aannemingsovereenkomst. Zij stelt dat zij de gebreken niet aanvaard heeft en dat de verjaringstermijn van 10 jaar niet verstreken was.

Ook indien het Weens Koopverdrag van toepassing is, acht E. de kennisgeving tijdig. Zij verwijst naar een kennisgeving van mei 2009 in verband met minstens één niet-conformiteit, evenals naar de problemen die gemeld werden per e-mail in oktober, november, en december 2008 en in februari 2009. In verband met deze e-mails kan M. zich volgens E. niet beroepen op het feit dat ze in de Spaanse taal zijn gesteld of niet aan de wettelijke vertegenwoordiger van M. werden gericht, aangezien zij daaromtrent op geen enkel nuttig ogenblik opmerkingen of bezwaren heeft gemaakt, doch

integendeel minstens op één e-mailbericht geantwoord heeft. Zij wijst erop dat op de andere e-mailberichten geen antwoorden voorliggen.

E. besluit dat zij wel degelijk tijdig een rechtsvordering heeft ingesteld wegens niet-conformiteit of verborgen gebreken, ook bij toepassing van artikel 1641 B.W.

E. acht het Verdrag van New York van 14 juni 1974, dat voorziet in een korte verjaringstermijn van vier jaar, niet van toepassing, aangezien het slechts bekrachtigd werd door België met een wet van 15 juli 2008 en pas van toepassing is op overeenkomsten gesloten vanaf 1 maart 2009.

E. meent dat M. zich niet op procesrechtsmisbruik kan beroepen, aangezien zij zelf vier jaar stilgezeten heeft, nadat de rechtbank van koophandel zich zonder rechtsmacht verklaard had.

Volgens E. staat het vast dat M. met vertraging heeft geleverd, zodat de conventioneel bedongen vertragingsboete verschuldigd is. Zij stelt dat weliswaar heronderhandeld werd over de leveringstermijn, doch dat zij nooit afstand heeft gedaan van haar recht op vergoeding wegens de vertraging. Zij voegt eraan toe dat M. ook de heronderhandelde termijnen niet heeft gerespecteerd en stelt dat zij aldus terecht aanspraak maakt op betaling van de som van 43.595,00 EUR, meer de verwijlrente vanaf 24 maart 2014, datum waarop zij deze vordering gesteld heeft voor de Spaanse rechter.

Met betrekking tot de niet-conformiteit of verborgen gebreken, verwijst E. naar een eenzijdig verslag, dat de economische gevolgen van deze gebreken provisioneel begroot op 316.484,26 EUR. Zij stelt dat dit verslag de aanstelling van een gerechtsdeskundige in elk geval verantwoordt. Zij merkt op dat de problemen voornamelijk betrekking hebben op het gebrekkig verwijderen van de etiketten door de borstelmachine enerzijds en de onmogelijkheid om met de droogmachine een capaciteit van 100 vaten per uur te bereiken.

E. acht de hoofdvordering ongegrond, minstens is zij van oordeel dat het voorbarig is daarover uitspraak te doen, zolang de tegenvorderingen niet zijn afgewikkeld.

Ondergeschikt meent zij dat de intresten dienen beperkt te worden, gelet op het stilzitten van M. gedurende vier jaar en het feit dat zij voortijdig gefactureerd heeft, gelet op de afwezigheid van pre-acceptatieattesten. Bovendien stelt zij dat compensatie dient toegepast te worden.

Wat de kosten betreft, is E. van oordeel dat M. geen dubbele rechtsplegingsvergoeding kan vorderen voor de hoofd- en de tegeneis.

II. <u>Beoordeling</u>

1. Het geschil tussen de partijen vloeit voort uit een overeenkomst van 28 juni 2007 voor het produceren, leveren, installeren en in bedrijf stellen door M. bij E. van een installatie voor het reconditioneren van stalen vaten.

1.1. De door M. geleverde reconditioneringslijn bestond uit zes machines, namelijk een machine voor het ontblutsen (*"dedenting machine"*), een borstelmachine (*"brushing machine"*) om etiketten te verwijderen, een wastoestel (*"washing unit"*) een verfsysteem (*"painting system"*), een semiautomatische vatopener (*"semiautomatic drumopener"*) en een zeefdrukprinter (*"drumbody silkscreenprinter"*).

1.2. De vordering van M. strekt ertoe betaling te bekomen van saldi die onbetaald zijn gebleven van facturen die op deze overeenkomst betrekking hebben. Het betreft meer bepaald:

- factuur […] d.d. 31 maart 2008 van 45.500,00 EUR voor een saldo van 13.000,00 EUR;
- factuur […] d.d. 11 juli 2008 van 372.400,00 EUR voor een saldo van 106.400,00 EUR;
- factuur […] d.d. 29 augustus 2008 van 135.430,00 EUR voor een saldo van 38.980,00 EUR;
- factuur […].d.d. 30 september 2008 van 56.000,00 EUR voor een saldo van 16.000,00 EUR.

1.3. M. vordert aldus een saldo van 174.380,00 EUR van de contractprijs die 871.900,00 EUR bedroeg. Hij was betaalbaar in vier schijven, namelijk:

- 30% of 261.570,00 EUR bij de orderbevestiging;
- 25% of 217.975,00 EUR bij de overnamebeproevingen in de onderneming van M.;
- 25% of 217.975,00 EUR bij de aankomst van de goederen in Spanje;
- 20% of 174.380,00 EUR na de inbedrijfstelling en uiterlijk 3 maanden na de aankomst in Spanje (§7 van de overeenkomst van 28 juni 2007)

1.4. In dezelfde paragraaf van de overeenkomst was het volgende leveringsschema bedongen:

- acht maanden (met uitsluiting van twee weken Kerstvakantie en drie weken zomervakantie) voor de productie bij M. vanaf de datum van de betaling van het eerste voorschot:
- een week voor de pre-acceptatie test bij M.;
- twee weken voor de verscheping naar Spanje (met inbegrip van de verpakking en het transport);
- een maand installatie in Spanje;
- twintig dagen voor de inbedrijfstelling.

Te rekenen vanaf de betaling van het eerste voorschot tot het einde van de inbedrijfstelling bedroeg de totale leveringsduur aldus 9 maanden + 8 weken + 20 dagen of samen 11,5 maanden.

1.5. M. factureerde 261.570,00 EUR op 8 juni 2007. Deze voorschotfactuur werd betaald op 2 juli 2007.

1.6. M. leverde in maart 2008 de vatopener en factureerde daarvoor op 31 maart 2008 het daarvoor verschuldigd saldo van 45.500,00 EUR.

1.7. Op 8 april 2008 stelden de partijen vast dat het onmogelijk was de pre-acceptatie test te doen binnen de overeengekomen termijnen. Daarom spraken ze als volgt af:

- de pre-acceptatietest zal op twee verschillende data uitgevoerd worden: de eerste einde mei (voor de ontblutser, het verfsysteem en het uitwendige wastoestel) en de tweede einde juni, voor de andere onderdelen;
- de levering van de machines zal ook op twee verschillende data gebeuren, volgende op de data van pre-acceptatie;
- de installatie zal gebeuren op twee data, volgend op de verscheping;
- de inbedrijfsstelling zal starten als de installatie compleet is, voor einde juli;
- de bijkomende verplaatsingskosten voor de installatie zijn ten laste van M.;
- het betalingsschema en de betalingsvoorwaarden werden aangepast aan de voormelde data:
    - 25% bij de laatste pre-acceptatie test;
    - 25% bij de aankomst van de laatste goederen in het bedrijf van E. in Utiel;
    - de rest na de inbedrijfstelling;
- E. vroeg aan M. een bankgarantie voor het bedrag van het voorschot. Daarover zou de daaropvolgende week een afspraak worden gemaakt.

1.8. Op 30 april 2008 zond E. een brief aan M., waarin verwezen werd naar de overeenkomst van 8 april 2008 om de leveringstermijn te wijzigen. Zij verklaarde nog steeds de bankgarantie niet ontvangen te hebben. Zij wees erop dat de vertraging haar kosten aanzienlijk had doen toenemen, doordat zij haar nieuwe fabriek in Utiel niet op de voorziene datum had kunnen opstarten. Zij verklaarde te hopen dat M. besefte dat haar vertraging haar reeds aanzienlijke schade had toegebracht. Zij stelde dat, indien de nieuw overeengekomen termijn niet werd nageleefd, zij een subsidie van de Spaanse overheid van 600.000,00 EUR zou mislopen. Daarnaast somde zij nog andere schadeposten op, die zich zouden voordoen indien de ontvangst van de machines nog langer zou uitgesteld worden. Zij drong aan op het overmaken van de bankgarantie en op de naleving van het contract.

1.9. In een aangetekende brief van 15 mei 2008 verontschuldigde M. zich omdat de leveringstermijn wegens onvoorziene omstandigheden langer was dan zij ingeschat had bij de ondertekening van het contract. Zij weet dit vooral aan de situatie op de markt van de materialen en grondstoffen en aan het feit dat de leveringstermijnen van haar leveranciers langer waren en de prijzen snel gestegen waren. Zij wees erop dat in haar algemene voorwaarden vermeld was dat de leveringstermijnen wegens onvoorziene omstandigheden konden verschillen en dat de leveringstermijn slechts een inschatting was. Wat de subsidie betrof, verklaarde M. daarvan niet op de hoogte te zijn gesteld bij de ondertekening van het contract. Verder merkte zij op dat haar was meegedeeld dat het nieuwe gebouw pas einde mei zou klaar zijn, wat problematisch zou kunnen zijn, aangezien zij de ruimte nodig had om de machines te installeren. M. stelde niet te kunnen aanvaarden dat zij zou moeten betalen voor kosten van de productie van E., administratieve vergunningen, boetes bij haar leveranciers, de niet-uitvoering van marketingplannen, de verhuizing van het bedrijf en de installatie. Zij verklaarde zich bereid een bankgarantie te verlenen, zodra E. bevestigd had dat zij het contract niet zou ontbinden. Zij wees er nog op dat zij de levering van de vatopener reeds had vervroegd.

Zij gaf een overzicht van de stand van de afwerking en stelde dat de borstelmachine de moeilijkste zou zijn om klaar te krijgen tegen einde juni. Zij beloofde er alles aan te zullen doen om de nieuwe leveringstermijnen te respecteren.

1.10. M. factureerde op 11 juli 2008 de som van 372.400,00 EUR voor de gedeeltelijke levering van de toestellen. In een brief van 1 augustus 2008 wees E. erop dat volgens de overeenkomst van 8 april 2008 pas tot een tweede betaling zou worden overgegaan nadat de pre-acceptatie was gebeurd. Zij stelde dat dit nog niet het geval was geweest, hoewel de test had moeten plaatsvinden in juni. Zij merkte op dat dit reeds de tweede niet-nageleefde deadline was, terwijl zij bovendien nog steeds geen bankgarantie ontvangen had. Zij vroeg deze tekortkomingen op te lossen, zodat zij de productie van de lijn zo snel mogelijk kon opstarten.

1.11. Op 29 augustus 2008 factureerde M. 136.430,00 EUR voor de levering van twee machines. Op 30 september 2009 volgde dan een factuur van 56.000,00 EUR voor de levering van de borstelmachine.

1.12. E. betaalde 217.975,00 EUR op 15 oktober 2008. Daarna volgden vijf betalingen van telkens 43.595,00 EUR op 29 oktober 2008, 26 november 2008, 29 december 2008, 29 januari 2009 en 2 maart 2009.

1.13. Met een aangetekende brief van 31 maart 2009 stelde M. E. in gebreke om de openstaande som van 174.380,00 EUR te betalen.

1.14. M. stelde in een aangetekende brief van 14 mei 2009 vast dat zij geen antwoord had gekregen op haar brief van 31 maart 2009. Zij verklaarde dat E. pas 40 dagen later had meegedeeld dat zij deze facturen niet had betaald omdat de borstelmachine niet tot haar voldoening werkte. Zij wees erop dat

E. geopteerd had voor de goedkoopste versie van de borstelmachine en dat daaromtrent in de orderbevestiging vermeld stond dat het gebruik ervan niet kon garanderen dat alle etiketten en lijm verwijderd waren, doch dat zij kon helpen de mankracht te verminderen voor het verwijderen van de etiketten. Zij voegde eraan toe dat bovendien in het contract was vermeld voor welk specifiek soort vaten deze machine geschikt was. Zij besloot dat zij de borstelmachine geleverd had, die voorzien was in de overeenkomst. Zij verklaarde zich bereid om te zoeken naar oplossingen om tot een beter resultaat te komen met de vaten die E. wenste te behandelen, op voorwaarde dat onmiddellijk een betaling van 100.000,00 EUR zou gebeuren.

1.15. Met een brief d.d. 12 juni 2009 vroeg E. aan M. een vertaling van de instructiehandleiding in het Spaans, de markering aan te vullen met de aanduidingen die essentieel zijn voor het veilige gebruik van de machines, informatie in de instructiehandeling over de emissie van luchtgeluid van de machines en essentiële informatie in de instructiehandeling over het gebruik van de machines in een explosieve atmosfeer.

1.16. M. liet op 13 augustus 2009 weten dat zij de gevraagde documenten zou overmaken. Zij vroeg E. te bevestigen dat zij binnen 8 dagen daarna de som van 174.380,00 EUR zou betalen.

1.17. Op verzoek van E. stelde Q. ([…]) op 28 augustus 2009 een technisch verslag op van de productielijn voor het recycleren van gebruikte vaten. De inspectie had betrekking op negen machines, waaronder de zes die door M. waren geleverd. Q. kwam tot de conclusie dat de machines dienden aangepast of aangevuld te worden om te voldoen aan de geldende veiligheidsvoorschriften. Zij raamde de kostprijs daarvan op 36.500,00 EUR. Bovendien werd in dit verslag vastgesteld dat de lijn tekortkomingen vertoonde op het gebied van de productie en dat deze hoofdzakelijk bestonden in een gebrekkige en onvolledige verwijdering van de etiketten en in het ondoelmatig drogen van de binnenkant van de vaten. Daardoor kan volgens Q. een productie van niet meer dan 40 vaten worden gehaald. Zij begrootte de kostprijs voor de aanpassingen op respectievelijk 148.000,00 EUR (voor de machine om etiketten te verwijderen) en 18.656,00 EUR (wijziging van het droogsysteem).

1.18. In een brief d.d. 31 oktober 2009 van haar raadsman stelde M. vast dat zij nog steeds geen betaling ontvangen had van het saldo van 174.380,00 EUR, vermeerderd met schadevergoeding en intresten. Zij liet weten dat de vertaling van de handleiding zou opgestuurd worden op 6 november 2009. Zij verwees naar een aangetekende brief, gedateerd op 5 oktober 2009, die zij ontvangen had op 19 oktober 2009 van de Spaanse raadsman van E. Zij protesteerde deze brief, niet enkel omdat hij zo vaag was, maar ook omdat nooit een ernstige schade-eis was geformuleerd en de installatie reeds sedert midden december 2008 in productie was.

1.19. Bij dagvaarding van 16 december 2009 liet M. de dagvaarding voor de eerste rechter betekenen aan E. Zij vorderde betaling van 174.380,00 EUR, meer verwijlintresten aan de rentevoet op grond van de wet van 2 augustus 2002 tot bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties vanaf 31 maart 2009. De eerste rechter verklaarde zich zonder rechtsmacht bij vonnis van 3 september 2010.

1.20. E. legt een financieel verslag voor in verband met de slechte werking van de productielijn voor de reconditionering van gebruikte vaten. Dit verslag is gedateerd op 28 januari 2014. Daarin wordt tot de conclusie gekomen dat de keuze van M. als fabrikant van de machines een aanzienlijke vertraging heeft meegebracht in het bereiken van de doelstellingen van E., in een verlies van klanten en in een toename van kosten. De schade werd begroot op 316.483,00 EUR, namelijk 71.239,00 EUR voor kosten veroorzaakt door personeelsuitbreiding van januari 2009 tot oktober 2010 en 48.718,00 EUR voor kosten veroorzaakt door personeelsuitbreiding van november 2010 tot december 2013, 121.657,00 EUR wegens investering in de module voor het verwijderen van de etiketten, 31.669,00 EUR investering in de module voor het uitdruipen en drogen van de vaten, 36.500,00 EUR investering

wegens tekortkomingen in de veiligheid van de machines en 6.700,00 EUR investering wegens structurele tekortkomingen van de machines.

1.21. In maart 2014 leidde E. een vordering in voor de rechtbank te Requena (Spanje) om betaling te bekomen van de voormelde som.

Nadat dit hof met het arrest van 11 oktober 2015 beslist had dat het over rechtsmacht beschikte, verklaarde de rechtbank te Requena zich bij vonnis van 8 februari 2016 zonder rechtsmacht op grond van artikel 27.2 van de Verordening 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (Brussel-I Verordening).

2. De overeenkomst tussen partijen, die aanleiding heeft gegeven tot het geschil, heeft het voorwerp uitgemaakt van een schriftelijke orderbevestiging, die door de partijen ondertekend werd op 28 juni 2007. Dit document, dat zoals de andere stukken en correspondentie die betrekking hebben op het contract, in het Engels is opgesteld, bepaalt onder §7 *"Terms"*, vertaald *"Voorwaarden"* op p. 8: *"Our general terms for sales are added and are valid for all sales"*, vertaald "*Onze algemene verkoopsvoorwaarden worden bijgevoegd en gelden voor alle verkopen*".

Het wordt niet betwist dat M., voorafgaand aan de ondertekening van deze orderbevestiging, op 8 juni 2007 een pro forma factuur […] heeft opgesteld voor de volledige contractprijs van 871.900,00 EUR. Dit gebeurde volgens E. om haar toe te laten overheidssteun aan te vragen met het oog op de financiering van de investering.

Uit de ondertekening van de overeenkomst van 28 juni 2007 door E. blijkt dat zij ingestemd heeft met de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van M. op de overeenkomst. Uit de vaststelling dat zij voorafgaand aan deze ondertekening een factuur heeft ontvangen, waarop deze voorwaarden vermeld zijn, blijkt bovendien dat E. er kennis van genomen heeft.

De toepasselijkheid van deze algemene voorwaarden belet niet dat gebeurlijke afwijkende bedingen, die vermeld zouden zijn in de bijzondere overeenkomst van de overeenkomst, voorrang hebben.

3. Volgens artikel 12 van de toepasselijke algemene voorwaarden, is de overeenkomst tussen de partijen onderworpen aan het recht van het land van de verkoper.

Deze overeenkomst had tot voorwerp het produceren, leveren, installeren en in bedrijf stellen door M. van een op specificatie van E. gemaakte machine voor het herconditioneren van stalen vaten. Volgens E. is dit een aannemingsovereenkomst, volgens M. een gemengde overeenkomst, waarop het Weens Koopverdrag van toepassing is.

Het Weens Koopverdrag is van toepassing op koopovereenkomsten betreffende roerende zaken tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn, wanneer de Staten verdragsluitende staten zijn (artikel 1-1)a Weens Koopverdrag). Zowel Spanje als België zijn verdragsluitende staten.

Het Verdrag stelt met koopovereenkomsten gelijk, de overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen roerende zaken, tenzij de partij die de zaken bestelt een wezenlijk deel van de voor de vervaardiging of voortbrenging benodigde grondstoffen moet verschaffen (artikel 3.1. Weens Koopverdrag). Het Verdrag is daarentegen niet van toepassing op overeenkomsten waarin het belangrijkste deel van de verplichtingen van de partij die de roerende zaken levert, bestaat in de verstrekking van arbeidskracht of de verlening van andere diensten.
De overeenkomst had de vervaardiging door M. van machines tot voorwerp, waarbij de grondstoffen die daarvoor nodig waren door haar zelf werden verschaft. Zij beantwoordde aldus aan het bepaalde in artikel 3.1. De manuren noodzakelijk voor de installatie van deze productielijn, namelijk 2

techniekers gedurende vijfentwintig werkdagen en 2 techniekers gedurende twaalf werkdagen, die samen ongeveer 4% van de contractwaarde vertegenwoordigden, waren slechts bijkomstig en vormden, mede gelet op de aard, de omvang, en de specificiteit van de geleverde machines, geenszins het belangrijkste deel van de verplichtingen die M. op zich nam.

De overeenkomst is aldus onderworpen aan de bepalingen van het Weens Koopverdrag, voor de aangelegenheden die niet door dit Verdrag geregeld zijn, gelden de wettelijke bepalingen van het recht van het land van de verkoper, in dit geval het Belgisch recht.

4. Er bestaat geen betwisting over het feit dat de door M. aan E. gefactureerde bedragen overeenstemmen met hetgeen bedongen is in de overeenkomst. E. spreekt als zodanig niet tegen dat op de contractprijs van 871.900,00 EUR een saldo van 174.380,00 EUR onbetaald is gebleven. Dit saldo stemt overeen met de laatste 20% van de prijs, die volgens de overeenkomst verschuldigd was na de inbedrijfstelling van de machines en uiterlijk drie maanden na hun aankomst in Spanje.

M. legt de vrachtbrieven voor, waaruit blijkt dat de goederen naar Utiel verzonden werden op 28 maart 2008, 3 juli 2008, 29 augustus 2008 en 3 september 2008. Er mag redelijkerwijze aangenomen woorden dat de laatste machine uiterlijk op 10 september 2008 in Spanje aangekomen is. Dit betekent dat het saldo van de prijs diende betaald te zijn uiterlijk op 10 december 2008.

5. Onder verwijzing naar artikel 25 van het wetboek van koophandel argumenteert M. dat de facturen, waarvan zij betaling vordert, aanvaard werden bij gebrek aan protest, zodat zij alleen reeds om die reden verschuldigd zijn.

Blijkens de voorliggende stukken werd enkel de factuur d.d. 11 juli 2008 van 372.400,00 EUR geprotesteerd. E. stelde in haar brief van 1 augustus 2008 dat volgens de overeenkomst de tweede schijf van de prijs pas verschuldigd was nadat de pre-acceptatietesten waren uitgevoerd, hetgeen volgens haar op dat ogenblik nog niet het geval was.

Met dit protest verantwoordde E. waarom volgens haar de tweede schijf van 25% op de prijs van de aangekochte installatie op dat ogenblik nog niet diende betaald te worden. Na deze datum betaalde zij niet alleen deze tweede schijf, maar ook het volledige bedrag van de derde schijf, die verviel op het ogenblik dat alle goederen in Spanje geleverd waren. Dat de pre-acceptatietest naderhand toch nog werd uitgevoerd, blijkt niet uit de voorliggende stukken. Hoe dan ook blijkt uit de betaling van de tweede schijf van de prijs dat het feit dat dit niet of niet tijdig zou zijn gebeurd daarvoor geen hinderpaal (meer) vormde. Zij kan dit in elk geval niet inroepen om het saldo van 20% van de contractprijs niet te betalen. Evenmin kan zij haar weigering om dit saldo te betalen verantwoorden door op te werpen van M. geen bankgarantie had verleend voor het bedrag van het voorschot (de eerste 30% van de prijs), aangezien zij na haar protest van 1 augustus 2008 nog verdere betalingen uitvoerde (tot beloop van de tweede en derde schijf) en klaarblijkelijk afstand deed van de eis in verband met de bankgarantie, die haar een zekerheid moest verschaffen voor het geval M. insolvabel zou worden en de machines, waarop het voorschot betrekking had, niet kon leveren. Deze aanspraak is hoe dan ook zonder voorwerp geworden, aangezien de machines geleverd en in bedrijf gesteld zijn.

Met betrekking tot de andere facturen stelt het hof vast dat zij niet geprotesteerd werden korte tijd na de ontvangst daarvan. Daaruit kan afgeleid worden dat E. instemde met het verschuldigd zijn van het daarmee aangerekende bedrag.

6. E. roept als verweer tegen de vordering in betaling van het saldo van de prijs in dat de geleverde installatie niet conform is en/of verborgen gebreken vertoont. Wegens de schade die zij daardoor geleden heeft, stelde zij voor het eerst in hoger beroep een tegenvordering in voor de schade die zij daardoor verklaart geleden te hebben. Het betreft dezelfde vordering die zij bij wijze van

hoofdvordering ingesteld heeft voor de rechtbank te Requena. In tegenstelling tot wat E. voorhoudt, heeft deze rechtbank de zaak niet verwezen naar dit hof. Zij heeft zich, op grond van artikel 27.2. van de Brussel-l Verordening zonder rechtsmacht verklaard. Deze bepaling luidde als volgt: *"Wanneer de bevoegdheid van het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat, verklaart het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zich onbevoegd".*

7. M. is van oordeel dat de door E. voor het eerst in hoger beroep ingestelde tegenvordering niet toelaatbaar is.

Overeenkomstig artikel 807 Ger.W. kan een vordering, die voor de rechter aanhangig is, uitgebreid of gewijzigd worden, indien de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies, berusten op een feit of een akte in de dagvaarding aangevoerd, zelfs indien hun juridische omschrijving verschillend is. Ingevolge artikel 1042 Ger.W. is deze bepaling ook van toepassing op de procedure in hoger beroep. Het autonome karakter van de tegenvordering heeft evenwel tot gevolg dat zij, om toelaatbaar te zijn, niet moet steunen op een feit of een akte in de inleidende dagvaarding. Alhoewel artikel 807 Ger.W. dus enkel geldt voor de oorspronkelijke eiser moet, inzonderheid omwille van de wapengelijkheid, het voorwerp van een voor het eerst in hoger beroep ingestelde tegenvordering minstens enig feitelijk verband vertonen met een bij de eerste rechter aanhangige vordering en derhalve met de oorzaak daarvan. Aan deze voorwaarde is in het voorliggend geval voldaan. E. roept de beweerde niet-conformiteit en/of gebreken aan de machines in als verweer tegen de vordering van M. tot betaling van de prijs en vordert vergoeding voor de schade die zij daardoor verklaart te lijden. Deze tegenvordering is dan ook toelaatbaar.

8. Het Weens Koopverdrag kent slechts één uniform conformiteitbegrip en maakt geen onderscheid tussen de vrijwaring voor verborgen gebreken en de leveringsplicht. De artikelen 1641 e.v. B.W. inzake verborgen gebreken, zijn niet toepasselijk.

De verkoper dient zaken af te leveren, waarvan de hoeveelheid, de kwaliteit en de omschrijving voldoen aan de in de overeenkomst gestelde eisen en die zijn verpakt op de in de overeenkomst vereiste wijze (artikel 35.1. Weens Koopverdrag). Bij gebrek aan overeenkomst dat de goederen moeten dienen voor een bijzonder doel, moeten zij geschikt zijn voor de doeleinden waarvoor zaken van dezelfde omschrijving gewoonlijk zouden worden gebruikt (artikel 35.2.a. Weens Koopverdrag).

De verkoper is aansprakelijk voor de zaken die niet aan de overeenkomst beantwoorden op het tijdstip waarop het risico op de koper overgaat, ook al blijkt dit eerst daarna (artikel 36.1 Weens Koopverdrag). Hij is ook aansprakelijk voor elk niet beantwoorden van de zaken aan de overeenkomst dat optreedt na dit tijdstip en te wijten is aan een tekortkoming in de nakoming van een van zijn verplichtingen, waaronder een garantie dat de zaken gedurende een bepaalde tijd geschikt zullen blijven voor het doel, waarvoor zij normaal bestemd zijn of voor enigerlei bijzonder doel, dan wel nader aangegeven hoedanigheden of kenmerken zullen behouden (artikel 36.2. Weens Koopverdrag).

Krachtens artikel 38.1) Weens Koopverdrag moet de koper de zaak binnen een, gelet op de omstandigheden, zo kort mogelijke termijn keuren of doen keuren. Artikel 38.2) voegt eraan toe dat, indien de overeenkomst tevens het vervoer van de zaken omvat, de keuring kan uitgesteld worden tot na de aankomst van de zaken op hun bestemming. Ten slotte bepaalt artikel 38.3) onder andere dat, indien de koper de zaken doorzendt zonder dat hij redelijkerwijze gelegenheid heeft deze te keuren en de verkoper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst de mogelijkheid van deze wijziging of doorzending kende of behoorde te kennen, de keuring kan worden uitgesteld tot het tijdstip waarop de zaken op de nieuwe bestemming zijn aangekomen. Krachtens artikel 39.1) verliest de koper het recht om zich erop te beroepen dat de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden, indien hij niet binnen een redelijke termijn nadat hij dit heeft ontdekt of had behoren te ontdekken, de verkoper hiervan in kennis stelt, onder opgave van de aard van de tekortkoming. In ieder geval verliest hij het

recht om zich erop te beroepen dat de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden, indien hij de verkoper niet binnen een termijn van twee jaar na de datum waarop de zaken feitelijk aan de koper werden afgegeven, hiervan in kennis heeft gesteld, tenzij deze termijn niet overeenstemt met een in de overeenkomst opgenomen garantietermijn (artikel 39.2) Weens Koopverdrag).

9. Uit de voorliggende stukken blijkt dat alle machines aan E. verzonden waren op 3 september 2008. Nadat zij geïnstalleerd en in bedrijf waren gesteld, werden zij voor de productie door E. gebruikt. M. stelde in de brief d.d. 31 oktober 2009 van haar raadsman dat dit het geval was vanaf midden december 2008. E. heeft dit niet tegengesproken.

Pas voor het eerst in mei 2009 wierp E., na in gebreke gesteld te zijn om het saldo van de prijs te betalen, op dat de borstelmachine niet behoorlijk werkte en meer bepaald dat niet alle etiketten en lijm verwijderd werden. Indien dit een tekortkoming was aan deze machine, dan was dit iets wat onmiddellijk bij het gebruik vast te stellen was en komt een klacht, geformuleerd vijf maanden na de ingebruikname, laattijdig voor. De *"redelijke termijn"* waarvan sprake in artikel 39.1. van het Weens Koopverdrag is immers een *"vrij korte"* termijn (vgl. B. Tilleman, "Koop - Overzicht rechtspraak 2014-2017", in: B. Tilleman en A.L. Verbeke, *Themis 102, Bijzondere Overeenkomsten*, 2017, p. 63, nr. 114).

10. E. houdt evenwel voor dat zij reeds veel eerder klachten geformuleerd heeft. Zij beroept zich ter zake op e-mailberichten, die dateren van oktober, november en december 2008 en van februari 2009 en die zij voor het eerst heeft voorgelegd met haar conclusie, neergelegd op 18 mei 2017. Het betreft zeven e-mailberichten, uitgaande van P. van E., waarvan er zes gericht zijn aan Y., een medewerker van M., die blijkbaar belast was met de installatie en/of inbedrijfstelling van de machines, en één aan V. De inhoud van deze berichten kan als volgt samengevat worden:

- in een bericht van 2 oktober 2008 stelt E. voor om de verfspuiten dicht bij de uitgang van de cabine te plaatsen, wordt meegedeeld dat er geen probleem is met de rubberen afdichtingen en wordt verklaard dat E. zich bewust is van het punt met de lucht, waarbij het haar leek dat er maar één ingang was en zij verklaarde dat zij de andere zou zoeken;
- met een bericht d.d. 15 oktober 2008 aan V. maakte E. een bewijs van betaling over en gaat het verder over een telefonische afspraak; er wordt gesteld dat zij het geval met de apparatuur op een persoonlijke manier wil afhandelen;
- in een bericht van 6 november 2008 had E. het over het probleem met de etiketten. Blijkbaar was een detector defect geraakt; zij vroeg Y. om haar er een te bezorgen; bovendien had zij vastgesteld dat de etikettenmachine niet zoog omdat de draairichting van de turbine omgekeerd was;
- in een bericht van 11 november 2008 stelde E. dan dat de etiketten van de open vaten ook door de machine moesten verwijderd worden; verder verklaarde zij, wat de draairichting van de verfcabine betrof, dat zij daaraan dacht toen zij de fout ontdekte bij de etiketten;
- in een tweede bericht van 11 november 2008 vroeg E. wanneer er een oplossing kwam voor de kwestie met de etiketten;
- het bericht van 4 december 2008 is een reactie op een antwoord van Y. in verband met eerder door E. geformuleerde opmerkingen (*"wij hebben enkele opmerkingen over de machine"*); het gaat vooreerst over te nemen maatregelen om te vermijden dat de gewassen vaten vochtig blijven aan de binnenkant; vervolgens vroeg E. of het PLC-programma kon geïnstalleerd worden door Y., indien E. er iets aan veranderde; vervolgens formuleerde E. een suggestie in verband met de installatie van de afzuiging van de verfcabine; in verband met de borstelmachine werden problemen aangekaart in verband met de groeven in de bodem van de vaten, de grootte van het schuuroppervlak en de hardheid van de borstelschijf;
- in een bericht van 23 februari 2009 liet E. weten dat zij de blazer van de droogmachine vervangen had en dat zij Y. op de hoogte zou houden van de resultaten; in verband met de etikettenmachine verklaarde E. dat het geen oplossing was om de borstels dikker te maken; zij

stelde dat zij de etiketten nog steeds met de hand verwijderde, wat een hoge kost en een lagere productiviteit mee bracht; met betrekking tot de zeefdrukmachine vroeg E. de tekeningen te bezorgen met de maten van de frames waarin het doek komt, zodat zij er kon bijmaken; zij verzocht Y. een offerte te sturen voor het maken van deze frames en om aan te geven wat de leverdatum was; zij eindigde dit bericht met de hoop uit te drukken dat Y. de volgende week naar Valencia zou komen, waar een groot en kleurrijk feest zou gehouden worden. P. besloot het bericht met: *"un fuerte abrazo"*, vertaald *"een stevige omhelzing"*.

11. Het getuigt niet van een loyale procesvoering door E. om stukken ter staving van een verweer of een vordering pas meer dan acht jaar na de feiten en zeven jaar na de aanvang van de procedure in het debat te brengen. Dit ontneemt, of vermindert minstens ernstig de mogelijkheid aan M. om de gebeurlijke antwoorden, die haar medewerker Y. formuleerde op de betreffende berichten, voor te leggen.

Doch wat er ook van zij, geen enkele van deze berichten kan als een klacht in de zin van artikel 39 van het Weens Koopverdrag worden beschouwd. Deze bepaling vermeldt weliswaar geen vormvoorwaarden, waaraan de klacht moet voldoen, maar dit belet niet dat de koper duidelijk te kennen dient te geven dat de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden *"onder opgave van de aard van de tekortkoming"*.

Dit is in het voorliggende geval niet zo. Het betreft briefwisseling die gevoerd werd tijdens en korte tijd na de installatie van de machines tussen de personen die namens de verkoper en de koper daarvoor instonden en die betrekking heeft op technische problemen die moesten opgelost worden naar aanleiding van de installatie van de productielijn of kinderziekten die zich bij het gebruik ervan manifesteerden. Op geen enkel ogenblik heeft E. daarin te kennen gegeven dat de installatie of een onderdeel daarvan niet beantwoordde aan hetgeen was overeengekomen. De toon van de correspondentie en de inhoud ervan, waarbij E. een offerte vraagt met het oog op eventuele bijkomende aankoop en waarbij P. uiteindelijk – op een ogenblik dat de installatie reeds twee maanden in gebruik was – de medewerker van M. vriendelijk uitnodigde om feest te komen vieren in Valencia, staan haaks op de houding van een koper ten aanzien van een verkoper die een dure niet-conforme installatie heeft geleverd. Redelijkerwijze mocht overigens verwacht worden dat E., wanneer zij van oordeel was dat de machines niet conform of gebrekkig waren, daaromtrent geen medewerker zou aangeschreven hebben per e-mail, maar een – al dan niet aangetekende – brief zou gericht hebben aan het bestuur van M. of minstens aan een persoon die haar kon verbinden en dat dit zou gebeuren in de contracttaal, die het Engels was, en niet in het Spaans. Dat dit het geval is, wordt trouwens geïllustreerd dat zij dit wel gedaan heeft om een vertaling van de instructiehandeling te bekomen.

De voorgelegde e-mailberichten gelden derhalve niet als klachten in de zin van artikel 39.1. van het Weens Koopverdrag.

12. E. kan niet bijgetreden worden, waar zij stelt dat de termijn van artikel 39.1 van het Weens Koopverdrag geen aanvang zou genomen hebben omdat de pre-acceptatietests niet werden uitgevoerd.

Er liggen geen stukken voor in verband met deze testen. Feit is dat zij dienden verricht te worden vooraleer de goederen verscheept werden naar Spanje. De vervoerdocumenten daaromtrent liggen voor. Het blijkt niet dat E. ook maar één van deze zendingen geweigerd of onder voorbehoud aanvaard heeft. Zij heeft bovendien – eveneens zonder enig voorbehoud – betalingen verricht die pas verschuldigd waren na de uitvoering van de pre-acceptatietesten.

Uit de e-mailberichten, waarvan sprake onder II.10, blijkt dat E., nadat de machines geleverd waren, haar medewerking verleend heeft aan de installatie en de inbedrijfstelling ervan. Zij heeft ze bovendien gebruikt voor haar productie. Uiterlijk op dat ogenblik is de termijn van artikel 39.1. beginnen lopen.

De klacht, die E. pas voor het eerst in mei 2009 formuleerde ligt niet voor. Dit is wel het geval voor het antwoord daarop van M. met de brief d.d. 14 mei 2009 van de raadsman van M., waarin op die klacht gereageerd werd (zie hoger onder II.1.14). Deze klacht was, zoals hoger (onder II.9) werd gesteld, laattijdig.

13. Deze laattijdige klacht had klaarblijkelijk – enkel – betrekking op de borstelmachine en op het feit dat zij niet alle etiketten en lijm verwijderde, die op de vaten waren aangebracht. Onverminderd de vaststelling dat de klacht daaromtrent laattijdig was, kon deze vaststelling niet als een niet-conformiteit of een gebrek van deze machine beschouwd worden. Zij wordt in de overeenkomst van 28 juni 2007 onder §2 omschreven onder als *"Brushing machine to remove labels from tight head steal drums"* of vertaald: *"borstelmachine om etiketten te verwijderen van gesloten stalen vaten"*. Er wordt vermeld dat zij ontworpen is om etiketten te verwijderen in plastic en papier, die op de vaten werden gelijmd op de middelste en bovenste band, niet op de onderste band (*"the lower band of the drum is not foreseen"*). Verder werd daaraan toegevoegd: *"It is not possible to guarantee the removal of all the labels and of all the glue left on the drums but this unit can help to reduce the manpower necessary to remove labels"*, vertaald: *"Het is niet mogelijk om te garanderen dat alle etiketten en alle overblijvende lijm van de vaten verwijderd zijn, maar deze machine kan helpen om de mankracht te verminderen die nodig is om etiketten te verwijderen"*.

E. heeft aldus met kennis van zaken gekozen voor een borstelmachine, die niet dienstig was om etiketten en lijm te verwijderen op de volledige oppervlakte van de vaten en die evenmin kon instaan voor de volledige verwijdering. Het was bijgevolg slechts een hulpmiddel, waardoor minder mankracht nodig was dan bij manuele verwijdering, zonder deze evenwel uit te sluiten.

De geformuleerde klacht was aldus niet enkel laattijdig, maar bovendien ongegrond. Het hof stelt overigens vast dat E. niet gereageerd heeft op de inhoud van het schrijven d.d. 14 mei 2009 van de raadsman van M.

14. Evenmin blijkt dat E. in de daaropvolgende maanden klachten formuleerde over gebeurlijke andere tekortkomingen. In de brief d.d. 31 oktober 2009 van haar raadsman, verwees M. naar een aangetekende brief d.d. 5 oktober 2009 van de Spaanse raadsman van E., die M. ontvangen had op 19 oktober 2009, doch die volgens haar vaag was en die zij protesteerde. Deze brief ligt niet voor.

M. liet op 16 december 2009 de dagvaarding voor de eerste rechter betekenen. Tijdens de gehele procedure in eerste aanleg beperkte E. zich ertoe te verklaren dat zij de vordering ten gronde betwistte, zonder eventueel concrete verweermiddelen aan te halen.

15. Pas met haar dagvaarding van maart 2014 voor de Spaanse rechtbank formuleerde E. verdere concrete klachten en formuleerde zij een vordering in schadevergoeding ten aanzien van M. Zij steunde daarvoor op een eenzijdig verslag dat zij in januari 2014 had laten opstellen. Bovendien beriep zij zich op het verslag van Q., dat weliswaar dateerde van augustus 2009, doch dat eveneens eenzijdig was en waarvan niet blijkt dat zij het aan M. had overgemaakt.

Met haar tegeneis vordert E. dezelfde bedragen zoals aanvankelijk voor de rechtbank te Requena.

Zij brengt 121.657,00 EUR in rekening voor een investering in de module voor het verwijderen van etiketten. Om de redenen die hoger (onder II.13) werden uiteengezet, is dit onderdeel van haar vordering van meet af aan ongegrond.

Vervolgens maakt E. aanspraak op 31.669,00 EUR voor investeringen in een module voor het uitdruipen en drogen van vaten. Dit onderdeel van de vordering dient vooreerst afgewezen te worden omdat de klacht daaromtrent manifest laattijdig werd geformuleerd en meer bepaald niet binnen de redelijke termijn van artikel 39.1 van het Weens Koopverdrag en zelfs niet binnen de termijn van twee jaar, waarvan sprake in artikel 39.2. Bovendien kan M. niet aansprakelijk zijn voor problemen die E. zou gehad hebben met de droogmodule van haar productielijn, aangezien ze niet het voorwerp uitmaakte van de overeenkomst en door M. niet geleverd werd. Ten slotte is op geen enkel nuttig ogenblik een tegensprekelijke vaststelling gebeurd van deze beweerde mankementen, terwijl een gerechtsdeskundige thans geen nuttige vaststellingen meer kan doen, waaruit een bewijs zou kunnen afgeleid worden van de verantwoordelijkheid van M. voor problemen die E. met deze droogmodule zou hebben ondervonden.

Waar E. respectievelijk 36.500,00 EUR en 6.700,00 EUR vordert wegens tekortkomingen in de veiligheid van de machines en structurele tekorten, zijn ook deze aanspraken manifest laattijdig en ontbreekt opnieuw elk tegensprekelijk bewijs van de beweerde tekortkomingen, terwijl een deskundigenonderzoek op dat vlak thans geen duidelijkheid meer kan brengen.

Ten slotte maakt E. aanspraak op 119.957,00 EUR bijkomende personeelskosten over de periode van januari 2009 tot december 2013. Dit heeft volgens haar te maken met het personeel dat zij moest aanwerven voor het handmatig verwijderen van de etiketten en voor de bevoorrading van een afzonderlijke module voor het verwijderen van de etiketten. Zij steunt daarvoor op de cijfers/vermeld in het eenzijdig verslag van 28 januari 2014 van een door haar aangestelde deskundige. Opnieuw verwijst het hof naar hetgeen hoger (onder II.13) werd uiteengezet. Uit geen enkel bewijskrachtig stuk blijkt dat de borstelmachine niet conform de overeenkomst en de daarin gegeven beschrijving was.

16. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat de tegeneis van E., in zover hij strekt tot schadevergoeding wegens niet-conformiteit of verborgen gebreken van de door M. geleverde machines en tot het bevelen van een deskundigenonderzoek daaromtrent ongegrond is.

Waar E. stelt dat haar productielijn geen output behaalt van 100 vaten per uur, zoals vermeld in de overeenkomst van 28 juni 2007, ontbreekt ook hieromtrent elk bewijskrachtig stuk, terwijl de vaststellingen die een deskundige zou doen meer dan 9 jaar na de inbedrijfstelling van de door haar geleverde machine geen nuttig bewijsmateriaal meer zou kunnen geput worden.

17. E. vordert de veroordeling van M. tot betaling van een boete van 43.595,00 EUR uit hoofde van de contractuele vertragingsvergoeding, bedongen in de bijlage bij de overeenkomst. Volgens deze bepaling was een boete van 0,5% van de contractprijs verschuldigd voor elke week vertraging in de afsluiting van de pre-acceptatie bij M., die voorzien was op 15 april 2008. Deze vertragingsboete mocht maximaal 5% bedragen van de totale contractprijs. De deadline voor de pre-acceptatie mocht enkel wegens technische redenen uitgesteld worden en enkel wanneer dit strikt noodzakelijk was voor de werking van de machine en haar productiviteit en mocht niet meer dan twee weken bedragen. E. mocht de som van alle boetes in mindering brengen van de laatste betaling aan M.

Het staat vast dat de pre-acceptatie van alle geleverde goederen niet plaats gevonden heeft tegen uiterlijk 15 april 2008. Voorafgaand aan deze datum is de overeenkomst van 8 april 2008 gesloten, waarin nieuwe termijnen werden afgesproken voor de pre-acceptatie, de levering, de installatie en de inbedrijfstelling. In deze overeenkomst heeft E. niet uitdrukkelijk afstand gedaan van de initieel bedongen vertragingsboete. Zij heeft dit evenmin gedaan op enig ander tijdstip.

Stilzwijgende afstand wordt niet vermoed. Hij kan slechts afgeleid worden uit feiten en omstandigheden die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn. In het voorliggende geval besluit het hof tot het bestaan van een stilzwijgende afstand van de vertragingsboete uit de inhoud van de

overeenkomst van 8 april 2008 tussen partijen en de vaststelling dat E. gedurende zes jaar op consequente wijze geen beroep gedaan heeft op of melding gemaakt van deze vertragingsboete bij gelegenheden waarop redelijkerwijze kon verwacht worden dat zij het verschuldigd zijn ervan kon inroepen.

In de overeenkomst van 8 april 2008 zijn de gevolgen opgelijst van de vertraging in de uitvoering van de overeenkomst. Alhoewel op dat ogenblik vaststaat dat de pre-acceptatie onmogelijk kon plaatsvinden binnen de termijnen die in de overeenkomst van 28 juni 2007 waren bedongen en het aldus vaststond dat M. op grond van de bijlage bij deze overeenkomst vertragingsboete verschuldigd was, maakten de partijen daarvan geen melding. Bovendien stipuleerden zij uitdrukkelijk in de overeenkomst van 8 april 2008 dat het betalingsschema én de betalingen zouden geschieden, rekening gehouden met de nieuwe – latere – data die in deze overeenkomst waren bedongen. Zij specificeerden daarbij hoeveel nog verschuldigd was, namelijk 25% bij de laatste pre-acceptatie test, 25% bij de aankomst van de laatste machine in Utiel en "*the rest of the total amount after commissioning*" of, vertaald *"de rest van het totale bedrag na de inbedrijfstelling"*. Zij bevestigden m.a.w. dat M. nog steeds recht had op de volledige contractprijs. Dit impliceert noodzakelijk dat E. afstand deed van haar recht om van de laatste schijf van de prijs de vertragingsboete in mindering te brengen.

Deze stilzwijgende afstand wordt bevestigd door de verdere briefwisseling.

Wanneer E. in een brief van 30 april 2008, die door een notaris was verzonden, wees op de schade die zij opliep wegens de vertraging in de levering door M., dan had zij het over een toename van haar kosten, over het risico dat zij een subsidie niet zou toegekend krijgen en over schade die verband hield met haar productie, met administratieve vergunningen, met boetes bij haar leveranciers, de niet-uitvoering van marketingplannen en de verhuizing van het bedrijf en de installatie. Zij repte met geen woord over de ten aanzien van M. bedongen vertragingsboete.

In haar antwoord van 15 mei 2008 benadrukte M. uitdrukkelijk dat, volgens haar algemene voorwaarden, de leveringstermijnen slechts een inschatting betroffen. Daarmee gaf zij te kennen dat deze algemene voorwaarden van toepassing waren met betrekking tot de leveringstermijnen en niet langer de daarvan afwijkende bijzondere voorwaarden. E. sprak dit niet tegen.

Wanneer M. ook de nieuwe deadline niet haalde, drong E. er in haar brief van 1 augustus 2008 bij M. op aan dat zij spoedig het nodige deed, zodat de productie van de lijn zo snel mogelijk kon opstarten. Opnieuw vermeldde zij niets over, noch dreigde zij met een vertragingsboete.

Zoals hoger (onder II.12) reeds werd uiteengezet, liggen geen bewijzen van een formele pre-acceptatie voor, doch heeft dit E. niet verhinderd de goederen in ontvangst te nemen en verder betalingen uit te voeren. Deze houding valt niet te rijmen met het verschuldigd zijn van een vertragingsboete, die diende berekend te worden vanaf de datum van de laatste pre-acceptatie.

Wanneer M. haar in gebreke stelde om het saldo van de contractprijs te betalen, heeft E. ter verantwoording daarvan niet ingeroepen dat dit saldo in ieder geval diende verminderd te worden met het bedrag van de vertragingsboete.

Ten slotte maakt geen van beide eenzijdige deskundigenverslagen die op verzoek van E. werden opgesteld, melding van de vertragingsboete.

Het hof besluit aldus dat E. geen aanspraak kan maken op de door haar gevorderde vertragingsboete.

18. Uit de voorgaande overwegingen volgt dat de tegenvordering van E. ongegrond is. Zij is betaling verschuldigd aan M. van het saldo van de contractprijs ten bedrage van 174.380,00 EUR en de door haar gevorderde compensatie heeft geen voorwerp.

M. vordert moratoire intresten vanaf de vervaldag der facturen. De laatste 20% van de contractprijs was evenwel pas opeisbaar na de inbedrijfstelling en uiterlijk 3 maanden na de levering. De laatste machine werd voor levering verzonden in Merelbeke op 3 september 2008. Uit de voorliggende stukken kan niet met zekerheid bepaald worden wanneer ze in het bedrijf van E. is toegekomen. Redelijkerwijze mag aangenomen worden dat dit niet later was dan op 10 december 2008.

OP DEZE GRONDEN

HET HOF

Rechtdoende op tegenspraak;

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken;

Verklaart de vordering van nv M. ontvankelijk en in de volgende mate gegrond;

Veroordeelt de vennootschap naar Spaans recht E. tot betaling aan nv M. van de som van honderdvierenzeventigduizend driehonderdtachtig euro (174.380,00 EUR), vermeerderd met de moratoire intresten - als gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding - aan de rentevoet bepaald op grond van artikel 5 van de wet van 2 augustus 2002 tot bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties van 11 december 2008 tot en met 14 december 2010 en van 15 december 2014 tot de datum der betaling;

Veroordeelt de vennootschap naar Spaans recht E. tot de kosten van het geding in beide aanleggen, aan haar zijde niet te begroten, aangezien zij te haren laste zijn en aan de zijde van nv M. begroot op 497,16 EUR kosten van dagvaarding, 5.000,00 EUR rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg, 210,00 EUR rolrecht hoger beroep, 2.190,52 EUR vertalingskosten beroepsakte, 195,75 EUR vertalingskosten tussenarrest en 6.000,00 EUR rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep;
Onverminderd de toepassing van artikel 1024 Ger.W.

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het hof van beroep te Gent, twaalfde bis kamer, rechtdoende in burgerlijke zaken, op woensdag 29 november 2017.

Aanwezig:

Eric Dursin, raadsheer – alleenrechtsprekend
Kurt Goossens, griffier

Cour du travail Liège, arrêt du 8 mai 2018

Reconnaissance – Divorce – Répudiation – Talak – Polygamie – Pension de survie – Convention générale sur la sécurité sociale entre la Belgique et le Maroc – Article 57, § 2, 3° CODIP – Article 570 (ancienne version) C. Jud. – Respect des droits de la défence – Ordre public

Erkenning – Echtscheiding – Verstoting – Talak – Polygamie – Overlevingspensioen – Belgisch-Marokkaans Algemeen Verdrag betreffende de sociale zekerheid – Artikel 57, § 2, 3° WIPR – Oud artikel 570 Ger.W. – Respect voor de rechten van verdediging – Openbare orde

En cause

Le Service Fédéral des Pensions (S.F.P.), dont le siège social est établi à 1060 Bruxelles, Tour du Midi,

partie appelante,

comparaissant par Maître Sophie Thiry, substituant Maître André Lamalle, avocat à 4000 Liege, rue Paul Devaux, 2,

contre

L, domiciliée à […] Liege, […],

partie intimée, ci-après dénommée Madame L.,

comparaissant par Maître Alice Leboutte, substituant Maître Hervé Deckers, avocat, à 4460 Grace-Hollogne, Liège Airport, rue Saint-Exupéry, 17/11.

Indications de procedure

Vu les pièces du dossier de la procédure à la clôture des débats le 13 février 2018, et notamment:

- le jugement du 15 novembre 2016 du tribunal du travail de Liège, division Liège, 4ème chambre […] ;
- la requête d'appel reçue au greffe de la Cour le 12 décembre 2016,
- le dossier administratif du SFP déposé le 12 décembre 2016,
- l'ordonnance du 23 janvier 2017 fixant l'affaire à l'audience du 12 septembre 2017,
- les conclusions de Mme L. reçues au greffe le 9 février 2017 et celles du SFP reçues les 13 et 14 avril 2017,
- la pièce complémentaire déposée par le SFP à l'audience du 12 septembre 2017, et le dossier de pièces déposé pour Mme K. à cette même audience.

Les parties ont comparu à l'audience publique du 12 septembre 2017 à laquelle la Cour a remis la cause en débats continués à l'audience du 13 février 2018 afin que le SFP dépose l'historique des adresses de l'époux décédé et de sa première épouse.

La Cour a ensuite reçu:

- un dossier de pièces du SFP le 3 janvier 2018 ainsi qu'un dossier complémentaire déposé à l'audience du 13 février 2018,
- une note d'audience déposée pour Mme L. le 5 février 2018.

Les parties ont été à nouveau entendues à l'audience publique du 13 février 2018.

Madame G. Ligot, Substitut général, a déposé un avis le 12 mars 2018, notifié aux parties le 13 mars 2018.

I. Antecedents

Les principaux faits de la cause, tels qu'ils ressortent des conclusions et des dossiers des parties, peuvent être résumés comme suit.

1. Madame L., demanderesse originaire et actuelle partie intimée, est originaire du Maroc. Le 1er novembre 1977, elle s'était mariée au Maroc avec Monsieur R. Les époux avaient tous deux la nationalité marocaine (Madame L. a acquis la nationalité belge en 1992).

2. Monsieur R. s'était auparavant marié au Maroc en 1967 avec Madame B., elle aussi de nationalité marocaine. La dissolution de ce premier mariage fut homologuée par le tribunal de Berkane le 28 juin 1977. Madame B. est alors retournée vivre au Maroc où elle s'est remariée en 1982. Il ressort des pièces du SFP que Madame B. était domiciliée en Belgique avec Monsieur R. depuis le 14 juillet 1975. Elle fut radiée d'office le 23 août 1977.

3. Monsieur R. exerçait depuis 1973 une activité salariée en Belgique, pays où il a poursuivi sa carrière de façon ininterrompue; il était domicilié en Belgique depuis le 7 décembre 1973.

Monsieur R. et Madame L. ont vécu en Belgique jusqu'au décès de Monsieur R. le 3 juin 2014.

4. Suite à ce décès, le SFP a procédé à l'examen d'office des droits à la pension de survie de Madame L.

Le 24 juin 2014, le SFP lui alloue à titre provisoire, à partir de juillet 2014, une pension mensuelle brute de 521,93 € (pension de survie de 427,36 € et bonus de 94,57 €).

Le 9 juillet 2014, le SFP a pris la décision suivante:

« A partir de juillet 2014, vous avez droit à un montant mensuel brut de 854,72 € (*) (...) ».

Une mention manuscrite[1] apposée sur la décision ajoute toutefois:

« Vous ne percevrez que 50 % de ce montant vu l'existence d'une première veuve (d'après nos renseignements, il y a eu répudiation et non divorce) ».

5. Le 23 janvier 2015, Madame L. a sollicité la révision de son dossier, en vue de pouvoir bénéficier de la totalité de la pension de survie.

[1] Le SFP explique le caractère manuscrit de cette mention par le fait que « le programme de notification de l'Office ne comporte pas de possibilité pour ce type de situation » […].

Le 4 février 2015, le SFP a refusé de faire droit à cette demande en révision, estimant que Madame L. n'avait pas fourni de nouvelles preuves.

Par courrier du 27 février 2015, par l'intermédiaire de ses conseils, Madame L. a contesté cette décision. Elle a fait valoir:

- que Madame B., la première épouse de Monsieur R., était décédée le 22 décembre 2014,
- que Monsieur R. et Madame B. avaient divorcé en 1977, soit avant son mariage avec Monsieur R.,
- que Madame B. s'était remariée au Maroc en 1982 avec un sieur M. et avait eu un enfant de cette union.

Madame L. a produit:

- la traduction d'un acte de divorce dressé le 28 juin 1977 et homologué par le tribunal du Notariat de Berkane; il ressort de ce document que lors de sa comparution, Monsieur R. a déclaré qu'il divorce d'avec Madame B., en présence de celle-ci « qui a entendu le divorce »,
- la traduction de l'acte de mariage de Madame B. avec Monsieur M. le 24 septembre 1982, homologué par le tribunal de Berkane.

6. Le 16 mars 2015, le SFP a maintenu sa position initiale:

« La Convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc sur la sécurité sociale (loi du 20 juillet 1970, Moniteur belge du 25 juin 1971) précise que si, conformément à son statut civil, l'assuré avait plusieurs épouses les avantages sont répartis définitivement entre les veuves de l'intéressé. La répartition est faite au prorata du nombre de veuves connues au moment de la décision.
Afin de déterminer le nombre de veuves laissées par l'intéressé, l'ONP s'en tient au statut civil de celui-ci:
- mariage le 25/04/67 avec Mme B. R.
- répudiation le 28/05/77
- mariage le 01/11/77 avec L. K.

Monsieur R. est donc considéré comme ayant deux épouses et la décision d'octroyer la moitié de la pension de survie à chacune est donc correcte ».

7. Madame L. a alors saisi le tribunal du travail par une requête introduite le 21 avril 2015.

II. <u>Le jugement du tribunal du travail</u>

8. Madame L. a demandé au tribunal de mettre à néant la décision de l'ONP notifiée le 4 février 2015 et de lui allouer la totalité de sa pension de survie.

9. Par le jugement entrepris prononcé le 15 novembre 2016, le Tribunal a considéré:

« Que concernant l'acceptation de l'épouse, l'acte déposé fait simplement part de sa présence, et non de son accord, ou même de sa participation à la procédure.

Que toutefois, il s'agit bien d'apprécier la situation in concreto, comme l'y invite la Cour de Cassation (Cass.29.04.2002, Larcier Cass.,2002, p.206), commenté dans le R.G.D.C de 2005, page n°447).

Qu'in casu, si la lecture de l'acte de répudiation n'apporte pas de réponse claire sur l'accord de la dame B., force est de constater que celle-ci se prévaut de ce divorce lorsqu'elle se marie avec le sieur M. en date du 21.09.1982 (voir la pièce n°7 du dossier de la partie demanderesse).

Que le Tribunal en conclut qu'en ce cas, Madame B. a marqué son accord avec la dissolution du lien matrimonial, puisqu'elle se prévaut de cette dissolution pour fonder une nouvelle famille quelques années plus tard (mariage et naissance d'un enfant dans le cadre de la seconde union).

Qu'au vu de cette analyse, l'on ne voit pas quelle condition prévue à l'article 25 du code de D.I.P. empêcherait la reconnaissance du divorce de feu Mr. R. et de feue Madame B. en 1977.

Que l'étude des conditions portées par l'article 57 du code de D.I.P. coïncide avec les conditions précédemment prévues par l'ancien article 570 du code judiciaire.

Que l'on soulignera également le haut degré de rattachement de la répudiation de Mr. R. et de Mme B. avec le Maroc: les deux avaient la nationalité marocaine, ont toujours vécu au Maroc durant le lien matrimonial et ont divorcé au Maroc.

Attendu que dans ce contexte, le sieur R. et la dame B. ont bien divorcé en date du 27.06.1977, de sorte que le défunt n'a jamais eu deux épouses, la demanderesse s'étant mariée avec lui le 01.11.1977.

Que c'est donc sans fondement que le Service Fédéral des Pensions applique la division de la pension de survie, en référence de l'article 24§2 de la convention belgo-marocaine repris ci-dessus.

Que la demande est donc fondée, la demanderesse ayant droit à la perception entière et exclusive de la pension de survie, suite au décès de son mari, à partir de juillet 2014. »

Le tribunal a par conséquent:

- dit la demande recevable et fondée,
- annulé la décision contestée et condamné le SFP au paiement de 100% de la pension de survie au bénéfice de la demanderesse (et non pas à 50%), depuis le mois de juillet 2014, à majorer des intérêts au taux légal, à chaque échéance de paiement, jusqu'au paiement effectif total.

Il a condamné le SFP aux frais et dépens de la procédure, liquidés à 262,37 € à titre d'indemnité de procédure.

III. <u>L'appel</u>

10. Le SFP demande à la Cour:

- de dire l'appel recevable et fondé,
- de confirmer la décision administrative du 4 février 2015,
- de statuer ce que de droit quant aux dépens.

11. Madame L. demande la confirmation du jugement et la condamnation du SFP aux dépens, liquidés comme suit:

- indemnité de procédure (instance): 262,37 €
- indemnité de procédure (appel): 349,80 €

IV. Discussion

a. Recevabilité

12. L'appel a été introduit dans le délai légal et satisfait aux conditions de validité énoncées par l'article 1057 du Code judiciaire. Il est recevable.

b. Position des parties

Position du Service fédéral des pensions - partie appelante

13. Le SFP estime que la répudiation de la première épouse de Monsieur R. ne peut être reconnue et validée en Belgique dans le respect de l'application de l'article 570 du Code judicaire, et ce en raison de la violation de l'ordre public international, dans la mesure où à l'époque du divorce (1977) cette procédure de répudiation ne garantissait aucunement le respect des droits de la défense de l'épouse répudiée.

Il fait valoir:

- que la répudiation intervenue est une « répudiation-talaq » qui ne laisse aucune place à une quelconque contestation dans le chef de l'épouse et donc a aucun débat et aucun respect des droits de la défense; cette procédure est en outre exclusivement réservée et introduite par les hommes,
- que le remariage ultérieur de la première épouse ne permet pas de couvrir un non-respect des droits de la défense lors de la procédure de répudiation (Cass. 29 septembre 2003).

Le SFP considère que la répudiation ne peut pas non plus être validée en application de l'article 57 du Code de droit international privé (CODIP) étant donné que, lors de l'homologation, Monsieur R. et Madame B. avaient leur résidence habituelle en Belgique (art. 57, § 2, 3°).

Le SFP se réfère à un arrêt de la Cour de Cassation du 18 mars 2013 qui confirme la conformité à l'ordre public du partage de la pension de survie entre les veuves d'un travailleur marocain en application de l'article 24 de la convention de sécurité sociale entre la Belgique et le Maroc.

Il se réfère également à un arrêt de la Cour du travail de Mons du 22 décembre 2015 qui confirme son analyse.

Position de Madame L. - partie intimée

14. Madame L. estime que les conditions de l'article 57 du Code de droit international privé sont remplies.

Elle fait valoir que ni Monsieur R. ni Madame B. n'avaient leur résidence habituelle en Belgique au moment de la répudiation, et que la circonstance qu'ils auraient été domiciliés en Belgique au moment de la répudiation « est sans influence dès lors que l'article 57, § 2, 3° du code de droit international privé vise la résidence habituelle des époux et non leur domicile ».

Subsidiairement, elle considère que les conditions de l'article 570 du Code judiciaire sont remplies.

En ce qui concerne le respect des droits de la défense, elle expose: « ... il ressort de l'acte de répudiation que les droits de défense de Madame (B.) ont été respectés puisqu'elle a été convoquée

et entendue par le Tribunal qui a prononcé la répudiation dont la décision mentionne que la répudiation a été prononcée en présence de Madame (B.). »

Elle souligne qu' « à l'époque, Madame (B.) avait encore sa résidence en Belgique ce qui signifie qu'elle a effectué un voyage de plusieurs milliers de kilomètres afin d'accompagner son époux devant la juridiction marocaine qui a prononcé la dissolution de leur mariage. Ceci est de nature à démontrer que la dissolution du mariage a été réalisée conformément aux droits de la défense de Madame (B.) et en conformité avec ses propres volontés, à tout le moins sans que celle-ci ne s'y oppose. »

Elle considère que la non-reconnaissance de la répudiation aurait l'effet paradoxal de générer une situation de bigamie totalement fictive dans le chef de Monsieur R., situation qui serait également contraire à l'ordre public belge. Il convient selon elle de privilégier la situation qui ne heurte pas l'ordre public belge ou qui le heurte dans une moindre mesure. « En l'espèce, il ne fait aucun doute (...) que heurte de manière bien plus grave l'ordre public belge une situation de bigamie fictive non conforme au droit belge et au droit marocain, non conforme à la volonté manifeste des parties et qui créerait une situation particulièrement injuste dans le chef de la concluante qui se voit privée de la moitié de la pension de survie à laquelle elle peut prétendre et ce, alors qu'il est acquis que l'Etat belge n'aura jamais à verser le moindre centime à Madame (B.). »

Dans sa note d'audience, elle fait valoir qu'aucun examen d'office de la pension de survie de Madame B. ne semble avoir été fait, et qu'il n'est dès lors pas permis de considérer qu'il y aurait eu une répartition définitive entre les bénéficiaires. Elle demande à la Cour de constater « que Madame B. n'a jamais eu la qualité de bénéficiaire de la pension de survie dès lors qu'aucune décision d'octroi n'est jamais intervenue en sa faveur et que, en toute hypothèse, la jouissance du droit à la pension de survie était suspendue en vertu de l'article 19 de l'arrêté royal n° 50 du 24 octobre 1967 dès lors que Madame B. était mariée jusqu'à son décès intervenu le 22 décembre 2014 ».

c. Le cadre juridique

15. La répudiation unilatérale (talak) se définit comme le privilège reconnu au mari de mettre fin au mariage d'une manière discrétionnaire, sans devoir motiver sa décision. Contrairement à d'autres formes de dissolution, elle ne fait pas l'objet d'une réelle procédure judiciaire mais doit être reçue par deux adouls (témoins officiels ou notaires) qui en dressent acte, lequel tient seulement lieu de preuve et n'est pas constitutif de droit; l'homologation ultérieure par le juge notaire (cadi), qui n'est pas obligatoire, ne fait que constater la répudiation (voir J.-Y. Carlier, « La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié? », *J.T.*, 1985, p. 102).

Un acte de dissolution de mariage antérieur à la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé (ci-après CODIP), entrée en vigueur le 1er octobre 2004, peut être reconnu en Belgique, non seulement sur base de l'article 570, alinéa 2, du Code Judiciaire, tel qu'il était en vigueur avant le 1er octobre 2004, mais aussi sur base de l'article 57 du CODIP (article 126, § 2, alinéa 2 du CODIP).

16. L'article 570 du Code judiciaire, en vigueur avant le 1er octobre 2004, dispose:

« Le tribunal de première instance statue, quelle que soit la valeur du litige, sur la demande d'exequatur des décisions rendues par les juges étrangers, en matière civile.
A moins qu'il n'y ait lieu à l'application d'un traité entre la Belgique et le pays où la décision a été rendue, le juge vérifie, outre le fond du litige:
1 ° si la décision ne contient rien de contraire aux principes d'ordre public, ni aux règles du droit public belge;
2° si les droits de la défense ont été respectés;

3° si le juge étranger n'est pas uniquement compétent à raison de la nationalité du demandeur;
4° si, d'après la loi du pays où la décision a été rendue, elle est passée en force de chose jugée;
5° si d'après la même loi, l'expédition qui en est produite réunit les conditions nécessaires à son authenticité. »

17. L'article 57 du CODIP dispose:

« § 1. Un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique.
§ 2. Toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulatives suivantes:
1° l'acte a été homologué par une juridiction de l'Etat où il a été établi;
2° lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
3° lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
4° la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage;
5° aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance. »

Cet article renvoie à l'article 25 du code, qui dispose notamment:

« *Une décision judiciaire étrangère n'est ni reconnue ni déclarée exécutoire si:*
1 ° l'effet de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire serait manifestement incompatible avec l'ordre public; cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet ainsi produit;
2° les droits de la défense ont été violés;
3°... »

18. La décision contestée du SFP se fonde sur l'article 24, § 2 de la Convention générale du 24 juin 1968 sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc, qui dispose:

« La pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré ».

d. Décision de la Cour

19. Suivant l'article 57, § 2, 3° du CODIP, un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique que si, lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage.

Il ressort du dossier qu'à l'époque de la répudiation, soit en 1977, Monsieur R. et Madame B. étaient depuis 1975 domiciliés ensemble en Belgique, pays où Monsieur R. travaillait depuis 1973. Même s'ils avaient conservé leur nationalité marocaine et gardé certains liens avec le Maroc, aucun élément du dossier ne permet de constater qu'ils auraient eu leur résidence habituelle ailleurs qu'en Belgique lors de l'homologation. La Cour note que Monsieur R. a poursuivi sa carrière en Belgique de manière ininterrompue après la séparation et qu'il y est resté après sa mise à la pension (il est décédé à Liège en juin 2014).

Le constat d'une résidence habituelle en Belgique ne permet pas de reconnaître la répudiation sur la base des dispositions du CODIP.

20. Il convient d'examiner si cette répudiation peut être reconnue dans le cadre de l'article 570 du Code judiciaire.

Pour les actes de dissolution antérieurs à l'entrée en vigueur du CODIP (le 1er octobre 2004), les deux principaux motifs généralement invoqués pour refuser de reconnaître la répudiation sont la violation des droits de la défense et la contrariété à l'ordre public (C. Henricot, « L'impact de la polygamie et de la répudiation sur les droits sociaux. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail », *Chron. D.S.*, 2012, p. 69).

21. En ce qui concerne le premier motif, les juridictions belges vérifient si les droits de la défense de l'épouse ont été respectés au cours de la procédure d'homologation (voir J.-Y. Carlier, « La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié? », *J.T.*, 1985, p. 105). L'épouse ne pouvant s'opposer à la répudiation, le contrôle du respect des droits de la défense a été considéré comme étant purement formel (*ibid.*, p. 105), dépourvu de sens (S. Saroléa, « Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1988-1996) », *R.T.D.F.*, 1997, p. 40), artificiel (Fr. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, t. II, Droit positif belge, Bruxelles, Larcier, 2ème éd., 1993, p. 362), voire même absurde (J.-Y. Carlier, « La reconnaissance des répudiations », *R.T.D.F.*, 1996 p. 133).

22. Le second motif (contrariété à l'ordre public) est lié au principe d'égalité entre les sexes, seul le mari ayant la possibilité de répudier son épouse.

23. Ces deux motifs de refus ont donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour de cassation.

En ce qui concerne le respect des droits de la défense, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 11 décembre 1995 (*R.D.E.*, 1996, p. 185, note M. Foblets), que viole l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire l'arrêt qui donne effet à la répudiation alors qu'il constate que l'épouse répudiée n'a été ni convoquée ni entendue lors de la procédure de répudiation.

Dans un arrêt du 29 septembre 2003, la Cour de cassation juge que le non-respect des droits de la défense au cours de la procédure de répudiation (l'épouse avait été convoquée mais n'avait pu se présenter au tribunal) ne peut être couvert par le fait que l'épouse répudiée a ultérieurement accepté la répudiation et revendiqué ses droits d'épouse divorcée (évoquant cet arrêt, P. Wautelet écrit : « Faut-il en conclure que, selon la Cour, un acquiescement ultérieur de l'épouse ne permet pas de passer outre l'obstacle déduit de l'inégalité entre époux lors de la répudiation? Il faut sans doute nuancer cette interprétation. La Cour pourrait avoir voulu sanctionner l'incohérence de la décision attaquée (...) », « La répudiation répudiée », *Rev. Dr. ULg*, 2004/3, p. 466, note 36).

Les droits de la défense supposent donc une possibilité de comparution effective de l'épouse à l'acte de dissolution lui-même (C. trav. Bruxelles, 4 novembre 2015, 2013/AB/664, www.terralaboris.be).

En ce qui concerne la contrariété à l'ordre public, un arrêt du 29 avril 2002 (*R.T.D.F.*, 2003/1, p. 94, note J.-Y. Carlier) admet que celle-ci s'apprécie *in concreto* et que la violation de l'égalité entre les sexes, inhérente à la répudiation, peut être couverte par une acceptation ultérieure de l'épouse répudiée:

« *Attendu que le moyen, en cette branche, soutient qu'il serait contraire à l'ordre public international belge de reconnaître quelque effet à une décision étrangère mettant fin au lien conjugal en vertu d'une loi qui, en réservant au mari le droit de provoquer cette rupture, méconnaît l'égalité des droits entre l'homme et la femme;*

Attendu que, si l'arrêt admet que, dans la loi marocaine en conformité de laquelle le lien conjugal a été rompu, "une discrimination subsiste à l'égard de l'épouse marocaine", il considère qu' "il convient de vérifier si la décision de répudiation n'est pas contraire à l'ordre public belge "in concreto" et non "in abstracto", qu'en l'espèce, "il est [...] acquis que la première épouse [du défendeur] a accepté la répudiation" et qu'"on ne peut affirmer que la procédure de répudiation s'est déroulée en fraude de la loi belge" dès lors que "les époux se sont mariés au Maroc" où la première épouse du défendeur "réside [...] depuis plus de vingt ans";

Que, par ces considérations, l'arrêt justifie légalement sa décision que le défendeur doit, en vertu de la répudiation litigieuse, être considéré en Belgique comme divorcé de sa première épouse ».

24. Selon la majorité de la jurisprudence des juges du fond, on ne peut considérer que toute répudiation violerait par principe l'ordre public international (C. Barbe, « Un nouvel arrêt de la Cour de cassation dans le domaine de la reconnaissance des répudiations », note sous Cass. 29 avril 2002, *Revue Divorce*, 2003/7, pp. 99-100). Cette orientation libérale de la jurisprudence est approuvée par Fr. Rigaux et M. Fallon (*Droit international privé*, t. II, Droit positif belge, Bruxelles, Larcier, 2ème éd., 1993, n° 1062).

C'est en ce sens que la Cour d'appel de Bruxelles a jugé:

« Bien que cette pratique heurte le principe de l'égalité de l'homme et de la femme reconnu en Belgique en vertu notamment de l'article 5 du protocole et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, il est généralement admis par la doctrine et la jurisprudence récentes que l'éventuelle contrariété à l'ordre public de pareille répudiation, même unilatérale, doit être appréciée 'in concreto', en tenant compte notamment d'un éventuel acquiescement de l'épouse répudiée et de l'intensité du rattachement de la situation particulière à l'ordre juridique étranger » (Bruxelles, 13 janvier 2005, *R.T.D.F.*, 2005/4, pp. 1132 et suiv., note M. Fallon).

25. En l'espèce, il ressort de la traduction de l'acte de divorce que celui-ci a été reçu par deux adouls instrumentant puis homologué par le juge notaire de Berkane. L'acte mentionne:

« Après sa comparution, il [Monsieur R.] a déclaré qu'il divorce d'avec son épouse (...) fille de Mohammed fils de (R. B.) (...), se séparant d'elle comme il se doit, ce, en présence de la divorcée susnommée qui a entendu prononcé ledit divorce ».

Il apparaît donc que Madame B. a accompagné son époux au Maroc pour se rendre devant la juridiction marocaine et que la répudiation a été prononcée en sa présence. Elle a ainsi été associée à la procédure.

La lecture de l'acte de dissolution ne révèle aucune violation des droits de la défense de Madame B.

26. La circonstance que la répudiation ne peut intervenir qu'à l'initiative de l'époux et que l'épouse ne puisse valablement s'y opposer est une caractéristique inhérente à l'institution de la répudiation telle qu'elle était consacrée par la loi marocaine à l'époque. La répudiation unilatérale apparait ainsi comme incompatible avec le principe de l'égalité entre hommes et femmes, principe fondamental de l'ordre juridique belge.

Cette atteinte au principe d'égalité doit s'analyser dans le cadre de l'ordre public, non des droits de la défense (J.-Y. Carlier, « La reconnaissance des répudiations », *R.T.D.F.*, 1996 p. 133).

L'atteinte à l'ordre public doit s'apprécier *in concreto* (Cass., 29 avril 2002; voir aussi les conclusions de l'avocat général Th. Werquin précédant Cass., 18 juin 2007, R.G. C.04.0430.F, juridat.be: *« Une*

institution étrangère ne peut être condamnée de manière générale, in abstracto, mais au contraire, doit être analysée en tenant compte des circonstances du cas d'espèce afin de déterminer si, in specie, celle-ci viole réellement notre ordre public international ».

27. Après la séparation, Madame B. est repartie au Maroc où elle s'est remariée en 1982. Il ressort de la traduction de l'acte de mariage du 21 septembre 1982 qu'à cette occasion, elle s'est prévalue de son statut d'épouse divorcée, conformément à la loi nationale définissant son statut personnel.

Ceci établit de manière certaine qu'à tout le moins à partir de 1982, Madame B. a accepté la répudiation. Rien n'indique d'ailleurs qu'elle n'y aurait pas consenti lors de la dissolution, ni qu'elle aurait souhaité rester mariée au regard du droit belge.

28. Les effets en Belgique de la dissolution du mariage ne concernent que l'étendue des droits à la pension de Madame L. et ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux droits d'autrui. Au contraire, la limitation de sa pension de survie porte atteinte à ses attentes légitimes sans améliorer en aucune manière la situation de l'épouse répudiée.

29. La Cour estime en conséquence que l'ordre public ne s'oppose pas à ce que, dans les circonstances particulières de l'espèce et dans la seule perspective de la fixation des droits à la pension de survie de Madame L., des effets soient accordés à l'acte de dissolution du mariage.

Suivre la thèse du SFP serait par ailleurs source d'insécurité juridique et provoquerait dans l'ordre juridique belge une situation de polygamie totalement artificielle qui non seulement ne correspondrait pas au statut personnel des ex-époux, statut dont on peut supposer qu'il a été admis par l'ensemble des autorités administratives belges autres que le SFP (Office des étrangers, administrations communales et fiscales, ...), mais serait en outre aussi éloignée de leur volonté que de la réalité de la vie familiale qu'ils ont menée chacun de leur côté depuis la rupture. Etant donné que le mariage et sa dissolution se sont déroulés conformément au droit marocain, que l'ex-épouse se considérait comme valablement divorcée en droit marocain et que Madame L. était considérée comme l'unique épouse de Monsieur R., il convient de conjuguer l'ordre public avec la nécessaire continuité du statut personnel des ex-époux au travers de leurs déplacements (C. trav. Bruxelles, 27 mai 2010, *J.T.*, 2011, p. 385).

30. Les autres conditions de l'article 570 du Code judiciaire ne font pas l'objet de contestation. Il n'apparaît pas que la compétence du juge marocain ne reposait que sur la nationalité du demandeur, les époux ayant tous deux la nationalité marocaine et s'étant mariés au Maroc. Le caractère définitif de la répudiation et l'authenticité de l'acte de dissolution peuvent être admis.

31. Il résulte de ce qui précède que Madame L. était la seule épouse de Monsieur R. lors du décès de celui-ci et qu'elle peut par conséquent prétendre à 100% du montant de sa pension de survie.

32. Pour le surplus, la Cour constate que Madame B. n'a jamais introduit de demande de pension de survie et que par conséquent, il n'est pas possible de considérer que la pension de survie aurait été répartie entre les bénéficiaires en application de l'article 24, § 2 de la Convention Belgo-Marocaine sur la sécurité sociale. La jurisprudence montre que la pratique de l'administration n'est apparemment pas constante, cette répartition intervenant dans certains cas lorsque la première épouse introduit sa demande (C. trav. Bruxelles, 27 mai 2010, *J.T.*, 2011, p. 385).

33. Le jugement doit être confirmé.

PAR CES MOTIFS

LA COUR

Statuant contradictoirement et faisant application de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, spécialement de son article 24,

Sur avis contraire du ministère public,

Déclare l'appel recevable mais non fondé,

Confirme le jugement entrepris,

Condamne le SFP aux dépens, liquidés comme suit:

- indemnité de procédure d'instance: 262,37 €
- indemnité de procédure d'appel: 349,80 €

Ainsi arrêté et signé avant le prononcé par:

M. J. Martens, Conseiller faisant fonction de Président,
M. J.-L. Dehossay, Conseiller social au titre d'employeur,
M. J. Mordan, Conseiller social au titre de salarié,
qui ont assisté aux débats de la cause et délibéré conformément au prescrit légal,

assistés de Mme M. Schumacher, Greffier

et prononcé en langue française à l'audience publique de la 2eme chambre de la cour du travail de Liège, division Liège, au Palais de Justice de Liège, Aile Sud, place Saint Lambert, n° 30, à 4000 Liège, le huit mai deux mille dix-huit, par le Président de la Chambre,

assisté de Mme M. Schumacher, Greffier.

Familierechtbank Brussel (Ned.), vonnis van 28 mei 2018

Nationaliteit – Nationaliteitsverkrijging – Artikel 12bis, § 1, 5° WBN – Ononderbroken wettelijk verblijf – Bijzondere identiteitskaart – Protocolkaart – Artikel 7bis WBN – Artikel 4 KB 14 januari 2013

Nationalité – Attribution de la nationalité – Article 12bis, §1, 5° CBN – Séjour légal ininterrompu – Carte d'identité spéciale – Carte du Protocole – Article 7bis CBN – Article 4 AR 14 janvier 2103

In de zaak van

De heer […] van Britse nationaliteit, geboren te Londen (Verenigd Koninkrijk) op […] die woont te […]

verzoeker,

in persoon aanwezig en bijgestaan door mr. Elisabeth Van der Haert loco mr. Céline Verbrouck, advocaat met kantoor te 1040 Etterbeek, Louis Schmidtlaan 56

spreekt de rechtbank het volgende vonnis uit:

I. Procedure

De rechtbank nam kennis van:

- de verklaring van de Belgische nationaliteit van 29.05.2017;
- het negatieve advies van mevrouw M. Thijssen, substituut-procureur des Konings te Halle-Vilvoorde, van 07.09.2017, afgeleverd aan de heer op 13.09.2017;
- het verzoek tot overzending aan de rechtbank d.d. 18.09,2017;
- de conclusie en stukken voor de heer […], neergelegd op de griffie op 23.04.2018,

De zaak werd behandeld op de openbare zitting van 30.04.2018. Op deze zitting hoorde de rechtbank de heer en zijn advocaat. Vervolgens nam de rechtbank de zaak in beraad.

De procedure verliep met inachtneming van de toepasselijke bepalingen van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

II. Feiten – voorafgaande procedure – vordering

Op 29.05.2017 legde de heer voor de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente Wezembeek-Oppem een verklaring af tot het verkrijgen van de Belgische nationaliteit op grond van art. 12bis §1, 5° van het Wetboek van de Belgische Nationaliteit (hierna WBN).

De ambtenaar maakte het dossier over aan de procureur des Konings, die een negatief advies uitbracht op 07.09.2017 (aan verzoeker afgeleverd op 13.09.2017).

Bij aangetekende brief d.d. 18.09.2017, ontvangen door de gemeente Wezembeek-Oppem op 21.09.2017, verzocht de advocaat van verzoeker de ambtenaar van de burgerlijke stand van de

gemeente Wezembeek-Oppem om het dossier over te zenden naar deze rechtbank, waaraan de ambtenaar gevolg gaf.

Verzoeker vraagt de rechtbank om het negatieve advies van de procureur des Konings ongegrond te verklaren en de door hem afgelegde verklaring in te willigen.

III. Bevoegdheid

Deze rechtbank is bevoegd om kennis te nemen van de vordering van verzoeker (zie art. 572bis, 1° en art. 629, 9° Gerechtelijk Wetboek).

IV. Ontvankelijkheid

Art. 15 §5 WBN bepaalt dat de belanghebbende bij een aangetekende brief aan de ambtenaar van de burgerlijke stand kan vragen zijn dossier aan de familierechtbank over te zenden, binnen vijftien dagen na de ontvangst van het negatieve advies.

Verzoeker ontving het negatieve advies op 13.09.2017 en vroeg de overzending van het dossier bij aangetekende brief van 18.09.2017, ontvangen door de gemeente Wezembeek-Oppem op 21.09.2017.

Zijn vordering werd bijgevolg tijdig en in de juiste vorm ingesteld en is ontvankelijk.

V. Beoordeling ten gronde

De nationaliteitsverklaring van verzoeker is gesteund op art. 12bis §1, 5° WBN, dat bepaalt:

"Kunnen de Belgische nationaliteit verkrijgen door een verklaring af te leggen overeenkomstig artikel 15:

5° de vreemdeling die:
a) de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt;
b) en tien jaar wettelijk verblijf in België heeft;
c) en het bewijs levert van de kennis van één van de drie landstalen;
d) en het bewijs levert van zijn deelname aan het leven van zijn onthaalgemeenschap. Dit bewijs kan door alle rechtsmiddelen geleverd worden, en bevat elementen waaruit blijkt dat de aanvrager deelneemt aan het economische en/of socioculturele leven van die onthaalgemeenschap".

Art. 15, §3, eerste lid WBN bepaalt dat de procureur des Konings, binnen vier maanden te rekenen van de datum van het in §2 bedoelde ontvangstbewijs, een negatief advies kan uitbrengen inzake de verkrijging van de Belgische nationaliteit wanneer er een beletsel is wegens gewichtige feiten eigen aan de persoon, die hij in de motivering van zijn advies dient te omschrijven, of als de grondvoorwaarden, die hij moet aanduiden, niet vervuld zijn.

In het schriftelijke, negatief advies van 07.09.2017 verzet de procureur des Konings zich om de volgende reden:

"Op het ogenblik van het afleggen van de verklaring, alsook in de periode van tien jaar, voorafgaand aan de verklaring, moet betrokkene zijn hoofdverblijfplaats in België hebben op grond van een wettelijk verblijf. Uit de brief van de algemene directie voor vreemdelingenzaken van 24 juli 2017 blijkt dat dit niet het geval is. Volgens hun gegevens is hij pas sedert 31 oktober 2016 in ononderbroken wettelijk verblijf.

Bijgevolg voldoet de betrokkene niet aan de voorwaarden van:

Tien jaar wettelijk verblijf in België

en kan de Belgische nationaliteit niet worden verkregen."

Verzoeker betwist dit.

Hij voert aan dat hij werkzaam is bij de Europese Unie sinds 2001, eerst bij de Europese Commissie, vervolgens bij de Europese dienst voor extern optreden en nadien opnieuw bij de Europese Commissie. Gelet op zijn statuut, ontving hij op 25.06.2001 een buitengewoon verblijfsdocument van de FOD Buitenlandse Zaken (nog geldig tot 28.06.2021). Op 21.09.2016 diende de heer een verklaring van inschrijving in, waarna hij een E-kaart verkreeg, geldig van 31.10.2016 tot 31.10.2021 en vervolgens een E+-kaart, geldig van 03.04.2017 tot 03.04.2022. Volgens eiser is de procureur des Konings ten onrechte van mening dat het bijzonder verblijfsdocument afgeleverd door de FOD Buitenlandse Zaken, niet in aanmerking komt als bewijs van het wettelijk verblijf gedurende een periode van 10 jaar voorafgaand aan de verklaring in de zin van art. 12bis §1, 5° WBN.

Art. 7bis WBN bepaalt inzake het wettelijk verblijf:

"§ 1. Voor de toepassing van de bepalingen van dit Wetboek inzake verkrijging of herkrijging van de Belgische nationaliteit, moet de vreemdeling zijn hoofdverblijfplaats in België hebben gevestigd op grond van een wettelijk verblijf, en dit zowel op het ogenblik van het indienen van zijn verzoek of verklaring als gedurende de onmiddellijk hieraan voorafgaande periode. Zowel het wettelijk verblijf als het hoofdverblijf dienen ononderbroken te zijn.

§ 2. Onder wettelijk verblijf wordt verstaan:

1° wat het ogenblik van de indiening van zijn verzoek of verklaring betreft: toegelaten of gemachtigd zijn tot een verblijf van onbeperkte duur in het Rijk of om er zich te vestigen op basis van de vreemdelingenwet;

2° wat de voorafgaande periode betreft: toegelaten of gemachtigd zijn om meer dan drie maanden in het Rijk te verblijven of om er zich te vestigen overeenkomstig de vreemdelingenwet of de regularisatiewet.
De Koning bepaalt, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, welke documenten in aanmerking komen als bewijs van het in het eerste lid bedoelde verblijf.

§ 3. In de gevallen bepaald in dit Wetboek wordt het ononderbroken karakter van het verblijf bedoeld in § 2 niet beïnvloed door tijdelijke afwezigheden van hoogstens zes maanden, voor zover deze ofwezigheden in totaal de duur van een vijfde van de in dit Wetboek vereiste termijnen voor verkrijging van de nationaliteit niet overschrijden."

Art. 4 van het Koninklijk Besluit (KB) van 14 januari 2013 somt de verblijfsdocumenten op die in aanmerking moeten worden genomen als bewijs van het wettelijk verblijf in de zin van artikel 7bis, § 2, eerste lid, 2° WBN:

"1° de verblijfstitel "A. het bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister B-tijdelijk verblijf", opgesteld overeenkomstig de bijlage 6 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;

2° de verblijfstitel "B. het bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister", opgesteld overeenkomstig de bijlage 6 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;
3° de "H. Europese blauwe kaart", opgesteld overeenkomstig de bijlage 6bis van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;
4° de "C. identiteitskaart voor vreemdeling", opgesteld overeenkomstig de bijlage 7 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;
5° de "EG-verblijfsvergunning voor langdurig ingezetene", opgesteld overeenkomstig de bijlage 7bis van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;
6° de "verklaring van inschrijving", opgesteld overeenkomstig de bijlage 8 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;
7° het "document ter staving van duurzaam verblijf" opgesteld overeenkomstig de bijlage 8bis van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;
8° de "verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie", opgesteld overeenkomstig de bijlage 9 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;
9° de "duurzame verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie", opgesteld overeenkomstig de bijlage 9bis van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen;
10° het document opgesteld overeenkomstig de bijlage 15 van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, voor zover het in de volgende gevallen afgegeven werd:

a. Indien de Burgemeester of diens gemachtigde zich in de onmogelijkheid bevindt de vreemdeling onmiddellijk in de bevolkingsregisters in te schrijven, of indien hij zich in de onmogelijkheid bevindt het verblijfsdocument waarop hij recht te kunnen afgeven;
b. Indien de Minister die de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen onder zijn bevoegdheid heeft, of diens gemachtigde, geen beslissing kan nemen inzake de aanvraag voor vernieuwing van de voorlopige machtiging tot verblijf die door de vreemdeling werd ingediend vóór het verstrijken van zijn huidige machtiging tot verblijf."

Het Verslag aan de Koning bij het KB van 14 Januari 2013 licht toe dat : *"Zoals het opschrift aangeeft, wordt met de wet beoogd de verwerving van de nationaliteit te objectiveren en migratieneutraal te maken. Van de verwerving van de Belgische nationaliteit kan slechts sprake zijn op het moment dat de verblijfsstatus van de betrokkene op het grondgebied is gestabiliseerd. In geen geval mag de nationaliteit een middel zijn om een verblijfstitel te bekomen of om het administratief statuut van de vreemdeling te consolideren"*.

De "protocolkaart", afgeleverd door de FOD Buitenlandse Zaken, Buitenlandse handel en Ontwikkelingssamenwerking, Dienst Protocol, staat niet vermeld in art. 4 van het KB van 14 januari 2013.

Protocol nr. 7 bij het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bepaalt dat de ambtenaren en overige personeelsleden van de Unie, ongeacht hun nationaliteit, op het grondgebied van elk der lidstaten, tezamen met hun echtgenoten en de te hunnen laste zijnde verwanten zijn vrijgesteld van immigratiebeperkingen en vreemdelingenregistratie.

De wettelijke basis van de protocolkaart van verzoeker is art. 3,3° alsook art. 13,3° van het KB van 30 oktober 1991 betreffende de documenten voor het verblijf in België van bepaalde vreemdelingen:

"De Minister die buitenlandse zaken tot zijn bevoegdheid heeft verstrekt kosteloos een bijzondere identiteitskaart, overeenkomstig het hierbijgevoegd model III:
(...)
3° aan de ambtenaren en personeelsleden van de in het Rijk gevestigde publiekrechtelijke internationale instellingen;" (art. 3,3°)

"De volgende personen, alsmede hun kinderen die de leeftijd van vijf jaar niet bereikt hebben en in het bezit zijn van het identiteitsbewijs bedoeld in artikel 5, worden vrijgesteld van immigratiebeperkingen en van de formaliteiten betreffende vreemdelingenregistratie:
(...)
3° de houders van de bijzondere identiteitskaart bedoeld in artikel 3, 3° die krachtens door België ondertekende internationale verdragen van de formaliteiten van de vreemdelingenregistratie zijn vrijgesteld, alsmede hun echtgenoot, hun ongehuwde kinderen en hun familieleden die recht hebben op de bijzondere identiteitskaart;" (art. 13,3°)

Het KB van 30 oktober 1991 werd uitgevaardigd in uitvoering van art. 10, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet van 15 december 1980.

Dit artikel bepaalt: *"Onder voorbehoud van de bepalingen van artikelen 9 en 12, zijn van rechtswege tot een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk toegelaten:*
1° de vreemdeling wiens recht op verblijf erkend wordt door een internationaal verdrag, door de wet of door een koninklijk besluit; (…)".

Het is dus niet omdat de "protocolkaart" niet is opgenomen in art. 4 van het KB van 14 januari 2013, dat verzoeker niet toegelaten of gemachtigd was om meer dan drie maanden in het Rijk te verblijven of om er zich te vestigen overeenkomstig de vreemdelingenwet of de regularisatiewet.

Verzoeker beschikte sinds 25.06.2001 over een "van rechtswege toelating" om meer dan drie maanden in het Rijk te verblijven in de zin van art. 10, eerste lid, 1° van de Vreemdelingenwet van 15 december 1980, zonder dat hij nog bij bijzondere beslissing moest worden gemachtigd tot dergelijk verblijf. Bovendien was hij op grond van het KB van 30 oktober 1991 vrijgesteld van de formaliteiten van vreemdelingenregistratie. Vanaf 21.11.2016 ontving hij een E-kaart ("bijlage 8") en vanaf 18.04.2017 een E+-kaart ("bijlage 8bis").

Verzoeker, die bewijst dat hij van 25.06.2001 tot 21.11.2016 van rechtswege was toegelaten om meer dan drie maanden in het Rijk te verblijven, dient zijn verblijfsrecht voor die periode bijgevolg niet nog bijkomend te staven aan de hand van één van de verblijfsdocumenten opgenomen in art. 4 van het KB van 14 januari 2013. Voor de periode vanaf 21.11.2016 legt hij verblijfsdocumenten voor die zijn opgesomd in art. 4 van het KB van 14 januari 2013.

De rechtbank is bijgevolg van oordeel dat verzoeker aantoont dat hij gedurende een ononderbroken periode van (minstens) 10 jaren voorafgaand aan zijn verklaring tot verkrijging van de Belgische nationaliteit op grond van art. 12bis §1, 3° WBN, toegelaten of gemachtigd was om meer dan drie maanden in het Rijk te verblijven.

De vordering van verzoeker is gegrond.

OM DEZE REDENEN

DE RECHTBANK

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Verklaart de vordering van de heer […] ontvankelijk en gegrond,

Verklaart het negatieve advies van de procureur des Konings van 07.09.2017 naar aanleiding van de verklaring van de heer […] tot verkrijging van de Belgische nationaliteit, afgelegd voor de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente Wezembeek-Oppem op 29.05.2017, ongegrond.

Legt de procedurekosten ten laste van verzoeker, begroot op 100 euro rolrecht en 20 euro bijdrage Begrotingsfonds juridische tweedelijnsbijstand.

Aldus gevonnist en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de 253A kamer van de familierechtbank, van de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg Brussel,
op 28 mei 2018

waar aanwezig waren en zitting namen:

Mevrouw K. Verelst; familierechter,
Mevrouw A. De Cooman: griffier.

Tribunal de la famille Bruxelles, jugement du 8 mai 2018

Nationalité – Déclaration de nationalité – Article 12bis CNB – Séjour légal – Article 7bis CBN – Articles 3 et 4 Arrêté royal du 14 janvier 2013 – Énumération non exhaustive – Fonctionnaire européen – Différence de traitement – Principe d'égalité – Intégration sociale – Fonction publique

Nationaliteit – Nationaliteitsverklaring – Artikel 12bis WBN – Wettelijk verblijf – Artikel 7bis WBN – Artikelen 3 en 4 Koninklijk besluit van 14 januari 2013 – Exhaustieve opsomming – Europees ambtenaar – Verschillende behandeling – Gelijkheidsbeginsel – Maatschappelijke integratie – Overheidsdienst

En cause de

Monsieur X, domicilié à (...);

Ayant pour conseil Maître Céline Verbrouck, avocat dont le cabinet est établi à 1040 Bruxelles, boulevard Louis Schmidt, 56; e-mail: cv@altea.be;

Vu la déclaration d'acquisition de la nationalité belge souscrite par le déclarant le 19 août 2016 devant l'officier de l'état civil de la commune de Woluwe-Saint-Pierre par application de l'article 12 bis du Code de la nationalité belge;

Vu l'avis négatif notifié par Monsieur le procureur du Roi le 19 octobre 2016 et réceptionné par le déclarant le 20 octobre 2016;

Vu la lettre recommandée du déclarant du 24 octobre 2016 invitant l'officier de l'état civil de la commune de Woluwe-Saint-Pierre à transmettre le dossier au tribunal;

Vu les conclusions et le dossier de pièces déposés par le déclarant au greffe le 16 mars 2018;

Entendu le déclarant, assisté de son conseil, Maître Moens loco Maître Verbrouck, avocat, en ses explications, à l'audience publique du 10 avril 2018;

Entendu Madame Dumont, substitut du procureur du Roi, à l'audience publique du 10 avril 2018.

La déclaration a été souscrite le 19 août 2016. Elle est donc soumise aux dispositions de la loi du 4 décembre 2012 modifiant certaines dispositions relatives à la nationalité belge.

Tous les délais prévus par la loi ont été respectés.

La demande, régulière en la forme, est recevable.

La déclaration souscrite vise l'article 12 bis, § 1, 2°, du Code de la nationalité belge, qui se lit comme suit:
« Peuvent acquérir la nationalité belge en faisant une déclaration conformément à l'article 15: ... 2° l'étranger qui:

a) a atteint l'âge de dix-huit ans;
b) et séjourne légalement en Belgique depuis cinq ans;
c) et apporte la preuve de la connaissance d'une des trois langues nationales;
d) et prouve son intégration sociale:

- *ou bien par un diplôme ou un certificat délivré par un établissement d'enseignement organisé, reconnu ou subventionné par une Communauté ou par l'École royale militaire et qui est au moins du niveau de l'enseignement secondaire supérieur;*
- *ou bien en ayant suivi une formation professionnelle d'au moins 400 heures reconnue par une autorité compétente;*
- *ou bien en ayant suivi un cours d'intégration prévu par l'autorité compétente de sa résidence principale au moment où il entame son cours d'intégration;*
- *ou bien en ayant travaillé de manière ininterrompue au cours des cinq dernières années comme travailleur salarié et/ou comme agent statutaire nommé dans la fonction publique et/ou comme travailleur indépendant à titre principal;*

e) et prouve sa participation économique :

- *soit en ayant travaillé pendant au moins 468 journées de travail au cours des cinq dernières années en tant que travailleur salarié et/ou agent statutaire dans la fonction publique;*
- *soit en ayant payé, en Belgique, dans le cadre d'une activité professionnelle indépendante exercée à titre principal, les cotisations sociales trimestrielles dues par les travailleurs indépendants pendant au moins six trimestres au cours des cinq dernières années;*

La durée de la formation suivie dans les cinq ans qui ont précédé la demande visée au 2°, d), premier et/ou deuxième tirets, est déduite de la durée de l'activité professionnelle requise de 468 jours minimum ou de la durée de l'activité professionnelle indépendante à titre principal».

I. Avis du procureur du Roi

Le 19 octobre 2016, le procureur du Roi a notifié au déclarant un avis négatif, motivé par les éléments suivants:

« Au moment de la déclaration, l'intéressé ne résidait pas en Belgique depuis cinq ans couverts par des titres de séjour légal au sens du Code de la nationalité belge, ceux-ci ne débutant que le 19/08/2016.
En outre, travaillant pour une institution internationale - en l'occurrence, la Commission européenne -, l'intéressé ne prouve ni sa connaissance d'une des trois langues nationales, ni de son intégration sociale, ni de sa participation économique.
Il n'est donc pas satisfait aux conditions de l'article 12bis, § 1, 2° du Code de la nationalité belge ».

À l'audience, le ministère public maintient son avis négatif.

II. Arguments du déclarant

Le 16 mars 2018, le déclarant a déposé des conclusions et un dossier de pièces au greffe. Il les commente à l'audience.

Il soutient tout d'abord qu'il justifiait, à la date de sa déclaration de nationalité (souscrite le 19 août 2016), d'un séjour légal en Belgique d'au moins cinq ans, celui-ci ayant débuté le 7 octobre 2004. Il expose s'être vu délivrer à cette date un titre de séjour spécial par le Ministère des Affaires étrangères, eu égard à sa qualité de fonctionnaire auprès de la Commission européenne[1]. Il considère que le titre de séjour spécial doit être pris en compte pour la durée de son séjour légal. Il se fonde à cet égard sur:

[1] Élément confirmé par l'historique des titres de séjour du 19 août 2016, par le certificat de résidence historique du 19 août 2016 et par l'attestatlon de la Direction générale des ressources humaines de la Commisston européenne du 29 juin 2016, tous joints à sa déclaration de nationalité.

- le Protocole sur les privilèges et immunités de l'Union européenne, qui confère aux fonctionnaires de l'Union européenne et aux membres de leur famille un droit de séjour de plein droit dans les États membres de l'Union;
- l'article 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (liberté de circulation);
- la Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres;
- les articles 10 et 40bis de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers; ainsi que sur
- des décisions de jurisprudence […].

Le déclarant se réfère par ailleurs à l'attestation de la Direction générale des ressources humaines de la Commission européenne, datée du 20 décembre 2017 (pièce 5 du déclarant)[2]; ce document indique notamment qu'il a travaillé en qualité de *« Fonctionnaire titulaire »* depuis le *« 16/09/2004 » « à ce jour»*. Il considère que cette période de travail ininterrompu, effectuée en cette qualité de fonctionnaire européen et couvrant plus que les cinq ans précédant sa déclaration de nationalité, peut servir de preuve de sa connaissance d'une langue nationale, de son intégration sociale et de sa participation économique […].

III. <u>Sur la preuve des conditions de base (généralités)</u>

Les conditions prévues par l'article 12 bis, § 1, du Code de la nationalité belge doivent être remplies au moment de la déclaration de nationalité. En effet, selon cette disposition, le déclarant doit avoir *« atteint l'âge de dix-huit ans»*, séjourner *« légalement en Belgique depuis cinq* [ou dix] *ans»*, etc. pour pouvoir acquérir la nationalité belge et avoir le droit de faire *« une déclaration conformément à l'article 15 »* à cette fin; il s'en déduit qu'à défaut - c'est-à-dire si une ou plusieurs des conditions légales ne sont pas remplies à la date de la déclaration -, il ne dispose tout simplement pas de ce droit[3]. Il s'ensuit que les pièces relatives à des éléments postérieurs à la déclaration ne peuvent être admises. Ainsi, l'attestation d'Actiris relative à la connaissance du français par le déclarant […] ne peut être prise en compte, dès lors qu'elle précise que le test linguistique a eu lieu le 7 décembre 2016 - soit après à la déclaration (souscrite le 19 août 2016).

Par ailleurs, il incombe au déclarant de démontrer que les conditions prévues par l'article 12 bis, § 1, du Code de la nationalité belge sont remplies[4].

IV. <u>Sur le séjour légal</u>

Il ressort de l'historique des titres de séjour, joint à la déclaration de nationalité, qu'un titre de séjour spécial a été délivré au déclarant par le Ministère des Affaires étrangères en date du 7 octobre 2004. Ce titre a été renouvelé à plusieurs reprises, la dernière fois avec une validité jusqu'au 7 octobre 2019. Cependant, le 19 août 2016, ce titre de séjour a été remplacé par une carte E+, valable jusqu'au 26 juillet 2021.

---

[2] Un document identique, mais daté du 29 Juin 2016, était joint à sa déclaration de nationalité.

[3] Ceci est confirmé par l'arrêté royal du 14 janvier 2013 portant exécution de la loi du 4 décembre 2012 modifiant le Code de la nationalité belge, qui impose de joindre à la déclaration toutes les preuves établissant que les conditions prévues par l'article 12 bis, § 1, du Code de la nationalité belge sont remplies. Par ailleurs, la logique de la procédure mise en place par la loi pour l'acquisition de la nationalité belge requiert également que les conditions légales soient rempiles à la date de la déclaration. Le procureur du Roi est en effet habilité à examiner la déclaration et ses annexes, puis à remettre un avis négatif *« lorsque les conditions de base … ne sont pas remplies»* (art. 15, § 3, du Code de la nationalité belge).

[4] Art. 15, § 5, lu en combinaison avec l'arrêté royal du 14 janvier 2013 portant exécution de la loi du 4 décembre 2012 modifiant le Code de la nationalité belge - spéc. les art. 1 à 11-, et avec l'art. 870 du Code judiciaire.

L'avis négatif ne tient compte que de la période couverte par la carte E+ (cf. ci-dessus, point a).

Le point à trancher en l'espèce est dès lors de déterminer si le titre de séjour spécial, couvrant la période du 7 octobre 2004 au 18 août 2016, peut être pris en compte pour la durée du séjour légal du déclarant.

En vertu de l'article 7bis du Code de la nationalité belge:

« § 1er. Pour l'application des dispositions du présent Code en matière d'acquisition ou de recouvrement de la nationalité belge, l'étranger doit avoir fixé sa résidence principale en Belgique sur la base d'un séjour légal, et ce, aussi bien au moment de l'introduction de sa demande ou déclaration que durant la période la précédant immédiatement. Tant le séjour légal que la résidence principale doivent être ininterrompus.
§ 2. On entend par séjour légal:
1° en ce qui concerne le moment de l'introduction de la demande ou déclaration: avoir été admis ou autorisé au séjour illimité dans le Royaume ou à s'y établir en vertu de la loi sur les étrangers;
2° en ce qui concerne la période qui précède: avoir été admis ou autorisé à séjourner plus de trois mois dans le Royaume ou autorisé à s'y établir conformément à la loi sur les étrangers ou la loi de régularisation.
Le Roi détermine, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les documents qui seront pris en considération en tant que preuve du séjour visé à l'alinéa 1er.
§ 3. Dans les cas prévus par le présent Code, le caractère ininterrompu du séjour défini au § 2 n'est pas affecté par des absences temporaires de six mois maximum et ce, pour autant que ces absences ne dépassent pas au total une durée d'un cinquième des délais requis par le présent Code dans le cadre de l'acquisition de la nationalité ».

Les articles 3 et 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 portant exécution de la loi du 4 décembre 2012 énumèrent plusieurs *« documents de séjour à prendre en considération en tant que preuve du séjour légal »* au sens de l'article 7bis, § 2, du Code de la nationalité belge. La circulaire du 8 mars 2013 concernant certains aspects de la loi du 4 décembre 2012 précise que cette énumération est *« exhaustive »*. L'arrêté royal ne mentionne pas que son énumération est incomplète (pas de « notamment » ou autre précision équivalente).

Les articles 3 et 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 excluent donc toute preuve du séjour légal autre que celles qu'ils énumèrent.

Conformément à l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le ministère public (et, avant lui, l'Office des étrangers) refuse(nt) de prendre en considération le titre de séjour spécial, non visé par les dispositions précitées de cet arrêté. Le déclarant soutient néanmoins que ce titre, dont il a bénéficié du 7 octobre 2004 au 18 août 2016, doit être pris en compte pour la durée du séjour légal.

L'article 7bis, § 2, alinéa 1, 2° du Code de la nationalité belge, pris isolément, autorise la prise en compte du titre de séjour spécial, puisque ce dernier a concrètement eu pour effet que le déclarant a en l'espèce *« été admis ou autorisé à séjourner plus de trois mois dans le Royaume »* avant sa déclaration. Cependant, l'article 7bis, § 2, alinéa 2 du Code de la nationalité belge habilite le Roi à dresser la liste des *« documents qui seront pris en considération en tant que preuve du séjour »* et, comme indiqué ci-dessus, les articles 3 et 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 portant exécution de la loi du 4 décembre 2012 excluent le titre de séjour spécial des preuves admissibles. Le libellé de cette habilitation légale ne contient rien qui permettrait de conclure que l' « exclusion » précitée lui serait contraire, de sorte qu'aucun recours à l'article 159 de la Constitution, en tant qu'il vise la compatibilité des normes réglementaires aux normes de rang légal au sens strict, ne peut être envisagé.

En revanche, le contrôle de légalité prévu par l'article 159 de la Constitution, en tant qu'il concerne la compatibilité des normes réglementaires à ia Constitution, doit être appliqué en l'espèce.

Les articles 10, 11 et 191 de la Constitution fondent le principe d'égalité de traitement des étrangers se trouvant sur le territoire belge. Conformément à la jurisprudence bien connue de la Cour constitutionnelle, le principe d'égalité « [n'exclut] *pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée* » (souligné par le Tribunal)[5]. L'article 159 de la Constitution habilite le juge judiciaire à écarter une norme réglementaire contraire au principe constitutionnel d'égalité de traitement[6]. Or, les articles 3 et 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 créent une différence de traitement entre les étrangers disposant de titres de séjour légal que ces articles énumèrent, d'une part, et les étrangers disposant d'autres titres de séjour légal, d'autre part. En l'occurrence, cette différence de traitement affecte directement le déclarant, puisque son titre de séjour spécial lui a concrètement permis de séjourner légalement en Belgique du 7 octobre 2004 au 18 août 2016 - soit plus de trois mois, comme requis par l'article 7bis du Code de la nationalité belge. Sous cet angle, la différence de traitement épinglée oppose deux catégories d'étrangers bénéficiant chaque fois d'un séjour légal de plus de trois mois. L'arrêté royal précité ne fournit cependant aucune justification à ce propos; le Rapport au Roi précédant cet arrêté non plus.

Cette absence de justification est d'autant plus frappante que la carte E+ - qui, elle, est prise en considération par les articles 3, 5° et 4, 7° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013[7] - est délivrée aux citoyens de l'Union européenne après cinq ans de séjour légal en Belgique[8]. En l'espèce, ne pas tenir compte de ce séjour légal de (plus de) cinq ans consacré par la délivrance de la carte E+ et fondé ici sur un titre de séjour spécial, tout en exigeant que le déclarant démontre cinq années de séjour fondé sur la carte E+, reviendrait en réalité à lui imposer de justifier d'un séjour légal de (plus de) dix ans - alors que l'article 12 bis, § 1, 2°, b), du Code de la nationalité belge n'exige qu'un séjour légal de cinq ans.

Par conséquent, en tant qu'ils excluent sans justification toute preuve du séjour légal autre que celles qu'ils énumèrent, les articles 3 et 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 sont contraires aux articles 10, 11 et 191 de la Constitution; ils doivent être écartés en application de l'article 159 de la Constitution. Le déclarant peut dès lors démontrer à l'aide d'autres titres que ceux énumérés par l'article 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, qu'il séjourne légalement en Belgique.

À cet égard, le titre de séjour spécial délivré au déclarant du 7 octobre 2004 au 18 août 2016 peut être admis. En effet, il a été délivré en vertu de l'arrêté royal du 30 octobre 1991 relatif aux documents de séjour en Belgique de certains étrangers, lequel a été adopté en exécution de l'article 10 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers[9]. Ce document constitue un titre de séjour légal au sens de l'article 7*bi*s du Code de la nationalité belge, puisqu'il concerne un « *étranger dont le droit de séjour* [de plus de trois mois[10]] *est reconnu par un*

---

[5] Cf. par exemple: C. const. (alors Cour d'arbitrage), n° 1/1994 du 13 janvier 1994; C. Const. (alors Cour d'arbitrage), n° 109/99 du 14 octobre 1999. Dans le même sens, cf. par exemple: Cass. (1re ch.), RG D.96.0005.N, 20 juin 1997, *Arr. Coss.*, 1997, p. 685; *J. T.*, 1998, p. 255; *Pas.*, 1997, I, p. 721; *R.W.*, 1997-98, p. 851; Cass. (3e ch.), RG S.13.0008.F, 21 septembre 2015, *Arr. Cass.*, 2015, p. 2096; *J.T.T.*, 2015, p. 501; *Pas.*, 2015, p. 2083.

[6] Cf. par exemple: Liège, 8 octobre 2015, *lus & Actores*, 2016, p. 45. Cet arrêt cite abondamment D. Renders e.a, *Droit administratif - Tome Ill: Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 850 et s., p. 397 et s. Cf. également M. Pâques, *Principes de contentieux administratif*, Larder, Bruxelles, 2017, p. n° 69 et s., p. 133 et s.

[7] Ainsi que le confirme en l'espèce l'avis négatif (cf. ci-dessus).

[8] Art. 42quinquies de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers; art. 55 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

[9] Cf. le préambule de l'arrêté royal du 30 octobre 1991.

[10] Cf. les premiers mots de l'art. 10, § 1, de la loi du 15 décembre 1980: *« Sous réserve des dispositions des articles 9 et 12, sont de plein droit admis à séjourner plus de trois mois dans le Royaume: ...* ».

traité international [11], *par une loi* [12] *ou par un arrêté royal* [13] », comme prévu par l'article 10, § 1, 1 ° de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers - soit une admission ou une autorisation *« à séjourner plus de trois mois dans le Royaume ... conformément à la loi sur les étrangers »*, requis par le Code de la nationalité belge[14]. Il répond ainsi à la définition du séjour légal prévue par ce code. La circonstance que ce document ne figure pas dans l'énumération de l'article 4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 est indifférente, par application de l'article 159 de la Constitution (cf. ci-dessus).

La Cour de Justice a au demeurant jugé que le droit d'un ressortissant de l'Union européenne de séjourner dans un autre État membre que le sien *« constitue un droit conféré directement par* [le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne] »[15], ce qui *« empêche de qualifier d'illégal, au sens du droit de l'Union, le séjour d'un citoyen en considération de la seule circonstance qu'il ne dispose pas d'une carte de séjour »*[16].

Tout ceci impose de constater que le déclarant justifie d'un séjour légal en Belgique depuis le 7 octobre 2004 - soit, à la date de la déclaration (souscrite le 19 août 2016), depuis (plus de) cinq ans, comme requis par l'article 12bis, § 1, 2°, b), du Code de la nationalité.

V. <u>Sur la preuve de l'intégration sociale</u>

Selon l'article 12 bis, § 1, 2°, d), dernier tiret, du Code de la nationalité belge, le déclarant peut prouver son intégration sociale en démontrant avoir *« travaillé de manière ininterrompue au cours des cinq dernières années comme travailleur salarié et/ou comme agent statutaire nommé dans la fonction publique et/ou comme travailleur indépendant à titre principal »* […].

Selon l'article 7, 4°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 portant exécution de la loi du 4 décembre 2012 modifiant le Code de la nationalité belge:

« la preuve de l'intégration sociale, laquelle ne pourra s'établir que de la manière suivante

---

[11] En l'espèce, puisque le déclarant est fonctionnaire européen, le traité international applicable est le Protocole sur les privilèges et immunités de l'Union européenne (Protocole n° 7 annexé aux Traité sur l'Union européenne et Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). L'art. 11 de ce protocole précise que *« Sur le territoire de chacun des États membres et quelle que soit leur nationalité, les fonctionnaires et autres agents de l'Union: ... b) ne sont pas soumis, non plus que leurs conjoints et les membres de leur famille vivant à leur charge, aux dispositions limitant l'immigration et aux formalités d'enregistrement des étrangers»*. Cf. également l'arrêt C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Dias*, C-325-/09, cité ci-dessous, qui renvoie au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il faut notamment y ajouter la Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, spéc. l'art. 7.1. b), qui donne à *« tout citoyen de l'Union le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre pour une durée de plus de trois mois a) s'il est un travailleur salarié ou non salarié dans l'État membre d'accueil, ou b) s'il dispose, pour lui et pour les membres de sa famille de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil au cours de son séjour, et d'une assurance maladie complète dans l'État membre d'accueil »* (souligné par le Tribunal). Cette disposition du droit dérivé européen est transposée en droit belge par l'art. 40, § 4, 1-2° de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

[12] Cf. spéc. l'art. 40bis, § 4, 3° de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Cette disposition transpose l'art. 7.1, b) de la Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, qui donne à *« tout citoyen de l'Union le droit de séjourner sur le territoire d'un autre État membre pour une durée de plus de trois mois a) s'il est un travailleur salarié ou non salarié dans l'État membre d'accueil, ou b) s'il dispose, pour lui et pour les membres de sa famille de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil au cours de son séjour, et d'une assurance maladie complète dans l'État membre d'accueil»*.

[13] Cf. l'arrêté royal du 30 octobre 1991 relatif aux documents de séjour en Belgique de certains étrangers.

[14] Art. 7*bis*, § 2, 2° du Code de la nationalité belge, lu en combinaison avec l'art. 1, § 2, 2° du même code.

[15] C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Dias*, C-325/09, Rec., p. 1-6387, ECLI:EU:C:2011:498, point 48.

[16] C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Dias*, C-325/09, Rec., p. 1-6387, ECLI:EU:C:2011:498, point 54.

d) soit par des documents attestant que l'intéressé a travaillé de manière ininterrompue au cours des cinq dernières années comme travailleur salarié et/ou comme agent statutaire nommé dans la fonction publique et/ou en tant que travailleur indépendant à titre principal. À cette fin, l'intéressé produira les documents suivants:
si l'intéressé est ou a été agent statutaire dans la function publique, il produira la preuve de sa nomination définitive accompagnée d'attestation(s) délivrée(s) par le service compétent de l'administration publique » […].

Le Code de la nationalité belge, l'arrêté royal du 14 janvier 2013 portant exécution de la loi du 4 décembre 2012 modifiant le Code de la nationalité belge et la circulaire du 8 mars 2013 relative à certains aspects de la loi du 4 décembre 2012, ne définissent pas ce qu'il convient d'entendre par *« fonction publique »*. Les travaux préparatoires de la loi du 4 décembre 2012 ou le Rapport au Roi de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 non plus.

La question se pose donc de savoir si ces termes ne visent que les administrations belges (fédérales, fédérées, communales, etc.) ou s'ils comprennent également les administrations européennes établies à Bruxelles. S'agissant des travailleurs salariés du secteur privé, le Code de la nationalité belge ne requiert pas que l'employeur soit de nationalité belge, ni - par exemple - que la langue de travail au sein de cet employeur soit une langue nationale. Un déclarant ayant qualité de travailleur salarié du secteur privé pourra donc prouver son intégration sociale[17] en démontrant uniquement qu'il a travaillé de manière ininterrompue pendant les cinq ans précédant sa déclaration d'acquisition de la nationalité belge, pour un employeur (belge ou étranger) établi en Belgique[18]. Or, les articles 10, 11 et 191 de la Constitution fondent le principe d'égalité de traitement des étrangers se trouvant sur le territoire belge. Par ailleurs, le juge saisi est autorisé à choisir, parmi les interprétations possibles d'une loi, celle qui la rend conforme à la Constitution plutôt que celle qui lui est contraire[19]. Aussi, faute de disposition contraire dans le Code de la nationalité belge, et eu égard aux dispositions précitées de la Constitution, le Tribunal ne peut que supposer que le législateur et l'exécutif n'ont pas entendu créer de différence de traitement entre les salariés étrangers du secteur privé (belge ou étranger) ou les salariés ou fonctionnaires étrangers du secteur public belge, d'une part, et les salariés ou fonctionnaires étrangers du secteur public européen, d'autre part. Il s'en déduit que les mots *« fonction publique »* doivent s'entendre comme englobant non seulement les administrations belges, mais aussi la Commission européenne.

À l'audience, le ministère public a mis en doute que la Commission européenne puisse être considérée comme faisant partie de la *« fonction publique »*. Ceci revient à perdre de vue que, dans l'ordre juridique européen, la Commission européenne assume notamment les rôles de gardienne des traités[20], de pouvoir exécutif européen[21], de membre du pouvoir législatif européen[22] et de représentante de l'Union auprès des pays tiers[23]. Elle répond de ses actes devant le Parlement européen[24] et est assistée par une administration composée notamment de fonctionnaires[25], dont la

[17] Ainsi que sa connaissance d'une langue nationale et sa participation économique (cf. ci-dessous - points f et g).
[18] Il suffit que le travail soit effectué en Belgique, l'art. 1, § 2, 7° du Code de la nationalité belge et la circulaire du 8 mars 2013 précisant que « *le travail effectué à l'étranger* » ne peut être « *pris en compte* ».
[19] Cass., 20 avril 1950, *Pas.*, I, p. 560 (arrêt *Waleffe*).
[20] Art. 17.1 du Traité sur l'Union européenne et art. 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
[21] Art. 17.1 du Traité sur l'Unlon européenne, ainsi que· les art. 108, 314 et 317 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
[22] Art. 17.2 du Traité sur l'Union européenne (monopole de la Commission en matière d'initiative législative).
[23] Art. 17.1 du Traité sur l'Union européenne et art. 207 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
[24] Art. 17.8 du Traité sur l'Union européenne et art. 234 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
[25] Règlement n° 31 (CEE) ou n° 11 (CEEA) fixant le statut des fonctionnaires et le régime applicable aux autres agents de la Communauté économique européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique (*J.0.C.E.*, P 45 du 14 juin 1962).

structure est d'ailleurs *« calquée sur le modèle des fonctions publiques nationales »*[26] . Elle est donc incontestablement une autorité publique[27].

L'article 1er, § 2, 7°, du Code de la nationalité belge définit la *« journée de travail »* en renvoyant aux *« articles 37 et 38 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage »*. La première de ces deux dispositions vise en particulier le *« travail effectif normal et les prestations ... effectuées dans une profession ou une entreprise assujetties à la sécurité sociale, secteur chômage »*. Comme l'observe le déclarant […], ces dispositions ne sauraient être comprises comme signifiant que le « travail ininterrompu » ou une « journée de travail » doit exclusivement avoir été accompli(e) pour un tel employeur, sous peine d'empêcher les *« agents statutaires dans la fonction publique »* étrangers de prouver leur intégration sociale ou leur participation économique par leur travail au sein d'une administration (belge ou européenne - cf. ci-dessus), alors que ceux-ci sont expressément visés par les dispositions légales et réglementaires applicables[28]. L'article 1er, § 2, 7, du Code de la nationalité belge et les dispositions auxquelles il renvoie ne servent qu'à préciser le décompte des journées de travail du déclarant ou candidat belge, mais ils ne concernent pas le statut de son employeur (au sens large) au regard de la sécurité sociale belge. Autrement dit, ces dispositions n'ont pas pour objet d'exiger que l'employeur (au sens large) soit assujetti à la sécurité sociale belge.

Comme indiqué ci-dessus, l'article 7, 4°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 exige que la démonstration qu'un *« agent statutaire dans la fonction publique » « a travaillé de manière ininterrompue au cours des cinq dernières années* [précédant sa déclaration de nationalité] *»* - et donc la démonstration de son intégration sociale - soit apportée par *« la preuve de sa nomination définitive accompagnée d'attestation(s) délivrée(s) par le service compétent de l'administration publique »*. Or, le déclarant produit une attestation de la Direction générale des ressources humaines de la Commission européenne, datée du 20 décembre 2017 et indiquant notamment que le déclarant a travaillé en qualité de *« Fonctionnaire titulaire »* depuis le *« 16/09/2004 » « à ce jour »* (pièce 5 du déclarant). Ce document émane du *« service compétent »* de la Commission européenne et atteste que le déclarant a travaillé de manière ininterrompue au cours de la période de cinq ans concernée. Il répond aux exigences précitées et démontre l'intégration sociale du déclarant à suffisance de droit.

VI. <u>Sur la preuve de la connaissance d'une langue nationale</u>

Selon l'article 1, 5°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 portant exécution de la loi du 4 décembre 2012 modifiant le Code de la nationalité belge, la connaissance d'une des trois langues nationales peut être démontrée par *« des documents attestant que l'intéressé a travaillé de manière ininterrompue au cours des cinq dernières années comme travailleur salarié et/ou comme agent statutaire nommé dans la fonction publique et/ou en tant que travailleur indépendant à titre principal. À cette fin, le demandeur produira les documents suivants: ... c) si l'intéressé est ou a été agent statutaire dans la fonction publique, il produira la preuve de sa nomination définitive accompagnée d'attestation(s) délivrée(s) par le service compétent de l'administration publique ... »*.

[26] S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2e éd., Larcier, Bruxelles, 2016, p. 250.

[27] Cf. par exemple: L. Defalque et P. Nihoul, « Chronique semestrielle de droit communautaire (1er janvier - 30 juin 2005), *J. T.*, 2005, p. 632 *(« Or, la Commission européenne est une autorité administrative ... »*).

[28] Cf. en particulier l'art. 12bis, § 1, 2°, d), quatrième tiret, du Code de la nationalité belge *(« et prouve son intégration sociale: ... ou bien en ayant travaillé de manière ininterrompue au cours des cinq dernières années comme travailleur salarié et/ou comme agent statutaire nommé dans la fonction publique et/ou comme travailleur indépendant à titre principal»*) et l'art. 12bis, § 1, 2°, e), premier tiret du même code (*« et prouve sa participation économique: soit en ayant travaillé pendant au moins 468 journées de travail au cours des cinq dernières années en tant que travailleur salarié et/ou agent statutaire dans la fonction publique»*).

En l'espèce, le déclarant produit l'attestation requise, démontrant qu'il a travaillé de manière ininterrompue au cours de la période de cinq ans concernée, comme exposé ci-dessus (point e); il prouve donc également sa connaissance d'une langue nationale à suffisance de droit.

VII. Sur la preuve de la participation économique

Le déclarant peut prouver sa participation économique en démontrant avoir *« travaillé pendant au moins 468 journées de travail au cours des cinq dernières années »* (art. 12 bis, § 1, 2°, e) du Code de la nationalité belge). Ceci ne peut *« s'établir que selon les moyens de preuves suivants: ... c) si l'intéressé est ou a été agent statutaire dans la fonction publique, il produira la preuve de sa nomination définitive accompagnée d'une ou des attestations(s) délivrée(s) par le service compétent de l'administration publique justifiant l'accomplissement d'au moins 468 journées de travail au cours des cinq dernières années précédant immédiatement le dépôt de la déclaration ... »* (art. 7, 5°, c), de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 portant exécution de la loi du 4 décembre 2012).

En l'espèce, le déclarant produit l'attestation requise, démontrant qu'il a travaillé de manière ininterrompue au cours de la période de cinq ans concernée, comme exposé ci-dessus (point e). Il s'en déduit qu'il a nécessairement accompli *« au moins 468 journées de travail »* pendant cette période. La circulaire du 8 mars 2013 concernant certains aspects de la loi du 4 décembre 2012 le confirme expressément

« si l'intéressé apporte déjà la preuve de son intégration sociale par l'accomplissement d'une activité professionnelle salariée durant les cinq années qui précèdent sa déclaration conformément à l'article 12bis, § 1er, 2°, d), CNB, il sera présumé d'office avoir effectué les 468 jours légalement requis. Le même raisonnement s'applique mutatis mutandis pour l'intéressé qui exercerait une activité indépendante durant les cinq années requises ».

Le Tribunal n'aperçoit pas pour quel motif il en irait différemment pour l' *« agent statutaire (nommé) dans la fonction publique »*.

Le déclarant prouve donc également sa participation économique à suffisance de droit.

VIII. Conclusion

Au vu de ce qui précède, l'avis négatif du procureur du Roi doit être déclaré non fondé.

Il s'impose dès lors de faire droit à la demande du déclarant, toutes les conditions légales lui permettant d'obtenir la nationalité belge étant réunies.
S'agissant d'une procédure unilatérale, il y a lieu de délaisser au déclarant ses propres dépens.

PAR CES MOTIFS

Vu les articles 4 et 9 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire;

Vu le Code de la nationalité belge;

LE TRIBUNAL DE LA FAMILLE

Déclare être régulièrement saisi;

Déclare l'avis négatif de Monsieur le procureur du Roi recevable mais non fondé;

En conséquence, dit qu'il y a lieu de faire droit à la demande d'acquisition de la nationalité belge faite en application de l'article 12 bis du Code de la nationalité belge, par:

Monsieur X,
né à […] (Royaume-Uni) le […] 1966
résidant au moment de la déclaration et actuellement à […] Bruxelles, […];
Et que l'officier de l'état civil compétent peut dès lors procéder à l'inscription de la déclaration dans ses registres;

Délaisse à Monsieur X ses propres dépens.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique de la 105ème chambre FAM du tribunal de première instance francophone de Bruxelles, tribunal de la famille,
le 08-05-2018

où étaient présents et siégeaient:

M. Th. Delvaux, juge unique,
M. M. Gharbi, greffier.

RECHTSLEER/DOCTRINE

Isabelle Bambust, Jan De Meyer, Valerie De Ruyck, Sarah Den Haese, Laura Deschuyteneer, Erinda Mehmeti en Jinske Verhellen (Universiteit Gent) – Cross-Border Proceedings in Family Law Matters before National Courts and the CJEU: National Report Belgium

Dit nationaal rapport maakt deel uit van de resultaten van het onderzoeksproject 'Cross-Border Proceedings in Family Law Matters before National Courts and CJEU'. Het project werd gefinancierd door de Europese Commissie (2016-2018) en gecoördineerd door het T.M.C. Asser Instituut, in samenwerking met het Internationaal Juridisch Instituut (IJI), de Universiteit Gent, de Universiteit Utrecht en de Universiteit van Valencia.

Het project streeft ernaar bij te dragen tot de correcte en consistente implementatie en de verdere verbetering van de 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. Deze Verordening wordt in het rapport aangeduid als de "Brussels IIa Regulation". De resultaten van het project zijn terug te vinden in een gids voor de toepassing van de Verordening. Deze gids bestaat uit de analyse van de bepalingen van de Verordening, de nationale rapporten van alle EU-lidstaten over de toepassing van de Verordening, de relevante rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU en de doctrine. Het onderzoek resulteerde tevens in aanbevelingen voor de herziening van de Verordening en een tabel met een overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Voor meer informatie over het project en toegang tot de onderzoeksresultaten kan u terecht op de website van het Asser Instituut.

In het kader van dit project stelden de onderzoekspartners een vragenlijst op over de toepassing van de Verordening in de EU-lidstaten. Deze vragenlijst werd aan de nationale rapporteurs overgemaakt. Het Instituut voor Internationaal Privaatrecht aan de Universiteit Gent stelde het Belgische rapport op, onder wetenschappelijke supervisie van prof. Jinske Verhellen. Los van de verwerking van dit rapport in het kader van het onderzoeksproject, menen we dat de integrale publicatie ervan in dit tijdschrift interessant kan zijn voor Belgische rechtspractici. Onderstaande tekst betreft het rapport zoals het werd ingediend bij de onderzoekspartners op 12 oktober 2016.

****

Le présent rapport national fait partie des résultats du projet de recherche '*Cross-Border Proceedings in Family Law Matters before National Courts and CJEU*'. Ledit projet fut financé par la Commission européenne (2016-2018) et coordonné par le *T.M.C. Asser Instituut*, en collaboration avec l'*Internationaal Juridisch Instituut* (IJI), l'Université de Gent, l'Université de Utrecht et l'Université de Valencia.

Le projet veut contribuer à une amélioration continue et à une implémentation correcte et cohérente du Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000. Ce Règlement est mentionné dans le rapport comme le "Brussels IIa Regulation". Les résultats du projet se trouvent dans un guide pratique pour l'application dudit Règlement. Ce guide contient une analyse des dispositions du

Règlement, les rapports nationaux de tous les États membres de l'UE concernant l'application du Règlement, la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'UE, et la doctrine. La recherche mena également à des recommandations en vue d'une révision du Règlement et à un tableau contenant un aperçu de la jurisprudence de la Cour de justice. Afin d'obtenir de plus amples informations en ce qui concerne le projet et l'accès aux résultats de recherche, vous n'hésiteriez pas à consulter la page web de l'*Asser Instituut*.

Dans le cadre de ce projet les partenaires de recherche produisaient un questionnaire quant à l'application du Règlement dans les différents États membres de l'UE. Ce questionnaire a été communiqué aux rapporteurs nationaux. L'Institut du droit international privé de l'Université de Gent rédigeait le rapport belge sous la supervision scientifique du Prof. Jinske Verhellen. Ce dernier rapport ayant été bel et bien incorporé dans le cadre du projet de recherche, sa publication intégrale dans la présente revue nous semble quand même intéressante pour les praticiens du droit belges. Le texte suivant représente donc le rapport comme il a été transmis le 12 octobre 2016 aux partenaires de recherche.

GENERAL ISSUES REGARDING BRUSSELS IIa REGULATION

1. Have the courts in your jurisdiction encountered difficulties because there is no definition of 'habitual residence' and other jurisdictional grounds in the Brussels IIa Regulation, both in relation to matrimonial matters and parental responsibilities?

The Belgian courts often have to define the habitual residence of the parties concerned, both in matrimonial matters and matters on parental responsibility. Case law shows that courts always take several factual circumstances into account, as illustrated by the following cases.

The Court of Appeal of Brussels had to establish the place of habitual residence of the wife in a divorce proceeding. The (ex-)husband claimed that the Belgian courts had no jurisdiction since the habitual residence of the wife was not in Belgium (Article 3,a Brussels IIa Regulation). Taking into account the case law of the CJEU[1] and the factual circumstances of the case, the Brussels Court of Appeal came to the conclusion that the wife's habitual residence was located in Belgium. The court of appeal referred to the fact that (i) the wife was registered in the Belgian population register since May 2012, (ii) she had travelled from Abu Dhabi to Brussels on 11 June 2011, (iii) she had applied for a (temporary) job as a doctor in Belgium for the period July 2011 until September 2011, (iv) in December 2011 and from April until June 2012 she had worked in Belgium and that (v) in December 2011 she had signed a contract to rent a house in Belgium. The court of appeal also took into account (vi) the bank statements of the wife. These documents showed that in the months before the procedure was initiated, the woman had purchased things in Belgium and made several payments in Belgium. The fact that the women had travelled to India twice and had stayed in Amsterdam for a short period didn't affect her place of habitual residence.[2]

In a case concerning the parental responsibility of a child, the Court of Appeal of Liège considered as relevant facts to define the habitual residence of a child: the place where the children live, the place where they go to school and undertake their extra-curricular activities.[3]

[1] CJEU 2 April 2009, No. C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, *A*.
[2] Court of Appeal Brussels 25 June 2013, *Revue@dipr.be* 2013/3, 59-73.
[3] Court of Appeal Liège 29 June 2010, *Actualités du droit de la famille* 2011, 94-96.

2. Has the CJEU case law provided sufficient guidance when the courts in your jurisdiction encountered difficulties in applying the Brussels IIa Regulation?

Question 1 above and questions 6, 10 and 32 below discuss how the CJEU case law is applied by the Belgian courts.

3. Have the courts in your jurisdiction encountered difficulties in applying the definitions in Article 2(1)-(6)?

No published case law reveals any difficulties in the application of the definitions in Article 2(1)-(6) of the Brussels IIa Regulation.

4. What would be advantages and disadvantages of inserting a new provision in the revised Brussels IIa Regulation relating to out-of-court dispute settlement mechanism in cases of parental responsibility?

-

5. Taking into consideration the practice/experience/difficulties in applying the Brussels IIa Regulation in your jurisdiction, what are suggestions for improvement?

We refer to the suggestions discussed in the excellent article of two Belgian legal scholars, Kruger and Samyn.[4]

MATRIMONIAL MATTERS

I. Scope of application with respect to international jurisdiction

6. Are there problems with the application of articles 6 and 7 in your jurisdiction when determining the scope of application *ratione personae*? Does the reasoning of the CJEU in the *Sundelind Lopez*-judgment offer sufficient guidance in that respect?

The published case law does not indicate any difficulties in applying Articles 6 and 7. However, as Article 3 offers a great variety of grounds of jurisdiction, residual jurisdiction grounds only play a marginal role.

Belgian courts pay generally little attention to international jurisdiction by usually expressing their reasoning in this regard in just a few lines. Therefore, it is not clear whether courts give attention to the reasoning of the CJEU in the *Sundelind Lopez*-judgment. There is no published case law which explicitly refers to the *Sundelind Lopez*-judgment. Nevertheless, it is clear that most judges (implicitly) apply Articles 6 and 7 correctly. Most courts first check whether Articles 3-5 Brussels IIa Regulation lead to jurisdiction in a Member State. Only if this is not the case, they apply the national PIL rules.

The scope of Article 6 has been discussed in legal doctrine. Some authors argue that Article 6 only excludes national jurisdiction rules when a defendant is sued in another Member State than the state of his habitual residence or nationality.[5] Others suggest that no national jurisdiction rule can be applied

[4] T. Kruger and L. Samyn, "Brussels IIbis: successes and suggested improvements", *Journal of Private International Law* 2016, Vol. 12, issue 1, 132-168.

[5] J.-Y. Carlier, S. Francq and J.-L. Van Boxstael, "Le règlement de Brussel II – compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale", *Journal des tribunaux – Droit européen* 2011, 78-79, nr. 18-20.

whenever a defendant has the nationality of a Member State or has his habitual residence in a Member State.[6] The matter seems not to have led to any disputes in Belgian case law.

7. Was there a problem in your jurisdiction because the concept of marriage is not defined in the Brussels IIa Regulation? Brussels IIa Regulation does not determine whether the concept of marriage has to be interpreted autonomously according to the Regulation or according to the national laws of the Member States – how the concept of marriage has been interpreted in your jurisdiction? Do the courts in your jurisdiction apply the Brussels IIa Regulation to same-sex marriages and to legal relationships other than marriage (same-sex and/or opposite-sex)?

Legal doctrine agrees that the concept of marriage should be interpreted autonomously. The concept does not pose considerable difficulties, except for the application to same-sex marriages. Most authors see it as an unresolved matter, although some exclude same-sex marriages.[7]

Case law has handled two difficulties in connection to the concept of marriage in the regulation:
1) The Court of First Instance of Mechelen handled a case on the Dutch 'flash divorce' ('flitsscheiding'), i.e. proceedings whereby a marriage had first been transformed into a registered partnership, after which the partnership had been terminated. According to the court, the Brussels IIa Regulation does not apply to a 'flitsscheiding', not to the transformation of a marriage into a registered partnership, nor to the partnership or its dissolution.[8] We will come back to this case later on (question 15).
2) The Courts of First Instance of Brussels[9] and Arlon[10] handled cases on same-sex marriages. Both courts looked at the provisions of the Brussels IIa Regulation, without giving attention to the question whether the Regulation applies to same-sex marriages. After the courts determined that the regulation did not grant them international jurisdiction, they both recoursed to the *forum necessitatis* of Article 11 Belgian Code of PIL. The court of Arlon set aside the fact that Article 3 Brussel IIa Regulation granted international jurisdiction to French courts. It argued that France did not accept same-sex marriages and therefore would not grant a divorce. The court of Arlon thus applied the Brussel IIa Regulation in order to only check whether the Regulation gave jurisdiction to the courts of a Member State that actually recognizes same-sex marriages. As this was not the case, the court applied national jurisdiction rules, provided for in the Belgian PIL Code.

8. Is there a possibility for a choice of forum for spouses in your jurisdiction?

Belgian case law does not accept freedom of forum choice in divorce matters. The Belgian PIL Code does not contain any specific provision on choice of forum in divorce matters (while Article 55 Belgian PIL Code regulates choice of law in divorce matters).[11]

---

[6] See I. Curry-Summer, in I. Couwenberg, A. Hansebout and L. Vanfraechem, *Duiding Internationaal Privaatrecht*, Brussels, Larcier, 2014, 303.
[7] M. Pertegás Sender, "The impact and application of the Brussels IIbis Regulation in Belgium", in K. Boele-Woelki and C. Gonzalez Beilfuss (eds.), *Brussels IIbis: its impact and application in the member states*, Intersentia, 2007, 64-65; W. Pintens, "Marriage and Partnership in the Brussels IIa Regulation" in J. Erauw, V. Tomljenovic and P. Volken (eds.), *Liber Memorialis Peter Sarcevic. Universalism, Tradition and the Individual*, München, Sellier, 2006, 335-344; P. Wautelet, "Private International Law Aspects of Same-sex marriages and partnerships in Europe – Divided we stand?" in K. Boele-Woelki and A. Fuchs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe: national, cross-border and European perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2012, 159 et seq.
Includes same-sex marriages: F. Swennen, "Atypical families in the EU (private international) family Law" in J. Meeusen, M. Pertegas, G. Straetmans and F. Swennen (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerp, Intersentia, 2007, 396.
[8] Court of First Instance Mechelen 12 January 2006, *Echtscheidingsjournaal* 2006, 153.
[9] Court of First Instance Brussels 19 June 2013, *Revue@dipr.be* 2013/4, 70.
[10] Court of First Instance Arlon 20 November 2009, *Revue trimestrielle de droit familial* 2012, 696.
[11] This national provision has in the meantime been superseded by the Rome III Regulation.

9. Is there a provision on *forum necessitatis* in your jurisdiction?

Article 11 of the Belgian PIL Code contains a provision on *forum necessitatis*:

> "*Notwithstanding the other provisions of the present statute, the Belgian courts will exceptionally have jurisdiction when the matter presents close connections with Belgium and proceedings abroad seem impossible or when it would be unreasonable to demand that the action be brought abroad.*"

The *forum necessitatis* is part of the Code's general provisions on international jurisdiction. It can be used when a case shows a sufficient connection with Belgium.

In four cases, courts used Article 11 Belgian PIL Code to find jurisdiction in matters of divorce. In all four cases, the courts first checked Articles 3-5 of the Brussels IIa Regulation and subsequently the Belgian national PIL rules on divorce matters, before turning to the exceptional *forum necessitatis*. Two cases were about same-sex marriages. Both the Court of First Instance of Brussels[12] and the Court of First Instance of Arlon[13] applied Article 11 Belgian PIL Code (*forum necessitatis*). The Brussels court applied it after it had determined that neither Articles 3-5 Brussels IIa Regulation, nor the specific rules of the Belgian PIL Code led to jurisdiction. In the case handled by the court of Arlon, application of Article 3 Brussels IIa Regulation led to jurisdiction of the French courts. However, as France did not recognize same-sex marriages, the court of Arlon argued that French courts would not handle the case, so that the court took up competence under Article 11 Belgian PIL Code.
The Court of First Instance of Brussels also applied Article 11 Belgian PIL Code in a divorce case between a Belgian and a Chinese national.[14] The parties were married in 2001 in Singapore and separated within the year. After the separation, the husband took habitual residence in Thailand and the wife in China. In Singapore, it is not possible to get a divorce within the first three years of marriage. The husband filed for divorce in Belgium and the Brussels' court established its jurisdiction on the basis of the *forum necessitatis*.
In another case the Court of First Instance of Brussels used Article 11 Belgian PIL Code in a case between Moroccan nationals, habitually resident in Morocco. The couple never had their marital residence in Belgium.[15] The parties were divorced in Morocco, but this divorce could not be recognised in Belgium. The husband started a new divorce procedure before the Belgian court, arguing that he still had ties with Belgium and therefore, he should obtain a divorce in the Belgian legal order. The court applied Article 11 Belgian PIL Code to find jurisdiction.

II. Rules on international jurisdiction

10. Has the jurisdictional ground 'nationality' caused difficulties in applying the Regulation in your jurisdiction? Were there any problems in connection with dual nationality or change of nationality when applying the Brussels IIa Regulation? Does the reasoning of the CJEU in the *Hadadi*-judgment offer sufficient guidance?

The published case law does not indicate any difficulties in this matter. No published case law refers to the *Hadadi*-judgment.

The Belgian courts have applied the 'nationality' jurisdiction several times. The Court of Appeal of Brussels applied Article 3, 1 b Brussels IIa Regulation in a case concerning Belgian nationals having their habitual residence in the Democratic Republic of Congo.[16] The Court of First Instance of Arlon used it

[12] Court of First Instance Brussels 19 June 2013, *Revue@dipr.be* 2013/4, 70.
[13] Court of First Instance Arlon 20 November 2009, *Revue trimestrielle de droit familial* 2012, 696.
[14] Court of First Instance Brussels 9 December 2011, *Revue trimestrielle de droit familial* 2012, 364.
[15] Court of First Instance Brussels 2 December 2011, *Revue trimestrielle de droit familial* 2012, 359.
[16] Court of Appeal Brussels 29 June 2009, unpublished.

in a divorce case of two Belgian nationals who got married in France and always had their marital residence in France.[17]

11. Please explain whether the application of alternative criteria of jurisdiction in Article 3.1 caused difficulties in your jurisdiction, such as a rush to the court or forum shopping between spouses? If so, what solutions have been suggested in the legal doctrine in your jurisdiction?

A rush to court or forum shopping is inherent to a system providing alternative jurisdiction grounds. There are Belgian cases in which the applicant had been (re)registered in the Belgian population registry shortly before filing for divorce,[18] cases of Belgian nationals married and habitually residing in Switzerland, cases of spouses that had their last marital residence in the UK etc. In all these cases (one of) the spouses clearly tried to evade stricter divorce laws (*e.g.* Italian divorce law) or disadvantageous alimony or matrimonial property rules (*e.g.* British ancillary relief or Swiss alimony rules). Also, one of the spouses regularly tries to take advantage of the lack of knowledge and/or understanding of (the details of) foreign law by filing for divorce in another country.

There are different solutions to minimize the risk of forum shopping. Two Belgian authors propose not to replace the current list of alternative jurisdiction grounds. They suggest that a 'choice of forum'-rule would be able to prevent a rush to court, possibly combined with a priority of *fora* based on habitual residence over the forum based on nationality.[19]

12. Should a recast include a hierarchical list of jurisdictional grounds?

This question has not been subject of profound legal research in Belgium.

13. Should a recast include a choice of forum? Please explain why or why not. What is the prevailing view in legal literature in your jurisdiction on this matter?

Legal doctrine regrets the lack of a 'choice of forum'-provision in the Brussels IIa Regulation. It is suggested to insert a provision allowing choice of forum, as it gives the parties additional control and helps to prevent rush to the court.[20]

However, it remains unclear whether parties would actually make a choice of forum, if it were allowed. Article 55 Belgian PIL Code - in the meantime superseded by the Rome III Regulation - allowed spouses to make a choice of law in divorce matters. Research showed that only few spouses have used this possibility.[21]

14. Should a recast include a *forum necessitatis*? Please explain why or why not. What is the prevailing view in legal literature in your jurisdiction on this matter?

The absence of a *forum necessitatis* in the Brussels IIa Regulation does not pose any problems in Belgium, as Article 11 Belgian PIL Code provides for a general *forum necessitates* which can be applied

[17] Court of First Instance Arlon 12 December 2008, *Revue trimestrielle de droit familial* 2009, 728.
[18] Court of First Instance Brussels 2 February 2011, *Actualités du droit de la famille* 2011, 96.
[19] T. Kruger and L. Samyn, "Brussels IIbis: successes and suggested improvements", *Journal of Private International Law* 2016, Vol. 12, issue 1, (132) 142-143.
[20] T. Kruger and L. Samyn, "Brussels IIbis: successes and suggested improvements", *Journal of Private International Law* 2016, Vol. 12, issue 1, (132) 142-143.
[21] J. Verhellen, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk* (The Belgian PIL Code in family matters: Field-test research of legislative intentions and the actual practice of courts and administrations), Brugge, die Keure, 2012, 183-199.

if no other provision leads to jurisdiction. The Belgian courts have applied the Belgian *forum necessitates*-rule on several occasions (see above, question 9).

Legal doctrine has not discussed the lack of *forum necessitatis* in the Regulation profoundly. However, as the *forum necessitatis* has shown its importance in Belgian case law, one could argue that it should be inserted in the Regulation.

III. Recognition

15. Please explain which decisions – apart from judicial, and taking into account non-judicial or religious divorce decisions - fall under the scope of the recognition regime in your country, in particular in the perspective of the CJEU case C-281/15 (*Sahyouni v. Mamisch*)

The existing case law does not indicate such decisions falling under the scope of the Regulation.

In this regard, reference could be made to a decision of the Court of First Instance of Mechelen that did not apply the Brussels IIa Regulation for the recognition of a Dutch 'flash divorce' ('flitsscheiding'). This type of divorce entails two steps: (1) the conversion from the marriage to a registered partnership; (2) the termination of the registered partnership. There is no involvement of a judge in this type of procedure. The court decided that the recognition of the authentic deed of the notary was not a question of recognition of a divorce, but a question of recognition of termination of a registered partnership. The judge therefore did not apply Brussels IIa.[22] This type of divorce is no longer possible in the Netherlands.[23]

16. In general, have there been difficulties in applying Sections 1 and 2 of the Brussels IIa Regulation as far as the recognition of decisions in matrimonial matters is concerned?

The existing case law does not indicate any difficulties in applying these provisions.

17. If there were cases in which the recognition of judgments was refused in your jurisdiction, which grounds were mainly relied upon to refuse the recognition in matrimonial cases? Please explain.

There is no case law available where the recognition was refused.

18. To what extend the grounds for refusing the recognition of judgments of non-EU Member States in matrimonial cases provided in you national law differ from the grounds under Article 22 of the Brussels IIa Regulation?

The grounds for refusal of recognition of judicial decisions or authentic instruments from non-EU States or Denmark can be found in the Belgian PIL Code. A different recognition regime is applied for foreign judicial decisions (Articles 22 and 25 of the PIL Code) and for foreign authentic instruments (Article 27 of the Belgian PIL Code). Depending on the foreign document, also different grounds of refusal apply. In general we can say that there are more grounds of refusal in the Belgian PIL Code than provided in the Brussels IIa Regulation.

[22] Court of First Instance Mechelen 12 January 2006, *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht* 2008, 62.

[23] Dutch Act of 28 November 2008 (Wet van 27 november 2008 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met het bevorderen van voortgezet ouderschap na scheiding en het afschaffen van de mogelijkheid tot het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding)).

For the recognition of judicial decisions the grounds of refusal are to be found in Article 25, § 1 of the Belgian PIL Code. They are the following:

1° the result of the recognition or enforceability would be manifestly incompatible with public policy; upon determining the incompatibility with the public policy special consideration is given to the extent in which the situation is connected to the Belgian legal order and the seriousness of the consequences, which will be caused thereby.

This ground of refusal is the same as under Brussels IIa, but it is specifically mentioned that there should be a connection to the Belgian legal order and the violation of public policy lays in the seriousness of the consequences of recognition.

2° the rights of the defense were violated;

This ground of refusal is more broadly expressed than Article 22(b) Brussels IIa.

3° in a matter in which parties cannot freely dispose of their rights, the judgment is only obtained to evade the application of the law designated by the present statute;

This ground is not specifically provided for in Brussels IIa.

4° according to the law of the State where the judgment was rendered and without prejudice to Article 23, §4, the judgment would still be subject to an ordinary recourse in the said State;

This ground is not specifically provided for in Brussels IIa.

5° the judgment is irreconcilable with a Belgian judgment or an earlier foreign judgment that is amenable to recognition in Belgium;

This corresponds to Articles 22(c) and (d) Brussels IIa, although it is not specifically stated in the Belgian law that it has to be between the same parties.

6° the claim was brought abroad after a claim which is still pending between the same parties and with the same cause of action was brought in Belgium;

7° the Belgian courts had exclusive jurisdiction to hear the claim;

8° the jurisdiction of the foreign court was based exclusively on the presence of the defendant or the assets located in the state of such court, but without any direct relation with the dispute; or;

9° the recognition or enforceability would be contrary to the grounds for refusal provided for in Articles 39, 57, 72, 95, 115 and 121.

These grounds differ from the ones under Brussels IIa.

Article 25, § 2 determines that under no circumstances the foreign judgment will be reviewed on the merits. Such review on the merits is both for judicial decisions as for authentic instruments not possible under Brussels IIa (Articles 24-26 and Article 46 Brussels IIa).

For the recognition of authentic instruments through Article 27 of the Belgian PIL Code the following grounds of refusal apply:

- If the validity is not established in accordance with the law applicable by virtue of the present statute. Through this provision it is necessary to look to the applicable law according to the Belgian PIL Code ('*contrôle de la loi applicable*') and assess if the result obtained in the authentic instruments corresponds to the result that would be obtained by applying that law. In this respect the Belgian recognition regime for authentic instruments has a review of the substance of the foreign act, unlike the Brussels IIa regime (Articles 24-26 and Article 46 Brussels IIa).
- A manifest violation of public policy (refers to Article 21 of the Belgian PIL Code).
- Evasion of law (refers to Article 18 of the Belgian PIL Code).

Besides the public policy exception, these grounds for refusal are different from the ones provided for in Brussels IIa.

Special notice should be given here to Article 57 of the Belgian PIL Code that has specific refusal grounds for the recognition of repudiations. When only the husband has the right to repudiation and the dissolution of the marriage happened unilateral, there is a presumption that this form of divorce cannot be recognised in Belgium (Article 57, § 1). Recognition is only possible when the following criteria are met (Article 57, § 2):

1° the deed has been approved and sanctioned by a judge in the State of origin,
2° at the time of the court approval neither of the spouses had the nationality of a State of which the law does not know this manner of marriage dissolution;
3° at the time of the court approval neither of the spouses had their habitual residence in a State of which the law does not know this manner of dissolution;
4° the wife has accepted the dissolution in an unambiguous manner and without coercion
5° none of the grounds of refusal provided for in Article 25 (= general recognition rules) prohibits the recognition.

PARENTAL RESPONSIBILITY

I. Scope of application

19. Have the courts in your jurisdiction encountered difficulties in the interpretation and application of the definitions in Article 2(7)-(10) Brussels IIa Regulation (the terms 'parental responsibility', 'holder of parental responsibility' , 'rights of custody' and 'rights of access')? If yes, how are these problems dealt with?

The Belgian case law does not reveal any difficulties relating to the interpretation of the terms 'parental responsibility', 'holder of parental responsibility', 'right of custody' and 'rights of access'. However some clarifications of the terms appear in Belgian case law.

The Supreme Court of Belgium held that according to Article 1,1 and 2 of the Brussels IIa Regulation, the Regulation applies to all civil cases concerning the attribution, exercise, delegation, restriction or termination of parental responsibility, regardless the nature of the court. Furthermore, the Court stated that the fact that a specific issue of parental responsibility is part of public law according to the domestic law, does not preempt the application of the Brussel IIa Regulation when the measure taken relates to entrust the minor to one of his parents.[24]
The Court of Appeal of Brussels applied Article 12.3 Brussels IIa Regulation to a case concerning a Moroccan kafala. The father of a child living in Morocco gave the guardianship of his child to his older daughter by kafala. His older daughter, who had Belgian nationality and lived in Belgium, could not obtain the recognition of the kafala in Belgium. Therefore the father agreed to make his older daughter the custodian of his younger daughter. The sanction of the agreement of unofficial guardianship was brought before the Belgian court. The court held that an agreement of custodianship ('tutelle officieuse') concerns the parental responsibility and applied Article 12.3 Brussels IIa Regulation to establish jurisdiction for the Belgian court.[25]
In a case where a grandmother claimed a right of access with her grandchildren, the same Court of Appeal of Brussels held that since the case related to parental responsibility and rights of access, it fell within the scope of the Brussels IIa Regulation. The Court decided that it had jurisdiction to hear the case based on Article 8 IIa Regulation, since the children had their habitual residence in Belgium at the moment the court was seized.[26]
The Court of First Instance of Brussels held that all modalities of the right of custody and of the housing of the children fall within the scope of parental responsibility under Brussels IIa.[27]

[24] Cour de Cassation 21 November 2007, *Revue@dipr.be* 2008/1, 78.
[25] Court of Appeal Brussels 28 November 2006, *Revue trimestrielle de droit familial* 2008, 90.
[26] Court of Appeal Brussels 4 April 2007, *Revue trimestrielle de droit familial 2008,* 508.
[27] Court of First Instance Brussels (kortgeding) 30 May 2007, *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles* 2008, 845.

20. Does the absence of the definition of the term 'child' in Brussels IIa Regulation give rise to legal uncertainty or other problems in your jurisdiction? If yes, how are these problems dealt with?

The absence of the definition of the term 'child' in Brussels IIa Regulation has not been an issue in court rulings in Belgium. Under Belgian law, a definition of the term 'child' can be found in Article 388 of the Civil Code. Article 388 Belgian Civil Code defines a minor child as any person younger than 18 years old. This article is applicable in all family matters.

21. Are there cases in which the courts determined jurisdiction in reliance on national rules on jurisdiction within the meaning of Art.14 of the Brussels IIa Regulation?

In a dispute on the rights of custody and the residence of the children (introduced before the entry into force in Belgium of the 1996 Hague Convention), the Court of Appeal of Brussels held that it lacked jurisdiction under Brussels IIa since the children were habitually resident in Niger. The court therefore found that based on Article 14 Brussels IIa Regulation, Belgian PIL established the jurisdiction. Since both children had the Belgian nationality at the moment the case was brought before the Belgian court, the court stated that it had jurisdiction according to Article 33 and Article 32 Belgian PIL Code.[28] According to these Articles 33 and 32 the Belgian courts have jurisdiction to hear actions regarding the parental authority or guardianship if the children are Belgian at the moment the action was introduced.

In another case of 25 June 2013 the Brussels Court of Appeal confirmed this ruling. The court ruled that, since the children were not habitually resident in a Member State of the European Union at the moment the divorce proceedings were instituted and since one party rejected jurisdiction on Article 12 Brussels IIa, neither Article 12 Brussels IIa nor Article 8 Brussels IIa led to jurisdiction under Brussels IIa and therefore Belgian PIL should be applied according to Article 14 Brussels IIa. The Court established its jurisdiction based on Articles 33 and 32 Belgian PIL Code.[29]

In a later case, the Court of Appeal of Brussels rejected the application of Article 14 Brussels IIa and therefore the application of the Belgian PIL Code. The mother had initiated divorce proceedings in Belgium against the father living in Belgium. The mother also lodged a claim to obtain a modification of the custody regime, which she later decided to withdraw. The father introduced a counterclaim to obtain primary custody of their only child. The child had habitual residence with his mother in the USA. The mother contested the international jurisdiction of the Belgian courts, based on Article 14 Brussels IIa. The court however established jurisdiction on the basis of Article 12 Brussels IIa. The court held that the child had a substantial connection with Belgium and that the mother expressly accepted the jurisdiction of the Belgian courts before by initiating proceedings before the Belgian courts.[30]

22. Is there a provision on *forum necessitatis* in your jurisdiction?

The general provisions on international jurisdiction in the Belgian PIL Code contain a provision on "*forum necessitatis*" (see question 9).
There is no published case law available on the use of the *forum necessitatis* in relation to parental responsibility proceedings.

[28] Court of Appeal Brussels 16 May 2012, *Revue trimestrielle de droit familial 2008,* 829.
[29] Court of Appeal Brussels 25 June 2013, *Revue@ipr.be* 2013, 59.
[30] Court of Appeal Brussels 16 December 2013, *Actualités du droit de la famille* 2015, 55.

II. Jurisdiction

23. Have the courts in your jurisdiction encountered difficulties in applying the rule on general jurisdiction in Article 8 of the Brussels IIa Regulation?

Some difficulties appear from case law.
The first one is the situation where an appeal is lodged against the ruling of the court of first instance. The court of appeal, when examining the child's habitual residence issue, is faced with the dilemma of determining it taking into account the circumstances existing at the time of initial proceedings or at the time of the appeal. The Court of Appeal of Ghent chose the first option.[31]
The second issue relates to the interpretation of the *perpetuatio fori* principle. The question arises if the court, after already issuing a ruling regarding parental responsibility for a child, remains competent under Article 8 to hear future disputes on the matter when the habitual residence of the child has changed. In the Belgian law[32] we have the so called 'continuous' jurisdiction which gives the same court the competence to revise its own ruling in the light of new circumstances. Does Article 8 allow Belgian courts to still exercise jurisdiction when the child moves to another Member State after the court already issued a ruling on the matter? Or should they consider that the initial proceedings terminated and the new proceedings should be started before the court of the Member States where the child has his current habitual residence? The Supreme Court has opted for the first solution in a case where the child had legally moved from Belgium to Germany with his father.[33] It ruled that the lower court should not have taken into consideration the changing of the habitual residence and should therefore regard itself competent to hear the case. This reasoning was followed by Court of Appeal in Brussels in another case where the child had been legally removed from Belgium to Luxemburg based on the ruling of the court of first instance.[34]

24. Is Article 9 frequently applied in your jurisdiction? Are there any problems in applying this provision (e.g. in determining the relevant date of the child's departure)?

Even though Article 9 has not been applied often by the courts, the existing case law so far doesn't indicate any difficulties in its application. In the limited number of cases where it has been invoked, the court has simply explained why this article was not applicable or relevant in the particular context of the case.
The Court of First Instance of Brussels, for example, concluded that Article 9 could not be applied in one particular case since the child had been moved illegally from one Member state to another.[35] The Court of Appeal of Ghent upheld in the same way that Article 9 is only applicable when the child legally moves from one Member State to another.[36] In another case the court emphasized that Article 9 serves to examine the jurisdiction of the court on the day it was seized, while in the particular case that had happened before the lawful move of the child.[37] The three months period has also been confirmed as being an important condition for the application of Article 9.[38]

[31] Court of Appeal Ghent 10 December 2009, *Revue@dipr.be* 2010/1, 64.
[32] Article 1253ter/7 Belgian Civil Code of Procedure.
[33] Cour de Cassation 21 November 2007, *Revue trimestrielle de droit familial* 2008, 176.
[34] Court of Appeal Brussels 11 March 2013, *Revue@dipr.be* 2013/2, 40.
[35] Court of First Instance 17 November 2011, *Actualités du droit de la famille* 2011/10, 222.
[36] Court of Appeal Ghent 6 November 2008, *Revue@dipr.be* 2010/1, 83.
[37] Court of Appeal Brussels 11 March 2013, *Revue@dipr.be* 2013/2, 40.
[38] Court of Appeal Ghent 5 September 2005, *Revue@dipr.be* 2005/3, 26.

25. Please explain how Article 12 is applied in your jurisdiction and whether any problems occurred in its application (e.g. with regard to the hearing of the child)? If relevant, please reflect on the condition 'at the time the court is seized' and to cases in which the court declined jurisdiction.

The conditions for the application of this article have been applied several times by the courts in Belgium.
In different cases the condition of 'unequivocal acceptance' has been clarified. The Court of Appeal in Brussels stated for example that the appearance in court of the parents without challenging the jurisdiction of the court could be regarded as 'clear and unequivocal acceptance' of this jurisdiction.[39] In another case the court confirmed that it is the parties to the proceeding that need to accept the jurisdiction. The fact that the public prosecutor had challenged the court's jurisdiction was not relevant for the purpose of Article 12.[40] In several other cases there was no agreement between the parties.[41] There is no case law available where the lack of acceptance 'at the time the court was seized' was at stake, requiring the court to decline jurisdiction.
When applying this article the courts have been facing a real challenge in assessing whether or not the exercise of jurisdiction is 'in the interest of the child'. In one case it was simply reasoned by the court that the jurisdiction was in the interest of the child since the parents were residing in Belgium and the child and the father had the Belgian nationality.[42] In another case the same court tried first to determine whether any other court could exercise jurisdiction.[43] In a case before the Court of Appeal of Antwerp the court explained that exercising jurisdiction on the ground of Article 12 was not in the best interest of the child since the child had always lived in Germany.[44]
The existence of a 'substantial connection' has also been assessed by the courts. In one case a court accepted that the fact that members of the child's family lived in Belgium and had the Belgian nationality was sufficient to prove the existence of such a connection.[45]

26. Is in your jurisdiction the ground for jurisdiction in Article 13 used with regard to refugee children? Is the definition of 'refugees' in the UN Convention on the Status of Refugees (1951) relied upon in this respect?

There is no case law available on the application of Article 13.

27. When Article 15 was applied in your jurisdiction was it mainly as an outgoing- or incoming transfer?

In general, courts in Belgium do not hesitate to apply Article 15 on their own motion. The application of this article is mainly done as an outgoing transfer where the courts establish that another court is better placed to hear the case.[46] But there have also been cases where the Belgian court, after coming to the conclusion that it did not have jurisdiction based on Article 8, stated that it was better placed to hear the case than the courts in the country where the child had his habitual residence.[47]

---

[39] Court of Appeal Brussels 28 November 2016, *Revue trimestrielle de droit familial* 2007, 223.
[40] Court of Appeal Brussels 28 November 2006, *Revue trimestrielle de droit familial* 2008, 90.
[41] Court of Appeal Brussels 25 June 2013, *Revue@dipr.be* 2013/3, 59 and Court of Appeal Brussels 21 June 2012, *Revue trimestrielle de droit familial* 2013, 263.
[42] Court of Appeal Brussels 6 April 2006, *Revue trimestrielle de droit familial* 2007, 22.
[43] Court of Appeal Brussels 28 November 2006, *Revue trimestrielle de droit familial* 2008, 90.
[44] Court of Appeal Antwerp 12 January 2011, *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht* 2001, 341.
[45] Court of Appeal Brussels 28 November 2006, *Revue trimestrielle de droit familial* 2008, 90.
[46] Court of Appeal Brussels 4 April 2007, *Journal des tribunaux* 2007, 623; Court of Appeal Brussels 21 February 2008, *Revue trimestrielle de droit familial* 2008, 515 and Court of Appeal Brussels 27 June 2011, *Revue trimestrielle de droit familial* 2012, 653.
[47] Court of Appeal Brussels 21 June 2012, *Revue trimestrielle de droit familial* 2013, 263, comment by C. Henricot, "Litispendance et compétence internationale en matière de responsabilité parentale".

The various conditions laid down in Article 15 have been explained and implemented in several cases before the Belgian courts.[48]
First the courts have examined whether courts of other Member States were better placed to hear the case. In a case where the living circumstances of the child needed to be inspected, the court stated that the courts of the State where the child was actually living were better placed to hear the case.[49] The opposite conclusion was reached in another case where the child had moved from Belgium to Germany during the proceedings. The court found that the courts in Germany were not better placed to hear the case considering that the Belgian court had already ordered provisional measures and the hearing of the child by an expert.[50]
When assessing whether the other courts are 'better placed to hear the case', the courts have taken into account the best interest of the child. For the best interest of the child test, Belgian courts have bared in mind different relevant aspects such as the possibility for the court seized to gather information on the child's situation.[51]
With regard to the particular connection condition, the courts have noted in different cases that such a connection existed independently of the time spent in the other country. In one case the children had been living in the other country only for a few months, but they went to school there and had made friends and thus had already created social links which indicated the existence of a particular connection.[52] While in another case before the same court the child had been living in the other country for two years already and this demonstrated the existence of a particular connection.[53]
In the well-known *baby D* surrogacy case, the Court of Appeal of Ghent has dealt with the acceptance condition. According to this condition a transfer made by the court on its own motion must be accepted by at least one of the parties. In this case the habitual residence of the child was in The Netherlands. It was not disputed that the Dutch courts had jurisdiction on the basis of Article 8 Brussels IIa. Nevertheless, the Belgian Juvenile Court of Oudenaarde asked the Dutch Juvenile Court of Utrecht to transfer the case according to Article 15 Brussels IIa. It was of the opinion that the Belgian courts were better placed to hear the case. The Court of Appeal of Ghent ruled that the transfer was not done according to the conditions of Article 15 as it had not been accepted correctly by at least one of the parties to the proceedings. In this case the Dutch Council for Child Protection ('Raad voor Kinderbescherming') had agreed to the referral through a letter which was sent 'after' the court decision referring the case. The Court of Appeal of Ghent was of the opinion that this acceptance was not valid. Consequently the Belgian courts referred the case back to the courts in The Netherlands.[54]

[48] In some cases the courts reached their ruling without discussing the best interest of the child or whether the other courts were better placed to hear the case. For example: Court of Appeal Brussels 11 March 2013, *Revue@dipr.be* 2013/2, 40.
[49] Court of Appeal Brussels 4 April 2007, *Journal des tribunaux* 2007, 623.
[50] Court of First Instance Eupen 9 December 2005, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles* 2006, 1331.
[51] Court of Appeal Brussels 4 April 2007, *Revue trimestrielle de droit familial* 2008, 505. In this case, it was difficult for the court seized to obtain the required information. Therefore, the other court was better placed to hear the case.
[52] Court of Appeal Brussels 4 April 2007, *Revue trimestrielle de droit familial* 2008, 508.
[53] Court of Appeal Brussels 21 February 2008, *Revue trimestrielle de droit familial* 2008, 515, comment by C. Henricot, "Le méchanisme de renvoi dans l'article 15 du règlement Bruxelles IIbis".
[54] Court of Appeal of Ghent 5 September 2005, *Revue@dipr.be* 2005/3, 26.
For a critical comment, see T. Kruger, "Kinderhandel: welke rechters moeten/mogen de zaak horen?", *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht* 2006, 171-174.

28. Should a recast include a *forum necessitatis* or it is not needed because provisions of Articles 13 and 14 provide for a sufficient coverage? Please explain why or why not. What is the prevailing view in legal literature in your jurisdiction on this matter?

With regard to matrimonial matters the Belgian courts have invoked the *forum necessitatis* rule envisaged in the national PIL Code (see question 9). In the legal literature there have been suggestions to introduce this concept in order to remedy situations of denial of justice.[55]

Regarding parental responsibility matters in cases where no court of Member States has jurisdiction pursuant Articles 8 to 13, the courts have used the solution provided in Article 14 and turned to the national private international law rules. We refer to a case before the Court of Appeal of Brussels. The parties to the proceeding had two children. The family had resided in Mozambique first, then in Belgium, Chili and finally in Dubai. In 2009, the mother went to Fiji for a new job, while the father moved to Saudi Arabia with the children. The parties asked the court to order measures with regard to the children. The court first examined its jurisdiction. At the moment when the proceedings were started the children were not living in a Member State, so Article 8 could not be applied. Article 12 was not applicable either since the appellant had rejected the jurisdiction of the court. Finally the court relied on Article 14 of the Regulation and accepted the jurisdiction pursuant to Articles 32 and 33 of the Belgian PIL Code.[56]
In another case the same court reached the conclusion that no court of a Member State had jurisdiction to hear the case. The children concerned were habitually resident in Niger, where they had been living for eight months and went to school. The court used the solution of Article 14 and applied the rules of the Belgian PIL Code. The Belgian courts had jurisdiction since the father was domiciled in Belgium.[57]

III. Recognition and enforcement

29. In general, have there been difficulties in applying Sections 1 and 2 of the Brussels IIa Regulation as far as the recognition and enforcement of decisions in cases of parental responsibility are concerned?

The existing case law does not indicate any difficulties in applying these provisions.
However, there was one case with Scotland which led to some difficulties. In this case the Court of Appeal of Ghent had set up a preliminary agreement between the divorced parents on the parental responsibility of their children. The mother wanted to take the children to Scotland for the summer holidays. The court was concerned with the execution of its decision in Scotland. The court referred to Article 28(2) Brussels IIa and confirmed that the judgment would be enforceable after registration in Scotland. The court also confirmed its competence to issue a certificate under Article 39 upon request of one of the parties, which will be needed to obtain enforcement of the judgment in Scotland.[58]

30. If there were cases in which the recognition or enforcement was refused in your jurisdiction, which grounds were mainly relied upon to refuse the recognition or enforcement in cases of parental responsibility? Please explain.

There is one interesting decision of the Court of Appeal of Antwerp that could be mentioned here.[59] The court allowed the recognition of a British judgment of the High Court of Justice, Family Division,

[55] T. Kruger and L. Samyn, "Brussels IIbis: successes and suggested improvements", *Journal of Private International law* 2016, Vol. 12, issue 1, 132-168.
[56] Court of Appeal Brussels 25 June 2013, *Revue@dipr.be* 2013/3, 59.
[57] Court of Appeal Brussels 16 May 2012, *Revue trimestrielle de droit familial* 2012/3, 829.
[58] Court of Appeal Ghent 27 May 2010, *Revue@dipr.be* 2010/3, 62.
[59] Court of Appeal Antwerp 22 June 2011, no. 2011/AR/1143, http://www.eurprocedure.be (consulted 6 September 2016).

that ordered the immediate return of the child after the father had refused to bring the child back to the UK. In this case the mother had the right of custody. In June 2010, the High Court had enacted an agreement between the parties relating to the father's rights of access during the holidays. The father had refused to bring the child back to the UK after the summer holiday in Belgium. The High Court had subsequently ordered the immediate return of the child in September 2010. The mother had requested the enforcement of both decisions of the High Court in Belgium.
The court of first instance had refused the recognition based on Article 23(1) (e) Brussels IIa (the judgment is irreconcilable with a later judgment relating to parental responsibility given in the Member State in which recognition is sought). The president of the Court of First Instance of Mechelen had previously confided the custody of the child to the father in October 2010. In the meantime, that decision of the president of the Court of First Instance of Mechelen had been reviewed in third-party proceedings. In its new decision of 16 May 2011, the president of the court of first instance declared it had no jurisdiction on the basis of Article 19 Brussels IIa. The father had also initiated separate summary proceedings to obtain provisional measures on the basis of Article 20 Brussels IIa, but no order has been handed down at the time when the court of appeal had to make its decision. Therefore, the court of appeal could not withhold the exception of Article 23(1)(e).
The court of appeal also considered the grounds of refusal in Article 23(1)(a), (c) and (d), but found that these grounds could not be applied in the present case.

- Article 23(1)(a): The court emphasized that the public policy exception can only be used if the application is "manifestly" contrary to public policy. The fact that the mother has a small apartment and financial difficulties does not suffice to justify the exception. Neither does the limited social integration of the mother in the UK, nor the fact she only has a temporary residence permit.
- Article 23(1) (c): The father claimed the right to an interpreter in the proceedings in the UK. The fact that this was not offered to him would be in violation of Article 6, § 3 of the European Convention on Human Rights. The court of appeal did not follow this argument.
- Article 23(1) (d): It is only because the father did not return the child to the UK, in violation of the British judgments concerning the father's right of access, that the UK ordered a 'passport-order' against him, preventing him from going to the UK and exercising his parental responsibility. Once the father would let his daughter return to the UK this 'passport-order' would be lifted and he would once again be able to exercise his parental duties.

31. To what extend the grounds for refusing the recognition or enforcement of judgments of non-EU Member States in cases of parental responsibility provided in you national law differ from the grounds under Article 23 of the Brussels IIa Regulation?

The same provisions explained in the answer to question 16 apply (Articles 22 and 25 and Article 27 of the Belgian PIL Code).
More specifically for parental responsibility, the following differences can be noted with regard to the grounds of refusal for judicial decisions (Article 25 Belgian PIL Code) from other EU Member States:

- In the Belgian PIL Code public policy is not defined as taking into account the best interest of the child in cases of parental responsibility. Nevertheless, it is common practice for the Belgian courts to consider the best interest of the child a component of public policy.
- There is no specific ground of refusal when the child was not heard.
- There is no specific ground of refusal when the judgment would infringe the person's parental responsibility, when that person was not given the opportunity to be heard.
- There is no specific ground of refusal based on the procedure of placement of a child.

CHILD ABDUCTION

I. General

32. Have the courts in your jurisdiction encountered difficulties in applying the definitions in Article 2(11) Brussels IIa Regulation (the term 'wrongful removal or retention')? If yes, how are these problems dealt with?

In most cases, judges don't experience a lot of difficulties in applying the definitions in Article 2(11) Brussels IIa Regulation. When confronted with a case based on Article 11 of the Regulation, the court seized will first determine whether both parents enjoy custody rights under the law of the Member State where the child was habitually resident immediately before the abduction. In practice, this means that the judge concerned will first examine the question of habitual residence. Although neither the Hague Abduction Convention, nor the Brussels IIa Regulation provide a definition of the notion habitual residence, the case law of the European Court of Justice[60] offers some usable criteria, making it possible for judges to determine the place of habitual residence. In a case where a little boy (9 months old) was (wrongfully) retained by his mother in Ireland, both the Irish and the Belgian court had to determine the habitual residence of the child. Both courts came to the conclusion that the habitual residence of the child was located in Belgium. The Irish High Court motivated its decision extensively. The High Court attached great weight to the relationship of the mother with her newborn child, but also scrutinized the intention of the parents. The fact that the women had agreed to live with the father of the child in Antwerp before the birth of their child, that it was her intention to spend her maternity leave in Belgium, that she had full time employment in Antwerp and that she had enrolled the child in a crèche in Hilversum (the Netherlands), were decisive for the Court.[61] The decision of the Belgian Juvenile Court is less extensive. The Juvenile Court only referred to the fact that the little boy was born in Belgium and was registered in the population register in Belgium. The intention of the parents was not discussed.[62] When looking at other cases concerning parental abduction, it becomes clear that Belgian courts often only look at the place where the child is registered, the place of the school where the child is enrolled and the consent of the left-behind parent. In October 2013 for example, the Court of First Instance in Antwerp decided that the place of habitual residence of a 15 year old boy was located in the Netherlands because the boy went to school in the Netherlands since September 2011 and his father had never filed a complaint against the stay of the boy in the Netherlands.[63]

Once the place of habitual residence is clear, the judge seized will examine whether both parents enjoy custody rights under the law of that State. In cases where the habitual residence of the child is located in Belgium, both parents enjoy custody rights automatically, irrespective of their marital status and regardless whether they live together or not.[64] If the habitual residence of the child lies outside Belgium, the court will have to look at the national law of that State in order to determine whether both parents enjoy custody rights. In a decision of July 2014 for example, the Court of First Instance in Antwerp explicitly referred to a decision of the court of North-Holland. Since the Dutch court had

[60] CJEU 2 April 2009, No. C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, *A*; CJEU 22 December 2010, No. C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:829, *Mercredi/Chaffe* and CJEU 9 October 2014, No. C-376/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:2268, *C/M*.

[61] High Court Family Law (Ireland) 26 July 2013, No. 10 HCL, [2013] IEHC 549, http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/2013/H549.html (consulted 10 October 2016), § 21-29.

[62] Court of First Instance Antwerp 24 February 2014, No. 14/476/A, unpublished but discussed in S. Den Haese, "Parentale ontvoeringen: de rol en positie van het kind", masterthesis Law Ghent University, 2015-16, 130 p.

[63] Court of First Instance 23 October 2013, No. 13-3627-A, unpublished but discussed in S. Den Haese, "Parentale ontvoeringen: de rol en positie van het kind", masterthesis Law Ghent University, 2015-16, 130 p.

[64] Articles 373-374 Belgian Code Civil.

granted both parents custody rights and this decision had obtained the force of *res judicata*, there was no discussion about this topic.[65]

After having established the habitual residence of the child and the custody rights of both parents, the court examines if the rights of custody were actually exercised. A parent, who enjoys custody rights but failed to actually exercise his /her rights, can't invoke the protection offered by de Brussels IIa Regulation. In Belgium, case law shows that courts are very cautious when dealing with this issue. In July 2014 for example, the Court of First Instance in Antwerp decided that a father, whose daughter was living with his mother, was exercising his custody rights at the time of the removal. The fact that the paternal grandmother was providing the daily care of the child before the (wrongful) removal doesn't mean that the father wasn't actually exercising his custody rights. In this case the court took into account the fact that the girl only lived with her paternal grandmother for three months and the intention of the father to take care of the girl himself. [66]

33. Does the judiciary in your jurisdiction use a (national established) guideline to determine the 'Best interest of the Child'? Could such a guideline be of help to govern 'adequate measures' under Article 11?

In Belgium, there is no national established guideline to determine the best interest of the child. There is, however, a guideline created by the Committee on the Rights of the Child (General comment No. 14), but the existence and use of this document is not widespread.

Since both the Hague Child Abduction Convention and the Brussels IIa Regulation depart from the idea that the wrongful removal or retention of a child is not serving the best interest of that child, the immediate return of the child is the rule. Only in a few situations, the return of the child can be stopped. A well-known and well-used ground to refuse the return of the child can be found in Article 13, b) Hague Child Abduction Convention (grave risk or intolerable situation). This provision makes it possible for the requested State to decline the request of immediate return. The Brussels IIa Regulation refers to this ground of refusal, but adds that a court cannot refuse to return a child on the basis of Article 13, b) of the Hague Child Abduction Convention if it is established that adequate arrangements have been made to secure the protection of the child after his or her return. In Belgium, a specific provision had been adopted regarding the issue of adequate arrangements. Article 1322*duodecies* of the Code of Civil Procedure provides that the Public Prosecutor must bring proceedings before the family court, which has jurisdiction to order protective measures. As far as we know, family courts do not use a specific guideline when determining if and which measures should be taken. The fact that there is no (national established) guideline gives the national courts room to order the measures they consider necessary. This 'flexibility' also has a downside. There is no general consensus on what adequate measures should entail. Furthermore, it is not clear whether it is incumbent on the court seized of the request to order the return, to take contact with the authorities of the State where the child initially resided, in order to obtain information on such proper arrangements. A revised version of the Brussels IIa Regulation should pay attention to these problems and refer to an international established guideline (i.e. General comment No. 14), rather than obliging Member States to develop a national guideline. The use of an international established guideline increases the mutual trust necessary for the enforcement of the Brussels IIa Regulation and the legal certainty and predictability for the citizens concerned.

II. Jurisdiction

[65] Court of First Instance Antwerp 15 July 2014, No. 14-908, unpublished but discussed in S. Den Haese, "Parentale ontvoeringen: de rol en positie van het kind", masterthesis Law Ghent University, 2015-16, 130 p.

[66] Court of First Instance Antwerp 15 July 2014, No. 14-908, unpublished but discussed in S. Den Haese, "Parentale ontvoeringen: de rol en positie van het kind", masterthesis Law Ghent University, 2015-16, 130 p.

34. Have the courts in your jurisdiction encountered difficulties in applying Article 10 of the Brussels IIa Regulation? If yes, how are these problems dealt with?

No major problems have been detected. There is, however, one case where the first judge applied Article 10 of the Brussels IIa Regulation, while the appellate judge was of the opinion that Article 8 of the Brussels IIa Regulation had to be used.[67] In this case, the appellate judge was of the opinion that, at the time the court was seized, the habitual residence of the child was still in Belgium (and not in Poland). Although the child was wrongfully kept in Poland, Article 10 of the Regulation was not applicable since the Belgian court was seized before the wrongful retention took place and the place of habitual residence of the child was – at that time – located in Belgium.

III. Return of the child

35. Are there any difficulties encountered in practice in your jurisdiction in the application of Article 11(2)-11(5) which modify the application of the 1980 Hague Child Abduction Convention, concerning the obligation for the child to be heard?

The right of the child to be heard in parental abduction cases is guaranteed by Article 11 (2) of the Brussels IIa Regulation. In Belgium, this right is also protected by Article 22*bis* of the Belgian Constitution. Before the law of 30 July 2013 concerning the creation of the family and youth court,[68] the courts struggled a lot with the obligation to hear children. The at that time existing legal framework did not only lack coherence, it treated children differently on the sole basis of the court seized.[69]
Since the entry into force of the law concerning the creation of the family and youth court of 30 July 2013, judges are obliged to inform children of their right to be heard from the moment they are 12 years old. If the child informs the judge that he/she wants to be heard, the judge has to hear the child. Only after hearing the child, the judge can decide to not take into account the views of the child because he/she lacks the necessary maturity.
Although the law of 30 July 2013 eliminated the discriminatory treatment between children on the sole basis of the court seized, the new law is far from enhancing children's rights. First of all, it is not clear whether or not the Articles 1004/1 and 1004/2 Belgian Civil Code of Procedure are applicable to cases which seek the prompt return of the child. Secondly, the fact that children under the age of 12 are not systematically informed with their right to be heard is problematic. Article 12 of the Convention on the Rights of the Child protects the right of *every* child to be heard in *any* judicial and administrative proceedings affecting the child. It is up to the Belgian legislator to bring the Belgian right to be heard in line with the international requirements, but there is also room for improvement on the level of the European Union. Article 11 (2) of the Brussels IIa Regulation is in itself problematic. Belgian legal literature points out that the Brussels IIa Regulation should place more emphasis on children's rights.[70] Since all Member States are bound by the EU Charter and the Convention on the Rights of the Child, it is recommended that a revised version of the Regulation would explicitly refer to those documents. In practice, judges often don't hear the child concerned by simply stating that the child is too young to be heard.[71]

---

[67] Court of Appeal Brussels 30 July 2014, *Revue trimestrielle de droit familial* 2016, 174-191.
[68] *Official Gazette* 27 September 2013.
[69] P. Senaeve, "Het hoorrecht van minderjarigen sinds de wet op de familie- en jeugdrechtbank", *Tijdschrift voor familierecht* 2014/8, 176.
[70] T. Kruger and L. Samyn, "Brussels II bis: successes and suggested improvements", *Journal of Private International Law* 2016, Vol. 12, issue 1, (132) 156.
[71] I.g. Court of Appeal Brussels 5 June 2012, No. 2011/AR/3129, unpublished and Court of First Instance Antwerp, No. 14-476-A, unpublished but discussed in S. Den Haese, "Parentale ontvoeringen: de rol en positie van het kind", masterthesis Law Ghent University, 2015-16, 130.

Even when children are heard, it is not completely clear which weight should be given to their opinion. The Brussels IIa Regulation stays silent on this matter. The Hague Child Abduction Convention states that the return of the child can be refused when he/she objects to the return and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of his/her views.[72] The Hague Child Abduction Convention seems to allow the court to refuse the return of a child on the sole basis of the opinion of the child. In Belgium, we see that courts sometimes do refuse the return of the child by referring only to Article 13, § 2 of the Hague Child Abduction Convention.[73] The European Court of Human Rights, however, recognizes that the objecting child should have a voice, but points out that the opinion of the child cannot amount into a veto in the process of deciding whether he/she will be returned.[74]

36. Do problems exist in your jurisdiction in relation to the term 'adequate measures' in Art.11 (4) Brussels IIa Regulation in relation to a court refusing an order of return?

In Belgium, courts are of the opinion that it is not sufficient that the law of the country where the child had his/her habitual residence before the wrongful removal or retention, provides in the possibility to adopt adequate measures. Belgian courts require that such measures have been effectively adopted, taking into account the specific circumstances of the case.[75]
In cases where it is expected from Belgium to take adequate measures, the Court of First Instance of Brussels pointed out that foreign courts have the responsibility to contact the Belgian authorities in order to obtain information to see if adequate measures have been adopted.[76] In this case, Poland refused the return of a child to Belgium on the ground of Article 13, b) of the Regulation without even contacting the Belgian authorities. This case shows that there is not only disagreement on what adequate measures should entail, but also on the issue how much effort the State of refuge has to put in finding out if and which adequate measures have been taken.

37. What is the prevailing view in your jurisdiction regarding the appropriateness of the scheme under Article 11(6)-11(8) which alters the application of the 1980 Hague Child Abduction Convention? Are there any difficulties encountered in practice? Should it be abolished?

Two Belgian authors argue that it is appropriate to abolish the second chance procedure and return to the delicate balance struck by the Hague Child Abduction Convention.[77] According to Kruger and Samyn, the second chance procedure is problematic in different ways.
Firstly, the second change procedure is only available if the return was based on one of the grounds mentioned in Article 13 of the Hague Child Abduction Convention. It is, however, unclear whether the court is allowed to use the second chance procedure when the court which has issued an order of non-return has not specifically referred to Article 13 of the Convention or if the refusal is based on more than one ground. In practice, we see that judges sometimes get creative in order to be able to "overrule" the foreign decision. The Court of Appeal in Brussels for instance, refused to limit itself to the actual order of the foreign court and examined what had been the actual ground for the order refusing the return of the child. The Belgian court came to the conclusion that although the foreign court had refused the return on Article 3 of the Convention, the decision was – according to the Belgian court – in fact based on two of the grounds mentioned in Article 13 of the Convention.[78] It is needless

[72] Article 13, para 2 Hague Child Abduction Convention.
[73] I.g. Court of First Instance Antwerp 23 October 2013, No. 13-3627-A, unpublished and Court of First Instance Antwerp 15 July 2014, No. 14-908, unpublished.
[74] ECtHR 1 July 2014, No. 54443/10, *Blaga/Romania*, § 80.
[75] I.g. Court of Appeal Mons 5 March 2007, *Revue trimestrielle de droit familial* 2008, 166-171.
[76] Court of First Instance Brussels 9 January 2009, *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht* 2009, 737-742.
[77] T. Kruger and L. Samyn, "Brussels II bis: successes and suggested improvements", *Journal of Private International Law* 2016, Vol. 12, issue 1, (132) 159.
[78] Court of Appeal Brussels 17 June 2010, *Actualités du droit de la famille* 2010, 191.

to say that this practice is not in line with the mutual trust principle that governs the European co-operation and should be stopped.
The second problem is that the second chance procedure takes up more time. Since the Brussels IIa Regulation doesn't provide a time limit in which this procedure must be completed, it is often used only to prolong the case. By allowing a party to stretch the case, the best interest of the child – namely, the prompt return of the child – is no longer guaranteed.
Thirdly, the extra procedure potentially increases conflict within the family. It increases the stress on the entire family and especially the child.
Lastly, Kruger and Samyn point out that from a children's right perspective, it is inconceivable why we would listen to the child only the second time he/she says something. If the first judge took the time to hear the parties concerned and examine the circumstances of the case, why should this decision be questioned?

Although there are a lot of reasons to abolish the second chance procedure, practice shows that sometimes this mechanism helps to rectify mistakes made by the first judge. By judgement of 30 July 2014 for example, the Belgian Court of Appeal of Brussels ordered the return of a child to Belgium, setting the non-return order of the Polish judge aside. The Belgian court was of the opinion that since the Polish court had refused the return of the child based on Article 13, b) of the Convention without taking into account Article 11 (4) of the Regulation, the decision of the Polish court was not legitimate and had to be re-examined.[79] Article 11 (4) of the Regulation explicitly states that "*a court cannot refuse to return a child on the basis of Article 13b of the 1980 Hague Convention if it is established that adequate arrangements have been made to secure the protection of the child after his or her return*". Even though there is no consensus on how much effort the State of refuge has to put in finding out if and which adequate measures have been taken (see question 34), Belgium refuses to accept decisions were States have completely ignored this provision. Therefore, if the second chance procedure were to be abolished, another mechanism should be put in place to guarantee the correct application of the Regulation. It is advisable to keep investing in the supplementary training of judges confronted with child abduction cases, the distribution of good practices and the transnational co-operation between judges.

38. Please provide the average time of procedure in a child abduction case under Brussels IIa Regulation in your jurisdiction.

A survey of two judges at the Court of Appeal in Ghent and Brussels and one lawyer specialised in family law revealed that the six weeks' time frame provided for in the Brussels IIa Regulation is not always met in practice. Since we only obtained information of three professionals dealing with child abduction cases, our answer should not be interpreted as being representative for all child abduction cases that have ties with Belgium.
One of the judges indicated that in 2011 she had a case that lasted 224 days. In 2015, she dealt with another child abduction case where the final decision was made 85 days after the procedure was initiated. With regard to the big discrepancy between the first and second case, the judge explained that the first case was dealt with by three judges, while the second case was judged by only one judge.
The second judge was not able to provide us with information of recent cases, but she reported that in 2008, the child abduction cases she had to deal with, were completed within the six weeks' time frame. However, if one of the parties lodged an appeal, the case would drag on for at least another six weeks. In one case, the final decision was only pronounced 10 months after the appeal was lodged.
The lawyer on the other hand, indicated that the average time of procedure in child abduction cases depends on the level of conflict between the parties involved and the judge seized. He is aware of cases that are dealt with within the six weeks' time frame, but also of cases that dragged on for months.

[79] Court of appeal Brussels 30 July 2014, *Revue trimestrielle de droit familial* 2016, 185.

In general, he is of the opinion that parties should count on 3 till 4 months per instance when it comes to child abduction cases.

39. Is the absence in Brussels IIa Regulation of a time frame where the Central Authorities are involved in child abduction cases an impediment on proceedings to secure the 'Return of the Child'?

This issue does not seem to have attracted the attention of courts in Belgium (yet), nor has the Belgian legal literature published anything about it (yet).

40. Is the absence in Brussels IIa Regulation of a time frame in matters of appeal in child abduction cases an impediment that needs to be redressed? If so, what time frame would you deem sufficient?

Belgian legal literature is of the opinion that the absence of a time frame in matters of appeal in child abduction cases is an impediment that needs to be redressed. It is argued that there should be a limitation to the right of appeal. Kruger and Samyn are of the opinion that it should not be possible to appeal a return order more than once.[80]
With regard to the time frame, reference could be made to the Practice Guide for the application of the Brussels IIa Regulation.[81] We share the opinion that the six-week deadline should also be respected in the event that national law allows for the possibility of appeal. It is in the best interest of the child that administrative and judicial organs act diligently.

IV. Enforcement of return of orders issued under Article 11(8) and decisions on rights of access

41. Are there difficulties in practice in connection with the application and interpretation of the provisions on the enforcement of judgments ordering the child's return and rights of access under Section 4 of the Brussels IIa Regulation? What suggestions for improving the enforcement regime are provided in the legal literature in your jurisdiction?

Many judges are not aware of the obligation to fill in the certificate *ex officio* in matters of rights of access and for decisions based on Article 11(8) Brussels IIa concerning the order for the return of abducted children (Article 41 Brussels IIa). Also the fact that this obligation applies when the case acquires a cross-border element after the court decision, is not fully known.[82] An exception is the Court of Appeal of Ghent that renders the certificate *ex officio*.[83]
Although perhaps not a difficulty, but more a note: there is a divergence among judges if, and where, the certificate should be mentioned in the judgment. Some courts mention the certificate in the motivation of the judgment[84] or in the decisive part[85], other courts merely mention the certificate on the back of the judgment or do not mention it in the judgment itself.

---

[80] T. Kruger and L. Samyn, "Brussels II bis: successes and suggested improvements", *Journal of Private International Law* 2016, Vol. 12, issue 1, (132) 161.
[81] European Commission, *Practice Guide for the application of the Brussels IIa Regulation*, 2014, 56.
[82] This was shown by an informal question round organized by the Belgian department in the European Judicial Network in 2012 among Belgian judges in the juvenile court ("jeugdrechtbank"): I. Couwenberg, "Brussel I-Vo: Quo vadis exequatur?" in *CBR Jaarboek 2012-2013*, Antwerp, Intersentia, 2013, 170; Court of Appeal Ghent 6 November 2008, *Revue@dipr.be* 2010/1, 83 and Court of Appeal Ghent 10 December 2009, *Revue@dipr.be* 2010/1, 64.
[83] Court of Appeal Ghent 6 November 2008, *Revue@dipr.be* 2010/1, 83 and Court of Appeal Ghent 10 December 2009, *Revue@dipr.be* 2010/1, 64.
[84] E.g. President of the Court of First Instance Brussels 30 May 2007, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles* 2008/19, 845; Court of Appeal Ghent 6 November 2008, *Revue@dipr.be* 2010/1, 83 and Court of Appeal Ghent 10 December 2009, *Revue@dipr.be* 2010/1, 64.
[85] The Court of Appeal Brussels has this practice: I. Couwenberg, "Brussel I-Vo: Quo vadis exequatur?" in *CBR Jaarboek 2012-2013*, Antwerp, Intersentia, 2013, 171.

In legal literature it is reported that the age requirements for hearing the child cause a lot of difficulties dealing with enforcement. The age at which children should be heard in court proceedings is determined by national law and differs significantly among Member States. In Belgium, judges are only obliged to hear a child from the age of twelve. In Germany, children as young as three years old should be heard. It is the judge of the State of origin that has to verify if the child was heard before he delivers the certificate. This certificate cannot be challenged in the State of enforcement, where the age requirements could be very different. This could lead to problems of enforcement.[86]
Kruger and Samyn argue that the second chance procedure of Article 11(8) Brussels IIa for cases of child abduction should be abolished. If this is not possible, some additional safeguards are suggested:

- "The certificate should be served on the party (parent) refusing to return the child.
- The certificate must contain clear language, so as to avoid the disagreements that have arisen in the case law.
- If the certificate is false, the party contesting enforcement should have access to a court in the State of enforcement."[87]

42. What is in the context of Article 41 (direct enforceability of access judgments) the experience in your jurisdiction as to the relevance of the age of the child or level of maturity in this respect?

Articles 1004/1 and 1004/2 of the Belgian Code of Civil Procedure introduced the principle that every child has the right to be heard in court proceedings (Family court) which concern him. These provisions apply since the 1st of September 2014. There is a distinction depending on the age of the child.

- The child that is older than 12 years, is informed of his right to be heard. The child has the right to be heard, but may refuse to be heard.
- The child younger than 12 years, also has a right to be heard, but is not informed of this right. He can ask to be heard, or this request can be made by the public prosecutor, by one of the parties or by the judge himself. If the request is made by the child or the public prosecutor, the court must hear the child.

Before, the legislation on the right to be heard was not entirely clear. The juvenile court had the obligation to hear children older than 12 years (Article 56*bis* of the Act of 8 April 1959). Before other courts it was up to the discretion of the judge when the child had acquired the level of 'discernment' ('onderscheidingsvermogen').

The Court of Appeal of Ghent considered that there was no obligation under Belgian law to hear a 5 year-old child, nor did it found that the child had the required level of discern ('vereiste onderscheidingsvermogen'). The judge issued the certificate without hearing the child.[88] The same reasoning was applied in a case where the children were 10, 7 and 4 years old.[89] It should be noted that these cases date from before the 1st of September 2014 when the right to hear children older than 12 years was introduced in the Belgian law. However, in a case before the Court of Appeal of Brussels decided on the 20 February 2015, the court delivered an Article 42 certificate without hearing the child. The child was 4 years old and the court found it inappropriate considering its young age and level of maturity to hear it.[90]

[86] I. Couwenberg, "Brussel I-Vo: Quo vadis exequatur?" in *CBR Jaarboek 2012-2013*, Antwerp, Intersentia, 2013, 169.
[87] T. Kruger and L. Samyn, "Brussels II *bis*: successes and suggested improvements", *Journal of Private International Law* 2016, Vol. 12, issue 1, (132) 160.
[88] Court of Appeal Ghent 6 November 2008, *Revue@dipr.be* 2010/1, 91.
[89] Court of Appeal Ghent 10 December 2009, *Revue@dipr.be* 2010/1, 64. In a case were the judge delivered an Article 42 certificate, he did not hear the children since he found they did not have the required level of maturity given their young age, and they had been subject to manipulation by their mother's family: President of the Court of First Instance Brussels 9 January 2009, *Revue du droit des étrangers* 2008/151, 737.
[90] Court of Appeal Brussels 20 February 2015, *Revue@dipr.be* 2015/3, 30.

In a case where the court set a schedule for custody of the children during the summer holidays, the court issued a certificate for enforcement without hearing the children. Although the children were 16 and 11 years old at the time, the court found it not necessary to hear the children since the matter was limited in scope and the parents had reached an agreement.[91]

In the application of Article 41, Belgian judges have also applied an analogy reasoning between Articles 23 and 41 Brussels IIa. In matters of urgency judges have delivered the certificate without hearing the child concerned.[92]

43. As for the issuance of the certificate referred to in Article 42 (return of the child), is this denied in your jurisdiction in case the child or another party was not given the opportunity to be heard? Does 'party' in Article 42 under 2 (b) also include others than 'holders of parental responsibility', e.g. a child's natural father?

To answer the first part of the question, no such issues have arisen, based on the existing case law.

The second question is unclear. Reference could be made here to a case of the Court of Appeal of Brussels that specifically mentions that the mother is given the right to be heard.[93]

44. Should rules be enacted in your jurisdiction or in the recast of the Regulation which require the court delivering the judgment to assign which authority in the other Member State will actually enforce the decision?

The available case law does not indicate any specific issues here.

45. What kind of issues are dealt with in making practical arrangements in applying Article 48 in your jurisdiction (e.g. supervised contact, location, time-schedule)? Is the court able to make enforcement measures in this respect?

There is no specific case law on this matter.

V. Concentration of Expertise

46. What would be advantages and disadvantages of concentrating the knowledge and expertise through 'specialised' courts or another authority for issuing and enforcing judgments?

In Belgium, requests for the return of a child may only be brought before the family court of the place where a court of appeal is located and where, depending on the case, the child is present or where he/she habitually resides at the time that the application is filed or the request is sent (Article 1322ter and 633sexies of the Code of Civil Procedure). Hence, only five courts in Belgium have jurisdiction over these matters.
Internationally, the concentration of knowledge and expertise in child abduction cases is promoted by the Hague Conference for Private International Law.[94] When the implementation of the Brussels IIa

[91] President of the Court of First Instance Brussels 30 May 2007, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles* 2008/19, 845.
[92] In this case the children were 10 and 14 years old: Court of First Instance Brussels (kortgeding) 13 February 2007, *Revue trimestrielle de droit familial* 2007/3, 792.
[93] Although in this case the mother was not heard, since she never showed up at one of the five court hearings: Court of Appeal Brussels 20 February 2015, *Revue@dipr.be* 2015/3, 30.
[94] Permanent Bureau of the Hague Conference for Private International Law, "Conclusions and Recommendations of the Fourth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil

Regulation was discussed in Belgium, the specialization of the courts dealing with child abduction cases was also emphasized.[95] Concentrating child abduction cases has several advantages. First of all, the judges who deal with child abduction cases are well trained and have good knowledge of the (inter)national instruments applicable to child abduction cases and the relevant (inter)national case law. Secondly, the fact that only a few judges deal with child abduction cases, enhances the direct co-operation between judges of the different Member States.

CENTRAL AUTHORITIES

Note: the rapporteur contacted the Belgian Central Authority (CA) in order to get some inside information from practice. The information we received from the CA is processed in the answers to the questions below.

I. Organization of the CA

47. Have problems arisen because of the manner in which the CA in your Member State is organized institutionally and/or due to its working method? Mention the positive and negative aspects.

The Belgian Central Authority is the Federal Public Service Justice, situated in 1000 Brussels, Boulevard de Waterloo 115 (rapt-parental@just.fgov.be). This institutionally organized authority seems to have a good working method. There are no notable negative aspects, although a recent shift in personnel has increased the workload for the CA personnel dealing with cases in the French language (cases at the CA are either dealt with in the French or Dutch, depending on the whereabouts of the minor(s) concerned). The CA deems it generally functions efficiently.

The CA provides enough information. The following webpage – only in French and in Dutch – contains information about international child abduction:
http://justitie.belgium.be/nl/themas_en_dossiers/kinderen_en_jongeren/internationale_kinderontvoering. It is unfortunate that the information on the webpage is only accessible in Dutch and in French (thus even not in the third official language of Belgium (German), or in English).

On a yearly basis the CA publishes interesting statistics, see
http://justitie.belgium.be/nl/themas_en_dossiers/kinderen_en_jongeren/internationale_kinderontvoering/statistieken.

48. Is there special training/courses on the relevant issues in the Brussels IIa Regulation, the Hague Conventions or specific matters such as child abduction for the staff of the CA in your Member State? If yes, what kind of training?

On the job training is provided for new personnel. Furthermore, a process manual was established in 2015 with a systematic description of the processes pertaining to each instrument the CA works with, which is useful for members of the CA and new agents.
The CA holds regular team meetings to discuss new developments in the instruments based on which it works, as well as to discuss difficulties with or the best ways to approach specific cases.

Aspects of International Child Abduction (22–28 March 2001)", p. 10, https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6232&dtid=57 (consulted on 31 August 2016).

[95] Bill concerning the implementation of the Brussels IIa Regulation, the Convention of Luxemburg and the Hague Child Abduction Convention, Parl. St. Kamer 2006-07, No. 3002/001, p. 44,
http://www.dekamer.be/kvvcr/showpage.cfm?section=flwb&language=nl&rightmenu=right&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?legislat=51&dossierID=3002&inst=K (consulted on 31 August 2016).

II. Cooperation: formal and informal

49. Are there practical difficulties and/or good practices with regard to the internal cooperation within the organization of CA in your Member State?

The CA is of the opinion it's not experiencing practical difficulties. With regard to good practices, mention can be made of the regular team meetings discussed in question 48. Informal discussion and brainstorming on specific problems or on the best approach in specific cases also regularly takes places.

50. Are there practical difficulties and/or good practices with regard to the cooperation between the CA and other authorities/organizations/judiciary in your MS, both on a formal and informal level?

The main partner of the CA is the Public Ministry (Prosecutor's Office), to whom the CA transfers Article 55 requests for welfare checks as well as child abduction requests for localization/hearing of the person(s) with whom the minor(s) is (are) staying and, if necessary, introduction of court proceedings in a later stage.
The Public Ministry has designated five persons of reference on the first instance level and five on the appeal level which deal with Hague Convention/Brussels IIa matters. So, there is a concentration of experience and continuity in dealing with cases.
The CA is of the opinion that it has a good working relationship with the Public Ministry, and informal discussion in specific cases often takes place. From time to time, coordination meetings are also held in specific cases with the CA, the Public Ministry, the applicant, and, if applicable, the Ministry of Foreign Affairs in order to discuss possible ways forward/practical actions to resolve a blocked situation.
The CA does note that the delay between the transfer of the case and the response regarding localization/hearing can be quite long at times (a few months).
Other authorities (such as Courts for Article 15 cases; regional child welfare agencies for Article 56 cases; the NGO Child Focus for Hague Convention cases; the Ministry of Foreign Affairs) also work well with the CA. If necessary for the good follow-up of a case, (informal) discussion takes place. With Child Focus, the CA occasionally holds formal meetings.
In communications with the previously listed authorities, privacy considerations are taken into account: not all information/documents can be shared.
Finally, mention is made of the existence of a cooperation protocol between the CA, the judicial authorities (Public Ministry), Child Focus and the Ministry of Foreign Affairs in which the role of each and their mutual cooperation is outlined.

51. Are there practical difficulties and/or good practices with regard to the cooperation with CA's in other Member States, both on a formal and informal level?

The degree of assistance given by the CA, the information provided in response to inquiries (for instance about potential assistance by the CA or about national law on topic such as appeal), and the delay to respond differs from Member State to Member State. Some CAs are more involved, while other only transmit information between the requesting CA and the authorities in the their own Member State. There is also a difference in how involved CAs are in the execution/enforcement of decisions.
The Belgian CA has also had cases where it took exceptionally long to receive a copy of the Hague Convention decision or the documents pursuant to Article 11.6.
Another difference is whether or not a CA in the other Member State assists the applicant for the translation of the application in the right language. In this context, the Belgian CA wishes to draw attention to the fact that the language for translation depends on the presumed whereabouts of the minor(s). It is therefore strongly advised that the CA from the other Member State reaches out to the

Belgian CA with a mention of the supposed whereabouts of the minor(s) before assuring the translation/informing the applicant about the translation language. The Belgian CA will promptly advise on the required language.
On a few occasions, the CA has had representatives of the CA from another Member States (FR, PT) visit its offices and receive information on the way it functions.

III. Relationship between the CA and persons/families involved

52. What information/research data is available regarding the positive or negative experiences of the parents and children involved in their relation to the CA in your jurisdiction?

Currently no such information/research data exists.

IV. Relationship between the Brussels IIa Regulation and other regulations/treaties

53. How does the role of the CA under Brussels IIa Regulation in your Member State relate to the role of the CA under other European regulations and international treaties? Please mention the differences and similarities.

The same service at the Federal Public Service Justice acts as CA for the 1980 and 1996 Hague Conventions, the Brussels IIa Regulation, the Evidence Regulation (Article 17), the Legal Aid Directive, the Maintenance Regulation & Hague Convention, as well as the 1965 Service Hague Convention, the 1954 Civil Procedure Hague Convention, and the 1968 London Convention on Foreign Law Information. The benefit is that this stimulates a consistent approach of cases under the different legal instruments. There is one sole exception. The Belgian Central Body concerning the Service Regulation 1393/2007 is the National Bailiffs' Association of Belgium (Avenue Henri Jaspar 93/Henri Jasparlaan 93, B-1060 Bruxelles/Brussel, Chambre.Nationale@huissiersdejustice.be, Nationale.Kamer@gerechtsdeurwaarders.be). However, this Central Body has a quite different and marginal role (see Article 3 Service Regulation 1393/2007) because of the fact that the service mechanism itself is decentralized.

OTHER DIFFICULTIES AND RECOMMENDATIONS FOR IMPROVEMENT

54. Were there other problems encountered in the application of the Brussels IIa Regulation? Considering the experience in your jurisdiction in resolving these problems what would be suggestions for improvement?

An ongoing issue concerning the Regulation is the lack of awareness of its application for the local authorities. For instance, dealing with the recognition of divorce acts or judgments within the EU, the Flemish Agency for Integration[96] reported that many local authorities are not aware that European judgments or acts are governed by the recognition regime of Brussels IIa. It occurs that a European divorce act already has an Apostille, but not an Article 39 certificate. The question remains in that case if the certificate is still necessary.

[96] The "Agentschap Integratie en Inburgering", see http://www.integratie-inburgering.be.

Veerle Van Den Eeckhout (Max Planck Instituut Luxemburg) – Regels van internationale bevoegdheid in de context van de "tweede generatie" verordeningen. Enkele beschouwingen vanuit het perspectief van bescherming van zwakke partijen

I. Inleiding: twee recente zaken betreffende consumentenbescherming in nationale procedures, als opstap voor verdere analyse

I.1. Bescherming van zwakke partijen

In twee zaken betreffende consumentenbescherming, beide gebracht tot bij het Europees Hof van Justitie, zijn recent belangrijke stappen gezet. In de zaak Profi Credit Polska heeft Advocaat-Generaal Kokott een conclusie uitgebracht[1], een uitspraak van het Hof wordt verwacht op 13 september 2018. In de zaak Karel de Grote heeft het Hof zelf zich al uitgesproken.[2] Beide zaken betreffen de beoordeling van nationale procedures[3] waarbij met name de werking van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten in verhouding tot de werking van die nationale procedures vragen had doen rijzen.

De aan het Hof gestelde vragen waren specifiek. Ze betroffen allen punten van bescherming van consumenten tegen oneerlijke bedingen in nationale procedures. Maar hoe specifiek ook, beide zaken lenen zich zeer wel als opstap voor een analyse waarin het eveneens kan gaan om bescherming van de consument, maar dan wel in een heel andere context[4] en toegespitst op een heel andere categorie van regels.[5]

Regels ter bescherming van consumenten, als zwakke partijen, kunnen zich in zeer diverse vormen en gedaanten, in diverse contexten en diverse verschijningsvormen laten gelden. In zoverre het in analyses van die andere verschijningsvormen ook gaat om vragen omtrent respect voor regels ter bescherming van zwakke partijen in procedures die zijn gericht op snelle betaling door de schuldenaar, zouden meerdere van die vragen onder dezelfde koepel kunnen worden gebracht als de vragen omtrent consumentenbescherming zoals die te ontwaren zijn in de twee zaken Profi Credit Polska en Karel de Grote, en zouden sommige van de antwoorden op de vragen in beide context aan elkaar gespiegeld kunnen worden, zouden welbepaalde spanningsvelden herkend kunnen worden etc.

[1] Conclusie 26 april 2018 in de zaak Profi Credit Polska, C-176/17.
[2] HvJ EU, 17 mei 2018, C-147/16 (Karel de Grote).
[3] Poolse respectievelijk Belgische procedures.
[4] Dan de verhouding van voornoemde Richtlijn tot nationale procedures.
[5] Dan regels ter bescherming tegen oneerlijke bedingen.

In de hiernavolgende bijdrage spitst de analyse zich toe op de werking van de tweede generatie verordeningen.[6] Deze verordeningen[7] zijn allen procesrechtelijk van aard en betreffen allen de inning van schuldvorderingen in een internationale context. In allen is het exequatur afgeschaft, waarbij tegelijk nauwelijks nog weigeringsgronden voor tenuitvoerlegging gelden. In deze bijdrage zal worden ingegaan op de in die context te hanteren regels van internationale bevoegdheid, bekeken vanuit het perspectief van bescherming van zwakke partijen.

De analyse beperkt zich daarbij niet tot de consument als zwakke partij. Met name worden, in die verordeningen waar ook arbeidscontracten onder het materieel toepassingsgebied van de desbetreffende verordening vallen, ook enkele opmerkingen geformuleerd over de werknemer als zwakke partij. Ook wordt in de analyse niet alleen de hypothese betrokken dat de zwakke partij verwerende partij is, maar ook de hypothese dat de zwakke partij verzoekende partij is.

De bijdrage moge in die zin dan al ruim zijn van opzet, de hierna weergegeven analyse van de regels van internationale bevoegdheid in de tweede generatie verordeningen[8] beoogt geenszins exhaustief te zijn. De analyse blijft geheel en al explorerend van aard. Daarbij gaat het er vooral om een aantal aandachtspunten bloot te leggen en een aantal mogelijke pijnpunten te ontwaren.

I.2. Profi Credit Polska en Karel de Grote als opstap

De twee voornoemde zaken lenen zich zoals gezegd zeer wel als opstap voor de hierna door te voeren analyse.

In de eerste van beide zaken, de zaak Profi Credit Polska inzake bescherming van de consument tegen onrechtmatige bedingen naar Pools recht, dient het Europees Hof van Justitie zich nog uit te spreken. Advocaat-Generaal Kokott stelt het Hof in haar conclusie voor te besluiten tot onverenigbaarheid van de Poolse procedure met de richtlijn oneerlijke bedingen.

Bij het beoordelen van de Poolse procedure wordt de verordening tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure meermaals expliciet genoemd[9] en als vergelijkingsmateriaal gebruikt, zonder dat deze Europese verordening zelf door de Advocaat-Generaal als zodanig ter discussie wordt gesteld. Veeleer wordt de EBB-verordening zijdelings[10] vermeld waar deze voor de schuldeiser minder veeleisend is dan de Poolse procedure. Zelfs lijkt de EBB-verordening door de Advocaat-Generaal naar voren te worden geschoven als een soort van toetssteen[11] waaraan de Poolse procedure kan worden

---

[6] Zie Verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen (hierna "*EET-verordening*"); Verordening (EG) nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure (hierna "*EBB-verordening*"); Verordening (EG) nr. 861/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen (hierna "*EGV-verordening*"), zoals gewijzigd door Verordening (EU) 2015/2421 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 861/2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen en Verordening (EG) nr. 1896/2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure; Verordening (EU) nr. 655/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 tot vaststelling van een procedure betreffende het Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen om de grensoverschrijdende inning van schuldvorderingen in burgerlijke en handelszaken te vergemakkelijken (hierna "*EAPO-verordening*").

[7] Over de tweede generatie verordeningen gesitueerd binnen het geheel aan regelgeving inzake Europees procesrecht, zie B. Hess, "The State of the Civil Justice Union", in *EU Civil Justice. Current Issues and Future Outlook*, B. Hess, M. Bergström en E. Storskrubb (eds.), Oxford: Hart Publishers 2016, p. 1-19, met name p. 4.

[8] Met bijzondere aandacht voor de verordening tot vaststelling van een Europese betalingsbevelprocedure.

[9] Conclusie J. Kokott 26 april 2018 zaak C-176/17 Profi Credit Polska S.A.

[10] Maar wel expliciet.

[11] *Toepassing bij wege van analogie* van de EEB-procedure in nationale procedures is evenwel niet toegelaten, zie de eerdere rechtspraak van het Europees Hof van Justitie, met name de Banco Español de Crédito SA (HvJ 14 juni 2012, C-618/10, waarbij de verwijzende rechter onder meer had gesteld – zie nr. 34 van de uitspraak – dat verordening nr. 1896/2006, die juist de

gemeten. Dit is met name zo waar er op gewezen wordt dat de Poolse procedure strenger is dan de EBB-verordening dan wel eenzelfde mechanisme hanteert als ook in de EBB-verordening is ingevoerd. Wat betreft de aan de rechter door de schuldeiser te overhandigen stukken, wordt er in de conclusie op gewezen dat het Poolse recht meer eisen stelt dan artikel 7 EBB en in die zin strenger is voor de eiser.[12] Wat betreft de mogelijkheid schorsing van tenuitvoerlegging aan te vragen, wordt er op gewezen dat onder Pools recht de rechter op verzoek van de verweerder de tenuitvoerlegging van een betalingsbevel kan opschorten, terwijl ook volgens de EBB-verordening op verzoek van de verweerder de tenuitvoerlegging door de rechter kan worden opgeschort.[13] Wat betreft de omstandigheid dat de consument in de Poolse procedure verzet moet aantekenen tegen het betalingsbevel om de tweede fase van de procedure in te leiden, waarin de rechter het eventuele oneerlijke karakter van het contractueel beding van ambtswege toetst, wordt er in de conclusie op gewezen dat dit aanvaardbaar is: "*Dit volgt met name uit het feit dat de Europese wetgever bij de regeling van de Europese betalingsbevelprocedure soortgelijke eisen heeft vastgelegd. Principieel moet de verweerder namelijk verzet aantekenen tegen het Europese betalingsbevel om te bereiken dat de ingestelde vordering in een gerechtelijke procedure in de zin van artikel 17 van verordening nr. 1896/2006 wordt getoetst*"[14], zo wordt daar gesteld. In de daaraan voorafgaande nummers[15] was gesteld "*Uit het voorgaande volgt dat het verzet van de consument tegen het betalingsbevel van doorslaggevend belang is voor de praktische werkzaamheid van de consumentenbescherming uit hoofde van de richtlijn oneerlijke bedingen. Er kan van de consument worden verwacht dat hij die stap onderneemt om zijn rechten te doen gelden. De richtlijn oneerlijke bedingen verlangt dat in rechtszaken tussen een handelaar en een consument een positief ingrijpen buiten de partijen bij de overeenkomst om door de voor dergelijke gedingen bevoegde nationale rechter gewaarborgd moet zijn. Dat betekent echter niet dat de inachtneming van het doeltreffendheidsbeginsel zodanig ver moet worden doorgetrokken dat de totale passiviteit van de betrokken consument wordt verholpen, hetgeen door het Hof bij herhaling is bekrachtigd. Derhalve is het aanvaardbaar dat de consument verzet moet aantekenen tegen het betalingsbevel om de tweede fase van de procedure in te leiden, waarin de rechter het eventuele oneerlijke karakter van het contractueel beding van ambtswege toetst.*"

Mede middels deze referenties naar de EBB-verordening wordt zodoende gepoogd de manier waarop de Poolse procedure is georganiseerd min of meer te legitimeren, zo lijkt het wel.

---

materie van het betalingsbevel op Europees niveau regelt, geen ambtshalve onderzoek van oneerlijke bedingen in limine litis invoert, maar slechts een reeks vereisten en inlichtingen vermeldt die aan de consument moeten worden meegedeeld) waarbij het Hof overwoog *"(…) moet worden verduidelijkt dat die verordening, zoals uitdrukkelijk volgt uit punt tien van de considerans ervan, niet ertoe strekt, de bestaande mogelijkheden naar nationaal recht voor de inning van niet-betwiste schuldvorderingen te vervangen of te harmoniseren.*" Zie ook nr. 92 van de conclusie van V. Trstenjak (d.d. 14 februari 2012). Dit gezegd zijnde, lijkt de AG in de zaak Profi Credit Polska de verordening dus als een soort standaard te hanteren.

[12] Zie nr. 59 van de conclusie. In de hierboven reeds genoemde zaak Banco Español de Crédito bleek de EBB-verordening op dit punt strenger dan de nationale – in casu Spaanse – procedure. Soms ook blijkt de EBB-verordening op dit punt soepeler dan hetgeen van de eiser wordt gevraagd in nationale procedures, zie met name dienaangaande ook de zaak die werd gebracht voor het Grondwettelijk Hof van België van 12 oktober 2017, waarbij het Belgisch Grondwettelijk Hof zelfs werd gevraagd zich uit te spreken over mogelijke discriminatie dienaangaande (met name ten aanzien van verzoekers in nationaal-Belgische procedures die het op dit punt moeilijker blijkt te worden gemaakt dan verzoekers in de EBB-procedure). Opmerkelijk hierbij is de laconieke stelling van het Grondwettelijk Hof dat geen sprake is van discriminatie, uitgaand van verschillen inzake de al dan niet grensoverschrijdende aard van het geschil. Over de specifieke doelstellingen van de tweede generatie verordeningen en de mogelijke consequenties daarvan voor de (beoordeling van de) inrichting van de in die verordeningen georganiseerde procedures, zie nog infra. Opgemerkt moge hierbij nog worden dat in zoverre de Europese procedure voor een eiser minder veeleisend is dan de nationale procedure – bijvoorbeeld inzake aan de rechter voor te leggen stukken – hier een prikkel en drijfveer voor de eiser kan liggen om de zaak zo mogelijk internationaal te maken, bijvoorbeeld door het doorvoeren van een cessie, zodat zou kunnen worden gekozen voor de Europese procedure in plaats van voor de nationale procedure.

[13] Zie nr. 63-64 van de conclusie.

[14] Zie conclusie nr. 74.

[15] Nrs. 72-73.

Desondanks stelt de Advocaat-Generaal, zoals hoger al gesteld, voor te besluiten tot onverenigbaarheid van de Poolse procedure met de richtlijn. In de Poolse procedure wordt het de consument bij het voeren van het verweer op een aantal punten[16] onaanvaardbaar moeilijk gemaakt, zo oordeelt de Advocaat-Generaal. Wat betreft de hierbij genoemde punten wordt in de conclusie geen vergelijking doorgevoerd met de EBB-verordening. Zelf teken ik hierbij aan dat in de EBB-verordening het verweer op een voor de verweerder zeer eenvoudige manier wordt georganiseerd, in die zin dat zelfs niet vereist is dat de verweerder enige grond aanvoert, en de verweerder 30 dagen tijd heeft om dit verweer in te dienen.

Beschouwd vanuit het oogpunt van bescherming van zwakke partijen is de zaak Profi Credit Polska bijzonder interessant voor wat betreft eisen die mogen worden gesteld aan een consument-verweerder om regels die zijn uitgevaardigd ter zijner bescherming te doen gelden, evenals ten aanzien van plichten en mogelijkheden die ten aanzien van de rechter dienaangaande gelden of openstaan. De zaak leent zich tot analyse vanuit het perspectief "wat mag van de zwakke partij zelf en de rechter verwacht worden?"

Een soortgelijke thematiek is te ontwaren in de zaak Karel de Grote. In de zaak Karel de Grote betrof het eveneens een kwestie van bescherming van de consument tegen onrechtmatige bedingen in een nationale[17] procedure. De voor de in dit artikel te bespreken materie relevante prejudiciële vraag[18] was als volgt geformuleerd: "*Is de nationale rechter, wanneer bij hem tegen een consument een vordering is ingesteld over de uitvoering van een overeenkomst en hij op grond van de regels van procesrecht enkel bevoegd is ambtshalve na te gaan of de vordering in strijd is met nationale regels van openbare orde, op dezelfde wijze bevoegd om ambtshalve, zelfs bij verstek, na te gaan en vast te stellen dat de betrokken overeenkomst binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende de oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten valt zoals geïmplementeerd in het Belgisch recht*"? Het Hof oordeelt dat Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten aldus moet worden uitgelegd dat een nationale rechter die uitspraak doet bij verstek en die op grond van de nationale procedureregels bevoegd is ambtshalve na te gaan of het beding waarop de vordering steunt in strijd is met de nationale regels van openbare orde, wel degelijk gehouden is ambtshalve na te gaan of de overeenkomst waarin dat beding is opgenomen binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt en, in voorkomend geval, of dat beding eventueel oneerlijk is.

Daarmee wordt geoordeeld dat de Belgische rechter de regels over onrechtmatige bedingen ambtshalve moet toepassen in verstekprocedures. De taak van de Belgische verstekrechter dient volgens het Hof ook de controle op onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten te

[16] Zo mag de rechter het oneerlijke karakter van een beding slechts toetsen indien de consument een desbetreffende grief heeft aangevoerd, wordt van de consument verlangd dat hij binnen twee weken na betaling van het betalingsbevel de feiten en bewijsmiddelen overlegt op basis waarvan de rechter die toetsing kan verrichten, en wordt de consument benadeeld waar het gaat om de te dragen gerechtskosten. "*De bepalingen van de richtlijn oneerlijke bedingen moeten aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling zoals in het hoofdgeding aan de orde is, voor zover deze bepaalt dat een betalingsbevel wordt uitgevaardigd op basis van een naar behoren ingevuld orderbriefje, dat als zekerheid dient voor vorderingen uit een kredietovereenkomst van een verkoper tegen een consument, zonder dat wordt getoetst of die kredietovereenkomst oneerlijke bedingen bevat, en deze regeling het voor de consument uiterst moeilijk maakt om verzet aan te tekenen tegen het op basis van het orderbriefje uitgevaardigde betalingsbevel voor zover de rechter het oneerlijke karakter van een beding slechts mag toetsen indien de consument een desbetreffende grief heeft aangevoerd, van de consument wordt verlangd dat hij binnen twee weken na betekening van het betalingsbevel de feiten en bewijsmiddelen overlegt op basis waarvan de rechter die toetsing kan verrichten, en de consument wordt benadeeld waar het gaat om de te dragen gerechtskosten*", zo stelt de AG in de conclusie van de opinie (nr. 83).

[17] Ditmaal Belgische.

[18] Er waren aan het Hof in deze zaak meerdere prejudiciële vragen gesteld.

omvatten.[19] Het Hof toont zich daarmee ten aanzien van de Belgische situatie veeleisend voor wat betreft respect voor consumentenbescherming zoals vervat in de richtlijn.

De EBB-verordening blijft in deze zaak onvermeld. Noch in de conclusie van de Advocaat-Generaal, noch in de uitspraak van het Hof wordt expliciet melding gemaakt van de EBB-verordening.

Wat betreft, specifiek, de verhouding van de EBB-verordening zelf tot de Richtlijn, moge er op worden gewezen dat in de literatuur[20] reeds is gesteld dat toch ook in de context van deze verordening enige controle op onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten vereist zou moeten zijn.[21]

In het Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van Verordening (EG) 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure d.d. 13 oktober 2015[22] is overigens ook een passage te vinden over de verenigbaarheid van de EBB-verordening met de richtlijn. Daarin wordt met name, onder de hoofding "*De jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie betreffende oneerlijke bedingen en betalingsbevelprocedures*"[23], gewezen op de mogelijkheden die de artikelen 8 en 10 van de EBB-verordening bieden. Artikel 8 EBB-verordening bepaalt dat het gerecht onderzoekt of de vordering gegrond lijkt, op basis van de gegevens waarover het beschikt. Wanneer de rechtbanken prima facie twijfels hebben over de gegrondheid van de vordering of een deel daarvan (bv. rente), hebben zij de mogelijkheid om overeenkomstig artikel 10 van de verordening de eiser slechts een bevel voor een deel van het verzoek toe te wijzen, zo wordt in het document hieromtrent gesteld.[24] Ook wordt gewezen op de omstandigheid dat een volledige beoordeling van de gegrondheid van de schuldvordering gegarandeerd wordt na verweer tegen het Europees betalingsbevel, zodra de vordering wordt voortgezet in een gewone gerechtelijke procedure. "*Daarom kan worden geconcludeerd dat de kenmerken van de Europese betalingsbevelprocedure naar behoren garanderen dat de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie wordt nageleefd*", aldus dit document.

---

[19] Over de uitspraak, zie J. Nowak, "HvJ: rechter moet regels over onrechtmatige bedingen ambtshalve toepassen in verstekprocedures", *De Juristenkrant* 2018, nr. 371, p. 2., die er op wijst dat anders de bescherming van de versteklatende consument tegen onrechtmatige bedingen zou wegvallen, en daarbij nog stelt "*achterliggende doel van de ambtshalve toetsing bestaat er in te voorkomen dat consumenten die zich niet verweren of slechts gebrekkig verweren gebonden zouden zijn door rechtmatige bedingen.*"

[20] "*Legal protection in the EOP is (…) very limited. From the 2012 case Banco Espanol de Credito of the court of justice of the European Union, it may be concluded that some review within the order for payment procedure is nevertheless required. The court required an ex officio review of moratory interest in a Spanish order for payment procedure on the basis of Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts. However, the same would hold true for the EOP*", X.E. Kramer, "European Procedures on Debt Collection: Nothing or Noting? Experiences and Future Prospects", in *EU Civil Justice. Current Issues and Future Outlook*, B. Hess, M. Bergström en E. Storskrubb (eds.), Oxford: Hart Publishers 2016, p. 97-121, met name p. 110.

[21] Over de huidige situatie wordt, bekeken vanuit de Nederlandse situatie, in een Nederlands WODC-rapport (X.E. Kramer, M.E. Tuil, en I. Tillema, Verkrijging van een executoriale titel in incassozaken, *WODC-rapport* 2015), kritisch opgemerkt dat in het Europese model van de betalingsbevelprocedure de schuldenaar slechts één mogelijkheid heeft om zich in de gerechtelijke fase te verweren, namelijk na de uitvaardiging van het betalingsbevel, zonder dat een mogelijkheid bestaat tot het voeren van een verzetprocedure, waarna de auteurs, in een vergelijking met de Nederlandse verzetprocedure, stellen "*In de betalingsbevelprocedure behoeft, althans in het Europese model, geen bewijs te worden overgelegd en vindt geen enkele inhoudelijke toetsing plaats. De vraag is (…) of het ontbreken van iedere vorm van toetsing, behalve voor zover voorgeschreven door de verordening zelf, niet op gespannen voet staat met de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het consumentenrecht. De rechtsbescherming is hoe dan ook beter in de verstekprocedure dan in de bestaande Europese betalingsbevelprocedure.*" In hoeverre kunnen eisers via hantering van de EBB-procedure al bij al ontsnappen aan controle op onrechtmatige bedingen? Als in de Europese procedure geen controle mogelijk is op oneerlijke bedingen terwijl dit wel het geval is in een nationale procedure, dan zou hier mogelijk een prikkel kunnen liggen voor eisers om de zaak internationaal te maken cq te kiezen voor de Europese procedure in plaats van een nationale procedure waarin wel controle plaatsvindt.

[22] COM(2015)495 final.

[23] p. 11-12 van het document.

[24] In voetnoot 31 (p. 12) worden referenties opgenomen naar prima facie verificaties in nationale procedures.

Hierna zal ik niet verder ingaan op bescherming van consumenten tegen onrechtmatige bedingen, noch in de context van nationale procedures, noch in de context van de EBB-verordening. Wel zal ik, zoals gezegd, op niet-exhaustieve wijze de bescherming van zwakke partijen middels voor hen beschermende regels van internationale bevoegdheid nagaan in vier onderscheiden verordeningen, met bijzondere focus op de EBB-verordening. Denkbaar is daarbij zowel dat de zwakke partij[25] als eiser dan wel verzoeker fungeert.

II. Europese tweede generatie verordeningen en bescherming van zwakke partijen: procedurele bescherming van zwakke partijen op het vlak van regeling van internationale bevoegdheid

II.1. Inleiding: de regels van internationale bevoegdheid in de tweede generatie verordeningen

In de onderscheiden tweede generatie verordeningen wordt telkenmale expliciet dan wel impliciet respect gevraagd voor het regime van regels van internationale bevoegdheid van de Brussel 1 bis verordening.[26] Hier moge worden verwezen naar de expliciete referenties in artikel 6 van de EET-verordening evenals artikel 6 van de EBB-verordening, en de impliciete vermelding in artikel 6 van de EAPO-verordening. Voor wat betreft de EGV-verordening zijn in de verordening zelf geen regels van internationale bevoegdheid opgenomen, maar wordt in de standaardformulieren de Brussel 1 verordening wel vermeld. Het regime van de Brussel 1 bis verordening wordt daarmee in al zijn complexiteit van toepassing verklaard[27], daarin begrepen ook het in de Brussel 1 bis verordening opgenomen regime van bescherming van zwakke partijen. Relevant voor wat betreft de in de Brussel 1 bis verordening opgenomen regels ter bescherming van zwakke partijen zijn met name de afdelingen 3 (artikel 10-16), 4 (artikel 17-19) en 5 (artikel 20-23), artikel 26 lid 2 evenals, inzake erkenning en tenuitvoerlegging, artikel 45 lid 1 e van de Brussel 1 bis verordening.[28]

Daarbij is zowel in de EET-verordening als in de EBB-verordening en de EAPO-verordening bovendien een speciale regel opgenomen inzake vereisten van respect voor internationale bevoegdheid indien de verweerder een consument is.[29] Opmerkelijk is dat dergelijke bescherming van de consument-verweerder aan de consument meer bescherming biedt, of lijkt te bieden,[30] dan de bescherming die

[25] Al dan niet consument.

[26] Verordening (EU) Nr.1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. Waar in de verordeningen verwezen wordt naar Verordening (EG) nr. 44/2001 (de Brussel 1 verordening) kan dit momenteel worden begrepen als verwijzing naar de Brussel 1 bis verordening.

[27] Althans in de EBB-verordening, de EGV-verordening en de EAPO-verordening (deze laatste in de hypothese dat de schuldeiser nog geen rechterlijke beslissing, gerechtelijke schikking of authentieke akte heeft verkregen). Zie infra voor wat betreft de EET-verordening, waarbij het gaat om reeds in een lidstaat gegeven beslissingen en ten aanzien daarvan respect wordt gevraagd ten aanzien van welbepaalde regels van de Brussel 1 bis verordening opdat een certificaat kan worden afgeleverd.

[28] Voor een recente bespreking van die regels, zie V. Lazic, "Mutual Faces of Mutual Recognition. Unity and Diversity in Regulating Enforcement of Judgments in the European Union" in *The European Union as an Area of Freedom, Security an Justice* M. Fletcher, E. Herlin-Hannell en C. Matera (eds.), London/New York: Routledge 2017, p. 337-357, V. Lazic, "Procedural position of a "Weaker Party" in the Regulation Brussels Ibis" in *Brussels Ibis Regulation – Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*, V. Lazic en S. Stuij (eds.), The Hague: T.M.C. Asser Press 2017, p. 51-71 en V. Lazic, "Procedural Justice for weaker Parties in Cross-border Litigation under the EU Regulation Scheme", *Utrecht Law Review* 2014, Vol. 10, n° 4, p. 100-117. Recent heeft het Europees Hof van Justitie zich overigens nog uitgesproken over regels van internationale bevoegdheid waarin een werknemer is betrokken – het betrof in casu een tegenvordering van de werkgever tegen de werknemer -, zie met name HvJ EU 21 juni 2018, C-1/17 (Petronas Lubricants Italy SpA).

[29] Artikel 6 lid 1 d EET-verordening, artikel 6 lid 2 EBB-verordening, artikel 6 lid 2 EAPO-verordening.

[30] Verder ga ik nog kort in op het mogelijk deels overbodig karakter van de bepaling van artikel 6 lid 2 EBB-verordening, als deze louter (los van de gehanteerde notie van consument – over het te hanteren consumentenbegrip, zie meteen meer infra) bekeken wordt vanuit de vraagstelling of met artikel 6 lid 2 EBB-verordening een andere bevoegdheidsregel wordt ingevoerd dan in artikel 18 lid 2 Brussel 1 bis verordening – naar de Brussel 1 bis verordening wordt immers reeds in het eerste lid van

consument-verweerders wordt geboden in de context van de Brussel 1 bis verordening, doordat in die verordeningen een absolute bevoegdheidsgrond voor procedures tegen consument-verweerders wordt ingevoerd, of nog, door verschillen in het gehanteerde consumentenbegrip, in de zin van een in die drie verordeningen opgenomen ruimer consumentenbegrip. In de Brussel 1 bis verordening[31] gelden beperkingen voor hantering van het consumentenbegrip.[32] In de voornoemde specifieke bepalingen van de tweede generatie verordeningen echter wordt, voor de hypothese dat de consument verweerder is,[33] enkel gesproken over overeenkomsten "*gesloten door een persoon, de consument, voor een gebruik dat als niet bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd.*"

In de EGV-verordening zou dan weer, altijd[34], het consumentenbegrip van de Brussel 1 bis verordening gehanteerd moeten worden, maar zou kunnen worden betoogd dat dit verwarrend genoeg niet duidelijk, of niet voldoende duidelijk,[35] is aangegeven in de standaardformulieren, hetgeen consument-eisers zou kunnen doen denken dat zij in hun eigen woonplaats kunnen procederen terwijl zij mogelijk niet voldoen aan de voorwaarden daartoe. De standaardformulieren worden in die zin in de literatuur misleidend genoemd.[36]

---

artikel 6 EBB-verordening verwezen, en de mogelijke bevoegdheidsgrond van artikel 26 (die in de Brussel 1 bis verordening ook openstaat voor procedures tegen consumenten, zij het dan met de voorwaarden van artikel 26 lid 2), lijkt in de context van de EBB-verordening moeilijk realiseerbaar. Wel is nog denkbaar dat via hantering van artikel 19 Brussel 1 bis verordening andere instanties dan de instanties die worden aangeduid in artikel 6 lid 2 EBB-verordening bevoegdheid hadden gekregen.

[31] Voor een kort overzicht van het enerzijds in de Brussel 1 bis verordening gehanteerde consumentenbegrip, anderzijds het consumentenbegrip in de bijzondere bepalingen van de EET-verordening, de EBB-verordenig en de EGV-verordening, zie T. Kruger en L. Samyn, "Als de Europese consument moet procederen", *DCCR* 2012, nr. 95, p. 66-91. Voor de situatie na het arrest Vapenik (HvJ EU 5 december 2013, C-508/12, waarover nog kort infra) inzake de EET-verordening, waarin het Hof in het kader van de in de zaak Vapenik voorliggende specifieke vraagstelling (zie infra) aandacht toonde voor coherentie (het Hof steunde in de argumentatie in casu niet alleen op het contractuele onevenwicht tussen partijen maar overwoog ook "*35. Bovendien moet rekening ermee worden gehouden dat de bij verordening nr. 805/2004 ingevoerde regels de regels betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen die bij verordening nr. 44/2001 zijn vastgesteld, beogen te vervolledigen. 36. In dit verband moet worden gepreciseerd dat de exequaturprocedure volgens verordening nr. 44/2001 weliswaar kan worden vermeden via de waarmerking van een vonnis betreffende een niet-betwiste schuldvordering als Europese executoriale titel op grond van verordening nr. 805/2004, maar dat voormeld vonnis, wanneer een dergelijke waarmerking ontbreekt, ten uitvoer kan worden gelegd krachtens de exequaturprocedure waarin verordening nr. 44/2001 voorziet. 37. Indien het begrip „consument" in verordening nr. 805/2004 ruimer zou worden opgevat dan in verordening nr. 44/2001, zouden incoherenties bij de toepassing van deze twee verordeningen ontstaan. De bij de eerste verordening ingevoerde afwijkende regeling zou namelijk tot gevolg kunnen hebben dat een vonnis niet als executoriale titel wordt gewaarmerkt, terwijl dat vonnis volgens de algemene regeling van verordening nr. 44/2001 nochtans ten uitvoer zou kunnen worden gelegd, aangezien de bij deze regeling gestelde voorwaarden waaronder de verwerende partij kan opkomen tegen de verstrekking van een executoriale titel wegens miskenning van de bevoegdheid van de gerechten van de woonstaat van de consument, niet zouden zijn vervuld"),* zie E. Apers, noot onder Vapenik, *DCCR* 2014 p. 50-56 en J. Knetsch, "Inapplicabilité du titre exécutoire européen aux litiges entre consommateurs", *RCDIP* 2014, p. 651-660.

[32] Zie artikel 17 Brussel 1 bis verordening.

[33] Nu in de voornoemde verordeningen enkel voor de hypothese dat de consument verweerder is een bijzondere cq van de Brussel 1 bis verordening afwijkende regel is opgenomen. Over de vraag in hoeverre in de EET-verordening cq in de andere verordeningen daadwerkelijk een ruimer consumentenbegrip wordt gehanteerd cq dient te worden gehanteerd dan in de Brussel 1 bis verordening, zie, na het arrest Vapenik inzake de EET-verordening (HvJ EU 5 december 2013, C-508/12, waarover al supra en nog kort infra) o.a. E. Apers, noot onder Vapenik, *DCCR* 2014 p. 50-56 en J. Knetsch, "Inapplicabilité du titre exécutoire européen aux litiges entre consommateurs", *RCDIP* 2014, p. 651-660.

[34] Zowel als de consument eiser als verweerder is.

[35] Wel wordt dus in standaardformulier A, zoals supra al aangegeven, onder "4. Bevoegdheid" verwezen naar Verordening (EG) nr. 44/2001 (in de door Verordening 2017/1259 van 19 juni 2017 geamendeerde versie van de formulieren van de EGV-verordening wordt verwezen naar de Brussel 1 bis verordening). Maar in het aan te kruisen hokje wordt enkel gesproken over "consument".

[36] Over het begrip "consument" in de EGV-verordening, zie o.a. X.E. Kramer, "A Major Step in the Harmonization of Procedural Law in Europe. The European Small Claims Procedure. Accomplishments, New Features and Some Fundamental questions of European Harmonization" in *The XIIIth World Congress of Procedural Law. The Belgian and Dutch Reports*, A.W. Jongbloed (ed.), Antwerpen, Intersentia 2008, p. 253-283, met name p. 267-268, X.E. Kramer, "European Procedures on Debt Collection: Nothing or Noting? Experiences and Future Prospects", in *EU Civil Justice. Current Issues and Future Outlook*, B. Hess, M. Bergström en E. Storskrubb (eds.), Oxford: Hart Publishers 2016, p. 97-121, met name p. 114 en voetnoot 104; C. Oro Martinez, "The Small Claims Regulation: On the Way to an Improved European Procedure?", in *EU Civil Justice. Current Issues and Future Outlook*, B. Hess, M. Bergström en E. Storskrubb (eds.), Oxford: Hart Publishers 2016, p. 123-140, met name p.

II.2. Het kaliber van de regels van internationale bevoegdheid in de tweede generatie verordeningen

Is de opname van de bijzondere bevoegdheidsregel in drie van de verordeningen tekenend voor het bijzondere respect dat in de context van de tweede generatie verordeningen wordt gevraagd voor regels van internationale bevoegdheid, in het bijzonder deze ter bescherming van zwakke partijen, zo kan worden geopperd, precies omdat de beslissing vervolgens, volgens het regime van de verordeningen, in andere lidstaten bij de verordeningen zonder exequatur uitvoerbaar en nog nauwelijks aan te vechten zal zijn, dit in tegenstelling tot de Brussel 1 bis verordening?[37] In het regime van de Brussel 1 bis verordening is immers nog wel een weigeringsgrond voorhanden indien regels van internationale bevoegdheid in procedures tegen consumenten geschonden zijn, zie met name artikel 45 lid 1 e Brussel 1 bis verordening. In de tweede generatie verordeningen daarentegen zijn nauwelijks nog weigeringsgronden te vinden, en al zeker geen weigeringsgrond in de zin van het genoemde artikel 45 lid 1 e Brussel 1 bis verordening.[38]

Indien de redenering zo zou luiden, zou hier mutatis mutandis ook kunnen worden verwezen naar de zaak Cornelius de Visser[39]: bekeken vanuit het perspectief van verschillen in mogelijkheden tot protest in de fase van tenuitvoerlegging met daaraan gehechte conclusies inzake de organisatie van de internationale bevoegdheid, is ook de zaak Cornelius de Visser interessant. In deze zaak oordeelde het Hof dat in casu geen waarmerking als Europese executoriale titel kon worden afgeleverd, daarbij[40] overwegend "*Zoals blijkt uit punt 57 van het onderhavige arrest kan de verweerder, doordat deze zich overeenkomstig artikel 34, punt 2, van verordening nr. 44/2001 kan verzetten tegen de erkenning van de tegen hem uitgesproken rechterlijke beslissing, zijn rechten van de verdediging afdwingen. Deze waarborg zou echter ontbreken indien in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding een verstekvonnis tegen een verweerder die geen kennis heeft genomen van de procedure als Europese executoriale titel werd gewaarmerkt.*" Wijzend op de omstandigheid dat onder het regime van de Brussel 1 verordening de verweerder zich in de fase van tenuitvoerlegging alleszins potentieel nog zou kunnen verzetten, gezien er nog een waarborg is opgenomen, maar dergelijke protestmogelijkheid niet is voorzien in het regime van de EET-verordening, onderbouwt het Hof in deze zaak het oordeel dat een verstekvonnis dat is uitgesproken tegen een verweerder van wie het adres onbekend is, niet kan worden gewaarmerkt als Europese executoriale titel in de zin van de EET-verordening, zie ook de specifieke regel in artikel 14 lid 2 EET-verordening.

Of is het integendeel zo dat weliswaar die ene bijzondere regel van consumentenbescherming in de voornoemde verordeningen is opgenomen, maar respect voor deze regel niet werkelijk kan worden afgedwongen en ook overigens niet werkelijk wordt vastgehouden aan respect voor regels van internationale bevoegdheid, zelfs niet degene die zijn opgenomen in de Brussel 1 bis verordening? En is de achterliggende reden daarvoor dan mogelijk, nu toch de verordeningen gericht zijn op (het voeren

---

138 evenals de verder nog aangehaalde uitspraak Vred. Woluwe 21 januari 2013 (in welke zaak de eiser volgens de rechter niet viel onder het te hanteren consumentenbegrip en de rechter mede vandaar oordeelde dat geen bevoegdheid voorhanden was voor de Belgische instanties – land van woonplaats van de eiser).

[37] Zie in die zin met betrekking tot de bijzondere bevoegdheidsregel voor consumenten in artikel 6 lid 2 EBB-verordening, X.E. Kramer en B. Sujecki, "De Europese betalingsbevelprocedure: een kritische beschouwing", *NIPR* 2006, afl. 4, p. 365-374, met name p. 369 ("*Het ontbreken van een exequaturprocedure waarin de bevoegdheid voor consumentenovereenkomsten kan worden getoetst, zoals bij de EEX-Vo wel het geval is, maakt een absolute bevoegdheidsregel wenselijk. De kritiek die in de literatuur is geuit op de ruimere bescherming van de consument in vergelijking met de EEX-Vo delen wij dan ook niet*").

[38] Zie kritisch over het ontbreken van een weigeringsgrond in de zin van artikel 45 lid 1 e Brussel 1 bis verordening in de EET-verordening, de EBB-verordening en de EGV-verordening (in een vergelijking tussen het regime van erkenning en tenuitvoerlegging in de Brussel 1 bis verordening enerzijds, deze drie verordeningen anderzijds), V. Lazic, "Mutual Faces of Mutual Recognition. Unity and Diversity in Regulating Enforcement of Judgments in the European Union" in *The European Union as an Area of Freedom, Security an Justice* M. Fletcher, E. Herlin-Hannell en C. Matera (eds.), London/New York: Routledge 2017, p. 337-357.

[39] HvJ EU 15 maart 2012, C-292/10

[40] Zie nr. 66.

van snelle, eenvoudige procedures en) internationale uitvoerbaarheid, dat regels van internationale bevoegdheid als potentiële spelbrekers zouden kunnen worden gezien in rechttoe-rechtaan procedures, als spaken in het wiel waar overheen mag worden gewalst in het licht van de specifieke doelstellingen van de verordeningen? Wat betreft de doelstellingen van de verordeningen, moge in het bijzonder gewezen worden op artikel 1 lid 1 EBB-verordening "*Deze verordening heeft ten doel: a) de beslechting van een geschil in grensoverschrijdende zaken met betrekking tot niet-betwiste geldvorderingen te vereenvoudigen, te versnellen en goedkoper te maken door een Europese betalingsbevelprocedure in te voeren; b) het vrij verkeer van Europese betalingsbevelen tussen de lidstaten te bewerkstelligen door minimumnormen te stellen waarvan de naleving tot gevolg heeft dat in de lidstaat van tenuitvoerlegging voorafgaand aan de erkenning en de tenuitvoerlegging geen intermediaire procedure hoeft te worden ingeleid.*"[41]

In welke mate wordt daadwerkelijk gelegenheid geboden respect voor deze regels af te dwingen, wat is de rol daarbij van partijen zelf en de rechter? Kortom, wat is het "kaliber" van de regels van internationale bevoegdheid die van gelding zijn in de context van de tweede generatie verordeningen?[42] Zijn deze regels van eenzelfde kaliber als regels zoals opgenomen in de verordeningen die reeds expliciet beschouwd zijn als gericht op de bescherming van het recht van verdediging? Zijn deze regels minstens te beschouwen als van eenzelfde kaliber als de regels in de Brussel 1 bis verordening, of is het mogelijk integendeel zo dat regels die in de Brussel 1 bis verordening zijn opgenomen ter bescherming van zwakke partijen, riskeren ondermijnd te worden middels hantering van de tweede generatie verordeningen? Brengt de specificiteit van de tweede generatie verordeningen mee dat regels van internationale bevoegdheid die beogen zwakke partijen te beschermen net belangrijker worden, of omgekeerd net minder relevant, mede in het licht van doelstellingen tot het organiseren van eenvoudige, snelle en goedkope procedures en het vrij laten circuleren binnen Europa van beslissingen, en hoe verhoudt zich dit dan tot andere regimes ten aanzien waarvan de verordeningen als optioneel voor de eiser fungeren? Het zoeken naar een antwoord op dit type vragen vormt een rode draad in de hiernavolgende analyse van elk van de verordeningen.

Daarbij ga ik verder overigens niet in op complicaties[43] inzake het begrip "consument" zelf, al of niet ontstaan door verschillen in definitie ten aanzien van de Brussel 1 bis verordening.[44] Ook op specificiteiten zoals degene die genoemd worden in welbepaalde overwegingen[45] van de conclusie van de Advocaat-Generaal in de verder nog genoemde zaak Flight Refund[46] en specificiteiten zoals aan de

[41] Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de EBB-verordening, blijkt dat het Europees Hof van Justitie mede in het licht van deze doelstellingen interpreteert. Cfr. artikel 1 EET-verordening, artikel 1 EGV-verordening en artikel 1 EAPO-verordening.

[42] Over de grote waarde die het Europees Hof van Justitie hecht aan welbepaalde regels van de verordeningen, zie B. Hess, "The application of Brussels I bis Regulation (Recast) in the EU-Member States'', te verschijnen, in verwijzing naar HvJ EU 28 februari 2018, C-289/17 (Collect Inkasso) en HvJ EU 9 maart 2017, C-484/15 (Zulikarpasic), beide betreffende de EET-verordening. Zie ook met betrekking tot respect voor regels van betekening en kennisgeving binnen de EBB-procedure, de zaak eco cosmetics en Raiffeisenbank (HvJ EU 4 september 2014, C-119/13 en C-120/13), waarin het Hof (nr. 37) spreekt over "*het evenwicht tussen de door de EEB-verordening nagestreefde doeleinden, te weten enerzijds snelheid en efficiëntie garanderen en anderzijds de rechten van verdediging eerbiedigen en respect voor de regels van kennisgeving en betekening kadert binnen het vereiste respect voor die rechten van verdediging (zie uitgebreider daarover de conclusie van de AG in nrs. 37-41, waarin o.a. wordt gesteld (nr. 41) dat de betekening binnen het door de verordening in het leven geroepen stelsel "tot doel heeft de rechten van verdediging te waarborgen*" en "*Wil men het evenwicht tussen de verschillende door de verordening nagestreefde doelstellingen bewaren, dan is de naleving van deze voorwaarden in de procedure van het Europees betalingsbevel van essentieel belang.*" (Zie nog zeer recent over regels van kennisgeving en betekening en de EBB-verordening, HvJ EU 6 september 2018, C-21/17 (Catlin Europe), conclusie M. Wathelet 29 mei 2018).

[43] Complicaties die aanleiding zouden kunnen geven tot vergissingen inzake te hanteren bevoegdheidsregels, vooral in de zin dat de consument niet de bescherming vraagt cq krijgt die hij onder het regime van de verordeningen zou horen te krijgen.

[44] Zie hierover al hetgeen kort supra gemeld.

[45] Zie met name de nummers 59-60.

[46] HvJ EU 10 maart 2016, C-94/14 (Flight Refund Ltd), conclusie E. Sharpston 22 oktober 2015. De AG raakt in nrs. 59-60 de kwestie dat een consument de vordering heeft overgedragen aan een incassobureau.

orde in de recente uitspraak Schrems van het Europees Hof van Justitie[47] wordt in het kader van deze bijdrage verder niet ingegaan. Veeleer spitst de vraag zich toe op de hypothese dat een bevoegdheidskwestie zich heeft aangediend en vervolgens de vraag rijst hoe te handelen. In dergelijke situatie rijst de vraag of en hoe regels van de Brussel 1 bis verordening, indien toepasselijk, en met bijzondere aandacht[48] voor artikel 26 lid 2 en artikel 28 Brussel 1 bis verordening als zijnde een soort van controlemechanismen inzake internationale bevoegdheid (het eerste specifiek voor wat betreft zwakke partijen, het tweede niet specifiek gericht op zwakke partijen), met de daaromtrent gegeven rechtspraak van het Europees Hof van Justitie, kunnen worden ingepast, wat moet worden gedaan als de situatie noch in de tweede generatie verordening zelf, noch in de Brussel 1 bis verordening geregeld is, in hoeverre men de kwestie laat "passeren" als de zwakke partij zelf niets opwerpt, in hoeverre het aan de rechter is in te grijpen indien partijen zelf niets opwerpen, etc.

Punt van overweging hierbij is dat als noch de zwakke partij, noch de rechter aan de bel trekt of niets kan doen indien er daadwerkelijk een bevoegdheidskwestie blijkt te zijn, en in zoverre dan ook geen rechtsmiddelen in de zin van verzet of hoger beroep openstaan[49], beslissingen die in de context van de tweede generatie verordeningen als uitvoerbaar worden aangemerkt zeer vergaande gevolgen kunnen hebben: dergelijke beslissingen genieten in alle landen die lidstaat zijn bij de verordeningen een bijzonder regime van (erkenning en) tenuitvoerlegging, reden ook waarom ze bestempeld worden als tweede generatie verordeningen. Een bijzondere dynamiek treedt desgevallend in werking. Vraag is wat de plaats is van regels van internationale bevoegdheid, in het bijzonder deze ter bescherming van zwakke partijen, in dergelijk systeem.

II.3. Een nadere analyse van de vier verordeningen

II.3.1. De EET-verordening

In de context van de EET-verordening lijkt respect voor de daarin opgenomen regels van internationale bevoegdheid, inclusief de bijzondere regel tot bescherming van consumenten, verzekerd: overeenkomstig artikel 6 EET-verordening is respect voor de regels van afdeling 3 en 6 van de Brussel 1 bis verordening vereist als voorwaarde voor waarmerking als EET[50], waarbij in artikel 6 lid 1 d een bijzondere regel is opgenomen voor consument[51]-verweerders indien het een schuldvordering is die niet-betwist is in de zin van artikel 3, lid 1, onder b) of c).[52] Bij gebrek aan respect voor die regels mag eenvoudigweg geen certificaat worden afgeleverd.

[47] HvJ EU 25 januari 2018, C-498/16 (Schrems).
[48] Geen bijzondere aandacht wordt verder besteed aan het controlemechanisme van artikel 27 Brussel 1 bis verordening.
[49] Zie al supra X.E. Kramer, M.E. Tuil, en I. Tillema, Verkrijging van een executoriale titel in incassozaken, *WODC-rapport* 2015, betreffende het ontbreken van een verzetprocedure in de EBB-verordening. Betreffende de EGV-verordening, zie artikel 17 EGV-verordening. Voor wat betreft de EAPO-verordening, zie de in de EAPO-verordening voorziene rechtsmiddelen.
[50] Zie artikel 6 "Voorwaarden voor waarmerking als Europese executoriale titel", lid 1, b EET-verordening.
[51] Waarbij het Europees Hof van Justitie zich in de zaak Vapenik (HvJ EU 5 december 2013, C-508/12) heeft uitgesproken in die zin dat artikel 6, lid 1, sub d, van de EET-verordening aldus moet worden uitgelegd dat het niet van toepassing is op overeenkomsten tussen twee niet bedrijfs- of beroepsmatig handelende personen. Over ruimere vraagstellingen inzake het te hanteren consumentenbegrip na dit arrest nu het Hof zoals hoger reeds aangegeven aandacht toonde voor coherentie – quid dan met name inzake de voorwaarden in artikel 17 Brussel 1 bis verordening waarvan in artikel 6 lid 1 d EET-verordening geen gewag wordt gemaakt -, zie, zoals hoger reeds aangegeven, o.a. E. Apers, noot onder Vapenik, *DCCR* 2014 p. 50-56 en (ook voor ruimere vraagstellingen) J. Knetsch, "Inapplicabilité du titre exécutoire européen aux litiges entre consommateurs", *RCDIP* 2014, p. 651-660.
[52] Voor wat betreft consumenten wordt zodoende een onderscheid gemaakt naar gelang het gaat om niet-betwiste vorderingen in de zin van artikel 3 lid 1 a dan wel artikel 3 lid 1 b of c EET-verordening.

De vraag rijst echter naar de te volgen handelswijze indien desondanks toch een certificaat is afgeleverd. Is denkbaar dat in dergelijk geval artikel 10 EET-verordening[53] gehanteerd wordt om het Europees bewijs van waarmerking als Europese executoriale titel bij het gerecht van oorsprong te laten intrekken? Is artikel 10 mogelijk (mede) bedoeld voor dergelijke situaties, mede in acht genomen dat in de context van de EAPO-verordening[54] inzake de gelijkaardige bepaling daar in de preambule een bepaling is opgenomen die, althans voor de EAPO-verordening zelf, in die zin wijst?

Specifiek voor wat betreft de EET-verordening is nog opvallend dat in artikel 6 EET-verordening wel respect wordt gevraagd voor regels van internationale bevoegdheid zoals opgenomen in de Brussel 1 bis verordening ter bescherming van verzekerden[55], maar niet voor regels van internationale bevoegdheid zoals opgenomen in de Brussel 1 bis verordening ter bescherming van werknemers[56], dit terwijl toch ook werknemers in de context van de Brussel 1 bis verordening als zwakke partijen worden beschouwd en een bijzonder regime genieten.[57]

In de literatuur is er, met name door Grusic[58], al op gewezen dat op die manier, door keuze van de eiser voor de EET-verordening, de werking van de Brussel 1 bis verordening kan worden ondermijnd: daar waar tegen beslissingen die zijn genomen met miskenning van de bevoegdheidsregels van afdeling 5 van de Brussel 1 bis verordening bij een vraag om erkenning of tenuitvoerlegging nog een weigeringsgrond kan worden opgeworpen, zou dergelijke beslissing daarentegen zeer wel in aanmerking kunnen komen voor waarmerking als Europese executoriale titel.[59]

Grusic formuleerde bekommernissen omtrent risico's van ondermijning van het regime van bescherming van werknemers als zwakke partijen zoals opgenomen in de Brussel 1 bis verordening ook al in de context van de EBB-verordening: "*(…) the European order for Payment Procedure Regulation forces the employee to lodge a statement of opposition to a European enforcement order*

[53] Meer bepaald artikel 10 lid 1 onder b, volgens hetwelk op een verzoek gericht aan het gerecht van oorsprong het bewijs van waarmerking als Europese executoriale titel wort ingetrokken "*wanneer het, in het licht van de in deze verordening neergelegde vereisten, kennelijk ten onrechte is toekgekend*" (zie ook de mogelijkheid vervólgens via artikel 23 opschorting of beperking van de tenuitvoerlegging te vragen bij het bevoegde gerecht of de bevoegde instantie in de lidstaat van tenuitvoerlegging).

[54] Waarover verder meer, cfr. infra.

[55] Afdeling 3 van de Brussel 1 bis verordening.

[56] Afdeling 5 van de Brussel 1 bis verordening.

[57] Zij het dat in de Brussel 1 verordening – de voorganger van de Brussel 1 bis verordening in het toenmalige artikel 35 lid 1, (nog) geen gewag werd gemaakt van werknemers. Dit is wel het geval in de Brussel 1 bis verordening, zie de supra reeds aangehaalde bepaling van artikel 45 lid 1 e Brussel 1 bis verordening. Mogelijk is de omstandigheid dat in de toenmalige Brussel 1 verordening van de categorie van werknemers geen gewag werd gemaakt in artikel 35 lid 1 Brussel 1 verordening de verklaring dat in de destijds opgestelde EET-verordening evenmin melding werd gemaakt van werknemers. In die richting wijst ook de melding in het voorstel tot verordening (COM/2002/0159def) waarin omtrent het toenmalige artikel 5 werd toegelicht: "*Krachtens artikel 5, onder b), moet er sprake zijn van overeenstemming met de regels van Verordening (EG) nr. 44/2001 inzake de bevoegdheid in verzekeringszaken, de bevoegdheid voor door consumenten gesloten overeenkomsten en inzake exclusieve bevoegdheid. Strijdigheid met deze bepalingen geldt krachtens de artikelen 35 en 45 van die verordening als weigeringsgrond voor de verklaring van uitvoerbaarheid en maakt waarmerking als Europese executoriale titel krachtens dit voorstel onmogelijk.*"

[58] U. Grusic, "Recognition and Enforcement of Judgments in Employment Matters in European Private International Law", *Journal of Private International Law* 2016, Vol. 12, No 3, p. 521-544.

[59] Hier zou zich dan incoherentie voordoen met effect in omgekeerde zin dan het Hof in de zaak Vapenik als mogelijkheid schetste. Daar waar het Hof het had over de hypothese dat een beslissing wel zou zijn ten uitvoer te leggen onder de Brussel 1 (bis) verordening, maar niet te certificeren zou zijn onder de EET-verordening (een hypothese die het Hof in casu leek te willen voorkomen maar nog steeds zeer wel denkbaar lijkt indien bij toepassing van artikel 6 lid 1 d EET-verordening de vereisten gesteld in artikel 17 Brussel 1 bis verordening worden genegeerd (en in die zin bij toepassing van de EET-verordening een ruimer consumentenbegrip wordt gehanteerd dan in de Brussel 1 bis verordening, zie hierover reeds kort supra)), lijkt hier de hypothese denkbaar dat een beslissing niet ten uitvoer te leggen zou zijn onder de Brussel 1 bis verordening (althans dat een weigeringsgrond zou kunnen worden ingeroepen), maar wel te certificeren onder de EET-verordening – in casu niet door een verschil in (invulling van) een welbepaald begrip in de beide verordeningen, maar door een verschil in regelgeving, met name door het negeren van de categorie van werknemers in artikel 6 EET-verordening.

within thirty days of service of the order without giving the employee the possibility of having the order reviewed after the expiry of this time period in cases of clear misapplication of the jurisdictional rules in employment matters." Grusic lijkt er daarbij van uit te gaan dat consumenten in de context van de EBB-verordening bij schending van bevoegdheidsregels wel mogelijkheden hebben tot het bekomen van een heroverweging van het betalingsbevel, na het verloop van de termijn van 30 dagen om verweer in te stellen. Zoals hierna zal worden aangegeven, is het echter nog maar de vraag of dit wel degelijk het geval is, en rijzen bovendien vragen over de te volgen handelswijze in de hypothese dat de consument in de periode van 30 dagen verweer voert, al of niet met melding in dit verweer van de bevoegdheidskwestie.

II.3.2. De EBB-verordening

II.3.2.a. De uitvaardiging van het Europees betalingsbevel

In artikel 6 van de EBB-verordening wordt, zoals hoger[60] al gemeld, voor de te hanteren regels van internationale bevoegdheid in het eerste lid expliciet verwezen naar de regels van internationale bevoegdheid van de Brussel 1 bis verordening. In het tweede lid wordt een specifieke regel toegevoegd voor de hypothese dat de verweerder een consument is, gelijkaardig aan de bepaling in artikel 6 lid 2 van de EET-verordening.

Gesteld nu dat zich een complicatie van internationale bevoegdheid voordoet, dan rijst de vraag naar de te volgen handelswijze, daarbij rekening houdend met de regels van de EBB-verordening zelf evenals, waar aangewezen, met de interpretatie die door het Europees Hof van Justitie reeds gegeven is aan de Brussel 1 bis verordening[61] alsook met de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie inzake de EEB-verordening zelf.

Welnu, gegeven de manier waarop de EBB-procedure is ingericht, is heel zeker denkbaar dat een bevoegdheidsprobleem zich niet (meteen) laat kennen. Zeker bij de start van de procedure kan het voor de rechter lastig zijn überhaupt op de hoogte te raken van een mogelijk bevoegdheidsprobleem: de verzoeker reikt de rechter de informatie aan waarop de rechter zich baseert, de verweerder is op dat ogenblik nog niet in de procedure betrokken, en in de fase van het beoordelen van het verzoek tot uitvaardigen van een Europees betalingsbevel kan het voor de rechter moeilijk zijn zelf een eventuele bevoegdheidskwestie op te merken. Kennelijk is het, op het moment van de uitvaardiging van het Europees betalingsbevel, de bedoeling dat de rechter in deze context slechts een beperkte verificatie doorvoert, beperkter dan algemeen het geval is,[62] uitgaand van de feiten zoals aangereikt door de eiser[63] (al moet daaraan wel meteen worden toegevoegd dat de rechter op basis van artikel 9 EBB-

---

[60] Supra. Zie ook de daar al gemaakte verwijzing naar Kramer en Sujecki, over het al dan niet legitiem karakter van de bijzondere bepaling van artikel 6 lid 2.

[61] Met rechtspraak daarbij die de bepalingen van de Brussel 1 bis verordening uitlegt, soms in de zin van verwijzing naar nationale recht omdat de kwestie volgens het Hof niet geregeld is in de Brussel 1 bis verordening zelf.

[62] Zie algemeen over de verificatieplicht van de rechter M. Bogdan, *Concise Introduction to EU Private International Law*, Europa Law Publishing 2016, Third Edition, p. 67, waar hij met betrekking tot de Brussel 1 bis verordening stelt: "*Another, albeit related, question is whether the court can find itself competent or to lack jurisdiction on the basis of facts and circumstances other than those invoked by other parties. This question is not answered by the Regulation itself, and probably is left to be decided by the national procedural law of the Member State of the forum, with the exception of Articles 27 and 28(1) (…) where the courts probably are both entitled and obliged to consider all relevant facts, whether invoked by a party or not.*" Over de controleverplichtingen die op de nationale gerechten rusten bij de verificatie van hun internationale bevoegdheid, in de context van de Brussel 1 bis verordening, zie in het bijzonder de recente uitspraak van het Europees Hof van Justitie in de zaak Kolassa (HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13). Naar deze uitspraak wordt overigens door het Europees Hof verwezen in nummer 60 van de uitspraak in de zaak Flight Refund (HvJ EU 10 maart 2016, C-94/14 (Flight Refund Ltd), conclusie E. Sharpston 22 oktober 2015, waarover meer infra) inzake de EBB-verordening.

[63] Over door de eiser bewust verkeerd verschafte informatie, zie nog kort infra, met betrekking tot de procedure van heroverweging. Zie over frauduleus verschafte informatie – zij het in casu niet met betrekking tot bevoegdheid – met name de uitspraken van het Hof van Beroep van Gent van 14 januari 2015 en 8 november 2011.

verordening bij de verzoeker om bijkomende informatie kan vragen). Met name moge hier gewezen worden op artikel 8 EBB-verordening[64] evenals op considerans 16 van de preambule bij de EBB-verordening.

Ook in de conclusie van de Advocaat-Generaal bij Thomas Cook[65] evenals in de uitspraak van het Hof zelf in deze zaak wordt gesproken over de beperkte mogelijkheden in de context van artikel 8 EBB-verordening. In de uitspraak Thomas Cook[66] wordt gesteld "*Er zij bovendien aan herinnerd dat, zoals de AG stelt in punt 33 van zijn conclusie, bij de beoordeling van de bevoegdheid van het gerecht van oorsprong in het kader van een Europese betalingsbevelprocedure, complexe rechtsvragen aan de orde kunnen zijn, zoals de geldigheid van een bevoegdheidsbeding, die een grondiger onderzoek vergen dan op grond van artikel 8 van verordening nr. 1896/2006 nodig is.*" Het Hof voegt daar[67] aan toe dat "*Daaruit volgt dat het, in de specifieke omstandigheden van het hoofdgeding, niet zo is dat het Europees betalingsbevel, vanuit het oogpunt van verordening nr. 1896/2006, kennelijk ten onrechte is uitgevaardigd*" – zo redenerend is de rechter in de mogelijkheden die hem ter beschikking staan in het kader van artikel 8 beperkt, met als consequentie dat niet gemakkelijk kan worden besloten tot een invulling van de woorden "*kennelijk ten onrechte uitgevaardigd*" in artikel 20 van de verordening![68]

De verificatieplicht moge in de context van hantering van artikel 8 EBB-verordening dan al beperkter zijn dan algemeen het geval is, in de conclusie bij de zaak Flight Refund[69] merkte de Advocaat-Generaal wel op dat een en ander de beoordelende instantie er niet van ontslaat met enige kennis van zaken te oordelen.[70]

Artikel 11 lid 1 a) EBB-verordening biedt alleszins expliciet de mogelijkheid tot afwijzing van het verzoek tot uitvaardiging van een Europees betalingsbevel, indien "*de in de artikelen 2, 3, 4, 6 en 7 gestelde eisen niet vervuld zijn.*"

In de uitspraak van 25 oktober 2010 van de voorzitter van het Arbeidshof Doornik[71] merkte de Belgische rechter zelf op dat er geen internationale bevoegdheid was voor de Belgische instanties, nu de verweerder in het buitenland was gevestigd. De verweerder was in casu een werknemer met woonplaats in Frankrijk. De Belgische rechter achtte zich vandaar niet bevoegd tot het uitvaardigen van een Europees betalingsbevel. In casu weigerde de rechter een betalingsbevel uit te vaardigen: aan de voorwaarden tot uitvaardiging van een Europees betalingsbevel leek in casu immers niet te zijn voldaan.

De vraag zou hierbij nog wel kunnen worden geopperd of deze rechter eventueel nog rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat de verweerder de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter stilzwijgend zou aanvaarden, in de zin van artikel 26 van de Brussel 1 bis verordening?

---

[64] Waarin wordt gesproken over onderzoek dat "*via een geautomatiseerde procedure (kan) worden uitgevoerd.*"

[65] AG in de conclusie bij Thomas Cook (Thomas Cook Belgium NV, 22 oktober 2015, C-245/14, conclusie P. Cruz Villalon 2 juli 2015), o.a. nr. 29 en nr. 33.

[66] Nummer 42.

[67] In nummer 43.

[68] Over de heroverwegingsprocedure van artikel 20 EBB-verordening, zie meer infra.

[69] HvJ EU 10 maart 2016, C-94/14 (Flight Refund Ltd), conclusie E. Sharpston 22 oktober 2015.

[70] Zie nr. 54 van de conclusie bij Flight Refund. De betreffende notaris krijgt verder nog een sneer van de AG, waar (zie nr. 66. van de conclusie) door de AG expliciet melding wordt gemaakt van "*de onoordeelkundige uitvaardiging van het Europese betalingsbevel door de notaris.*" Hier moge ook de zinsnede uit nr. 70 van de conclusie worden aangehaald, waarin de AG in de context van bespreking van artikel 17 EBB-verordening (waarover meer infra) stelt *"(…) aannemend dat de gerechten van de lidstaat internationaal bevoegd zijn om kennis te nemen van de vordering, hetgeen in beginsel het geval is wanneer de instantie die het Europese betalingsbevel heeft uitgevaardigd haar eigen bevoegdheid overeenkomstig de artikelen 6 en 8 van de EBB-verordening naar behoren heeft onderzocht.*"

[71] T.T. Doornik (prés.), 25 oktober 2010, *JT* 2011 (6420) 38.

Het antwoord daarop lijkt negatief te moeten zijn[72], nu de EBB-procedure een eenzijdige procedure is en er in de context zelf van deze procedure op het eerste zicht, daarbij rekening houdend met de uitspraak Goldbet[73] van het Europees Hof van Justitie, geen ruimte lijkt te zijn voor een stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid door de verweerder: van enige "regularisatie"[74] of blijk achteraf, met name door aanvaarding van bevoegdheid door de verweerder, van rechtsmacht, in de context van de Europese betalingsbevelprocedure zelf[75], lijkt zo bekeken geen sprake te kunnen zijn.

Overigens moge hier tegelijk worden opgemerkt dat de omstandigheid dat op het eerste zicht voor stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid geen ruimte lijkt te bestaan binnen de EBB-procedure zelf, vragen kan doen rijzen naar de zin van het opnemen van artikel 6 lid 2 EBB-verordening: indien de Brussel 1 bis verordening zou gelden zonder verdere afwijkende bepaling, en de verweerder is consument, is het principe sowieso al dat de eiser de procedure hoort te voeren in het land van diens woonplaats. Wat is dan nog de toegevoegde waarde van een bepaling als artikel 6 lid 2 EBB-verordening, zo zou kunnen worden geopperd, als daarbij in acht wordt genomen dat stilzwijgende aanvaarding zoals in Brussel 1 bis verordening toegelaten via (en binnen de voorwaarden van) artikel 26 in de context van de EEB-verordening niet goed denkbaar lijkt? Voor zover gedacht zou worden aan verschillen inzake de mogelijkheid tot sanctionering van het bevoegdheidsvereiste, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan sanctionering via artikel 20 EBB-verordening[76], is het nog maar de vraag of het verschil kan maken of in artikel 6 lid 2 EBB-verordening zelf de bevoegdheidsregel is opgenomen, dan wel of het gaat om een overtreding van regels van Brussel 1 bis verordening waarnaar via artikel 6 lid 1 EBB-verordening wordt verwezen. Wel is er, inzake het specifieke karakter van artikel 6 lid 2 EBB-verordening, de hoger reeds aangehaalde kwestie van het daarin gehuldigde consumentenbegrip hetgeen kan meebrengen dat artikel 6 lid 2 EBB-verordening wel degelijk ruimere bescherming biedt. Ook biedt de Brussel 1 bis verordening een voor consumentenovereenkomsten beperkte[77] mogelijkheid tot forumkeuze.

Aangetekend moge ook worden dat als in de EBB-verordening een soortgelijke regel voor werknemers-verweerders ware opgenomen als nu het geval is voor consumenten, de toegevoegde waarde van die bepaling dan allicht sowieso niet had kunnen liggen in een verschil in begrip van de notie werknemer

---

[72] Zie hierover – over stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid in de context van de EBB-verordening – nog wel infra, in het bijzonder de hieromtrent door de AG in de conclusie bij de zaak Flight Refund gemaakte overwegingen over stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid in de context van de procedure van heroverweging in de EBB-verordening.

[73] HvJ EU 13 juni 2013, C-144/12 (Goldbet Sportwetten GmbH), waarover meer infra.

[74] Zie, mutatis mutandis, over "regularisatie" binnen de EBB-procedure, in casu voor wat betreft problemen inzake betekening en kennisgeving, de recente zaak Catlin Europe (HvJ EU 6 september 2018, C-21/17 (Catlin Europe), conclusie M. Wathelet 29 mei 2018). In de zaak Catlin Europe betrof het een prejudiciële vraag betreffende de kwestie of niet-naleving van de voorschriften van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1393/2007 de heroverweging van het bevel als voorzien in artikel 20 EBB-verordening rechtvaardigt. In casu luidde het voorstel van de AG aan het Hof de EBB-verordening aldus uit te leggen dat bij de betekening of kennisgeving van een Europees betalingsbevel aan een in een op het grondgebied van een andere lidstaat verblijvende verweerder in een situatie waarin het verzoek niet is opgesteld in of vergezeld gaat van een vertaling in hetzij een taal die hij begrijpt, hetzij in de officiële taal van de lidstaat van tenuitvoerlegging of, indien er in die lidstaat verschillende officiële talen zijn, in de officiële taal of een van de officiële talen van de plaats waar de betekening of kennisgeving moet worden verricht, degene voor wie het stuk bestemd is naar behoren in kennis moet worden gesteld van zijn recht om te weigeren het stuk in ontvangst te nemen, door middel van het in bijlage II bij verordening nr. 1393/2007 opgenomen modelformulier; dat "*overeenkomstig de bepalingen van deze verordening de procedure, indien niet aan dit vormvereiste is voldaan, kan worden geregulariseerd door toezending van het in bijlage II bij deze verordening opgenomen formulier aan de betrokkene; en dat zolang de procedurele onregelmatigheid die de betekening of kennisgeving van het betalingsbevel samen met het verzoek om een bevel aantast, voortduurt, dit bevel niet uitvoerbaar wordt en de voor de verweerder geldende termijn om een verweerschrift in te dienen niet aanvangt*". Het Hof volgde in wezen de conclusie.

[75] Iets anders is het indien na verwijzing op grond van artikel 17 EBB-verordening een gewone civielrechtelijke procedure wordt gestart (eventueel een EGV-procedure): in die context zou nog wel sprake kunnen zijn van stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid in de zin van artikel 26 Brussel 1 bis verordening.

[76] Waarover meer infra.

[77] Zie met name artikel 19 Brussel 1 bis verordening.

tussen de Brussel 1 verordening enerzijds, de EBB-verordening anderzijds[78], en ook in geval van procedures tegen werknemers, zoals in alle EBB-procedures, het moeilijk ligt stilzwijgende aanvaarding in de context van een EBB-procedure zelf voor te stellen. Rest daar de kwestie van forumkeuzes zoals toegelaten binnen de voorwaarden van artikel 23 Brussel 1 bis verordening.

II.3.2.b. Na de uitvaardiging: diverse scenario's

II.3.2.b.1 Inleiding

De Belgische rechter mocht in voornoemde zaak de bevoegdheidscomplicatie dan al in een pril stadium opgemerkt hebben en gehandeld hebben in de zin van weigering tot uitvaardiging van een Europees betalingsbevel, in vele andere gevallen zal de bevoegdheidskwestie wellicht niet al op dit moment worden opgemerkt. Ook in de verder nog genoemde uitspraak van de rechtbank van Koophandel Gent Dendermonde van 22 mei 2014 wordt overwogen dat *"(…) gelet op het essentieel eenzijdig karakter van het verlenen van een Europees betalingsbevel (en de hieraan gekoppelde afwezigheid van enige tegenspraak), het risico reëel is dat het betalingsbevel verleend wordt door een rechter die niet de vereiste rechtsmacht heeft."*[79] In die hypothese glipt de uitvaardiging van een Europees betalingsbevel er dan als het ware doorheen. Hoe dan te handelen?

Gesteld zou kunnen worden dat een en ander vrij eenvoudig ligt, nu de verweerder op zeer eenvoudige manier – hij hoeft zelfs geen gronden aan te voeren: verweerder is niet gehouden te verklaren op welke gronden zijn betwisting berust – verweer kan voeren in de zin van artikel 16 EBB-verordening, in welk geval de bijzondere procedure van de EBB-verordening na verwijzing via artikel 17 EBB-verordening wordt omgezet in een procedure waarbij alle gewone regels en mogelijkheden inzake internationale bevoegdheid van gelding zijn. Gegeven de uitspraak Goldbet[80] van het Europees Hof van Justitie, zou de verweerder daarbij bovendien niet moeten vrezen dat het voeren van een verweer in de context van de EBB-procedure zou worden beschouwd als een stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid. De gewone civielrechtelijke procedure kan dan dus een gewoon vervolg kennen, volgens de gebruikelijke regels.[81] In de verdere procedure zou dan overigens, zo moge hier in herinnering worden gebracht, wel nog denkbaar zijn dat een stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid zou plaatsvinden, met daarbij de regel van artikel 26 Brussel 1 bis verordening dat ingeval de verweerder een zwakke partij is, de rechter de betrokkene moet waarschuwen.[82]

---

[78] Zoals in geval van consumenten, waar binnen de Brussel 1 bis verordening een specifiek begrip wordt gehanteerd.

[79] Zie nr. 4.4. van de uitspraak, waarna overigens wordt vervolgd "*Nochtans is het niet aanvaardbaar dat de Betalingsbevelverordening zou leiden tot een uitholling van de gemene bevoegdheidsregels. Niets staat er dan ook aan in de weg dat de rechter, in het raam van het verzet tegen een verleend Europees betalingsbevel, zich alsnog "onbevoegd" verklaart, zonder te oordelen omtrent de grond van de zaak.*" De rechtbank volgt hierbij nagenoeg letterlijk de door Storme eerder gebruikte bewoordingen, waar hij schreef (H. Storme, "Europese betalingsbevelprocedure", *NJW* 2009, nr. 196, p. 98-117, met name p. 107-108) "*Het kan nochtans niet aanvaard worden dat een geschil zou beoordeeld worden door een gerecht dat niet bevoegd is overeenkomstig de Brussel I-Verordening. De Betalingsbevelverordening zou anders kunnen leiden tot een uitholling van de Brussel I-Verordening.*" De rechtbank verklaart in casu de exceptie van gebrek aan rechtsmacht ontvankelijk en verklaart zich vervolgens zonder rechtsmacht. Over deze uitspraak van de Rechtbank van koophandel Gent Afdeling Dendermonde 22 mei 2014, zie nog meteen hierna.

[80] HvJ EU 13 juni 2013, C-144/12 (Goldbet Sportwetten GmbH). Zie hierover nog uitgebreider infra.

[81] Zie in die zin Rechtbank van koophandel Gent Afdeling Dendermonde 22 mei 2014, waarbij door verweerder verweer in de zin van artikel 16 was gevoerd, vervolgens via artikel 17 doorverwezen werd en op dat moment besloten werd tot onbevoegdheid. Niet helemaal duidelijk is daarbij overigens of verweerder reeds in het kader van het verweer in de zin van artikel 16 de bevoegdheidskwestie had aangestipt, dan wel of dit pas in de context van de gewone procedure gebeurde (over het beoordelen van het "in limine litis" karakter van het opwerpen van de exceptie van onbevoegdheid in de gewone procedure zelf, zie nr. 4.3. van de uitspraak; zie ook, in verband met het tijdstip van betwisten van bevoegdheid, de verder genoemde uitspraak Elefanten Schuh, zie infra).

[82] Zie nog verder over de hypothese dat de procedure wordt doorgezet in de zin van een EGV-procedure, en in die context de vraag rijst naar stilzwijgende aanvaarding – met name de vraag hoe de rechter in dat geval de zwakke partij moet waarschuwen, nu het in wezen om een schriftelijke procedure via standaardformulieren gaat. In het kader van de verweerprocedure van de EBB-verordening lijkt er voor de rechter geen taak weggelegd op het vlak van het alert maken van

Een en ander blijkt echter toch iets gecompliceerder te kunnen liggen. Eigenlijk lijkt voornoemd, eenvoudig lijkend scenario zich alleen voor te kunnen doen bij gratie van het tijdens de EBB-procedure zelf[83] onopgemerkt blijven of niet als zodanig aankaarten en naar boven komen van de onbevoegdheid van de rechter die het betalingsbevel heeft uitgevaardigd, want zie hierna de complicaties die zich kunnen voordoen indien dit wel het geval is, en de complicaties die zich kunnen voordoen als geen verweer is gevoerd.

Diverse scenario's zijn denkbaar, die samen een matrix aan situaties uitmaken. Ik onderscheid hierna de situatie dat door verweerder wel of niet verweer in de zin van artikel 16 wordt gevoerd. In de hypothese dat verweer is gevoerd, kan nog een bijkomend onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat verweerder wel of niet gewag maakt van een mogelijke bevoegdheidskwestie. Ik ga daarna nog kort in op de mogelijkheid van een verzoek tot heroverweging, dit toegespitst op de hypothese dat geen verweer is gevoerd, maar met een enkele aantekening daarbij voor het geval dat wel verweer is gevoerd. In elk van voornoemde situaties rijst zowel de vraag naar de rol van de zwakke partij zelf[84] als naar die van de rechter. Ik formuleer ten slotte nog een enkele opmerking over de hypothese dat de zwakke partij[85] de verzoeker is in plaats van de verweerder.

II.3.2.b.2. Verweer

Gesteld, vooreerst, dat de verweerder verweer voert in de zin van artikel 16 EBB-verordening, dan moge er daarbij vooreerst aan herinnerd worden dat het Europees Hof van Justitie in de zaak Goldbet[86] oordeelde dat voeren van verweer in de zin van artikel 16 EBB-verordening niet mag begrepen worden als stilzwijgende aanvaarding. In de zaak Goldbet oordeelde het Hof met name dat de indiening van een verweerschrift tegen een Europees betalingsbevel er niet kan toe leiden dat de rechtsmacht van de gerechten van de lidstaat waar dat bevel is uitgevaardigd, wordt uitgebreid in de zin van artikel 24 Brussel 1 verordening (momenteel artikel 26 Brussel 1 bis verordening). De indiening van het verweerschrift kan niet worden gezien als een aanvaarding door de verweerder dat de gerechten van deze lidstaat bevoegd zijn om de contentieuze procedure betreffende de betwiste schuldvordering te behandelen, ook al bevat zijn verweerschrift middelen ten gronde, aldus het Hof.

Denkbaar is nu dat de verweerder in het verweer wel of niet gewag maakt van de bevoegdheidskwestie.

Wordt in het verweer op generlei wijze[87] gewag gemaakt van de bevoegdheidskwestie, dan blijft de kans vrij reëel dat de rechter zelf ook daarna nog geen besef zal hebben van de bevoegdheidskwestie en de bevoegdheidskwestie nog steeds niet heeft opgemerkt, nu hij er ook door de verweerder niet op wordt gewezen. De rechter zou dan nog steeds, (louter) voortgaand op hetgeen hem door de verzoeker in de context van artikel 7 EBB-verordening is aangereikt, uitgaan van bevoegdheid en in die zin bij hantering van artikel 17 EBB-verordening zonder enige aarzeling kunnen "doorverwijzen". De bevoegdheidskwestie duikt dan mogelijk pas op in de context van de gewone procedure. Op dat ogenblik gelden dan wel alle gebruikelijke regels inzake vaststelling en controle van bevoegdheid, inclusief artikel 26 Brussel 1 bis verordening inzake stilzwijgende aanvaarding, met de daarbij horende

verweerder voor de gevolgen van zijn "verschijning", nu het voeren van verweer overeenkomstig de Goldbet-uitspraak überhaupt geen risico in zich draagt van stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid.

[83] Het "eenvoudige" scenario doet zich voor als de bevoegdheidskwestie pas na verwijzing via artikel 17 EBB-verordening in de gewone civiele procedure naar voren komt.

[84] Over de werknemer als zwakke partij, zie al supra de door Grusic gemaakte opmerkingen. De analyse hierna spitst zich toe op de consument als zwakke partij.

[85] Daarin begrepen de werknemer.

[86] HvJ EU 13 juni 2013, C-144/12 (Goldbet Sportwetten GmbH).

[87] Bv. ook niet indirect, door het aanvoeren van gronden waaruit blijkt dat er een probleem is inzake internationale bevoegdheid, zonder zelf als zodanig de bevoegdheidskwestie aan de orde te stellen.

bijzondere bepaling van artikel 26 lid 2 in de hypothese van zwakke partijen, en artikel 28 lid 1 Brussel 1 bis verordening inzake ambtshalve controle van bevoegdheid in geval van niet-verschijnen van de verweerder met woonplaats op het grondgebied van een lidstaat.

Heeft de verweerder wel de bevoegdheidskwestie aangeraakt, dan doet zich sowieso de situatie voor dat de bevoegdheidskwestie op tafel ligt. Mogelijk stelt de rechter die het betalingsbevel heeft uitgevaardigd dan op dat ogenblik de internationale bevoegdheid van de instanties van het eigen land in vraag en vraagt hij zich vervolgens af hoe hij artikel 17 EBB-verordening moet toepassen: nu er verweer is gevoerd, schrijft artikel 17 immers doorverwijzing voor naar "*de bevoegde gerechten van de lidstaat van oorsprong*", waarbij het de vraag is of hierbij ruimte wordt gelaten tot het eenvoudigweg stoppen[88] van de procedure, zonder verdere doorverwijzing[89], waarna de eiser zou kunnen overwegen elders, en ditmaal voor een bevoegd gerecht, een nieuwe EBB-procedure dan wel een gewone procedure te beginnen.[90]

Alleszins, is de rechter al niet middels de inhoud van het verweer tot het besef gekomen dat er mogelijk sprake is van een bevoegdheidskwestie, hier in de zin dat er geen bevoegdheid is voor instanties voor een gewone procedure, dan zal hij mogelijk bij het hanteren van artikel 17 EBB-verordening en het in die context gevraagd worden "*de bevoegde gerechten van de lidstaat van oorsprong*" aan te wijzen - hetgeen hem mogelijk nader doet stilstaan bij de bevoegdheidskwestie dan in de context van artikel 8 het geval was –, stilstaan bij de bevoegdheidskwestie.

Vraag is hoe de rechter op dat ogenblik moet, of kan, kan handelen. Welnu, het Europees Hof van Justitie kreeg reeds te maken met de situatie dat een instantie zich afvroeg hoe om te gaan met artikel 17 EBB-verordening[91] in de hypothese dat de instanties van dat land mogelijk niet bevoegd waren, met name in de zaak Flight Refund. Zoals in de conclusie[92] is aangegeven, zag de Advocaat-Generaal in deze zaak als basisvraag de vraag welke weg moet worden bewandeld wanneer een Europees betalingsbevel is uitgevaardigd door een instantie in een lidstaat waarvan de gerechten onbevoegd zijn om kennis te nemen van de met het bevel geldend gemaakte vordering en na de indiening van een verweerschrift een procedure op tegenspraak moet worden gevoerd "*voor de bevoegde gerechten van de lidstaat van oorsprong*".

Welnu, het Europees Hof van Justitie lijkt in de uitspraak enige soepelheid te betrachten om de overgang naar een gewone procedure te kunnen bewerkstelligen.[93]

---

[88] In welk geval geen uitvoerbaar Europees betalingsbevel voorhanden zou zijn (er is immers verweer gevoerd, de rechter heeft het betalingsbevel dan ook niet uitvoerbaar kunnen verklaren), maar wel nog, als zodanig, een niet-uitvoerbaar Europees betalingsbevel voorhanden is. Over mogelijke problemen van litispendentie waartoe dit aanleiding zou kunnen geven, zie kort de AG in de conclusie bij Flight Refund nr. 71.

[89] Behoudens in de in artikel 17 zelf genoemde situatie dat eiser uitdrukkelijk heeft verzocht de procedure te staken indien verweer is gevoerd.

[90] Waarbij in de gewone procedure, indien deze ook weer voor een niet-bevoegde rechter zou worden begonnen, de regels van stilzwijgende aanvaarding van artikel 26 Brussel 1 bis verordening zouden gelden.

[91] Het enige artikel van de EBB-verordening dat regelt wat moet worden gedaan als verweer wordt gevoerd, zoals ook wordt aangegeven in nr. 51 van de uitspraak van het Hof in de zaak Flight Refund. Hieromtrent overwoog Gielen (P. Gielen, "Guide pratique de la procédure européenne d'injonction de payer", *JT*, 2009, p. 661-672, met name p. 664) reeds eerder "*On peut s'interroger sur l'effet que pourrait avoir l'opposition formée par le défendeur lorsque la juridiction d'origine saisie de la demande d'injonction de payer européenne fait droit à sa demande alors qu'elle n'était pas compétente en vertu du règlement. Dans ce cas, nous pouvons supposer que l'article 17.1 du règlement s'applique et que la procédure se poursuit ainsi devant les juridictions compétentes de l'Etat membre d'origine conformément aux règles de procédure civile ordinaire. Mais il serait anormal que ce tribunal saisie de la demande d'injonction de payer européenne soit compétent alors qu'à la base, la juridiction saisie de la demande d'injonction de payer européenne ne l'était pas.*"

[92] Nr. 49.

[93] Het Hof oordeelt dat de EBB-verordening zelf geen aanwijzingen verstrekt betreffende de bevoegdheden en de verplichtingen van het gerecht (bij wie een procedure als in Flight Refund aanhangig is, die strekt tot aanwijzing van een territoriaal bevoegd gerecht in de lidstaat waar het Europees betalingsbevel is uitgevaardigd, en waarin het onderzoekt of de gerechten van de lidstaat internationaal bevoegd zijn om kennis te nemen van de contentieuze procedure in verband met de

Opmerking verdient hierbij overigens nog dat instanties die niet bevoegd zijn in het kader van de Europese betalingsbevelprocedure zelf, voor het uitvaardigen en uitvoerbaar verklaren van een Europees betalingsbevel, dit mogelijk wel zijn in de context van een gewone procedure: daar waar artikel 6 tweede lid EBB-verordening in het geval de verweerder een consument is enkel en alleen de instanties van het land van de woonplaats van de verweerder-consument bevoegd verklaart in het kader van de EBB-procedure zelf, kan het zo zijn dat in het kader van een gewone procedure ook instanties van andere landen bevoegd kunnen zijn op basis van de Brussel 1 bis verordening, zie met name de bepalingen van de Brussel 1 bis verordening.

In het bijzonder moge hier de mogelijkheid worden aangestipt dat een verzoeker de gewone procedure begint in een andere lidstaat dan de lidstaat van de woonplaats van de consument en de consument vervolgens instemt met die internationale bevoegdheid, zij het nadat hij door de rechter hoort gewezen te zijn op de gevolgen van zijn instemming, zie artikel 26 Brussel 1 bis verordening.[94]

De vraag zou hierbij nog kunnen worden opgeworpen in hoeverre degene die de door het Europees Hof van Justitie in de zaak Flight Refund besproken overgang moet bewerkstelligen[95] in deze fase, en indien de gewone procedure nog geen ingang heeft gevonden, zou mogen incalculeren of bevoegdheid zou kunnen worden gegrond op basis van artikel 26 Brussel 1 bis verordening inzake stilzwijgende aanvaarding: in hoeverre kan bij hantering van artikel 17 EBB-verordening anticiperend de mogelijkheid worden ingecalculeerd dat in het kader van de gewone procedure stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid denkbaar is, in de omstandigheden en onder de voorwaarden zoals toegelaten door artikel 26 Brussel 1 bis verordening, inclusief de daarin opgenomen regel inzake verplichting tot waarschuwing van zwakke partijen? Welnu, enerzijds kan hierbij worden opgemerkt dat dergelijke constructie ver lijkt te gaan: via dergelijke redenering zouden, binnen de door artikel 26 Brussel 1 bis verordening toegelaten voorwaarden, de instanties van alle lidstaten als "potentieel bevoegd" kunnen worden beschouwd. Anderzijds kan worden opgeworpen dat het hier louter gaat om het mogelijk als bevoegd beschouwen van de instanties van een enkele lidstaat, met name die van de lidstaat van de autoriteit die het betalingsbevel heeft uitgevaardigd, in het kader van artikel 17 EBB-verordening.

Voor de hypothese dat de verwijzende instantie hier, in deze fase, zou oordelen dat er sowieso geen bevoegdheid is, beperkt het Hof zich er in het dictum van de zaak Flight Refund toe te stellen dat in dat geval geen ambtshalve heroverweging van het betalingsbevel door de rechter mogelijk is.[96] In het

---

schuldvordering die aan de basis ligt van dat betalingsbevel, waartegen de verweerder binnen de gestelde termijn verweer heeft gevoerd); dat deze procedurekwesties op grond van artikel 26 van deze verordening beheerst blijven door het nationale recht van deze lidstaat; dat de kwestie van de internationale bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat waar het Europees betalingsbevel is uitgevaardigd, ingevolge de Brussel 1 verordening dient te worden beslecht op basis van procedureregels die het mogelijk maken de nuttige werking van de voorschriften van deze verordening en de rechten van verdediging te waarborgen, ongeacht of de verwijzende rechter zich zelf over de kwestie uitspreekt dan wel een gerecht dat door hem is aangewezen als zijnde territoriaal en materieel bevoegd om zich in het kader van de gewone civielrechtelijke procedure uit te spreken over een schuldvordering als deze van het hoofdgeding; en dat een rechter als de verwijzende rechter, indien hij zich uitspreekt over de internationale bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat waar het Europees betalingsbevel is uitgevaardigd, en concludeert dat deze gerechten in het licht van de criteria van de Brussel 1 verordening bevoegd zijn, krachtens deze laatste verordening verplicht is om zijn nationale recht aldus uit te leggen dat dit hem de mogelijkheid biedt een gerecht te identificeren of aan te wijzen dat territoriaal en materieel bevoegd is om kennis te nemen van deze procedure.

[94] Over stilzwijgende aanvaarding in de context van hantering van artikel 17 EBB-verordening, zie ook nog infra, de overwegingen van de AG in de conclusie bij Flight Refund, in het bijzondere scenario dat de AG voor ogen staat.

[95] Over de vraag wie dergelijke beoordeling doorvoert, merkt het Hof dus in het dictum op "*(…) ongeacht of de verwijzende rechter zich zelf over de kwestie uitspreekt dan wel een gerecht dat door hem is aangewezen als zijnde territoriaal en materieel bevoegd om zich in het kader van de gewone civielrechtelijke procedure uit te spreken over een schuldvordering als die van het hoofdgeding.*" De hier opgeworpen vraag naar de mogelijkheid van anticiperende incalculering van stilzwijgende bevoegdheid lijkt zich daarmee vooral in de eerste door het Hof aangewezen hypothese voor te doen.

[96] Een rechter als de verwijzende rechter, indien hij concludeert dat van een dergelijke internationale bevoegdheid geen sprake is, is niet gehouden om dit betalingsbevel naar analogie met artikel 20 EBB-verordening ambtshalve te heroverwegen, aldus het Hof.

arrest zelf[97] stelde het Hof nog wel, onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof in de zaak eco cosmetics en Raiffeisenbank [98], dat aangezien procedurele kwesties als die van het hoofdgeding niet worden geregeld door de EBB-verordening zelf maar door het nationale recht, de voorschriften van de EBB-verordening, met inbegrip van artikel 20 ervan, niet op dergelijke situaties kunnen worden toegepast, zelfs niet naar analogie; dat een betalingsbevel waartegen door de verweerder binnen de gestelde termijn verweer is gevoerd niet uitvoerbaar mag verklaard (zie met name artikel 18 lid 1 EBB-verordening) "*en bijgevolg een rechter als de verwijzende rechter aan zijn vaststelling dat de gerechten van de lidstaat van oorsprong krachtens de Brussel 1 verordening niet bevoegd zijn, de consequenties mag verbinden waarin het nationale procesrecht in dat geval voorziet*."

De Advocaat-Generaal had in de conclusie een enigszins andere denklijn gevolgd, die kan interesseren als gezocht wordt naar mogelijke denkpistes en de rol daarbinnen van rechter en partijen.

De Advocaat-Generaal[99] stipt aan dat ingeval verweer is gevoerd, de weg van verwijzing naar de bevoegde gerechten van de lidstaat van oorsprong volgens artikel 17 EBB-verordening duidelijk de juiste weg is, "*aannemende dat de gerechten van die lidstaat internationaal bevoegd zijn om kennis te nemen van de vordering, hetgeen in beginsel het geval is wanneer de instantie die het Europese betalingsbevel heeft uitgevaardigd haar eigen bevoegdheid overeenkomstig de artikelen 6 en 8 van de EBB-verordening naar behoren heeft onderzocht.*" Maar, aldus nog de Advocaat-Generaal[100], "*De wetgever lijkt zich er echter niet genoegzaam rekenschap van te hebben gegeven dat de gerechten van de lidstaten van oorsprong mogelijk niet internationaal bevoegd zijn tot kennisneming van de onderliggende vordering.*"

De Advocaat-Generaal gaat vervolgens zelf naarstig op zoek naar een weg om binnen het systeem van de verordening hetzij de EBB-procedure te kunnen afsluiten, hetzij grond en legitimatie te vinden voor mogelijke doorverwijzing naar een gewone procedure. De Advocaat-Generaal wijst op de verplichtingen die artikel 17 EBB-verordening stelt tot aanwijzing van een bevoegd gerecht, hetgeen volgens de Advocaat-Generaal, geparafraseerd weergegeven, naar beste vermogen moet gebeuren, daarbij alle feiten onderzoekend die relevant zijn voor de bepaling van de bevoegdheid. "*De enige situatie waarin zij (de Kúria, vvde) niet in staat is die aanwijzing te doen is de situatie waarin zij vaststelt dat de Hongaarse gerechten internationaal onbevoegd zijn.*"[101] De Advocaat-Generaal vervolgt[102], en de paragraaf verdient citering: "*Een logische aanpak in deze situatie zou derhalve zijn een gerecht aan te wijzen dat bevoegd zou zijn geweest om de geldigheid van het Europees betalingsbevel te toetsen indien de verweerder krachtens artikel 20, lid 2, van de EBB-verordening om heroverweging had verzocht, en dat tevens materieel bevoegd is tot kennisneming van vorderingen als hier aan de orde. Dat gerecht zou zich vervolgens overeenkomstig artikel 26, lid 1, van de Brussel I-verordening onbevoegd moeten verklaren om kennis te nemen van de vordering, tenzij de verweerder met een ander doel zou zijn verschenen dan ter betwisting van de bevoegdheid van het gerecht. Het zou de eiser dan vrijstaan de vordering bij een ander bevoegd gerecht geldend te maken. Indien de verweerder echter met een ander doel was verschenen, zou het gerecht bevoegd zijn krachtens artikel 24 van de Brussel I-verordening en zou de procedure overeenkomstig artikel 17 van de EBB-verordening kunnen worden voorgezet.*"

[97] Nrs. 71-72.
[98] HvJ EU 4 september 2014, C-119/13 en C-120/13.
[99] Nr. 70 van de conclusie.
[100] En de vraag rijst in hoeverre de door de AG aangemerkte houding van de Europese wetgever kan worden bestempeld als symptomatisch voor de houding van de wetgever over hoe om te gaan met (controle van) regels van internationale bevoegdheid. Wordt er door de Europese wetgever van uit gegaan dat de gerechten de regels sowieso altijd goed toepassen en er geen nood is aan enige controle of sanctionering/wordt onachtzaam omgegaan met de situatie dat vergissingen zijn gemaakt?
[101] Nr. 78 van de conclusie.
[102] Nr. 79 van de conclusie.

Middels verwijzing, bij hantering van artikel 17 EBB-verordening indien een bevoegdheidsprobleem opduikt, ongeacht of dit in het verweer aan de orde is gesteld of niet[103], naar het gerecht dat bevoegd zou zijn geweest[104] voor een verzoek tot heroverweging en het binnen het kader van dergelijke heroverwegingsprocedure toelaten van stilzwijgende aanvaarding, probeert de Advocaat-Generaal zowaar een weg te vinden die hetzij kan leiden tot stopzetting van de procedure[105], hetzij tot een verderzetting ervan als een gewone procedure, dit laatste door bevoegdheid middels stilzwijgende aanvaarding vast te laten komen staan.[106] Daar waar in de zaak Goldbet door het Europees Hof was bepaald dat het voeren van verweer niet kon worden beschouwd als een vorm van stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid voor het voeren naderhand van de gewone procedure, ziet de Advocaat-Generaal nog wel kans tot inbouwen van de mogelijkheid van stilzwijgende aanvaarding in deze specifieke context van toepassing van de EBB-procedure, met name in de fase van hantering van artikel 17 EBB-verordening nadat verweer is gevoerd, maar een bevoegdheidsprobleem op tafel is komen te liggen, al dan niet benoemd in het verweer. Zo wordt, zo zou kunnen worden gesteld, door de Advocaat-Generaal, in de hypothese van verweer, alsnog gepoogd een mogelijkheid in te bouwen tot stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid binnen de EBB-procedure zelf (een mogelijkheid die overigens, daarbuiten, indien verweer wordt gevoerd, onbestaande lijkt binnen de EBB-procedure zelf), zij het in het kader van een discussie over de geldigheid van het betalingsbevel, dit alles met respect voor de uitspraak van het Europees Hof in de zaak Goldbet.

Hier vindt dan als het ware een mogelijkheid plaats tot regularisatie van de bevoegdheid, zij het niet met het oog op het geldig tot stand laten komen van het betalingsbevel, maar met het oog op het verder ten gronde kunnen discussiëren bij autoriteiten van het land van de autoriteit die het betalingsbevel heeft uitgevaardigd. Opmerkelijk is dan dat daar waar de heroverweging er normaal toch op gericht lijkt te zijn het betalingsbevel nietig te laten verklaren en de procedure te stoppen, de techniek van de heroverwegingsprocedure hier door de Advocaat-Generaal wordt aangewend als middel om de procedure verder te kunnen laten gaan, zij het dan de gewone procedure, niet de EBB-procedure.

---

[103] Volgens de AG maakt het geen verschil of in het verweer expliciet gewag is gemaakt van de bevoegdheidskwestie dan wel of (zoals in de zaak Flight Refund zelf het geval was) de bevoegdheidskwestie in het verweer onbenoemd is gebleven. Zie nr. 73 van de conclusie "*Lufthansa heeft in haar verweerschrift de territoriale bevoegdheid van de notaris niet ter discussie gesteld, maar zelfs al had zij dat gedaan, dan zie ik niet in hoe dat de procedurele situatie had kunnen veranderen. De indiening van het verweerschrift, waarin geen motivering van het verweer dient te worden opgenomen, zou mijns inziens hetzelfde gevolg hebben gehad als in de huidige omstandigheden van het hoofdgeding: de procedure had ook dan moeten worden voortgezet voor de bevoegde gerechten van de lidstaat van oorsprong en de onmogelijkheid om een dergelijk gerecht te vinden zou onverminderd zijn blijven bestaan.*"

[104] Cfr. infra (in verwijzing naar nr. 76 van de conclusie) over de aandacht die de AG heeft voor de mogelijke aarzeling waartoe de term "bevoegd gerecht in de lidstaat van oorsprong" in artikel 20 lid 2 van de EBB-verordening aanleiding kan geven.

[105] Zonder dat de AG daarbij overigens zover wilde gaan een ambtshalve heroverweging door "de Kúria" zelf toe te laten (zie over de positie van de Kúria in de zaak Flight Refund, het specifieke procesverloop van deze zaak) – hetgeen volgens de AG een verkeerde toepassing van artikel 20 EBB-verordening zou inhouden, gezien artikel 20 EBB-verordening niet voorziet in ambtshalve heroverweging maar slechts in heroverweging op verzoek van de verweerder. Zie nr. 81 van de opinie.

[106] De AG spitst zich in het voorstel aan het Hof toe op de hypothese dat een onderzoek naar de bevoegdheid heeft plaatsgevonden en tot de conclusie heeft geleid dat de gerechten niet bevoegd zijn om kennis te nemen van de vordering – zie nr. 65 van de conclusie (dit terwijl het Hof de focus veeleer anders ligt, met name bij de onderzoeksplicht *of* sprake is van bevoegdheid). De AG stelt het Hof voor de prejudiciële vragen te beantwoorden in volgende zin: "*Verordening (EG) nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure moet aldus worden uitgelegd dat, wanneer a) een Europees betalingsbevel is uitgevaardigd door een rechter of instantie van een lidstaat maar geen gronden kunnen worden vastgesteld voor de territoriale bevoegdheid van de gerechten van die lidstaat ter zake van de ingestelde vordering, b) de verweerder een verweerschrift heeft ingediend zodat op grond van artikel 17, lid 1, van verordening nr. 1896/2006 de procedure volgens het gewone burgerlijk procesrecht moet worden voortgezet voor de bevoegde rechter van die lidstaat, en c) een hogere rechterlijke instantie overeenkomstig die regels een bevoegd gerecht moet aanwijzen, de hogere rechterlijke instantie een gerecht moet aanwijzen dat bevoegd zou zijn geweest om de geldigheid van het Europese betalingsbevel te toetsen indien de verweerder om heroverweging had verzocht overeenkomstig artikel 20, lid 2, van verordening nr. 1896/2006, en dat tevens materieel bevoegd is om kennis te nemen van vorderingen als hier aan de orde.*"

Interessant is nog dat de Advocaat-Generaal in de conclusie bij Flight Refund ook een andere, in casu imaginaire, denkpiste, bewandelt, namelijk de denkpiste dat geen verweer is gevoerd maar wel ook sprake is van een bevoegdheidsprobleem in de zin van Flight Refund (zij het dan niet met de moeilijkheid van toepassing van artikel 17 EBB-verordening, nu artikel 17 alleen aan de orde is indien verweer is gevoerd). Op de hypothese dat geen verweer is gevoerd, wordt hierna ingegaan. Daarbinnen zal tegelijk die denkpiste van de Advocaat-Generaal in de zaak Flight Refund kort worden aangestipt.

II.3.2.b.3. Geen verweer

Gesteld nu – tweede grote scenario van de matrix – dat de verweerder geen verweer voert, dan zal het Europees betalingsbevel normalerwijze, overeenkomstig artikel 18 EBB-verordening, uitvoerbaar worden verklaard.

De vraag kan worden gesteld of er mogelijk nog kansen liggen tot nadere controle van de bevoegdheid in deze fase, van het uitvoerbaar verklaren van het betalingsbevel, en zo ja (of, zonder verdergaande controle, indien de rechter op dit ogenblik sowieso tot besef komt dat er sprake is van een bevoegdheidsprobleem) wat de mogelijke handelswijze zou kunnen zijn indien op dit precieze ogenblik zou worden vastgesteld dat er geen sprake is van bevoegdheid.

Hierbij moet echter worden aangetekend dat, vooreerst, de kans klein is dat de rechter op dit ogenblik wel besef krijgt van de bevoegdheidskwestie waar hij dat eerder niet had. Hij is er op dit ogenblik ook zeker niet op gewezen door de verweerder, nu de hypothese hier is dat de verweerder geen verweer heeft gevoerd.

Het lijkt bovendien niet gemakkelijk te betogen dat de rechter in deze situatie een ruimere verificatieplicht zou hebben dan hij in eerste instantie had, bij hantering van artikel 8 EBB-verordening, tenzij wie weet (hetgeen vrij ver zou gaan) het niet-voeren van verweer zou worden geïnterpreteerd als het verstek laten gaan in de zin van artikel 28 lid 1 Brussel 1 bis verordening[107], in welk geval meer ruimte zou kunnen ontstaan tot bevoegdheidscontrole door de rechter, in welk geval een ruimere verificatieplicht zou gelden dan normalerwijze het geval is.[108]

In artikel 18 EBB-verordening is als zodanig alleszins niet de mogelijkheid benoemd tot het stoppen van de procedure, in de zin van het niet overgaan tot uitvoerbaar verklaring van het betalingsbevel, in de situatie dat de rechter op dit ogenblik zelf zou vaststellen onbevoegd te zijn. Artikel 18 lid 1 EEB-verordening lijkt de uitvoerbaarverklaring, in de daarin aangegeven omstandigheden, dwingend voor te schrijven. Zou die vrijheid dan toch mogen worden genomen, waarna de eiser eventueel een nieuwe procedure (EBB-procedure dan wel andere procedure) elders zou kunnen starten?[109]

[107] Is artikel 28 lid 1 Brussel 1 verordening zodoende min of meer bij analogie toe te passen door het niet-voeren van een verweer te begrijpen als “niet verschijnen”?

[108] Cfr. al supra de geciteerde paragraaf in Bogdan. In de context van deze specifieke verordening lijkt anders geen mogelijkheid te bestaan tot inbouwing van artikel 28 Brussel 1 bis verordening – evenmin als mogelijkheid tot inbouwing van artikel 26 Brussel 1 bis verordening lijkt te zijn (en daarmee ook niet tot “waarschuwing” door de rechter van zwakke partijen in de zin van artikel 26 lid 2 Brussel 1 bis verordening, tenzij de door de AG gevolgde, hierboven weergegeven, redenering zou worden gevolgd waarbij in het kader van toepassing van artikel 17 EBB-verordening een mogelijkheid daartoe zou worden voorzien.

[109] Over de impact van het alsnog bestaan van een Europees betalingsbevel dat niet uitvoerbaar wordt verklaard, zie al supra, o.a. de opmerkingen van de AG in Flight Refund inzake litispendentie, en de overwegingen van het Hof zelf in nr. 71 van de uitspraak.

Gesteld nu dat het Europees betalingsbevel daadwerkelijk uitvoerbaar is geworden, en gegeven het ontbreken van een mogelijkheid tot het voeren van verzet in het kader van de EBB-verordening[110], wat rest dan nog als mogelijkheid tot opwerpen van de bevoegdheidskwestie, en wat zijn desgevallend de consequenties? [111] Ter beantwoording van deze vraag centreert de hiernavolgende bespreking zich op de vraag in hoeverre artikel 20 lid 2 EBB-verordening desgevallend kansen biedt. Met name biedt artikel 20 lid 2 EBB-verordening een mogelijkheid tot heroverweging "*na het verstrijken van de in artikel 16, lid 2 gestelde termijn*", bij het "*bevoegde gerecht in de lidstaat van oorsprong*", "*indien het Europees betalingsbevel kennelijk ten onrechte is toegekend, gelet op de voorschriften van deze verordening, of vanwege andere uitzonderlijke omstandigheden.*"

Voorafgaand aan de bespreking van artikel 20 lid 2 EBB-verordening moge nog wel kort de vraag worden opgeworpen of mogelijk op basis van artikel 26 EBB-verordening[112], (ook nog) enige remedie in het nationale recht zou kunnen worden gezocht, dit bijvoorbeeld in referentie naar de uitspraak eco cosmetics en Raiffeisenbank[113], zeker als de procedure van heroverweging van artikel 20 EBB-verordening geen kans zou bieden? In de uitspraak Eco cosmetics en Raiffeisenbank oordeelde het Hof dat de EBB-verordening aldus moet worden uitgelegd dat de in de artikelen 16 tot en met 20 van deze verordening bedoelde procedures niet van toepassing zijn wanneer blijkt dat een Europees betalingsbevel niet overeenkomstig de minimumnormen van de artikelen 13 tot en met 15 van deze verordening is betekend of ter kennis gebracht; en "*Indien een dergelijke onregelmatigheid pas aan het licht komt nadat het Europese betalingsbevel uitvoerbaar is verklaard, moet de verweerder in staat worden gesteld om op te komen tegen die onregelmatigheid. Wanneer deze onregelmatigheid genoegzaam wordt aangetoond, brengt zij de ongeldigheid van de uitvoerbaarverklaring mee.*" In de zaken eco cosmetics en Raiffeisenbank ging het om niet-respect van regels die in het kader van de EBB-verordening van een zwaar kaliber, verbonden met mogelijkheden tot verweer en rechten van verdediging[114], bleken te worden geacht: regels van betekening en kennisgeving. Dat er een probleem was dook in casu pas op nadat het betalingsbevel reeds uitvoerbaar was geworden, en hiervoor voorzag de verordening als zodanig geen regel, aldus het Hof. Volgens het Hof brengt een en ander mee dat in casu zelfs niet de termijn voor het instellen van verweer kon beginnen lopen. De uitvoerbaarverklaring van het bevel moet volgens het Hof geacht worden ongeldig te zijn. Het Hof verwijst hier naar nationaal recht voor het vinden van een remedie ter zake, nu de EBB-verordening zelf niet bepaalt welke rechtsmiddelen de verweerder kan aanwenden wanneer pas na de uitvoerbaarverklaring van een Europees betalingsbevel blijkt dat dit bevel niet overeenkomstig de minimumnormen van de artikelen 13 tot en met 15 van de verordening is betekend of ter kennis gebracht. In een dergelijk geval worden deze procedurekwesties overeenkomstig artikel 26 EBB-verordening volgens het Hof door het nationale recht geregeld.

Welnu, wat betreft de hier aan de orde zijnde problematiek, inzake de omstandigheid dat een bevoegdheidskwestie opduikt nadat het betalingsbevel reeds uitvoerbaar is geworden: gesteld zou

[110] Over het ontbreken van de mogelijkheid tot het instellen van een verzetprocedure in de EBB-procedure, zie al supra X.E. Kramer, M.E. Tuil, en I. Tillema, Verkrijging van een executoriale titel in incassozaken, *WODC-rapport* 2015.

[111] Overigens, voor zover hier nog zou worden gedacht aan eventuele mogelijkheden tot "regularisatie", moet er hierbij ook nog worden aan herinnerd – zoals supra reeds kort aangegeven – dat, mede indachtig de recente zaak Catlin Europe (HvJ EU, 6 september 2018, C-21/17, conclusie d.d. 29 mei 2018) waar het eveneens een kwestie van kennisgeving en betekening betrof en waar gewezen wordt op mogelijkheden tot regularisatie van kennisgeving en betekening, de EBB-verordening geen mogelijkheid tot "regularisatie" van bevoegdheid lijkt te bieden indien de autoriteit die het betalingsbevel heeft uitgevaardigd onbevoegd blijkt te zijn – regularisatie in die zin dat voor uitvaardiging van het betalingsbevel zelf alsnog bevoegdheid zou kunnen worden gevonden (te onderscheiden van de supra genoemde situatie dat bevoegdheid voor de instanties van het land waar het betalingsbevel is uitgevaardigd wordt gevonden *voor het voeren van de procedure ten gronde*, ter inhoudelijke betwisting van de zaak, terwijl die bevoegdheid in eerste instantie niet aanwezig was – in de gewone procedure zelf, dan wel binnen de EBB-procedure in de denkwijze van de AG in de zaak Flight Refund, waarover supra).

[112] Het artikel inzake de verhouding van de EBB-verordening tot het nationale procesrecht, luidende dat niet uitdrukkelijk in deze verordening gestelde procedurekwesties worden beheerst door het nationale recht.

[113] HvJ EU, 4 september 2014, C-119/13 en C-120/13.

[114] Zie ook de zaak Catlin Europe, HvJ EU, 6 september 2018, C-21/17, conclusie d.d. 29 mei 2018. Cfr. al supra.

kunnen worden dat, mutatis mutandis, men mogelijk ook hier dan te maken heeft met een onregelmatigheid die pas aan het licht komt nadat het Europese betalingsbevel uitvoerbaar is verklaard, en in die situatie de verweerder in staat moet worden gesteld om op te komen tegen die onregelmatigheid. Het is daarbij echter nog maar de vraag of betoogd kan worden dat in dat geval de in de artikelen 16 tot en met 20 van de verordening bedoelde procedures niet van toepassing zijn en de termijn van het voeren van verweer niet is beginnen lopen: kan immers worden betoogd dat de omstandigheid dat de rechter onbevoegd was raakt aan rechten van verdediging zoals dit werd gesteld in de zaak Eco cosmetics en Raiffeissenbank? Zou in casu niet veeleer betoogd kunnen worden dat het voeren van verweer hier precies de mogelijkheid biedt tot het aankaarten van het probleem – of kan nog wel bijvoorbeeld een constructie worden gemaakt in die zin dat het feit dat verweer moet worden gevoerd *bij de gerechten van de lidstaat van herkomst* het *uitvoeren* van iemands rechten van verdediging compliceert? Bovendien is het maar de vraag of niet (ook) artikel 20 EBB-verordening (zij het eveneens bij de gerechten van het land van herkomst, net zoals ook verweer moet worden gevoerd bij die gerechten; de verzoeker bepaalt, met het aanvragen van een Europees betalingsbevel in een bepaald land, de "arena'' van de plaats van verweer en van betwistingen over de geldigheid, daarin begrepen betwistingen over de bevoegdheid van het gerecht dat het betalingsbevel uitvaardigde) zelf de mogelijkheid biedt op te komen tegen de onregelmatigheid, en dus de verordening zelf toch wel de situatie regelt: is dit een situatie die als het ware buiten de verordening valt, ook in de zin dat het niet geregeld is in de verordening, of is dit een situatie waarvoor precies artikel 20 EBB-verordening soelaas wil of kan bieden, precies in de situatie dat de periode van verweer is gaan lopen maar men zich inmiddels na die periode bevindt? Zou hier, in de context van artikel 20 EBB-verordening, anders dan in de situatie van artikel 17 EBB-verordening waar de Advocaat-Generaal er terecht gewag van maakte dat de wetgever zich er geen rekenschap van had gegeven dat mogelijk geen sprake kan zijn van "bevoegde gerechten van de lidstaat van oorsprong", à la limite kunnen worden betoogd dat de wetgever precies artikel 20 in de verordening heeft ingebouwd mede om dit soort situaties op te vangen?[115] Zoals meteen hierna zal blijken, lijkt artikel 20 EBB-verordening enerzijds inderdaad mogelijkheden te bieden, maar dreigen anderzijds bij inroeping van artikel 20 EBB-verordening ook complicaties, minstens rijzen een aantal vragen.[116]

Bij een bespreking van artikel 20 lid 2 EBB-verordening moet al meteen worden opgemerkt dat uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie inzake de EBB-verordening naar voren komt dat het Europees Hof van Justitie[117] algemeen alleszins niet geneigd lijkt te zijn een ruime interpretatie te geven aan artikel 20 lid 2 EBB-verordening inzake verzoeken tot heroverweging van een Europees betalingsbevel.[118]

---

[115] Cfr., mutatis mutandis, infra betreffende de wetshistorie van de EAPO-verordening (zie overigens ook daar voor wat betreft opmerkingen over het land waar de verweerder moet cq kan protesteren).

[116] Voor bespreking van enkele andere dan de hierna aangestipte vragen die artikel 20 EBB-verordening doet rijzen, zie H. Storme, "Europese betalingsbevelprocedure", *NJW* 2009, nr. 196, p. 98-117, met name p. 114-116. Hierbij moge overigens tevens herinnerd worden aan het onder II.3.2.a. reeds weergegeven citaat van het Europees Hof van Justitie in de zaak Thomas Cook, met name de overweging van het Hof in die zaak in nr. 43.

[117] Zie de uitspraken Thomas Cook (Thomas Cook Belgium NV, 22 oktober 2015, C-245/14, conclusie P. Cruz Villalon 2 juli 2015), Novontech-Zala kft. 21 maart 2013 C-324/12 en heel recent ook de conclusie in de zaak Catlin Europe, conclusie 29 mei 2018, C-21/17, in het bijzonder nrs. 102-106. Zo wordt in nr. 105 door de AG gesteld "*Ik denk (net als de Commissie) dat dergelijke uitzonderlijke omstandigheden ofwel procedurefouten kunnen zijn, ofwel fouten die te maken hebben met de kenmerken zelf van de geldvordering die het voorwerp van het betalingsbevel is. Aangezien het Hof heeft geoordeeld dat artikel 20 van verordening nr. 1896/2006 strikt moet worden uitgelegd, kan er niet voor om het even welke procedurefout een heroverweging van het betalingsbevel plaatsvinden. Om als uitzonderlijke omstandigheid te kunnen gelden moet die procedurefout een rechtstreekse invloed hebben op het recht van de verweerder, te weten, in de onderhavige zaak, op wijn recht om overeenkomstig artikel 16 van die verordening een verweerschrift in te dienen tegen het betalingsbevel.*" In de uitspraak zelf d.d. 6 september 2018 wordt door het Hof in nr. 54 kortweg gesteld dat de door de verwijzende rechter opgeworpen kwestie van de heroverweging van het Europese betalingsgevel op grond van artikel 20 van verordening nr 1896/2006 "*in casu niet aan de orde is*."

[118] In considerans 25 van de preambule bij de EBB-verordening wordt gesteld "*Heroverweging in uitzonderlijke gevallen houdt niet in dat de verweerder nogmaals de mogelijkheid krijgt verweer te voeren tegen de vordering*." Zie wel ook considerans 25

Voortgaand op de uitspraak Thomas Cook[119] van het Europees Hof van Justitie, lijkt bij beroep op artikel 20 EBB-verordening bovendien het risico te bestaan dat betrokkene verweten zal worden dat in plaats van een procedure tot heroverweging een verweer had moeten worden ingediend. In de zaak Thomas Cook was na het verstrijken van de termijn voor verweer van 30 dagen waarin artikel 16, lid 2 EBB-verordening voorziet, een verweerschrift ingediend, eveneens met het verzoek aan het Bezirksgericht für Handelssachen Wien[120] om het Europees betalingsbevel in heroverweging te nemen, overeenkomstig artikel 20, lid 2, van die verordening.[121] In deze zaak overwoog het Hof[122] onder meer dat aangezien het nut van de procedure zoals ingesteld door de EBB-verordening erin bestaat de snelheid en de doeltreffendheid van een gerechtelijke procedure te verzoenen met de eerbiediging van de rechten van verdediging, de verweerder aldus zijn rechten moet uitoefenen binnen de termijnen waarover hij beschikt, en hij daarna enkel nog kan beschikken over beperkte middelen om zich te verzetten tegen de tenuitvoerlegging van het Europees betalingsbevel. Het Hof oordeelde in casu dat artikel 20 lid 2 van de EBB-verordening moet worden uitgelegd dat "*het in omstandigheden, zoals die van het hoofdgeding, eraan in de weg staat dat een verweerder, aan wie overeenkomstig die verordening een Europees betalingsbevel is betekend, om heroverweging van dat bevel verzoekt met het argument dat het gerecht van oorsprong zich onterecht bevoegd heeft verklaard op grond van gestelde onjuiste informatie die door de verzoeker is verstrekt in zijn aanvraagformulier voor dat betalingsbevel.*"

Advocaat-Generaal Cruz Villalón[123], eveneens van oordeel dat in casu geen heroverweging mogelijk zou moeten zijn, maakte in de conclusie in deze zaak overigens nog een onderscheid tussen zaken die de verweerder wel of niet al wist op het ogenblik dat de kans bestond verweer te voeren: voor hetgeen de verweerder op dat ogenblik nog niet wist, zou volgens de Advocaat-Generaal de procedure van heroverweging de aangewezen weg zijn, voor het andere de procedure van het voeren van verweer.

Opmerkelijk is dat Advocaat-Generaal Sharpston in de zaak Flight Refund – in een zaak waarin verweer was gevoerd maar de Advocaat-Generaal mogelijke scenario's overliep, inclusief het scenario dat de verweerder geen verweer had gevoerd – de weg van de heroverweging zeer zeker als een denkbare weg leek te beoordelen, in een situatie waarin sprake zou zijn van een bevoegdheidsprobleem.[124] De Advocaat-Generaal overwoog daarbij[125] "*Lufthansa had wellicht overeenkomstig artikel 20, lid 2, van de EBB-verordening de territoriale bevoegdheid van de notaris kunnen bestrijden na het verstrijken van de termijn voor de indiening van haar verweerschrift (en dus impliciet pas nadat het betalingsbevel uitvoerbaar was verklaard), op grond dat het bevel "kennelijk ten onrechte is toegekend, gelet op de*

van de preambule bij de EBB-verordening inzake verkeerde informatie in het aanvraagformulier als grond voor heroverweging, cfr. de al supra gemaakte opmerking in verband met door de eiser frauduleus verschaft informatie en heroverweging, in verwijzing naar twee Belgische uitspraken.

[119] Thomas Cook Belgium NV, 22 oktober 2015, C-245/14, conclusie P. Cruz Villalón 2 juli 2015.

[120] Districtsrechtbank voor handelszaken te Wenen.

[121] Zie nr. 20 van het arrest.

[122] Zie nr. 41 van het arrest.

[123] Overigens formuleert de AG in deze zaak nog een opmerking die bedenkingen kan doen rijzen, met name wat betreft de mogelijkheid van stilzwijgende aanvaarding in de context van de EBB-procedure: in nr. 32 van de conclusie zinspeelt de AG op de mogelijkheid van stilzwijgende aanvaarding, om te betogen dat hetgeen de verzoeker tot een Europees betalingsbevel, mogelijk foutief, aanvoert als eiser als manier om de bevoegdheid te bepalen, niet zonder meer als "verkeerde informatie" in de zin van considerans 25 van de preambule bij de EBB-verordening zou kunnen worden bestempeld. Echter, zoals supra aangegeven, is het allesbehalve vanzelfsprekend in de context van de EBB-procedure – alleszins toch binnen deze procedure – te kunnen spreken van een mogelijkheid tot stilzwijgende aanvaarding om bevoegdheid van de autoriteit die het betalingsbevel uitvaardigt te rechtvaardigen. De uitspraak in de zaak Goldbet was overigens al eerder, nog voor deze conclusie, gedaan, met name op 13 juni 2013 – terwijl deze conclusie dateert van 2 juli 2015. Of geeft de AG hier mogelijk een soort van voorzet naar de overwegingen in de conclusie van de AG in de zaak Flight Refund inzake inbouwing van de mogelijkheid van de stilzwijgende aanvaarding in de zin die de AG daar voorstelt? (waar het dan wel geen regularisatie van de bevoegdheidskwestie van het Europees betalingsbevel zelf betreft, maar een mogelijke regularisatie voor de nadien te voeren inhoudelijke discussie ten gronde).

[124] Zie de conclusie bij Flight Refund d.d. 22 maart 2015, nr. 74 e.v.

[125] Conclusie nr. 74.

voorschriften van deze verordening" – een omschrijving die mijns inziens geacht moet worden ook de situatie te omvatten, dat het is uitgevaardigd door een instantie die duidelijk internationaal onbevoegd was krachtens de Brussel I-verordening."

Hoe precies dit te verzoenen met hetgeen is uitgesproken in de zaak Thomas Cook? In hoeverre is de uitspraak Thomas Cook te verenigen met de overwegingen van de Advocaat-Generaal inzake mogelijkheid van heroverweging in de zaak Flight Refund in de hypothese dat geen verweer zou zijn gevoerd, zo rijst de vraag. Als afwijzing in de zaak Thomas Cook te wijten was aan de specifieke omstandigheden van de zaak – in het dictum wordt gesproken over "*de omstandigheden als die van het hoofdgeding*" –, hoe precies moeten die omstandigheden dan wel gekarakteriseerd worden? In de zaak Thomas Cook was sprake van beweerde onjuistheid van de informatie die de verzoeker in het aanvraagformulier had gestrekt (hetgeen ook in het dictum wordt vermeld). De informatie was bepalend voor de bevoegdheid van het gerecht. De verweerder had er op het ogenblik dat verweer had kunnen worden ingediend, weet van dat de informatie onjuist was (omstandigheid die niet in het dictum zelf, wel in nummer 47 van de uitspraak wordt vermeld) …

Voor partijen lijkt het al bij al niet altijd eenvoudig te weten hoe te moeten handelen in geval zij op de hoogte zijn van een bevoegdheidskwestie: de vraag rijst naar de precieze verhouding tussen mogelijkheden van verweer enerzijds, mogelijkheden van heroverweging anderzijds.[126] Wel is het zo dat beide alleszins voor de instanties van eenzelfde land worden gebracht – het land waar het betalingsbevel is uitgevaardigd[127] – maar overigens lijken beide op geheel verschillende momenten te kunnen worden gehanteerd: binnen de periode van 30 dagen voor wat betreft het verweer, na afloop van die periode voor wat betreft het vragen van een heroverweging. Vraag daarbij is of het louter verloop van de tijd[128] voldoende is om een heroverwegingsprocedure te kunnen starten: moet de betrokkene desgevallend ook passief zijn gebleven in die tijd, in de zin dat geen verweer mag zijn gevoerd, zo rijst de vraag. In de zaak Flight Refund begrijpt het Europees Hof van Justitie[129] eerdere rechtspraak in die zin dat het voeren van een verweer er aan in de weg staat dat later alsnog een heroverweging zou worden gevraagd. Daar waar de Advocaat-Generaal in de zaak Flight Refund gewag maakt van de route van de heroverweging (als middel om aan de in de context van de zaak Flight Refund aan de orde gestelde complicaties inzake hantering van artikel 17 onderuit te komen) gaat hij er daarbij kennelijk ook van uit dat eerder geen verweer is gevoerd: waar de Advocaat-Generaal opmerkt dat het betalingsbevel "*impliciet uitvoerbaar*" is geworden[130], lijkt dit te moeten inhouden dat dus geen verweer is gevoerd (zoniet zou het betalingsbevel immers niet uitvoerbaar kunnen zijn geworden).

Opmerkelijk en enigszins verrassend is dat de Advocaat-Generaal hier lijkt te verwachten of veronderstellen dat een partij, in het besef dat er een bevoegdheidsprobleem is, welbewust de tijd voor het instellen van een verweer laat verlopen, zonder enige activiteit aan de dag te leggen, en vervolgens alsnog een procedure tot heroverweging instelt, met alle risico's van dien, met name dat

[126] Zeker als het zo zou zijn dat de twee niet allebei kunnen worden ingeschakeld.

[127] Waarbij al supra de opmerking werd gemaakt over de visie van de AG in de zaak Flight Refund over invulling van de term "*bevoegde gerechten van de lidstaat van oorsprong*" indien er hoegenaamd voor de autoriteiten van deze lidstaat geen bevoegdheid was tot uitvaardigen van een Europees betalingsbevel. Zie hierbij ook artikel 29 lid 1 a en b van de EBB-verordening.

[128] Zoals gemeld in artikel 20 lid 2 zelf. Omgekeerd is er in artikel 20 lid 2 zelf geen enkele beperking in de tijd opgenomen om vervolgens een verzoek tot heroverweging in te dienen – zodoende komt als het ware een bom te liggen onder het betalingsbevel: het zou altijd nog in vraag kunnen worden gesteld.

[129] In nr. 70 van de uitspraak: "*Dienaangaande vloeit uit de rechtspraak van het Hof voort dat de door artikel 20 van verordening nr. 1896/2006 geboden mogelijkheden om een betalingsbevel te heroverwegen, slechts gelden indien de verweerder niet binnen de in artikel 16, lid 2, van deze verordening gestelde termijn verweer heeft gevoerd (zie in die zin arrest Thomas Cook Belgium, C-245/14, EU:C:2015:715, punten 47 en 48).*"

[130] Zie de conclusie nr. 74: *"(…) na het verstrijken van de termijn voor de indiening van haar verweerschrift (en dus impliciet pas nadat het betalingsbevel uitvoerbaar was verklaard), (…)."*

de betrokkene zou worden verweten geen verweer te hebben ingesteld toen dit mogelijk was. In die zin zijn er risico's verbonden aan het laten voorbijgaan van de periode die voorzien is voor het voeren van verweer, nu heroverweging naderhand riskeert te worden afgewezen maar verweer op dat ogenblik niet langer mogelijk is.[131]

Het passief laten voorbijgaan van de termijn van verweer kan daarbij bovendien mogelijk enigszins tegen het instinct ingaan, alleszins voor zover men op dat ogenblik – in de periode waarin men verondersteld wordt verweer te voeren indien men het niet eens is met het betalingsbevel – reeds weet heeft van het bevoegdheidsprobleem. Het kan dan moeilijk zijn deze termijn welbewust inactief voorbij te laten gaan.

Iets anders is het natuurlijk indien men pas na verloop van de termijn voor instellen van verweer, op enig moment, weet krijgt van een bevoegdheidsprobleem: in dat geval lijkt sowieso het instellen van een verzoek tot heroverweging de enige mogelijke handelswijze om het bevoegdheidsprobleem nog aan te kaarten.

Vraag bij dit alles is overigens hoegenaamd of de verweerder – zeker indien deze zwakke partij is en niet wordt bijgestaan door een advocaat[132] – sowieso enig besef heeft van de kwestie van internationale bevoegdheid, zeker al in de periode dat verweer zou moeten worden gevoerd. Mag met name verwacht worden dat een partij op de hoogte is van en besef heeft van een kwestie als internationale bevoegdheid en dit op enigerlei moment ook zal aankaarten, zeker in de hypothese dat dit mogelijk het enige mogelijke verweerpunt is tegen een vordering, terwijl in de standaardformulieren geen melding is gemaakt van bevoegdheid als punt van verweer?[133]

Dit brengt ons bij de vraag hoe "erg" het is als Europese betalingsbevelen worden uitgevaardigd en vervolgens hetzij meteen betaald worden, hetzij uitvoerbaar worden verklaard, terwijl de rechter geen bevoegdheid daartoe had.

In het geval een verweerder, zonder besef van de bevoegdheidskwestie, betaalt terwijl de rechter eigenlijk geen bevoegdheid had een Europees betalingsbevel uit te vaardigen, is het zo dat de verweerder mogelijk sowieso had te betalen maar het bevel door een verkeerde, onbevoegde, rechter is uitgevaardigd. Mogelijk heeft de verweerder zich in dat geval geïmponeerd gevoeld door het feit een betalingsbevel toegestuurd te krijgen. Zeker in het geval de verweerder een zwakke partij is, is dit denkbaar. Mogelijk ook is de verweerder in dat geval[134] mede ontmoedigd geraakt te protesteren[135] indien verweer moet worden ingesteld of heroverweging moet worden gevraagd bij een verre

---

[131] Zou het niet-voeren van verweer wie weet zelfs nog kunnen beschouwd worden als stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid? Het zou er dan op neerkomen dat – in de zin van de uitspraak Goldbet – het voeren van verweer niet mag worden begrepen als stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid, maar het niet-voeren van verweer wel als stilzwijgende aanvaarding. Dergelijke redenering gaat wellicht veel te ver, indien beseft wordt dat het niet-verweer voeren niet gericht is op inhoudelijke behandeling van de zaak zonder betwisting van bevoegdheid. Of moet wie weet de hogervermelde opmerking van de AG in de zaak Thomas Cook in nr. 32 van de conclusie – met name de referentie daar naar stilzwijgende aanvaarding – wie weet in die zin begrepen worden? Dergelijke zienswijze lijkt al te vergaand.

[132] Overeenkomstig artikel 24 EBB-verordening is geen vertegenwoordiging door een advocaat vereist, noch voor de eiser bij het indienen van het verzoek om een Europees betalingsbevel, noch voor de verweerder ten aanzien van het verweerschrift tegen een Europees betalingsbevel.

[133] Zie ook nr. 33 van het arrest Goldbet: "*Bovendien zij eraan herinnerd, zoals volgt uit artikel 16, lid 1, van verordening nr. 1896/2006 en punt 23 van de considerans daarvan, dat de verweerder gebruik kan maken van het standaardformulier van bijlage VI bij die verordening om verzet aan te tekenen tegen het Europees betalingsbevel. Dat formulier biedt echter niet de mogelijkheid om de bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat van oorsprong te betwisten.*"

[134] Zelfs al had hij mogelijk naast de bevoegdheidskwestie (waarvan hij misschien niet op de hoogte is) ook gronden aan te voeren.

[135] Gezien de mogelijke complicaties van het voeren van verweer cq instellen van een verzoek tot heroverweging in het buitenland, ook al verloopt de procedure in principe via standaardformulieren en zijn desgevallend moderne communicatiemiddelen mogelijk.

rechter", dit terwijl bijvoorbeeld de regel van artikel 6 lid 2 EBB-verordening gerespecteerd had moeten worden maar dit niet is gebeurd. De plaats van de arena is indirect bepaald door de eiser, bij het aanvragen van een betalingsbevel, en indien de eiser een onbevoegde rechter heeft aangesproken maar de rechter zelf ten tijde van die aanvraag niet heeft gezien dat hij onbevoegd was, situeert zich de arena voor protest door de verweerder sowieso in dit land.

Het gerecht heeft zich dan tot dit alles "geleend", zo moet worden onderkend, ook al kan daarbij worden aangetekend dat in het bevel wordt vermeld dat de rechter zich bij het uitvaardigen louter heeft gebaseerd op door de eiser verschafte informatie en gewezen wordt op de gevolgen van het wel of niet verweer voeren.[136]

Is het precies de bedoeling dat de EBB-verordening zich op deze manier leent tot gebruik door de eiser, dat door de eiser als het ware, met medewerking van het gerecht, een proefballon wordt opgelaten en het volledig aan de verweerder wordt overgelaten die al dan niet te doorprikken? Eerder schreef Storme[137] omtrent de schuldeiserspositie respectievelijk schuldenaarspositie in de EBB-verordening, en de hierna aangehaalde passages verdienen citering, met specifiek vragen over de toepassing en consequenties van wat hier wordt gesteld in deze specifieke context waarbij zwakke partijen verweerder zijn: "*Met de Europese betalingsbevelprocedure verschaft de Europese regelgever de schuldeisers van onwillige schuldenaars een machtig wapen in 26 lidstaten van de Europese Gemeenschap (…) Enige weerzin zou kunnen voortvloeien uit het gevoel dat de positie van de schuldenaar "onderbeschermd" blijft. Dat is nochtans precies de bedoeling van de Betalingsbevelverordening: het versterken van de schuldeiserspositie voor vorderingen die toch niet ernstig, noch met succes betwist kunnen worden en waarvoor een schuldenaarsbescherming bijgevolg kan afgebouwd worden. De schuldenaarspositie is trouwens niet uit het oog verloren. De verweerder wordt goed geïnformeerd en kan vlot en zonder moeilijke vormvereisten verweer voeren binnen een termijn die voldoende ruim moet worden geacht*" en [138] "*De Betalingsbevelprocedure leidt tot een executoriale titel op basis van de actie van één partij, de eiser, en wegens stilzitten van de schuldenaar. De vordering wordt aldus ingewilligd op basis van informatie die enkel afkomstig is van de eiser en die, zoals hierna zal blijken, niet aan een diepgaande onafhankelijke controle wordt onderworpen. Dat houdt voor de schuldenaar uiteraard belangrijke risico's in, maar die zijn niet de primaire bekommernis van de betalingsbevelprocedure. Deze procedure is er immers niet op gericht de gegrondheid van deze vordering vast te stellen, maar wel de invordering ervan snel en efficiënt te laten verlopen indien de schuldenaar zelf geen weerwerk biedt. De procedurele positie van de eiser wordt daarmee versterkt terwijl het procesrecht zijn functie als bescherming voor de verweerder voor een stuk aan de haak hangt. De verantwoordelijkheid ligt nu voornamelijk bij de verweerder zelf.*"

In het geval geen verweer is gevoerd, maar ook niet is betaald, wordt en blijft het Europees betalingsbevel normalerwijze uitvoerbaar. Is het "erg" dat in dergelijke hypothese het betalingsbevel is uitgevaardigd door een onbevoegde rechter? Alleszins kan hierbij worden aangetekend dat in het regime van de Brussel 1 bis verordening nog wel een weigeringsgrond inzake bevoegdheid voorhanden is in het geval de verweerder een zwakke partij is en bevoegdheidsregels miskend zijn. In het regime van de EBB-verordening is dit niet voorzien. In het regime van de EBB-verordening is dan normalerwijze niets meer in te brengen tegen het – uitvoerbaar – Europees betalingsbevel, tenzij zou worden geoordeeld dat de procedure van heroverweging alsnog zou kunnen worden gehanteerd in dergelijke gevallen – maar zie de over die procedure hierboven reeds gemaakte opmerkingen, in het bijzonder

[136] Zie artikel 12 lid 4 a EBB-verordening: in het Europees betalingsbevel wordt de verweerder ervan in kennis gesteld dat het bevel uitsluitend op basis van de door de eiser verstrekte informatie is uitgevaardigd en niet door het gerecht is geverifieerd.
[137] H. Storme, "Europese betalingsbevelprocedure", *NJW* 2009, nr. 196, p. 98-117, met name p. 117.
[138] Met name op p. 104, met daarbij verdere verwijzingen.

de kwestie van verhouding tot de verweer-procedure.[139] Vraag is daarbij dan dus hoeveel ruimte open staat voor het aanvoeren van bevoegdheidskwesties in het kader van de heroverwegingsprocedure.

De vraag situeert zich binnen de ruimere vraag naar de ruimte voor een verzoek tot heroverweging in het licht van de doelstellingen van de EBB-verordening. Omtrent de doelstelling van de EBB-verordening in verhouding tot de procedure van verweer overwoog het Europees Hof van Justitie in de zaak Flight Refund, in verwijzing naar eerdere rechtspraak, dat de bijzondere procedure van de EBB-verordening en de daarmee nagestreefde doelstellingen niet van toepassing zijn wanneer de schuldvorderingen die aan de oorsprong liggen van een betalingsbevel worden betwist middels het in artikel 16 van de verordening bedoelde verweer.[140] Quid indien geen verweer is ingesteld en de verweerder dus de periode voor het instellen van verweer heeft laten voorbijgaan, maar een verzoek tot heroverweging wordt gedaan? Quid, in het bijzonder, indien geen sprake is van een inhoudelijke betwisting van de schuldvordering maar het louter een probleem van bevoegdheid betreft, met name de vraag of degene die het Europees betalingsbevel heeft uitgevaardigd wel een instantie was van een land waarvan de instanties daartoe bevoegd waren?

In zoverre men de procedure van heroverweging wel degelijk wil openstellen voor het aankaarten van bevoegdheidskwesties cq zou willen laten fungeren als een soort plaatsvervangende techniek voor de specifieke weigeringsgrond van artikel 45 lid 1 e Brussel 1 bis verordening ter bescherming van zwakke partijen – zij het dat de heroverwegingsprocedure wel moet worden gevoerd in het land van het gerecht van oorsprong[141] –, moge nog worden gewezen op de opmerkingen die de Europese Commissie in het kader van de zaak Thomas Cook had geformuleerd[142]: de Commissie bleek voorstander van het bieden van de mogelijkheid tot heroverweging precies in (welbepaalde) situaties van onbevoegdheid in procedures met zwakke partijen!

II.3.2.b.4. Zwakke partij als eiser of als verweerder, in het licht van voorstellen tot invoering van specifieke bevoegdheidsregels

Een laatste opmerking betreft nog de hypothese dat een zwakke partij geen verweerder maar verzoeker is. In dergelijke situatie zou de betrokkene beroep kunnen doen op de in de Brussel 1 bis verordening opgenomen bevoegdheidsregels ter bescherming van zwakke partijen indien zwakke partijen als eiser optreden en die er, heel algemeen gesteld, op neerkomen dat deze partijen ook dicht bij huis kunnen procederen.[143] Overigens kunnen deze partijen als het ware meeliften met het algemene mechanisme van de EBB-verordening.

Indien voorstellen tot invoering van specifieke regels van internationale bevoegdheid in de zin van een absolute regel tot het aanspreken van de rechter van de woonplaats van de verweerder zouden

[139] Wel verdient hierbij aantekening dat de mogelijkheid tot het vragen van heroverweging in de EBB-verordening op geen enkele manier beperkt wordt in de tijd, cfr. al supra.
[140] Zie nr. 50 van het arrest.
[141] Waarbij moge worden opgemerkt dat via hantering van de techniek van heroverweging wel kan worden geraakt aan het wezen van het Europese betalingsbevel: indien het gerecht besluit dat heroverweging gegrond is, is het Europese betalingsbevel nietig, zie artikel 20 lid 3 laatste zin EBB-verordening. Zie ook de vergaande effecten van mogelijk succesvolle hantering van het hoger genoemde artikel 10 EET-verordening. Opmerking verdient tevens dat in zoverre bij hantering van artikel 20 EBB-verordening ruimte wordt gelaten voor aankaarten van bevoegdheidsschendingen die niet alleen zwakke partijen betreffen, de mogelijkheid zodoende bevoegdheidsschendingen aan te kaarten vanuit dit perspectief bekeken verder zou gaan dan hetgeen mogelijk is via artikel 45 lid 1 e Brussel 1 bis verordening. Deze opmerking kan mutatis mutandis ook worden gemaakt ten aanzien van de EAPO-verordening in zoverre bij hantering van artikel 33 EAPO-verordening een dergelijke, ruime, aankaarting van bevoegdheidsschending mogelijk zou zijn. Zie infra meer over artikel 33 EAPO-verordening.
[142] Zie nr. 15 en volgende van de conclusie Thomas Cook. De Commissie formuleerde beschouwingen en opmerkingen waaruit alleszins bijzondere aandacht bleek voor de situatie van zwakke partijen – de Commissie gebruikte daarbij zelf overigens de terminologie van "zwakke partijen."
[143] Voor de werknemer gelden, indien deze partij eiser is, immers specifieke bepalingen, anders dan dat hij in zijn woonplaats kan procederen. Zie met name artikel 21 lid 1 b i) en ii) van de Brussel 1 bis verordening.

worden ingevoerd[144], zouden zwakke partijen het huidige voordeel dat zij als eiser inzake internationale bevoegdheid – op basis van verwijzing in de EBB-verordening naar de regels van de Brussel 1 bis verordening – hebben, verliezen. Want onderkend moge worden dat het systeem van verwijzing naar de regels van de Brussel 1 bis verordening de bepaling van regels van internationale bevoegdheid weliswaar complex maakt,[145] maar zwakke partijen wel bepaalde voordelen biedt, nu samen met die algemene verwijzing naar de regels van de Brussel 1 bis verordening ook het daarin opgenomen acquis inzake bescherming van zwakke partijen als eisers wordt overgenomen.

Bij doorvoering van voornoemde voorstellen tot invoering in de EBB-verordening van een algemene absolute regel tot het aanspreken van de rechter van de woonplaats van de verweerder, zou het voor de consument-eiser voordelig kunnen zijn – althans bekeken vanuit het perspectief van internationale bevoegdheid – niet voor de Europese betalingsbevelprocedure te kiezen maar voor een nationale procedure en vervolgens voor erkenning en tenuitvoerlegging beroep te doen op de Brussel 1 bis verordening.

Momenteel hebben zwakke partijen-eisers bij hantering van de EBB-verordening nog wel de mogelijkheid "dicht bij huis" te procederen.

II.3.2.b.5. Afrondend

De achilleshiel van de bescherming van zwakke partijen[146] middels regels van internationaal bevoegdheidsrecht in de EBB-verordening lijkt zich dan ook te situeren in de situatie dat de zwakke partij verwerende partij is, in het bijzonder indien de eisende partij een voor het uitvaardigen van een Europees betalingsbevel onbevoegde rechter heeft aangesproken en de verweerder geen verweer heeft gevoerd binnen de periode van 30 dagen, zoals voorzien in artikel 16 EBB-verordening.

In de situatie dat wel verweer is gevoerd, doen zich weliswaar complicaties voor zoals eventuele moeilijkheden bij hantering van artikel 17, maar het pijnpunt situeert zich vooral in de situatie dat geen verweer is gevoerd en het vervolgens nog maar de vraag is of en zo ja hoe nog enig protest mogelijk is tegen de door een onbevoegde rechter uitgevaardigde beslissing. De in Brussel 1 bis verordening voor dat geval voorziene weigeringsgrond is hier niet voorzien, en het is de vraag of gesteld kan worden dat de verweerder cq de rechter wel degelijk mogelijkheid heeft of heeft gehad tot het aanbrengen van de kwestie van onbevoegdheid, minstens of kan worden gesteld dat het voor de verweerder duidelijk was wat hij hoorde te doen indien een bevoegdheidskwestie aan de orde bleek te zijn cq wat de rechter

[144] Zie hierover bv. X.E. Kramer en B. Sujecki, "De Europese betalingsbevelprocedure: een kritische beschouwing," *NIPR* 2006, afl. 4, p. 365-374, met name p. 369-371 – met daarbij ook verwijzing naar andere voorstellen. Aangetekend moge worden dat indien voorstellen tot invoering, in de EBB-verordening, van specifieke regels van internationale bevoegdheid in de zin van een absolute regel tot het aanspreken van de rechter van de woonplaats van de eiser zouden worden ingevoerd, dit niet alleen zou ingaan tegen de algemene teneur van de Brussel 1 bis verordening – die in wezen gesteund is op het actor sequitur forum rei beginsel -, maar zwakke partijen-verweerders daarmee tegelijk ook de bijzondere bescherming als verweerder zouden verliezen die hen nu nog is toegekend (zij het op basis van de Brussel 1 bis verordening waarnaar de EBB-verordening verwijst, zij het op basis van artikel 6 lid 2 EBB-verordening zelf) tenzij voor EBB-procedures specifiek gericht tegen zwakke partijen bij invoering van dergelijk voorstel uitzondering zou worden gemaakt.

[145] Over de hoger reeds aangestipte complexiteit van de huidige regels (met name door het in de tweede generatie verordeningen – in casu specifiek in de context van de EBB-verordening – algemeen van toepassing maken van de regels van de Brussel 1 bis verordening), zie, met verdere verwijzingen, o.a. P. Gielen, "Guide pratique de la procédure européenne d'injonction de payer", *JT*, 2009, p. 661-672, met name p. 663, voetnoot 28 evenals – ook met verdere verwijzingen – H. Storme, "Europese betalingsbevelprocedure", *NJW* 2009, nr. 196, p. 98-117, met name p. 107 (met verdere verwijzingen in voetnoot 83) en M. Traest "Nieuw Europees internationaalprivaatrechtelijk procesrecht van toepassing", *Rechtskundig Weekblad* 2009, p. 858-867, met name p. 861, met verdere verwijzingen in voetnoten 34 en 35.

[146] Over werknemers als verweerders, zie al de supra gemaakte opmerking (Grusic).

in dergelijke situatie moest of kon doen. Kan er mee volstaan worden laconiek te stellen dat de verweerder sowieso toch een mogelijkheid heeft gehad verweer[147] te voeren?[148]

Heeft de verweerder wel verweer gevoerd, dan is het sinds de amendering van de EBB-verordening mogelijk dat na verweer in de context van de EBB-verordening de procedure wordt voortgezet als een EGV-procedure. In de hiernavolgende paragraaf worden enkele aantekeningen geformuleerd over deze specifieke verordening, zowel in de hypothese dat de ESCP-procedure volgt na een EBB-procedure waarbij verweer is gevoerd, als in de hypothese dat door eiser voor de EGV-procedure wordt gekozen zonder dat er enige EBB-procedure is aan vooraf gegaan. Daarbij moge ook nog vooraf worden aangetekend dat in de hiernavolgende paragraaf geen opmerking zal worden gemaakt omtrent werknemers als zwakke partijen, nu arbeidsrecht is uitgesloten uit het toepassingsgebied van de EGV-verordening.

II.3.3. De EGV-verordening

Zoals reeds vermeld, blijkt in de EGV-verordening louter uit de standaardformulieren dat de regels van internationale bevoegdheid van de Brussel 1 bis verordening – met alle moeilijkheden van dien, gezien de complexiteit ervan – gehanteerd dienen te worden. [149]

Anders dan de EBB-verordening bevat de EGV-verordening zelf geen specifieke regel voor consument-verweerders.[150]

Anders ook dan de EBB-procedure is de EGV-procedure een tegensprekelijke procedure. Betwisting van bevoegdheid evenals stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid in de EGV-procedure zelf wordt daarmee alleszins denkbaar.[151] Eerder werd er in de literatuur[152] zelfs voor gewaarschuwd dat als de verweerder niet oplette, er gemakkelijk situaties van stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid in de zin van de Brussel 1 verordening konden ontstaan, zonder besef daarvan bij de verweerder – waarbij er aan wordt toegevoegd dat met de in Brussel 1 bis verordening ingevoerde regel dat de rechter moet waarschuwen indien de verweerder een zwakke partij is[153], consumenten alleszins behoed worden van onbewust aanvaarden van bevoegdheid.

Vraag daarbij is dan mogelijk nog wel hoe en wanneer precies de rechter verondersteld wordt dergelijke waarschuwing te geven. De EGV-procedure is in wezen immers een schriftelijke procedure die verloopt via standaardformulieren, idee is dat slechts in uitzonderlijke gevallen een mondelinge behandeling wordt georganiseerd: hoe dan precies de notie van "vrijwillige verschijning zonder

[147] Waarmee – zie ook considerans 24 van de preambule – een einde wordt gemaakt aan de Europese betalingsbevelprocedure en de zaak automatisch naar een gewone civielrechtelijke procedure overgaat.
[148] Is geen verweer gevoerd, dan zal veel afhangen van de mogelijkheden die alsnog geboden worden tot hantering van artikel 20 EBB-verordening.
[149] Zie al supra over de complexiteit van de regels van Brussel 1 bis verordening in de context van de tweede generatie verordeningen (onder II.1. en specifiek voor wat betreft de EBB-verordening onder II.3.2.b). Zie eveneens al supra, onder II.1, over het consumentenbegrip in de context van de EGV-verordening.
[150] Zie hierover kort – maar kritisch – X.E. Kramer, "A Major Step in the Harmonization of Procedural Law in Europe. The European Small Claims Procedure. Accomplishments, New Features and Some Fundamental questions of European Harmonization" in *The XIIIth World Congress of Procedural Law. The Belgian and Dutch Reports*, A.W. Jongbloed (ed.), Antwerpen, Intersentia 2008, p. 253-283, met name p. 267-268.
[151] Betreffende de mogelijkheid tot het instellen van beroep, zie het reeds hogergenoemde artikel 17 EGV-verordening – waarbij de mogelijkheid van het instellen van beroep afhankelijk gemaakt wordt van nationale bepalingen terzake.
[152] Zie C. Oro Martinez, "The Small Claims Regulation: On the Way to an Improved European Procedure?", in EU Civil Justice. Current Issues and Future Outlook, B. Hess, M. Bergström en E. Storskrubb (eds.), Oxford: Hart Publishers 2016, p. 123-140, met name p. 138.
[153] Zie met name artikel 26 lid 2 Brussel 1 bis verordening.

betwisting van bevoegdheid", met als effect stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid,[154] met de daarbij horende waarschuwing door de rechter, in te passen in deze verordening?[155] Sturen rechters de niet-verplichte standaardtekst die op het e-justice portaal[156] bij de informatie aldaar over de Brussel 1 bis verordening is te vinden naar de verweerders?

Dat de mogelijkheid van stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid zeer zeker openstaat in deze procedure, werd in de literatuur opgemerkt in een kritisch commentaar bij de uitspraak van de Vrederechter van Sint-Pieters-Woluwe van 21 januari 2013.[157] In casu was de verweerder geen consument, integendeel het ging er om of de eiser als consument kon worden beschouwd. Volgens de rechter was de eiser geen consument die viel onder het begrip consument van de Brussel 1 bis verordening[158], hetgeen de rechter bij gebrek ook aan een overige bevoegdheidsgrond deed besluiten tot onbevoegdheid.

Hier moge terzijde herinnerd worden aan de verwarringen omtrent de notie "consument" in de context van de EGV-verordening waarvan hoger al sprake was, evenals de moeilijkheden die opduiken bij effectieve hantering van het consumentenbegrip van de Brussel 1 bis verordening.[159]

In casu, in een zaak van een passagier tegen een Italiaanse luchtvaartmaatschappij, achtte de rechter dat artikel 15 paragraaf 3 van de Brussel 1 verordening deed concluderen dat de eiser niet voldeed aan het consumentenbegrip van de Brussel 1 verordening[160], zodat bevoegdheid van de Belgische rechter niet kon worden gesteund op artikel 16 van de Brussel 1 verordening. Volgens de rechter kon – nu de rechter de eiser niet als een consument in de zin van de Brussel 1 verordening beschouwde, werd teruggegrepen op artikel 2 en 5 van de Brussel 1 verordening – evenmin op basis van artikel 5 Brussel 1 besloten worden tot bevoegdheid van de Belgische rechter.[161]
Echter, door de annotatrice werd in de annotatie bij deze uitspraak van Sint-Pieters-Woluwe van 21 januari 2013 gesteld dat de rechter voorbárig besloten had tot gebrek aan bevoegdheid op het

---

[154] Over het moment van betwisten van bevoegdheid, zie, in de context van de Brussel 1 bis verordening, HvJ 24 juni 1981, 150/80 (Elefanten Schuh), volgens hetwelk de bevoegdheid niet kan worden betwist na het tijdstip van de stellingname die naar nationaal procesrecht is te beschouwen als het eerste voor de aangezochte rechter voorgedragen verweer.

[155] Overigens moge hierbij worden opgemerkt dat met de amendering van de EGV-verordening in artikel 18 – inzake verzoeken tot heroverweging – sprake is van de "*verweerder die niet is verschenen*". Maar dus, gegeven de omstandigheid dat een mondelinge behandeling – waarop iemand fysiek verschijnt, of iemand eventueel via videoconferentie "verschijnt" – in de context van deze verordening slechts uitzonderlijk kan worden georganiseerd, zal in de context van de EGV-verordening maar zelden sprake zijn van daadwerkelijk "verschijnen" van de verweerder. Zo bekeken, in zoverre hieromtrent vragen zouden rijzen, zouden sommige vragen in de context van de EGV-verordening vooral een kwestie van inpassing lijken te zijn. Over de consequenties van het niet-informeren van zwakke partijen in de zin van artikel 26 lid 2 Brussel 1 bis verordening voor de (on)mogelijkheid van tenuitvoerlegging in het systeem van de Brussel 1 bis verordening, zie V. Lazic, "Procedural position of a "Weaker Party" in the Regulation Brussels Ibis" in *Brussels Ibis Regulation – Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*, V. Lazic en S. Stuij (eds.), The Hague: T.M.C. Asser Press 2017, p. 60, voetnoot 35, met verdere referenties en V. Lazic, "Mutual Faces of Mutual Recognition. Unity and Diversity in Regulating Enforcement of Judgments in the European Union" in *The European Union as an Area of Freedom, Security an Justice* M. Fletcher, E. Herlin-Hannell en C. Matera (eds.), London/New York: Routledge 2017, p. 350-351. Quid wat betreft sanctioneringsmogelijkheden van het niet-informeren van partijen binnen de EGV-verordening?

[156] https://e-justice.europa.eu/content_brussels_i_regulation_recast-350-nl.do

[157] L. Samyn, "De rechter, de geringe vorderingenprocedure en de internationale bevoegdheid: opgepast voor een valse start (noot onder Vred. Sint-Pieters Woluwe 21 januari 2013)", *DCCR* 2014, Vol. 105, p. 77-84.

[158] Ware de eiser door de rechter wel als een consument beschouwd die beroep mocht doen op de voor de consument beschermende regels van bevoegdheid, dan was er voor de rechter allicht sowieso geen bevoegdheidskwestie aan de orde geweest, dan had de eiser sowieso mogen procederen in de eigen woonplaats.

[159] Zie supra. Evenmin als bij de EBB-verordening zijn partijen hier verplicht zich te laten vertegenwoordigen door een advocaat, zie artikel 10 EGV-verordening, hetgeen een correcte inschatting van de internationale bevoegdheid nog verder kan bemoeilijken.

[160] In het contract tot uitvoering van een vliegtuigreis tussen Rome en Venetië werd geen verblijf aangeboden.

[161] Voor kritische overwegingen omtrent de manier waarop de rechter tot dit besluit kwam, zie L. Samyn, "De rechter, de geringe vorderingenprocedure en de internationale bevoegdheid: opgepast voor een valse start (noot onder Vred. Sint-Pieters Woluwe 21 januari 2013)", *DCCR* 2014, Vol. 105, p. 77-84, met name p. 82.

ogenblik dat besloten werd dat op basis van de informatie verkregen door de verzoeker – die ook nog om aanvullende informatie was gevraagd – niet kon worden besloten tot bevoegdheid: de verweerder had alleszins de kans moeten worden geboden de bevoegdheid stilzwijgend te aanvaarden, aldus de annotatrice.[162]

Overigens, zo moet worden onderkend, gaat het om een consument-verweerder in een EGV-procedure, in een situatie waarbij de voor de consument beschermende regels van bevoegdheid van de Brussel 1 bis verordening door de eiser niet zijn gerespecteerd en waarbij de consument de bevoegdheid wil betwisten – en er dus geen sprake is van stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid –, dan zal de consument zich hiervoor sowieso moeten richten tot instanties die zich buiten zijn woonplaats bevinden: ware een procedure begonnen in het land van zijn woonplaats, dan waren de bevoegdheidsregels gerespecteerd geweest.[163] Heeft de eiser de beschermende bevoegdheidsregels niet gerespecteerd en heeft de rechter de formulieren aan verweerder-consument doorgezonden, eventueel mede vanuit de incalculering dat de consument mogelijk nog wel stilzwijgend bevoegdheid zou willen aanvaarden, dan speelt deze zaak zich sowieso af voor de instanties van dat gerecht die deze kwestie moet afhandelen.

Weliswaar verloopt de EGV-procedure in principe schriftelijk, via standaardformulieren,[164] en voorziet de EGV-verordening in het geval er toch een mondelinge behandeling plaatsvindt bovendien in de mogelijkheid van aanwending van moderne communicatiemiddelen, maar de omstandigheid dat de arena zich bevindt buiten het land van de zwakke partij, kan de zwakke partij ontmoedigen protest aan te tekenen.

Hierbij moge dan weer wel worden herinnerd aan de regel van artikel 28 van de Brussel 1 bis verordening[165] inzake ambtshalve controle van bevoegdheid door de rechter in de hypothese van een niet-verschijnende verweerder met woonplaats in een ander Brussel 1 bis-land: indien de verweerder met woonplaats in een Brussel 1 bis land niet "verschijnt", ligt hier een verantwoordelijkheid voor de rechter.

---

[162] Noch volgens de EGV-verordening, noch volgens de van toepassing zijnde Brussel 1 verordening mocht de vrederechter op het bewuste ogenblik zijn internationale bevoegdheid reeds ambtshalve onderzoeken, aldus de annotatrice. "*Het is immers denkbaar dat de verweerder met woonplaats in Italië voor de Belgische rechter verschijnt zonder de internationale bevoegdheid te betwisten (art. 24 Brussel I-Vo). Artikel 26 Brussel I-Verordening en het ambtshalve onderzoek is pas aan de orde wanneer de verweerster na een correcte oproeping niet zou verschijnen.*" Voor een Luxemburgse uitspraak waarbij de rechter ambtshalve de internationale bevoegdheid toetste op een later moment, met name nadat aan de verweerder de formulieren waren toegezonden maar daarop geen reactie was gekomen, zie Justice de Paix de Luxembourg 19 april 2018. De rechter onderzocht in casu of de verweerder, met woonplaat in Portugal, kon worden beschouwd als een consument in de zin van artikel 17 Brussel 1 bis verordening. Nu dit volgens de rechter niet het geval was, mocht de eiser in casu steunen op artikel 7 Brussel 1 bis verordening. De Luxemburgse rechter achtte zich bevoegd op grond van artikel 7 lid 1 b Brussel 1 bis verordening.

[163] Behoudens mogelijk nog wel, à la limite, situaties van forumkeuze met respect voor artikel 19 Brussel 1 bis verordening. Maar ook als de eiser een procedure is gestart bij een andere rechter dan de rechter van de woonplaats van de consument, deze rechter mogelijk bevoegd is op basis van artikel 19 Brussel 1 bis, maar de consument deze bevoegdheid wil betwisten, moet de consument zich hiervoor richten tot instanties die zich buiten zijn woonplaats bevinden.

[164] Werkt de omstandigheid dat in de context van de EGV-verordening de procedure in principe schriftelijk (via standaardformulieren) verloopt, voor de consument in "verzachtende" zin/in voldoende verzachtende zin ten aanzien van het moeten ageren in een procedure die buiten het land van de eigen woonplaats wordt gevoerd (of werkt de omstandigheid dat de procedure in begin schriftelijk, via atandaardformulieren, verloopt, integendeel veeleer (nog meer) ontmoedigend), zo kan worden geopperd? Over de houding van de consument die in het buitenland wordt gedaagd, merkte Knetsch (J. Knetsch, "Inapplicabilité du titre exécutoire européen aux litiges entre consommateurs", *RCDIP* 2014, p. 651-660, met name onder I.5) eerder reeds in algemene zin op: *"(…) Dès lors qu'un créancier peut se prévaloir d'une option de compétence en faveur des juridictions de son Etat d'origine, il aura tout intérêt à y assigner un débiteur et à le contraindre à se joindre devant un tribunal étranger. Ce forum actoris est particulièrement délicat en présence d'un défendeur non-professionnel, lequel répondra le plus souvent à une procedure initiée contre lui à l'étranger par apathie et attentisme plutôt que par diligence et célérité.*"

[165] Dat zoals hoger reeds aangegeven een controlemechanisme uitmaakt dat overigens niet specifiek ten aanzien van zwakke partijen is geformuleerd.

Eenmaal een beslissing is genomen in een Europese procedure voor geringe vorderingen, lijken nog maar in zeer beperkte mate aanvechtingsmogelijkheden open te staan.[166] Al zeker staat geen weigeringsgrond in de lidstaat van tenuitvoerlegging in de zin van artikel 45 lid 1 e Brussel 1 bis verordening meer open.

Mede beschouwd vanuit het oogpunt van waar – in welk land – zich de arena bevindt tot het voeren van verweer cq het beginnen van een procedure tot aanvechting van de geldigheid van het genomen besluit[167], met mogelijk impact hiervan op de bereidwilligheid van een partij om te protesteren (gezien het mogelijke effect van de plaats van de arena op de energie die men bereid is te geven), is de hierna, onder II.3.4., gemaakte wetshistorische aantekening bij de EAPO-verordening – daar in de context van een herziening cq intrekking van een bevel – interessant.

II.3.4. De EAPO-verordening

Ik rond deze bespreking van de tweede generatie verordeningen af met een enkele opmerking over de EAPO-verordening. In de hypothese dat nog niet eerder een beslissing is bekomen, gelden overeenkomstig artikel 6 EAPO-verordening de "toepasselijke" regels – waarbij impliciet wordt verwezen naar de Brussel 1 bis verordening evenals de Onderhoudsverordening - , met een bijzondere regel in lid 2 van artikel 6 voor de hypothese dat de verweerder een consument is: ook hier geldt, in eenzelfde zin als het geval was in de EET-verordening en de EBB-verordening, dat de gerechten van de lidstaat waar de schuldenaar zijn woonplaats heeft bij uitsluiting bevoegd worden geacht, in het geval dat de schuldenaar een consument is die een overeenkomst met de schuldeiser heeft gesloten voor een gebruik dat niet als bedrijfs- of beroepsmatig kan worden beschouwd.

Wat opmerkelijk is bij de EAPO-verordening, is dat considerans 32 van de preambule, waar het gaat om een intrekking van het bevel tot conservatoir beslag in de zin van artikel 33[168], stelt "*De schuldenaar moet om een herziening van het bevel tot conservatoir beslag kunnen verzoeken, in het bijzonder indien niet aan de in deze verordening vermelde voorwaarden of vereisten wordt voldaan of indien de omstandigheden die tot de uitvaardiging geleid hebben zodanig zijn veranderd dat die uitvaardiging niet langer gegrond zou zijn. Zo moet de schuldenaar bijvoorbeeld over een rechtsmiddel kunnen beschikken indien de zaak niet grensoverschrijdend was volgens de in deze verordening gegeven definitie, indien de in deze verordening bepaalde bevoegdheidsregeling niet in acht is genomen,* (….)." In het oorspronkelijke commissievoorstel[169] was zelfs in het toenmalige artikel 34 zelf – toen sprekend van een mogelijkheid tot verzoek om "heroverweging" – expliciet opgenomen: "*Indien het EAPO werd uitgevaardigd op grond van hoofdstuk 2, afdeling 1, kan de verweerder een verzoek indienen tot (a)*

[166] Wat betreft de mogelijkheid tot het vragen om heroverweging in de context de EGV-verordening (artikel 18 EGV-verordening) moge worden opgemerkt dat de mogelijkheden tot heroverweging in deze verordening nagenoeg geheel – en alleszins veel meer dan de mogelijkheid tot heroverweging in de EBB-verordening – geënt zijn op artikel 34 lid 2 Brussel 1 verordening. Wat betreft de mogelijkheid tot het instellen van beroep in EGV-procedures, zie artikel 17 EGV-verordening. In die zin zijn hier beperkingen te ontwaren inzake controlemogelijkheden van internationale bevoegdheid. Illustratief betreffende beperkingen in beroepsmogelijkheden is de Nederlandse uitspraak van het Hof 's Hertogenbosch 13 december 2002, *NIPR* 2013, nr. 162 waarbij het hoger beroep dat was ingesteld door verweerder Ryanair, met aanhaling van een bevoegdheidskwestie, niet ontvankelijk werd geacht. Kennelijk was in deze zaak de oorspronkelijke vordering ingesteld door een eiser die zich had beroepen op de hoedanigheid van consument. Deze zaak toont tegelijk hoezeer de beperking van rechtsmiddelen in het voordeel kan spelen van een zwakke partij – eiser die heeft kunnen steunen op de voor de zwakke partij bedoelde beschermende regels van internationale bevoegdheid en wiens vordering is toegewezen.

[167] Zie voor wat betreft de EET-verordening en de EBB-verordening wat hierover al hoger is gesteld – zowel wat betreft controlemogelijkheid van de rechter via artikel 28 lid 1 Brussel 1 bis verordening als wat betreft de "arena" voor het voeren van verweer (in de context van de EBB-verordening) cq het vragen om intrekking (in de context van de EET-verordening) dan wel heroverweging (in de context van de EBB-verordening).

[168] In lid 1 onder a van artikel 33 wordt bepaald dat het bevel tot conservatoir beslag op verzoek van de schuldenaar door het bevoegde gerecht van de lidstaat van herkomst ingetrokken of in voorkomend geval gewijzigd "*op grond van het feit dat a) niet aan de in deze verordening gestelde voorwaarden of vereisten is voldaan (…).*"

[169] COM(2011)445 final, 25.7.2011.

een heroverweging van het EAPO op grond dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor de uitvaardiging daarvan als uiteengezet in de artikelen 2, 6 en 7" – waarbij moge worden aangetekend dat artikel 6 ook toen al de regels inzake internationale bevoegdheid omvatte. Opmerkelijk, gezien de hoger opgeworpen vraag of bevoegdheidsschendingen kunnen gelden als grond tot "heroverweging" in het kader van de EBB-verordening, evenals de inzake artikel 10 EET-verordening supra reeds opgeworpen vraag of bevoegdheidsschendingen kunnen gelden als grond voor toepassing van artikel 10 EET-verordening.[170] Opmerking verdient hierbij wel dat, enerzijds, zowel de EAPO-procedure als de EBB-procedure een eenzijdige procedure is, met in beide een mogelijkheid tot heroverweging dan wel rectificatie; anderzijds, dat in de context van de EBB-verordening (ook) een mogelijkheid tot verweer is voorzien.

Welhaast nog opmerkelijker is, wetshistorisch bekeken, dat in dat oorspronkelijke commissievoorstel niet alleen expliciet in de desbetreffende bepaling zelf was opgenomen dat schending van bevoegdheidsregels een reden tot herziening uitmaakte, maar dat in dat voorstel bovendien ook een bijzondere regel was opgenomen over het land waar dergelijk verzoek behandeld kon worden, specifiek in de situatie van zwakke partijen: zie met name het destijds voorgestelde artikel 36[171] waarover in de toelichting[172] werd gesteld, nadat eerst wordt uitgelegd dat normaal voor dit type remedie moet worden geprocedeerd bij het gerecht dat het bevel heeft uitgevaardigd "*Op bepaalde categorieën schuldenaren, die in het algemeen als "zwakkere partij" in een geschil worden beschouwd – consumenten, werknemers en verzekerden –, is een andere bevoegdheidsregeling van toepassing. Dit soort schuldenaren kan alle bezwaren tegen het bevel opwerpen voor de gerechten van de lidstaat waar zij wonen. Deze regel zorgt ervoor dat zwakkere partijen een Europees bevel te allen tijde kunnen aanvechten in hun eigen rechtsstelsels zodat de in de verordening Brussel I voor dergelijke zaken vastgestelde beschermende bevoegdheidsregels een extra niveau van bescherming krijgen.*" Hier leek men bereid van de algemene logica van de verordeningen – protest moet in principe altijd gebeuren bij het gerecht van oorsprong[173] – af te wijken indien geconfronteerd met zwakke partijen. Ware dergelijke regeling doorgevoerd, dan ware een ver doorgedreven bescherming van zwakke partijen in deze verordening ingevoerd.

III. Slot. Zwakke partijen als verweerder in de tweede generatie verordeningen: risico's dat respect voor regels van internationale bevoegdheid ter bescherming van zwakke partijen geofferd wordt op het altaar van de bewerkstelliging van de doelstellingen van de tweede generatie verordeningen?

[170] In casu, in de context van de EAPO-verordening, zou het dan kunnen gaan om bevoegdheidschendingen waarbij wel of niet zwakke partijen zijn betrokken, dit terwijl in de EET-verordening slechts respect wordt gevraagd van welbepaalde regels van internationale bevoegdheid, zie reeds supra. Over de mogelijkheden tot aanvechting van schending van (alle/welbepaalde) regels van internationale bevoegdheid in de context van een heroverwegingsprocedure in de EBB-verordening, zie reeds hoger.

[171] "*Indien de verweerder een consument, werknemer of verzekerde is, kan hij het verzoek tot heroverweging op grond van de artikelen 34 en 35 ook indienen bij het overeenkomstig artikel 48 bij de Commissie aan te geven bevoegde gerecht in de lidstaat waar hij zijn woonplaats heeft.*"

[172] COM(2011)445 final, 25.7.2011, p 11 onder nr. 3.1.4. Verder in de toelichting (onder 3.4) wordt deze voorgestelde regeling overigens nog in direct verband gebracht met "fundamentele rechten."

[173] Al moet daarbij meteen worden opgemerkt dat in de EAPO-verordening welbepaalde rechtsmiddelen openstaan in het land van tenuitvoerlegging. Voor wat betreft de in de overige verordeningen zeer beperkte mogelijkheden in het land van tenuitvoerlegging, zie artikel 21 EET-verordening, artikel 22 EBB-verordening en artikel 22 EGV-verordening; zie in deze context ook al, supra, artikel 23 EET-verordening in interactie met artikel 10 EET-verordening; zie ook wat betreft de EBB-verordening artikel 23 EBB-verordening in interactie met artikel 20 EBB-verordening (betreffende vragen tot schorsing en beperking van tenuitvoerlegging in het land van tenuitvoerlegging nadat in het land waar het betalingsbevel was uitgevaardigd om heroverweging is gevraagd) en artikel 23 EGV-verordening in interactie met artikel 18 EGV-verordening.

Enerzijds wordt in literatuur gewag gemaakt van een verdergaande bescherming dan in de Brussel 1 bis verordening van consumenten-verweerders in de context van de EET-verordening en de EBB-verordening. Anderzijds lijken toch ook zwakke punten, of toch minstens punten waar meer helderheid gewenst zou kunnen zijn, te kunnen worden aangeduid als men de tweede generatie verordeningen beschouwt vanuit de helderheid en kenbaarheid van de regels evenals vanuit het perspectief van de geboden mogelijkheden tot handhaving van regels van internationale bevoegdheid.

Is het vereisen van respect voor regels van internationale bevoegdheid ter bescherming van zwakke partijen in de context van de tweede generatie verordeningen te beschouwen als al te complicerend bij de toepassing van deze verordeningen, zo zou kunnen worden geopperd?

In de conclusie bij de zaak Goldbet, inzake de EBB-verordening, wierp de Advocaat-Generaal op[174], na eerst een van de doelstellingen van de verordening zoals geformuleerd in artikel 1 lid 1 sub a[175] EBB-verordening in herinnering te hebben gebracht: "*Deze doelstelling roept ontegenzeglijk het beeld op van een juridisch instrument waarin geen plaats is voor eventuele betwistingen ten gronde en voor de vertragingen die zich bij de klassieke gerechtelijke procedures plegen voor te doen.*"

Wel, zo moet worden opgemerkt, wordt tegelijk in deze conclusie door de Advocaat-Generaal ook een en ander gewogen vanuit de mogelijkheid die de schuldenaar heeft een rechtsmiddel aan te wenden tegen een onjuiste beoordeling van de bevoegdheid door de instantie die uitspraak doet op het gebied van Europese betalingsbevelen. Indien de debiteur dergelijke mogelijkheid in de EBB-procedure niet zou hebben, zou de debiteur overigens volgens de Advocaat-Generaal "*niets anders kunnen doen dan erop te vertrouwen dat de nationale rechter gebruik zal maken van zijn bevoegdheid om zich in voorkomend geval in de gewone civiele procedure ambtshalve onbevoegd te verklaren*"[176]. Wellicht doelt de Advocaat-Generaal hier op de hypothese dat de verweerder niet zou verschijnen in die gewone civiele procedure, in welk geval artikel 28 Brussel 1 bis verordening zou gelden. Mocht de verweerder verschijnen terwijl er normalerwijze geen bevoegdheid zou zijn, dan zou de rechter de verweerder nog moeten waarschuwen indien deze verweerder een zwakke partij is, zo moge hierbij nog worden aangetekend.

En in de conclusie bij Flight Refund heeft de Advocaat-Generaal het er over[177] dat "herstel" moet mogelijk zijn van een situatie waarin het bevel is uitgevaardigd door een instantie zonder internationale bevoegdheid. De Advocaat-Generaal zoekt daarbij[178], specifiek voor wat betreft de situatie die voorlag in Flight Refund, naar een oplossing die "*het mogelijk maakt dat de Europese betalingsbevelprocedure wordt beëindigd, Flight Refund haar vordering kan instellen (indien zij dat nog wenst) en Lufthansa verweer kan voeren voor een gerecht dat bevoegd is in de zin van de Brussel I-verordening.*"

Maar, aansluitend op de opmerking van de Advocaat-Generaal in de zaak Goldbet dat in de EBB-verordening geen plaats is voor eventuele betwistingen ten gronde en voor de vertragingen die zich bij de klassieke gerechtelijke procedures plegen voor te doen: zijn nu, zo kan de vraag rijzen, mogelijke discussies over bevoegdheidsperikelen te beschouwen als dergelijke factoren van vertraging waaraan in het kader van de verordeningen best niet al te veel aandacht wordt gegeven, mogelijke spelbrekers

[174] Nr. 27 van de conclusie in Goldbet (HvJ EU 13 juni 2013, C-144/12 (Goldbet Sportwetten GmbH).
[175] Zie nr. 26 van de conclusie in Goldbet, refererend aan het EBB als een uniform, snel en efficiënt instrument voor de inning van niet-betwiste geldvorderingen.
[176] Zie nr. 40 van de conclusie in Goldbet.
[177] Zie nr. 76 van de conclusie in Flight Refund (HvJ EU, 10 maart 2016, C-94/14 (Flight Refund Ltd)).
[178] Zie nr. 72 van de conclusie in Flight Refund. Over Flight Refund en de benadering van de AG daarbij (inclusief de poging een constructie te maken waarbij via een vrijwillige aanvaarding in de context van een soort heroverwegingsprocedure bevoegdheid wordt verleend voor het voeren van een gewone procedure aan de instanties van het land waar het betalingsbevel was uitgevaardigd door een niet-bevoegde instantie), zie reeds uitgebreid supra.

zelfs in een systeem dat als goed geolied wil worden beschouwd? Zijn regels van internationale bevoegdheid in de context van deze verordeningen te beschouwen als relatief onbelangrijke radertjes in het geheel en mag eventueel gebrek aan respect daarvoor oogluikend worden toegestaan? Moet een eventueel verlies aan respect voor het opgebouwde acquis inzake procesrechtelijke bescherming van zwakke partijen in de context van deze verordeningen voor lief worden genomen?

Want weliswaar zijn in de verordeningen voorschriften te vinden inzake te hanteren bevoegdheidsregels en is incidenteel zelfs sprake van een verdergaande bescherming van zwakke partijen dan in de Brussel 1 bis verordening het geval is, de vraag rijst naar de helderheid en kenbaarheid van de bepalingen evenals naar de mogelijkheden, voor rechter en partijen, indien deze niet gerespecteerd worden: kunnen ze sowieso wel gehandhaafd worden, wordt überhaupt wel de mogelijkheid geboden eventuele schending ervan aan te kaarten en wordt voldoende stilgestaan bij de mogelijkheid dat een zwakke partij, veelal zónder advocaat, zelf onvoldoende besef kan hebben van de betekenis überhaupt van de problematiek van internationale bevoegdheid? Quid, nu in de context van de Brussel 1 bis verordening geldende regels als artikel 26 lid 2 en 28 waarbij de rechter enige verantwoordelijkheid toekomt moeilijk in te passen blijken in de context van sommige van de verordeningen? Is voor zwakke partijen mogelijk onvoldoende helder wat zij kunnen doen, wat zij verwacht worden te doen, en worden zij mogelijk ook al te veel overdonderd, geïmponeerd, ervaren zij een en ander mogelijk zelfs als intimiderend, mogelijk mede doordat indien door de eiser een onbevoegde rechter is aangesproken de verweerder toch alleen terecht kan bij het bevoegde gerecht van het land van oorsprong: als de eiser er in slaagt een betalingsbevel te verkrijgen van een onbevoegde rechter maar de verweerder wil aankaarten dat sprake is van onbevoegdheid, heeft de eiser sowieso nog wel indirect kunnen bepalen bij de gerechten van welk land (het land van het gerecht dat het betalingsbevel heeft uitgevaardigd) rechtsmiddelen van de verweerder moeten worden ingezet, dit terwijl mogelijk de andere partij gewiekst voordeel kan halen uit de regelingen. Zeker ook als bevoegdheid nauwelijks gecontroleerd wordt, of bevoegdheidsschendingen niet gesanctioneerd worden, lenen de verordeningen zich – nu ze aan eisers een alternatief beogen te bieden en optioneel zijn – tot een strategisch gebruik van gewiekste partijen, die op die manier normaal geldende bevoegdheidsregels kunnen proberen omzeilen. En nu de verordeningen weliswaar geüniformeerde procedures bevatten, maar tegelijk veel ruimte laten voor nationaal recht, kan middels omzeiling van de bevoegdheidsregels bovendien gepoogd worden een autoriteit aan te spreken van een land waarvan men de specifieke, voor zich voordelige, nationale regels op het oog heeft. De zwakke partij daarentegen loopt mogelijk verloren in een labyrint en is mogelijk überhaupt niet op de hoogte van enige bevoegdheidsproblematiek. De omstandigheid dat vertegenwoordiging niet altijd verplicht is en partijen zodoende mogelijk geen advocaat hebben die adviseert, kan het daarbij des te moeilijker maken de bevoegdheidskwestie correct in te schatten. Maar, zelfs voor juristen kan de bevoegdheidskwestie en het aankaarten ervan een heikel punt vormen, een niet te onderschatten kwestie, desgevallend zelfs een moeilijk te nemen hobbel, waarbij nalezing van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie wel een en ander kan verhelderen maar nalezing ervan het al bij al niet per se gemakkelijker maakt te kunnen inschatten wat te doen, in de onderscheiden feitenconstellaties, hypothesen en scenario's.

De vragen rijzen vooral in de context van de EBB-verordening in de hypothese dat de zwakke partij de verweerder is. Is de zwakke partij hier eiser, dan kan mogelijk voordeel gehaald worden uit de verordeningen. In die zin zou, als de zwakke partij eiser is, mogelijk zelfs kunnen worden gesproken van toegenomen "access to justice" in combinatie met "mutual recognition", mede bewerkstelligd door de omstandigheid van het enorme effect van de bekomen beslissing.[179] Maar, als de zwakke partij

[179] Over access to justice in de context van de verordeningen, zie, kort, M. Linton, "Abolition of Exequatur, All in the Name of Mutual Trust!", in *EU Civil Justice. Current Issues and Future Outlook*, B. Hess, M. Bergström en E. Storskrubb (eds.), Oxford: Hart Publishers 2016, p. 257-283, met name p. 263. Zie ook kort F. van Overbeeke, J. Meeusen en L. Verhaert, "The link between access to justice and European Conflict of laws after Lisbon Much ado about nothing?" *Rabels Zeitschrift* 2017, p. 858-883, in het bijzonder voetnoot 47 p. 870.

in de EBB-procedure verweerder is, dan hangt daar van het wel of niet in actie komen van de verweerder/zwakke partij wel enorm veel af. Een enorme dynamiek treedt daar in werking als de verweerder niet in actie komt, met zeer vergaande consequenties. Is het correct beslissingen, met dermate vergaande gevolgen, tot stand te laten komen met mogelijke miskenning van bevoegdheidsregels indien de verweerder zelf niets heeft opgeworpen of, meer nog, indien de verweerder mogelijk zelfs geen werkelijke kans heeft bezwaar te maken? Kan er mee volstaan worden laconiek op te werpen dat een verweerder in het kader van de EBB-procedure sowieso de mogelijkheid heeft verweer aan te tekenen? Vraag is dan onder meer in hoeverre het aan de verweerder/zwakke partij kan worden overgelaten de bevoegdheidskwestie aan de kaak te stellen, hoe precies hij dan wel wordt verondersteld dit te doen, wat de gevolgen zijn van het aankaarten van de bevoegdheidskwestie, en wat de situatie is indien de verweerder de bevoegdheidskwestie zelf niet aankaart.

Mogelijk zou mede op basis van de vele vragen die (kunnen) rijzen als het bevoegdheidsprobleem pas opduikt nadat het Europees betalingsbevel reeds is uitgevaardigd, betoogd kunnen worden dat de bevoegdheidscontrole door de rechter zelf in de fase van het uitvaardigen van het Europees betalingsbevel vrij grondig zou moeten gebeuren. Maar zie over de beperkte mogelijkheden die de rechter daarvoor momenteel heeft, hetgeen gesteld is onder II.3.2.a. En omtrent mogelijke (verdergaande) controle in de fase van uitvoerbaar verklaren van het Europees betalingsbevel, zie wat supra is opgemerkt omtrent artikel 18 EBB-verordening.

In zoverre geen mogelijkheden tot aankaarten van schendingen openstaan, indien geen sancties gelden, indien à la limite zou kunnen worden betoogd dat het de facto de verweerder bij het inzetten van rechtsmiddelen toch al te moeilijk wordt gemaakt, zouden regels van internationale bevoegdheid die beogen zwakke partijen te beschermen welhaast beschouwd kunnen worden als een poging een en ander in goede banen te leiden via richtlijnen en instructies, veeleer dan rechtsregels, regels waarvan men hoopt dat ze door rechter en partijen nageleefd worden maar bij schending ervan geen sanctie is voorzien. Ze fungeren dan à la limite welhaast louter als een vorm van bezweringsformules, of nog, als een vorm van window-dressing.

Of, anders gesteld: de regels zouden dan kunnen worden beschouwd als sommige regels van internationale bevoegdheid van de Brussel 1 bis verordening, regels die voor wat betreft weigeringsgronden geen bijzonder statuut toegekend kregen, waarvan navolging opgelegd wordt maar waarbij geldt dat als ze niet zijn nagevolgd, ze niet meer sanctioneerbaar zijn in de fase van erkenning en tenuitvoerlegging: betrokkenen hadden maar moeten protesteren, de rechter had de regels maar goed moeten toepassen. Overgezet naar de context van de bescherming van zwakke partijen in de tweede generatie verordeningen rijst dan wel de vraag of kan worden gesteld dat zij maar hadden moeten protesteren, met de vraag of ze sowieso wel hadden kunnen protesteren/of dit van hen had mogen verwacht, of hier een taak voor de rechter is weggelegd, gegeven de omstandigheid dat het alleszins in bepaalde verordeningen moeilijk is controlebepalingen als artikel 26 lid 2 en 28 lid 1 Brussel 1 bis verordening toe te passen of in te passen, en wat de consequentie is, indien regels fout zijn toegepast, voor de fase van tenuitvoerlegging. In het bijzonder rijst, als gezegd, de vraag of er in de context van de EBB-verordening mee kan worden volstaan te stellen dat sowieso altijd verweer mogelijk is.

In de hypothese dat geen of nauwelijks mogelijkheden tot aankaarten van schendingen openstaan of indien geen sancties gelden, worden regels van internationale bevoegdheid ter bescherming van zwakke partijen geofferd op het altaar van bewerkstelliging van doelstellingen van de tweede generatie verordeningen. Het mantra van de doelstellingen van de verordeningen wil men dan niet in het gedrang laten komen door het oprakelen van een bevoegdheidskwestie. Het mantra van bescherming van procesrechtelijke bescherming van zwakke partijen delft dan het onderspit indien het in spanning komt met doelstellingen van de verordeningen.

Of is het integendeel zo dat precies gezien het enorme effect van beslissingen die vallen onder het toepassingsgebied van de verordeningen, regels ter bescherming van zwakke partijen inzake internationale bevoegdheid zeer relevant moeten worden geacht en bij toepassing van de verordening moet worden geredeneerd in de zin dat in strenge mate moet worden vastgehouden aan handhaving van die regels?

Mogelijk krijgt het Europees Hof van Justitie nog gelegenheid om zich (verder) uit te spreken in deze thematiek. Sowieso zijn de verordeningen nog vrij jong, ze lenen zich nog tot velerlei prejudiciële vragen waarin daarover uitspraak kan worden gedaan. Ik kijk zelf met grote belangstelling uit naar hoe het Hof desgevraagd de regels van internationale bevoegdheid die gelden bij toepassing van de tweede generatie verordeningen (verder) zal verhelderen, desgevraagd (verder) zal oordelen ook over hetgeen in deze thematiek mag worden verwacht van partijen en de rechter.[180]

[180] Deze bijdrage is bijgewerkt tot begin september 2018.

Jinske Verhellen (Universiteit Gent) – De Belgische transgenderwet in een internationale context

Inleiding

1. Op 1 januari 2018 is de transgenderwet van 25 juni 2017 in werking getreden.[1] Deze wet past de wet van 10 mei 2007[2] op verschillende vlakken aan.

2. Deze bijdrage plaatst de nieuwe 'Belgische' transgenderwet in een internationale context en legt deze dus onder de loep van het internationaal privaatrecht. Kunnen transgenderpersonen die geen Belg zijn, gebruik maken van de Belgische regelgeving? Kan bijvoorbeeld een persoon met de Braziliaanse nationaliteit met een F-kaart[3] een wijziging van geslachtsregistratie in België vragen? Zal deze Braziliaan in België moeten aantonen dat er een gelijkaardige regeling bestaat in het land van herkomst? Wordt enkel de Belgische F-kaart of ook het Braziliaans paspoort gewijzigd? Wat met een in het buitenland aangepast geslacht/verworven genderidentiteit? Welke documenten zijn nodig om deze genderidentiteit te registreren in België? Hoe zullen we het 'derde geslacht' inpassen in het Belgische binaire systeem?

3. Hieronder wordt ingegaan op deze vragen van internationaal privaatrecht (IPR). Vragen – en dit is toch wel een opvallende en tegelijkertijd verontrustende vaststelling – waarbij de wetgever niet heeft stilgestaan. In de parlementaire voorbereiding wordt met geen woord gerept over de IPR-dimensie van de wet; de nadien opgestelde omzendbrief zorgt alleen maar voor verwarring. Nochtans zal de toenemende mobiliteit van mensen ervoor zorgen dat Belgische ambtenaren van de burgerlijke stand óók geconfronteerd worden met aanvragen van niet-Belgen en met in het buitenland opgemaakte akten en beslissingen die de registratie van het geslacht aanpassen. Deze bijdrage gaat in op deze juridische vraagstukken en maakt hierbij een onderscheid tussen de vragen die rijzen naar aanleiding van een procedure in België enerzijds (I) en een procedure in het buitenland anderzijds (II).

I. Procedure in België

4. Tot aan de inwerkingtreding van de wet van 10 mei 2007 voorzag de Belgische wetgeving niet in een (administratieve) procedure die het voor transgenderpersonen mogelijk maakte om hun geslacht juridisch te veranderen in de akten van de burgerlijke stand. Personen die de registratie van hun geslacht wensten aan te passen, konden enkel de verbetering van hun geboorteakte vorderen[4] of een verzoek tot wijziging van hun staat instellen[5] voor de rechtbank van eerste aanleg.[6] Sinds de inwerkingtreding van de wet van 10 mei 2007 kunnen transgenders gebruik maken van de

---

Deze tekst zal ook verschijnen in J. Motmans en G. Verschelden (eds.), *De rechtspositie van transgenderpersonen in België. Een multidisciplinaire analyse na de wet van 25 juni 2017*, Antwerpen, Intersentia, 2019.

[1] Wet 25 juni 2017 tot hervorming van de regelingen inzake transgenders wat de vermelding van een aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand en de gevolgen hiervan betreft, *BS* 10 juli 2017.

[2] Wet 10 mei 2007 betreffende de transseksualiteit, *BS* 11 juli 2007.

[3] Verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, met inschrijving in het Vreemdelingenregister.

[4] O.g.v. art. 99-100 BW.

[5] Als rechtsgrond geldt het algemeen rechtsbeginsel dat eenieder het recht heeft op erkenning van de genderidentiteit. Zie EHRM 6 november 1980, nr. 7654/76, *Van Oosterwijck./België*, partly concurring opinion van rechter Ganshof van der Meersch, § 24 en W. Pintens, "The legal status of transsexual and transgender persons in Belgium and the Netherlands" in J.M. Scherpe (ed.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, 111-112.

[6] Voor een (beknopt) rechtspraakoverzicht: zie W. Pintens, "The legal status of transsexual and transgender persons in Belgium and the Netherlands" in J.M. Scherpe (ed.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, Cambridge, Intersentia, 2015, 111-112, voetnoten 8-12.

administratieve procedure vervat in artikel 62*bis* BW. In een grensoverschrijdende context is de eerste vraag bij deze administratieve procedure, die de wet van 25 juni 2017 verder vereenvoudigde: wie kan beroep doen op de Belgische wet? Wie kan aangifte doen bij een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand? Alleen Belgen of ook vreemdelingen? In IPR-termen gaat het om de vraag naar internationale bevoegdheid van de Belgische ambtenaren van de burgerlijke stand (§ 1). Als er internationale bevoegdheid is, rijst een volgende IPR-vraag: welk recht moeten de Belgische ambtenaren toepassen? Moet de Belgische ambtenaar de Belgische regels toepassen op aangiftes van vreemdelingen, dan wel het buitenlandse recht? (§ 2). Tot slot wordt ook ingegaan op de vraag hoe de aanpassing van de geslachtsregistratie in de geboorteakte en andere akten van de burgerlijke stand kan gebeuren voor vreemdelingen (§ 3).

§ 1. Internationale bevoegdheid

5. Om te weten of ook niet-Belgen gebruik kunnen maken van de nieuwe versoepelde regelgeving die op 1 januari 2018 in werking is getreden, is een korte terugblik in de tijd relevant. Voor de inwerkingtreding van de wet van 10 mei 2007 verliep de aanpassing van het geslacht, óók in een grensoverschrijdende context, via de rechter. Ik illustreer dit aan de hand van een niet-gepubliceerd vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent (A). We zullen zien dat de denkwijze in dit vonnis ook vandaag nog relevant kan zijn. Met de wet van 10 mei 2007 werd ook een internationale bevoegdheidsregel uitgewerkt, die – jammer genoeg – niet verder werd verfijnd door de wet van 25 juni 2017 (B).

A. Situatie vóór de wet van 10 mei 2007

6. Reeds voor de inwerkingtreding van de wet van 10 mei 2007, die een administratieve procedure invoerde, was er bereidheid van rechters om de geslachtsaanpassing van transgenders toe te staan.[7] De rechtspraak van het EHRM vormde hierbij ongetwijfeld een inspiratiebron.[8]

7. Uit een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent[9] blijkt dat niet enkel transgenders met (onder andere) de Belgische nationaliteit hun weg vonden naar de rechtbank, maar ook niet-Belgen die in België hun gewone verblijfplaats hadden en werden opgevolgd door een Belgisch Centrum voor Seksuologie en Gender. In deze zaak werd de rechtbank van eerste aanleg te Gent gevat door een bij de geboorte als man ingeschreven persoon wiens nationaliteit niet kon worden vastgesteld. Na geslachtsaanpassende hormonentherapie en chirurgie in België, verzocht de transvrouw de Belgische rechter om een aanpassing van de registers van de burgerlijke stand. Zij stelde hiertoe een vordering tot wijziging van staat in, meer bepaald een wijziging van geslacht van man naar vrouw, en steunde haar verzoek op het algemeen rechtsbeginsel dat eenieder het recht heeft om tot het ene of het andere geslacht te behoren.

Aangezien de Belgische rechter gevat werd door een niet-Belg, onderzocht hij in de eerste plaats zijn internationale bevoegdheid. Wegens afwezigheid van relevante internationale en Europese wet- en regelgeving viel de rechter – terecht – terug op de bepalingen uit het Wetboek Internationaal

[7] Zie bv. Rb. Gent 24 mei 1978, *RTDF* 1979, 413-415. In deze zaak beval de rechtbank de verbetering van de geboorteakte ondanks het negatief advies van het Openbaar Ministerie: *"in de huidige stand van de wetgeving maakt […] een artificiële ingreep die verzoekster beweert te hebben ondergaan het niet mogelijk, in rechte het geslacht te wijzigen door middel van verbetering in de registers van de burgerlijke stand […]"*.

[8] Voor een bespreking van de rechtspraak van het EHRM, zie K. Uytterhoeven, "Deel II. Transseksualiteit en de mensenrechten. Hoofdstuk II. Transseksualiteit en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: analyse van dertig jaar rechtspraak" in P. Senaeve en K. Uytterhoeven (eds.), *De rechtspositie van de transseksueel*, Antwerpen, Intersentia, 37-111.

[9] Rb. Gent (derde kamer) 21 juni 2007, AR 07/731/B, *onuitg*.

Privaatrecht (hierna: WIPR)[10]. Artikel 32 WIPR bepaalde, en stelt nog steeds, dat *"de Belgische rechters bevoegd zijn om kennis te nemen van de vorderingen betreffende de staat of de bekwaamheid van een persoon […] indien: 1° die persoon bij de instelling van de vordering zijn gewone verblijfplaats in België heeft […]"*. Vermits verzoekster bij de instelling van haar vordering haar gewone verblijfplaats in België had, oordeelde de rechter dat hij internationaal gezien bevoegd was om van de zaak kennis te nemen.

Eenmaal duidelijk dat de Belgische rechter bevoegd is om van de zaak kennis te nemen, rijst de vraag welk recht hij moet toepassen. Opnieuw greep de rechter terecht naar het WIPR. Op grond van artikel 34 WIPR stelde de rechter dat de staat van verzoekster beheerst wordt door het recht van de Staat waarvan ze de nationaliteit heeft. In deze zaak rees evenwel een bijkomende moeilijkheid: de nationaliteit van verzoekster kon niet worden vastgesteld. Om die reden viel de rechter op grond van artikel 3, § 4 WIPR terug op het Belgische recht. Wanneer de nationaliteit van een persoon onmogelijk kan worden vastgesteld, wordt de verwijzing naar de notie 'nationaliteit' immers vervangen door het begrip 'gewone verblijfplaats'.

Om verwarring te vermijden, merkte de rechter volledigheidshalve op dat, zelfs indien de verzoekster haar nationaliteit had kunnen aantonen, er toch toepassing had moeten worden gemaakt van het Belgische recht wanneer zou blijken dat haar nationaal recht niet voorziet in een procedure tot wijziging van het geslacht. Artikel 21 WIPR bepaalt immers zeer duidelijk dat de toepassing (van een bepaling) van buitenlands recht wordt geweigerd wanneer zij tot een resultaat zou leiden dat kennelijk onverenigbaar is met de Belgische internationale openbare orde. De gevatte rechter liet er in deze beslissing geen twijfel over bestaan dat de onmogelijkheid voor een (postoperatieve) transgenderpersoon om het geslacht juridisch te wijzigen in België niet kon worden aanvaard. Ik kom hier verder nog op terug (zie *infra* nrs. 20 e.v.).

In casu hield de rechter rekening met verschillende elementen: het doorlopen van een geslachtsaanpassende hormonentherapie, het ondergaan van een geslachtsaanpassende chirurgie, de niet te weerleggen overtuiging van verzoekster dat ze tot het vrouwelijke geslacht behoorde én het recht op eerbiediging van het privéleven. De rechter oordeelde dat het vaststond dat verzoekster niet langer tot het mannelijke maar tot het vrouwelijke geslacht behoorde en dit ook zo moest worden opgenomen in de registers van de burgerlijke stand.[11]

B. De wet van 10 mei 2007 met aanpassing van het WIPR

8. Sinds de inwerkingtreding van de wet van 10 mei 2007 kunnen in België zowel Belgen als vreemdelingen de ambtenaar van de burgerlijke stand verzoeken om officieel van geslacht te veranderen.[12] Voor vreemdelingen geldt als voorwaarde dat zij moeten ingeschreven zijn in de bevolkingsregisters. Op dit punt verschilt de Belgische wetgeving van deze in Spanje[13] of Portugal[14] bijvoorbeeld, waar enkel eigen onderdanen om de aanpassing van hun geslacht kunnen verzoeken.

9. De Circulaire van 1 februari 2008 verduidelijkt wat onder deze inschrijving in de bevolkingsregisters valt: *"Hiermee worden de bevolkingsregisters bedoeld, zoals omschreven in artikel 1, § 1, eerste lid, 1°, van de wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters, laatst gewijzigd*

[10] Wet 16 juli 2004 houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *BS* 27 juli 2004.
[11] De rechtbank beval "*dat het beschikkend gedeelte van dit vonnis zal worden overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand van het lopend jaar van de Stad* […]".
[12] (Oud en nieuw) art. 62*bis*, § 1, eerste lid BW.
[13] Art. 1 wet 15 maart 2007 betreffende de rechtzetting van de officiële geslachtsregistratie (Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo), http://www.boe.es/legislacion (laatst geraadpleegd op 13 maart 2018).
[14] Art. 2 wet 18 maart 2011 betreffende de procedure voor de wijziging van de geslachts- en naamsregistratie (Lei cria o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e procede à décima sétima alteração ao Código do Registo Civil), https://dre.pt (laatst geraadpleegd op 13 maart 2018).

door de wet van 15 mei 2007, m.a.w. het bevolkings- en vreemdelingenregister. De vreemdelingen ingeschreven in het wachtregister kunnen geen aangifte doen. De voorwaarde voor vreemdelingen van een inschrijving in de bevolkingsregisters is de belichaming van de vereiste dat voor het doen van een aangifte een nauwe band met België is vereist."[15] Ik kom hier verder nog op terug.

10. De wet van 10 mei 2007 voerde ook een nieuwe bepaling in het WIPR in, meer bepaald artikel 35*bis*. Deze bepaling luidt als volgt: *"Een aangifte van geslachtsaanpassing kan gedaan worden in België als de aangever Belg is of als hij volgens de bevolkingsregisters of de vreemdelingenregisters zijn hoofdverblijf in België heeft."*

De wet van 25 juni 2017 heeft deze internationale bevoegdheidsregel integraal hernomen. Er kwam geen aanpassing van het WIPR[16], wat mijns inziens een gemiste kans is.

11. Artikel 35*bis* WIPR wijkt af van de algemene bepaling van artikel 4 WIPR, waarin de wetgever het onderscheid maakt tussen de begrippen 'woonplaats' en 'gewone verblijfplaats'[17]. Het eerste is een formeel criterium, het tweede een feitelijk criterium. Als algemene bepaling geldt deze definitie voor het volledige WIPR.

Voor het begrip woonplaats verwijst artikel 4 WIPR naar het hoofdverblijf volgens de bevolkingsregisters, vreemdelingenregisters en het wachtregister. Het vermeldt dus de drie registers die onder de koepel van het Rijksregister zitten. Artikel 35*bis* wijkt af van deze algemene definitie en sluit het wachtregister uit. Er bestaan inderdaad twee parallelle systemen, m.n. de regeling voor de bevolkings- en vreemdelingenregisters enerzijds en die voor het wachtregister anderzijds.[18] Artikel 4 WIPR brengt deze registers evenwel samen. Met artikel 35*bis* maakte de wetgever een andere keuze: vreemdelingen ingeschreven in het wachtregister kunnen geen aangifte doen.

12. Alvorens in te gaan op dit wachtregister, keer ik terug naar de vraag van de persoon met de Braziliaanse nationaliteit die met een F-kaart in België verblijft. De F-kaart wijst op een inschrijving in het vreemdelingenregister, wat impliceert dat deze persoon aangifte kan doen bij de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand. Dit zal de ambtenaar zijn van de gemeente waar de betrokkene is ingeschreven in het vreemdelingenregister.[19]

13. Voor vreemdelingen ingeschreven in het wachtregister geldt er in de huidige stand van de wetgeving een uitsluiting. Vraag is welke groep vreemdelingen terug te vinden is in het wachtregister. Samengevat zijn dit de volgende 3 categorieën: asielzoekers, Unieburgers die een verklaring van inschrijving vragen en wachten op een woonstcontrole[20] en vreemdelingen die willen trouwen of een verklaring van wettelijke samenwoning willen afleggen maar geen rijksregisternummer hebben (bv. een Braziliaanse toerist) maar voor wie een nummer moet worden aangemaakt om informatie-uitwisseling mogelijk te maken in het kader van de strijd tegen schijnhuwelijken en schijn-wettelijke samenwoningen.[21]

De internationale bevoegdheidsregel in artikel 35*bis* WIPR kan vooral voor asielzoekers problematisch zijn. Personen die in België internationale bescherming vragen, kunnen – zolang zij zijn opgenomen in

[15] Circ. 1 februari 2008 betreffende de transseksualiteitswetgeving, *BS* 20 februari 2008.
[16] Omz. 15 december 2017, *BS* 29 december 2017, punt 6.
[17] Onder het begrip 'gewone verblijfplaats' moet de plaats worden begrepen waar een persoon zich hoofdzakelijk heeft gevestigd, zelfs bij afwezigheid van registratie en onafhankelijk van een verblijfs- of vestigingsvergunning (art. 4, § 2 WIPR).
[18] Voor meer informatie, zie http://www.ibz.rrn.fgov.be/nl/bevolking/reglementering.
[19] Art. 62*bis*, § 2, tweede lid BW.
[20] Na woonstcontrole volgt een inschrijving in het Vreemdelingenregister.
[21] Zie de onderrichtingen van de Algemene Directie Instellingen en Bevolking over de directie Bevolking, p. 185 e.v., http://www.ibz.rrn.fgov.be/nl/bevolking/reglementering/onderrichtingen.

het wachtregister – geen aangifte tot wijziging van geslachtsregistratie doen in België. Dit is zonder meer problematisch wanneer de asielaanvraag (ook) gender-gerelateerd is.

14. Tot slot wil ik nog even stilstaan bij de Belgen die in het buitenland verblijven. Waar kunnen zij aangifte doen? Enkel in België of ook op het Belgische consulaat in het buitenland?

Het Consulair Wetboek somt de bevoegdheden op die Belgische consulaten hebben op het terrein van de burgerlijke stand.[22] Artikel 7 geeft een limitatieve opsomming van akten die op het Belgisch consulaat in het buitenland kunnen worden opgemaakt:

- geboorteakten en overlijdensakten van Belgen, mits de geboorte of het overlijden gebeurde binnen het consulair ressort;
- akten van aangifte van een levenloos kind waarvan één van de ouders Belg is;
- akten van erkenning van een kind mits de erkennende ouder Belg is en zijn woonplaats heeft binnen het consulair ressort[23];
- de gezamenlijke verklaring van handhaving van het vermoeden van vaderschap/meemoederschap van de echtgenoot/echtgenote van de moeder van het kind bepaald in artikel 316*bis* BW, mits de geboorteakte wordt opgemaakt op het consulaat;
- akten betreffende de naam van erkende kinderen, mits het kind Belg is en zijn gewone verblijfplaats binnen het consulair ressort heeft.

De akte van aanpassing van de registratie van het geslacht is (nog) niet opgenomen in deze limitatieve opsomming. Er zal dus geen aangifte tot aanpassing van de geslachtsregistratie kunnen gebeuren op de Belgische consulaten in het buitenland.

Belgen kunnen wel aangifte doen in België. Als zij niet (meer) zijn ingeschreven in het bevolkingsregister, dan kunnen ze aangifte doen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de geboorteplaats en wanneer zij niet in België geboren zijn, bij de ambtenaar van de burgerlijke stand in Brussel.[24]

§ 2. Toepasselijk recht

A. Verwijzingregel: nationaliteitsaanknoping

15. Hierboven stelden we vast dat Belgen en een omlijnde groep vreemdelingen aangifte kunnen doen bij de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand. De volgende vraag is dan welk recht de ambtenaar moet toepassen. Past hij de Belgische regels toe op deze omlijnde groep vreemdelingen of moet hij buitenlands recht toepassen?

16. De wet van 10 mei 2007 voerde naast een bepaling over internationale bevoegdheid ook een bepaling in over het toepasselijk recht, meer bepaald artikel 35ter WIPR. De geslachtsaanpassing wordt beheerst door het recht van de Staat waarvan de betrokkene de nationaliteit heeft.[25] Deze

[22] Wet 21 december 2013 houdende het Consulair Wetboek, *BS* 21 januari 2014. Voor een uitgebreide bespreking van dit wetboek, zie J. Verhellen, "Het nieuwe Belgische consulair wetboek doorgelicht", *RW* 2014-15, 403-416.

[23] Gewijzigd door art. 8 wet 19 september 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Gerechtelijk Wetboek, de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en het Consulair Wetboek met het oog op de strijd tegen de frauduleuze erkenning en houdende diverse bepalingen inzake het onderzoek naar het vaderschap, moederschap en meemoederschap, alsook inzake het schijnhuwelijk en de schijnwettelijke samenwoning, *BS* 4 oktober 2017, i.w.tr. 1 april 2018.

[24] Art. 62*bis*, § 2 BW.

[25] Art. 35*ter* WIPR verwijst naar het recht bedoeld in art. 34, § 1, eerste lid WIPR dat bepaalt dat de staat en bekwaamheid van een persoon worden beheerst door het recht van de Staat waarvan hij de nationaliteit heeft.

verwijzingsregel impliceert dat de ambtenaar van de burgerlijke stand in bepaalde gevallen buitenlands recht moet toepassen.

17. De nationaliteitsaanknoping in het internationaal privaatrecht is niet altijd eenvoudig. Soms zorgt de vaststelling van de nationaliteit, waarop de hele verwijzing berust, voor problemen (B); soms leidt deze verwijzingsregel tot de toepassing van buitenlands recht met een aantal gekende vraagstukken tot gevolg (C).

B. Nationaliteitsconflicten

18. Artikel 3, § 2 WIPR maakt een duidelijk onderscheid tussen de situatie van Belgen met een andere buitenlandse nationaliteit en de situatie van vreemdelingen met verschillende buitenlandse nationaliteiten.

Voor de eerste groep primeert de Belgische nationaliteit. Voor de tweede groep weerhoudt het WIPR de meest effectieve nationaliteit. Wanneer een Braziliaan die ook de Franse nationaliteit heeft zich tot de ambtenaar van de burgerlijke stand wendt met de vraag om de geslachtsregistratie aan te passen, moet de ambtenaar nagaan met welk land de persoon de nauwste banden heeft. Hierbij kunnen alle omstandigheden een rol spelen. Artikel 3 vermeldt expliciet de gewone verblijfplaats van de betrokkene. De memorie van toelichting bij het WIPR heeft het ook nog over andere omstandigheden die van belang kunnen zijn om de meest effectieve nationaliteit te bepalen, bijvoorbeeld de nationaliteit waaronder een persoon zich heeft laten opnemen in een openbaar register.[26]

19. Voor vluchtelingen en staatlozen wordt de verwijzing naar de nationaliteit vervangen door een verwijzing naar de woonplaats of, bij gebrek daaraan, naar de verblijfplaats (art. 3, § 3 WIPR). Deze regel geldt ook voor personen wiens nationaliteit onmogelijk vast te stellen is (art. 3, § 4 WIPR).[27]

Zoals hoger aangehaald, definieerde de wetgever de begrippen woon- en gewone verblijfplaats in het WIPR, maar verengde de transgenderwetgeving de mogelijkheid om een aangifte te doen in België tot vreemdelingen met een 'bepaalde' woonplaats in België, met name woonplaats volgens het bevolkings- en vreemdelingregister. Wat de vluchtelingen betreft, zal deze regel die de wet van de nationaliteit vervangt door de wet van de gewone verblijfplaats of woonplaats, enkel nuttig zijn voor erkende vluchtelingen; asielzoekers die in het wachtregister zijn opgenomen, komen immers niet in aanmerking voor het indienen van een aangifte in België (*supra* nrs. 11 en 13).

C. Toepassing buitenlands recht en openbare orde

20. Wanneer de verwijzingsregel in artikel 35*ter* WIPR buitenlands recht aanwijst, moet de ambtenaar van de burgerlijke stand kwaliteitsvolle en up-to-date informatie over dat buitenlandse recht vinden. Eerder onderzoek heeft reeds aangetoond dat de toegang tot en interpretatie van buitenlands recht een moeilijk vraagstuk is en kan leiden tot foutieve akten of onvolledige registers.

[26] MvT, *Parl.St.* Senaat BZ 2003, nr. 3-27/1, 27.

[27] In de hogervermelde zaak voor de rechtbank van eerste aanleg te Gent (*supra* nr. 7) kon de rechter onmogelijk de nationaliteit van de betrokkene vaststellen. De betrokken vrouw werd geboren in de voormalige USSR (Grozny). Het uiteenvallen van de Sovjet-Unie en de aanhoudende oorlog in Tsjetsjenië brachten haar in een bijzonder complexe situatie. Zij kon onmogelijk aantonen welke nationaliteit zij had. De vrouw werd in België geregistreerd als Armeense, maar dit berustte volgens de rechter op een misverstand. "*In de Russische rechtsorde verwijst de term "natsional'nost" (in het Nederlands vertaald als "nationaliteit") immers naar de etnische afkomst, terwijl de term "grazjdastvo" verwijst naar het staatsburgerschap. Dit blijkt duidelijk uit de geboorteakte van de verzoekende partij, waarbij als "nationaliteit" van haar moeder "joods" wordt vermeld [...] hetgeen uiteraard niet op enig staatsburgerschap kan wijzen.*" De rechter besloot dat uit de geboorteakte van de betrokkene noch haar staatsburgerschap, noch dat van haar ouders kon worden afgeleid, en paste artikel 3, § 4 WIPR toe. De rechter beoordeelde de vordering bijgevolg overeenkomstig het Belgisch recht.

De burger kan zich in dergelijke gevallen tot de rechtbank wenden om deze fouten en onvolledigheden recht te zetten.[28] Maar ook dan is toegang tot en kennis van buitenlands recht cruciaal.

21. Het is nog afwachten in welke mate ambtenaren en magistraten in de toekomst met hun vragen over buitenlands recht terecht zullen kunnen bij de Centrale Autoriteit Burgerlijke Stand die zal worden ingericht bij de FOD Justitie.[29]

22. Informatie over het buitenlandse recht is noodzakelijk, zeker ook wanneer we dit linken aan het tweede lid van artikel 35*ter* WIPR. Deze bepaling luidt als volgt: *"Bepalingen van het krachtens het eerste lid toepasselijk recht die de geslachtsaanpassing verbieden, worden niet toegepast."* In het internationaal privaatrecht spreken we hier van een 'positieve openbare orde-exceptie'. Het buitenlands recht wordt niet toegepast en vervangen door het Belgische recht vanuit de beleidsoptie dat de Belgische regel een betere regel is.

23. Een vraag die onvermijdelijk zal rijzen, is wat onder dit verbod van geslachtsaanpassing valt. Wanneer in het buitenland een expliciet verbod bestaat, liggen de zaken niet moeilijk (althans strikt juridisch gezien). Het Belgische recht wordt dan toegepast. Minder eenduidig is het wanneer er geen expliciet verbod is, maar er bijvoorbeeld geen regeling in het buitenland bestaat of de buitenlandse wetgeving 'anders' is dan de Belgische (minder streng of juist strenger). Welke wet zullen we dan toepassen?

24. Ik kom nog eens terug op het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Gent. Zoals gezegd kwam de rechter tot de toepassing van het Belgische recht via artikel 4, § 3 WIPR (*supra* nr. 7). De argumentatie van de rechter ging echter nog verder: *"Bovendien, zelfs mocht de verzoekende partij kunnen aantonen dat zij de Russische of Armeense nationaliteit heeft, dan nog dient de toepassing van het recht van Rusland of Armenië die beiden niet voorzien in een procedure tot wijziging van het geslacht, te worden geweigerd, gezien dit tot een resultaat zou leiden dat kennelijk onverenigbaar is met de Belgische internationale openbare orde"*.[30] Ook dit was een argument om Belgisch recht toe te passen.[31] De afwezigheid van enige regeling in het buitenland wordt in deze uitspraak met andere woorden onder de internationale openbare orde gebracht. Dit is uiteraard maar één enkele uitspraak.

25. Het valt nog af te wachten hoe ambtenaren van de burgerlijke stand deze bepaling zullen toepassen. De omzendbrief van 15 december 2017 geeft richtlijnen,[32] maar het valt te voorspellen dat deze in de toekomst voor problemen zullen zorgen. De omzendbrief gaat uit van drie hypothesen: ofwel is de geslachtsaanpassing verboden, ofwel bevat het vreemde recht geen specifieke procedure ofwel is er een specifieke procedure van geslachtsaanpassing in het vreemde recht.

26. Wanneer volgens het nationaal recht van de aangever de geslachtsaanpassing verboden is, is (zijn) die bepaling(en) niet van toepassing ten voordele van de Belgische wet. De wetgever acht een verbod op geslachtsaanpassing met andere woorden strijdig met onze internationale openbare orde.

Voor de tweede situatie, meer bepaald wanneer het nationaal recht van de aangever de geslachtsaanpassing niet verbiedt, maar ook geen bijzondere wettelijke bepalingen bevat (zoals bijvoorbeeld de vroegere Belgische situatie waarbij via een gerechtelijke procedure een geslachtswijziging kon worden bekomen), stelt de omzendbrief dat zowel de grondvoorwaarden als de

[28] Vraag is dan wel wie de kosten voor deze procedure moet dragen. Wanneer de wetgever de toepassing van het buitenlandse recht voorschrijft, moet de burger kunnen rekenen op een correcte naleving van deze wettelijke verplichting.
[29] Art. 31, § 3 WIPR, zoals gewijzigd door art. 85 van Wet van 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, *BS* 2 juli 2018.
[30] Rb. Gent (derde kamer) 21 juni 2007, AR 07/731/B, *onuitg.*
[31] O.g.v. art. 21 WIPR.
[32] Omz. 15 december 2017, *BS* 29 december 2017, punt 6.

vormvoorwaarden van het Belgische recht moeten worden toegepast. Ook voor de derde situatie spreekt de omzendbrief over deze grond- en vormvoorwaarden: *"Wanneer het nationaal recht van de aangever wel voorziet in een regeling die een geslachtsaanpassing toelaat, moeten de grondvoorwaarden voor geslachtsaanpassing (bijvoorbeeld leeftijd, burgerlijke staat, toestemming van de minderjarige, verplichte steriliteit) ingepast worden in de voorwaarden van de Belgische procedure. De grondvoorwaarden voor geslachtsaanpassing worden dan beheerst door het recht van de nationaliteit. De wijze waarop de geslachtsaanpassing wordt bekomen, moet rekening houden met de Belgische procedure, in navolging van de traditionele regel dat de vormvereisten worden beheerst door het recht van de Staat op het grondgebied waar de rechtshandeling gebeurt (locus regit actum)."* Dit onderscheid tussen grond- en vormvoorwaarden, en vooral de geciteerde passage, is hoogst merkwaardig, zelfs onleesbaar in het licht van de huidige verwijzingsregel in het WIPR. Artikel 35*ter* WIPR maakt immers dit onderscheid niet.

27. Het onderscheid tussen grond- en vormvoorwaarden is gekend in het internationaal privaatrecht. Ter illustratie kan verwezen worden naar de verwijzingsregels voor afstamming[33] en huwelijk.[34] De wet van 25 juni 2017 had een gelegenheid kunnen zijn om de verwijzingsregel in artikel 35*ter* te verfijnen. De wetgever maakte in 2007 de keuze voor de nationaliteitsaanknoping. Deze valt zeker te verantwoorden, omwille van de nauwe band met het personeel statuut. Maar dan had de wetgever het onderscheid tussen grond- en vormvoorwaarden ook duidelijk in de wet, en dus in artikel 35ter, moeten invoeren. Nu verschijnt dit onderscheid plots in een omzendbrief waardoor deze niet in overeenstemming is met de wettekst zelf.

Een aanknoping bij de wet van de gewone verblijfplaats zou ook een politieke keuze kunnen zijn. Door die keuze moet voor de toepassing van de Belgische wet dan niet altijd een omweg via de openbare orde worden gezocht. Voer tot nadenken is het zeker. Zo zou het ook een optie kunnen zijn om de nationaliteitsaanknoping te behouden, maar de vreemdeling met woonplaats of gewone verblijfplaats in België toch de mogelijkheid te geven om het Belgische recht te kiezen.[35] Meer keuze en autonomie is ondertussen heel zichtbaar in het grensoverschrijdend personen- en familierecht.[36] Deze wilsautonomie zou ook aanleunen bij de geest van de wet van 25 juni 2017, die vertrekt van het principe van de zelfbeschikking.

28. De spanning tussen de tekst van artikel 35*ter* en de omzendbrief maakt de taak van de ambtenaar van de burgerlijke stand er niet eenvoudiger op. In de huidige, toch wel onduidelijke situatie zijn volgende *richtlijnen* misschien wel bruikbaar.

1/ De situatie van een expliciet *verbod* in het buitenlandse recht zou weinig problemen mogen opleveren. Bij dergelijke aangifte kan de ambtenaar van de burgerlijke stand Belgisch recht toepassen.

2/ Eenzelfde redenering kan ook gevolgd worden wanneer er *geen regeling* is en het dus overeenkomstig het buitenlandse recht feitelijk onmogelijk is om het geslacht/de geslachtsregistratie te wijzigen. Als er in de toekomst wel ruimte zou zijn om na te denken over een betere verwijzingsregel,

[33] Artikelen 62-64 WIPR.
[34] Artikelen 46-47 WIPR.
[35] Zie voor Duitsland: S. Gössl, "Art. 10a EGBGB-Vorschlag: Kollisionsrechtliche Ergänzung des Vorschlags zum Geschlechtervielfaltsgesetz", *IPRax* 2017, 339-343.
[36] Zie o.m. A. Panet, H. Fulchiron en P. Wautelet (eds.) *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Brussel, Bruylant, 2017, 300 p.; M. Lehmann, "Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2008, Vol. 41, 381-434; J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 468 p.; H.U. Jessurun d'Oliveira, R. Kotting, T.M. Bervoets en T.M. de Boer, *Partij-invloed in het internationaal privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1974, 72 p.

dan zou ik deze situatie ook als een argument durven gebruiken om de betrokkene de keuze te geven voor de toepassing van het Belgische recht, als het recht van de woon- of gewone verblijfplaats.

3/ Tot slot is er de situatie waarin er wel een regeling in het buitenland is, maar deze gewoon 'anders' is dan de Belgische. Ofwel is de buitenlandse wet strenger, ofwel is deze nog soepeler.

3a/ Wanneer deze *strenger* is, moet een *in concreto* beoordeling gebeuren. In geval van een vereiste van sterilisatie of medische ingreep bijvoorbeeld, kan strijdigheid met de openbare orde worden ingeroepen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft immers geoordeeld dat de verplichte sterilisatie een schending is van artikel 8 EVRM.[37] Moeilijker is de situatie waarin het buitenlandse recht bepaalde wachttermijnen voorschrijft of wanneer er lange procedures zijn voorzien in het buitenland. Zo zal bijvoorbeeld voor een Zwitsers onderdaan die in België woont, verwezen worden naar het Zwitserse recht waar de procedures via de rechtbank verlopen en er grote verschillen zijn tussen de kantons. De administratieve procedure in België met toepassing van het Belgische recht is dan zonder meer een stuk eenvoudiger, sneller (en goedkoper). Of dit volstaat om de exceptie van de internationale openbare orde in te roepen, durf ik te betwijfelen.

Hier is het interessant om een parallel te trekken met de verwijzingsregel in afstammingszaken. Ook daar wordt de nationale wet toegepast, met de mogelijke toepassing van 'ander' buitenlands recht tot gevolg. Het hof van beroep te Brussel weigerde de openbare orde-exceptie in het kader van een 2-in-1-vordering (betwisting vaderschap Nederlandse man en vaststelling vaderschap Belgische man). Het Nederlandse recht voorziet niet in de mogelijkheid van de betwisting van het vaderschap op vordering van de man die voorhoudt de biologische vader van het kind te zijn. Het hof oordeelde dat het niet is omdat het Belgisch recht deze mogelijkheid ondertussen wel kent, dat dit meteen ook betekent dat een rechtssysteem dat hierin niet voorziet, strijdig is met de openbare orde. Het Belgisch recht evenals het Nederlandse recht stellen de betwisting van het vaderschap ruim open, *"zowel wat de titularissen betreft, als wat de termijn en de bewijsmogelijkheden betreft"*. Het hof concludeerde dat *"het niet is omdat de Belgische wetgever zeer recent een meer liberale regel heeft ingevoerd, dat een buitenlandse wetgeving die op dit vlak nog de meer restrictieve houding van de voormalige Belgische wetgeving aanneemt, plots – namelijk sinds de inwerkingtreding, op 1 juli 2007, van de Afstammingswet van 1 juli 2006 – in strijd gekomen zou zijn met onze openbare orde"*.[38] De rechtbank van eerste aanleg te Gent kwam tot eenzelfde besluit in een gelijkaardige afstammingskwestie. In een zaak waarin een Belgische man de erkenning door een Nederlandse man wenste te betwisten, oordeelde de rechter dat de *"toepassing van het principe van de internationale openbare orde zeer restrictief [moet] gebeuren. Het moet immers gaan om specifieke aspecten van het vreemd recht die fundamenteel onverenigbaar zijn met onze rechtsnoties"*.[39] Het feit dat het Nederlandse recht geen vorderingsrecht geeft aan de vermeende biologische vader tot vernietiging van de erkenning, volstaat niet om te besluiten tot schending van de openbare orde.[40]

3b/ Het is ook mogelijk dat de *buitenlandse wet nog een stap verder* gaat dan de Belgische, zoals de landen die geen binair systeem en/of geen geslachtsregistratie meer hebben. Laat ons deze situatie bekijken onder deel II (*infra* nrs. 36 e.v.).

---

[37] EHRM 6 april 2017, nrs. 79885/12, 52471/13 en 52596/13, *A.P., Garçon en Nicot t. Frankrijk*.

[38] Brussel 4 mei 2010, *Act.dr.fam.* 2010, 101 en *T.Vreemd.* 2011, 17. In deze zaak leidde dit tot de onontvankelijkheid van de vordering van de man, aangezien hij niet de hoedanigheid had om de vordering tot betwisting van het vaderschap van de Nederlandse man in te stellen.

[39] Rb. Gent 12 mei 2011, *Tijdschrift@ipr.be* 2011, nr. 4, 127.

[40] "*Het bestaan van een bijkomende titularis voor de vernietiging van de erkenning naar Belgisch recht [...], houdt geenszins in dat de Nederlandse wet in strijd zou zijn met de Belgische internationale openbare orde. De categorieën van personen naar Nederlands recht zijn voldoende ruim te noemen.*" Ook in deze zaak werd de vordering tot vernietiging van de erkenning onontvankelijk verklaard omdat de man naar Nederlands recht niet de nodige hoedanigheid had om deze vordering in te stellen.

§ 3. Aanpassing Belgische registers

29. Wanneer de geslachtsregistratie wordt aangepast, kunnen voor vreemdelingen enkel de bevolkingsregisters worden gewijzigd. In ons voorbeeld van de Braziliaanse persoon kunnen met andere woorden de F-kaart en het vreemdelingenregister (als onderdeel van het rijksregister) worden aangepast.

30. Een mogelijke misvatting is dat men in België ook buitenlandse paspoorten of identiteitskaarten kan laten aanpassen. Voor de persoon met de Braziliaanse nationaliteit bijvoorbeeld zal wel een verandering van de Belgische F-kaart mogelijk zijn, maar geen aanpassing van het Braziliaanse paspoort of de Braziliaanse identiteitskaart. Hiervoor moet de betrokken persoon zich tot de Braziliaanse autoriteiten wenden. Die zullen de Braziliaanse documenten maar aanpassen wanneer ze de genderidentiteit die in België is verworven, erkennen en dit is lang niet altijd het geval. Gevolg is dat hinkende rechtsverhoudingen ontstaan; rechtsverhoudingen die geldig zijn in het ene land, maar niet in het andere land. Voor de Belgische rechtsorde kan de betrokkene bijgevolg vrouw zijn, maar voor de Braziliaanse man. Dit kan heel verregaande gevolgen hebben, zoals de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aantoont in de zaak *Guerrero Castillo tegen Italië*. Na een medische ingreep in Italië kon de verzoeker, van Peruviaanse nationaliteit, zijn verblijfsdocument in Italië niet verlengen omdat de informatie op het Italiaanse verblijfsdocument verschilde van deze op het Peruviaanse paspoort. Dit had voor gevolg dat hij niet langer legaal in Italië kon verblijven en werken. Hij kon ook niet terug naar Peru want de Peruviaanse autoriteiten weigerden de geslachtswijziging te aanvaarden en het Peruviaanse paspoort aan te passen. Betrokkene had dus noch voor Italië noch voor Peru geldige identiteits- en verblijfsdocumenten.[41]

31. Hinkende rechtsverhoudingen vormen een van de meest zichtbare tekenen van de diversiteit in rechtssystemen en -culturen: wat voor land A aanvaardbaar is, is het niet noodzakelijk voor land B. Het IPR zou het instrument bij uitstek moeten zijn om in te spelen op deze dichotomie. Deze rechtstak respecteert immers de diversiteit en lost mogelijke conflicten tussen deze verschillen op.[42] Althans, dit is wat men verwacht van het internationaal privaatrecht, en dan nog liefst in heel duidelijke regels. Duidelijke regels die bij voorkeur verdragsrechtelijk wordt vastgelegd.

Voor wat betreft mogelijke hinkende genderidentiteiten zijn die duidelijke regels er nog niet. Om die reden is het van cruciaal belang de betrokkenen goed te informeren. Tijdens de besprekingen van het WIPR werd een amendement ingediend om voor hinkende rechtsverhoudingen die de Belgische overheid zelf creëert, bijvoorbeeld door een homohuwelijk te voltrekken tussen een Belg en zijn Iraanse partner, in een minimale informatieplicht in hoofde van de Belgische overheid te voorzien. *"Duidelijk moet zijn dat de betrokken particulieren niet allemaal juristen of specialisten […] zijn. Het zou hen kunnen ontgaan dat zij zich in een 'hinkende' toestand bevinden en vooral welke risico's zij daardoor in zekere landen lopen. […] Daarom moet het Wetboek op zijn minst voorzien in een minimale informatieplicht vanwege de Belgische overheid […] De Belgische overheid is immers verantwoordelijk voor die 'hinkende' toestand."*[43]

---

[41] EHRM 12 juni 2007, nr. 39432/06, *Guerrero Castillo t. Italië*.

[42] Als volgt verwoord door H.J. Thue, "Norwegian private international law at the end of the 20th century: progress or regress?" in S. Symeonides (ed.), *Private international law at the end of the 20th century: progress or regress?*, Londen, Kluwer Law International, 2000, 328: "*Jurists seem to have forgotten that harmony is not one single boring uniform tune or sound. It is different sounds standing against each other and out of the interplay of different tunes comes a harmony.*" In die zin is, volgens deze auteur, harmonie de eenheid van diversiteit. In een internationale context kan deze eenheid van diversiteiten enkel worden gerealiseerd door het internationaal privaatrecht.

[43] Amendement nr. 37 (Nyssens), *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/3, 21-22.

Wanneer een persoon met de Britse nationaliteit bijvoorbeeld hier een aanpassing van de geslachtregistratie bekomt, is het van groot belang deze persoon te informeren over de mogelijke problemen die dergelijke wijziging in het land van herkomst kan hebben.

§ 4. Voornaamswijziging

32. Uit de versoepeling van de procedure voor de aanpassing van de registratie van het geslacht in de akten van de burgerlijke stand vloeit voort dat ook de voornaamsverandering voor transgenderpersonen wordt ontdaan van de medische voorwaarden.[44] Dit leidde tot een wijziging van de wet van 15 mei 1987 betreffende de namen en de voornamen.[45]

33. Sedert 1 augustus 2018 kan een voornaamswijziging gevraagd worden bij de ambtenaar van de burgerlijke stand.[46] Dit moet dus niet langer via de FOD Justitie. Zoals voorheen blijft deze procedure enkel mogelijk voor Belgen, erkende vluchtelingen en staatlozen. Deze exclusieve bevoegdheid is ook opgenomen in artikel 36, § 2 WIPR dat luidt als volgt: *"De Belgische overheden zijn eveneens bevoegd om kennis te nemen van vorderingen tot verandering van de naam of de voornamen van een persoon indien deze bij de instelling van de vordering Belg is."*

De Omzendbrief van 11 juli 2018 is heel duidelijk: "*Hoewel er een internationale bevoegdheid van de ambtenaar van de burgerlijke stand inzake geslachtsaanpassing van transgenders van vreemde nationaliteit bestaat (art. 35bis WIPR; art. 62bis van het Burgerlijk Wetboek), strekt die zich niet uit tot de verandering van hun voornamen. Krachtens artikel 36, tweede lid, van het Wetboek van internationaal privaatrecht moeten de vorderingen tot verandering van voornamen geformuleerd door transgenders van vreemde nationaliteit dan ook onontvankelijk worden verklaard.*"[47] Deze regeling heeft tot gevolg dat een Spanjaard met een E+ kaart[48] bijvoorbeeld geen beroep kan doen op deze procedure.

34. Wanneer deze persoon naast de Spaanse nationaliteit óók de Belgische nationaliteit heeft, kan die persoon wel een verzoek indienen maar dan rijst een andere vraag die verband houdt met het toepasselijk recht. Voor de naam geldt een aparte verwijzingsregel: een voor de vaststelling van de naam (art. 37 WIPR) en een voor de wijziging van de naam (art. 38 WIPR). Beide verwijzingsregels knopen aan bij het recht van het land waarvan de persoon de nationaliteit heeft. Ook al zullen zich hier vermoedelijk weinig problemen voordoen, toch wil ik kort wijzen op de oplossing van de nationaliteitsconflicten in dit verband.

35. Zoals we hoger zagen, lost artikel 3 WIPR conflicten op wanneer iemand meer dan een nationaliteit heeft (*supra* nr. 18). Met de Wet Potpourri V[49] heeft de wetgever artikel 37 WIPR gewijzigd en de persoon met meer dan één nationaliteit de keuze gegeven. Artikel 37, § 2 luidt nu als volgt: *"Bezit de persoon twee of meer nationaliteiten, dan wordt rekening gehouden met de nationaliteit die de persoon daaruit kiest."* In geval van onenigheid of bij afwezigheid van keuze, moet men terugvallen op de algemene regel in artikel 3 WIPR.

---

[44] *MvT bij het wetsontwerp, Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54-2403/1, 13.*

[45] Laatste wijziging door Wet van 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, *BS* 2 juli 2018.

[46] Gewijzigd art. 2, § 3 en § 4 van de wet van 15 mei 1987 betreffende de namen en voornamen.

[47] Zie Omzendbrief van 11 juli 2018 betreffende de wet van 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, waarbij de bevoegdheid inzake verandering van voornamen wordt overgedragen aan de ambtenaren van de burgerlijke stand en de voorwaarden en de procedure ervan worden geregeld, *BS* 18 juli 2018.

[48] Inschrijving in het bevolkingsregister.

[49] Wet 6 juli 2017 houdende vereenvoudiging, harmonisering, informatisering en modernisering van bepalingen van burgerlijke recht en van burgerlijk procesrecht alsook van het notariaat, en houdende diverse bepalingen inzake justitie, *BS* 24 juli 2017.

Artikel 37 WIPR gaat evenwel over de 'vaststelling' van de naam, bv. bij geboorte. De wetgever trok de keuzevrijheid niet door naar artikel 38 WIPR dat handelt over de 'verandering' van de naam. Dus voor de voornaamsverandering van de Spaans-Belgische persoon, zal er geen keuzemogelijkheid zijn voor de betrokkene en zal via artikel 3 WIPR de Belgische nationaliteit en dus de Belgische naamwetgeving primeren. Ook al zijn er, zoals gezegd, op dit punt weinig problemen te verwachten, toch moet men ook hier hinkende rechtsverhoudingen voor ogen houden en de betrokkenen informeren over de mogelijkheid dat de Spaanse autoriteiten niet zomaar de Belgische voornaamswijziging zullen aanvaarden.

II. Procedure in het buitenland

§ 1. Erkenning in België van buitenlandse akten en rechterlijke beslissingen

36. Een derde luik van het internationaal privaatrecht houdt zich bezig met de erkenning in België van buitenlandse authentieke akten en rechterlijke beslissingen. Wat de genderidentiteit betreft, kunnen Belgische autoriteiten geconfronteerd worden met (registraties van) geslachtsaanpassingen die in het buitenland rechtsgeldig verworven zijn. Een man werd bijvoorbeeld vrouw in Zweden en legt Zweedse documenten voor aan de Belgische overheid om haar Belgisch paspoort te laten aanpassen. Of, de vraag van een Belgisch-Nederlandse transvrouw die in Nederland woont en die – na de aanpassing van de geslachtsregistratie in Nederland – ook haar Belgische identiteitskaart wil laten aanpassen. Deze transvrouw zal in ieder geval niet de procedure in België moeten doorlopen (zie *supra* punt I), maar kan de erkenning in België vragen van de reeds in Nederland verrichte aanpassing van de geslachtsregistratie.

In dit luik van het internationaal privaatrecht zit ook de vraag hoe onze rechtsorde moet omgaan met een in het buitenland verworven non-binaire genderidentiteit (soms ook aangeduid met de term 'derde geslacht'), bijvoorbeeld in Australië, Canada, India, Malta, Nieuw-Zeeland, Pakistan of bepaalde Staten in de VS. Hoe zullen we een rechtsgeldig in het buitenland verworven non-binair geslacht in België erkennen en 'inpassen' in ons binair registersysteem?

37. De omzendbrief is heel summier op dit punt: "*De ambtenaar van de burgerlijke stand respecteert de bepalingen van hoofdstuk I, afdeling 6 van het Wetboek van internationaal privaatrecht (Uitwerking van buitenlandse rechterlijke beslissingen en authentieke akten) wanneer een buitenlandse rechterlijke beslissing of authentieke akte wordt voorgelegd.*" Dit is een verwijzing naar de algemene bepalingen over de erkenning van buitenlandse beslissingen en akten, met het duidelijke onderscheid dat het WIPR maakt tussen de erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen en buitenlandse authentieke akten.

38. We moeten inderdaad terugvallen op deze algemene bepalingen van het WIPR omdat er voorlopig nog geen Europese of internationale regels zijn waardoor België is gebonden. België heeft de CIEC-Overeenkomst van 12 september 2000 over de erkenning van beslissingen inzake de vaststelling van een geslachtswijziging[50] nog niet geratificeerd.

§ 2. Kwalificatievraagstuk

39. Het WIPR maakt een onderscheid tussen de erkenning van rechterlijke beslissingen en de erkenning van authentieke akten. Voor de erkenning in België van een buitenlandse *rechterlijke beslissing* zijn de artikelen 22-25 WIPR van toepassing. Voor de erkenning in België van een *akte* waaruit een (wijziging van) genderidentiteit blijkt, is artikel 27 WIPR van toepassing.

[50] Voor de tekst van het verdrag, zie http://www.ciec1.org.

40. Dit onderscheid in het WIPR impliceert dat de documenten uit het buitenland als een akte of een vonnis moeten worden gekwalificeerd. De regels verschillen immers grondig.

41. Deze kwalificatie is niet altijd eenvoudig. Meer zelfs, wanneer er geen rechterlijke beslissing is, kan de vraag wat precies onder de notie 'authentieke akten' valt bijzonder moeilijk zijn. Neem het voorbeeld van een Belgische man die in Zweden woont en werkt en daar, na een medische ingreep, vrouw werd. In Zweden werden alle registers aangepast en gaat zij door het leven als vrouw. Haar Belgisch paspoort vermeldt echter nog altijd 'man'. Om ook de Belgische documenten en registers aan te passen, is een erkenning in België van de Zweedse geslachtswijziging nodig. De eerste vraag is dan of de vrouw over een Zweedse authentieke akte, dan wel over een Zweedse rechterlijke beslissing beschikt. Wat als de vrouw een uittreksel uit het Zweedse belastingregister voorlegt? Een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand zal dit m.i. moeten beoordelen als een akte die de burgerlijke staat weergeeft. Hierop is dan artikel 27 WIPR van toepassing.

§ 3. De plano erkenning, mits controle

42. Uitgangspunt is de erkenning van rechtswege door alle overheden.[51] Er is geen procedure voor de rechtbank vereist. Elke overheid, dus ook een administratieve overheid, kan een buitenlands vonnis of buitenlandse akte erkennen. Wanneer een ambtenaar van de burgerlijke stand in Oudenaarde met een document uit Zweden, India of Oregon (VS) wordt geconfronteerd, zal hij dit document moeten beoordelen en dus erkennen of weigeren te erkennen.

43. Deze *de plano* erkenning staat evenwel niet gelijk met een erkenning zonder controle. Voor rechterlijke beslissingen vinden we de controlegronden in artikel 25 WIPR, voor akten in artikel 27 WIPR. Deze bijdrage gaat niet verder in op de verschillende controlegronden (respect voor de rechten van verdediging, geen schending van de openbare orde, etc.).[52] Ik wil wel kort stilstaan bij de verregaande inhoudelijke controle die het WIPR voorschrijft voor buitenlandse akten en de problemen die de huidige omzendbrief dreigt te veroorzaken.

44. Artikel 27, § 1 WIPR bepaalt dat alle overheden een buitenlandse authentieke akte in België kunnen erkennen. Hiervoor moet de rechtsgeldigheid van de akte worden vastgesteld overeenkomstig het krachtens het WIPR toepasselijke recht en meer bepaald met inachtneming van de artikelen 18 (wetsontduiking) en 21 WIPR (openbare orde). Bovendien moet de akte voldoen aan de voorwaarden die volgens het recht van de Staat waar zij is opgesteld, nodig zijn voor haar echtheid. Er zijn dus vier elementen die aan een controle onderworpen zijn: (1) de geldigheid van de akte; (2) de verenigbaarheid met de internationale openbare orde; (3) de afwezigheid van wetsontduiking en (4) de authenticiteit van de akte.

45. Om de rechtsgeldigheid van de akte te beoordelen, moet een conflictenrechtelijke controle gebeuren. Die komt neer op de vraag of de buitenlandse akte de Belgische verwijzingsregels voor het toepasselijk recht respecteert. Wanneer een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand bijvoorbeeld een akte uit Oregon (VS) moet beoordelen, zal hij moeten kijken naar de verwijzingsregel in het WIPR. Dit is de verwijzingsregel in artikel 35*ter* WIPR (*supra* nr. 16). Zoals gezegd, is het ijkpunt de nationale wet van de persoon om wiens geslacht het gaat. Dus ook bij de controle van akten uit het buitenland zal geen onderscheid kunnen worden gemaakt tussen grond- en vormvoorwaarden, zoals de omzendbrief laat uitschijnen (*supra* nrs. 26-27).

[51] Art. 22, § 1, tweede lid WIPR (voor beslissingen) en art. 27, § 1, eerste lid WIPR (voor akten).
[52] Voor meer gedetailleerde informatie, zie T. Kruger en J. Verhellen, *Internationaal Privaatrecht. De essentie*, Brugge, die Keure, 2016, Hoofdstuk 6.

46. Artikel 27 WIPR vermeldt uitdrukkelijk dat bij de controle van de geldigheid van de buitenlandse akte een toetsing aan de artikelen 18 en 21 WIPR moet gebeuren. Hierdoor zitten de wetsontduiking en de openbare orde vervat in de conflictenrechtelijke controle.

Artikel 27 WIPR verwijst naar artikel 21 WIPR, op grond waarvan de toepassing van een bepaling uit het door het WIPR aangewezen buitenlandse recht wordt geweigerd voor zover zij tot een resultaat zou leiden dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde. Bij de beoordeling van deze onverenigbaarheid moet men rekening houden enerzijds met de mate waarin het geval met de Belgische rechtsorde is verbonden en anderzijds met de ernst van de gevolgen die de toepassing van dat buitenlandse recht zou meebrengen. Het voorwerp van de controle bij buitenlandse akten is dus het resultaat na toepassing van het buitenlandse recht. Op dit punt zou een buitenlandse akte die het geslacht registreert van een niet-Belg, kunnen worden geweigerd omdat het buitenlandse resultaat onverenigbaar is met onze internationale openbare orde. De erkenning van een non-binair geslacht zal in de toekomst ongetwijfeld voorwerp van deze discussie vormen.

47. Het principe van de *de plano*-erkenning houdt een risico in op tegenstrijdige beslissingen van verschillende Belgische overheden. Iedere overheid kan namelijk autonoom beslissen om het buitenlandse document waaruit het geslacht blijkt, al dan niet te erkennen. In dergelijke situatie kan een verzoek tot erkenning worden ingesteld bij de familierechtbank.[53] De procedure verloopt op eenzijdig verzoekschrift.[54] Wanneer de familierechtbank de buitenlandse rechterlijke beslissing of akte erkent, moeten alle Belgische overheden deze rechterlijke erkenning volgen.

48. Het is nog afwachten hoe de Belgische rechtsorde zal omgaan met buitenlandse documenten over geslacht en genderidentiteit. De IPR-vragen in de toekomst kunnen eenvoudig, maar ook heel uitdagend zijn, zoals het volgend (niet zo hypothetisch) voorbeeld illustreert. Een Amerikaan uit Oregon wil in België zijn non-binaire genderidentiteit laten erkennen. Hij legt een rechterlijke beslissing uit Oregon voor waaruit de non-binaire status blijkt.[55] De gemeente in België waar de betrokkene woont, weigert de beslissing uit Oregon te erkennen. De Amerikaan uit Oregon wendt zich tot de familierechtbank…

[53] Art. 22, § 2, art. 27, § 1, vierde lid en art. 31, § 1, derde lid WIPR.
[54] Art. 23 WIPR.
[55] Hij zou ook een geboorteakte kunnen voorleggen, met de vermelding 'geslacht onbekend'. Over deze evoluties in de Verenigde Staten, zie S. Hanssen, "Beyond Male or Female: Using Nonbinary Gender Identity to Confront Outdated Notions of Sex and Gender in the Law", *Oregon Law Review* 2017, Vol. 96, 283-311.
Ondertussen komt dit ook veel dichterbij, zie Rechtbank Limburg (Nederland) 28 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931.

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Regelgeving / Réglementation

1. Invoering Databank Akten Burgerlijke Stand, wijzigingen aan het Wetboek van internationaal privaatrecht en het Wetboek Belgische nationaliteit en aanpassing van de bevoegdheid voor voornaamswijziging

Wet van 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing (1).

Deze wet voorziet in de oprichting van een Databank Akten Burgerlijke Stand (DABS). Hierin zullen ook buitenlandse akten en rechterlijke beslissingen worden opgenomen die in toepassing van artikel 31 WIPR werden geregistreerd, erkend of geweigerd (artikel 4). Artikel 31 WIPR wordt aangepast en voorziet voortaan in een adviesmogelijkheid van een Centrale autoriteit Burgerlijke Stand (artikel 85). Deze wijzigingen treden in werking vanaf 1 januari 2019 (artikel 118).

In artikel 38, tweede lid WIPR wordt het nieuwe artikel 11*bis* WBN toegevoegd, naast de artikelen 15 en 21 WBN (artikel 156). Daarnaast worden verschillende bepalingen van het Wetboek van de Belgische nationaliteit (WBN) aangepast (artikelen 137-153). Ten slotte is voortaan niet langer de minister van Justitie, maar wel de ambtenaar van de burgerlijke stand bevoegd om een voornaam te veranderen (artikelen 119-128). Deze bepalingen zijn op 1 augustus 2018 in werking getreden (artikel 136).

Deze wet is op 2 juli 2018 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

Introduction de la Banque de Données des Actes d'Etat civil, modifications apportées au Code de droit international privé et au Code de la nationalité belge et adaptation de la compétence en matière de changement de nom

Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges.

Cette loi prévoit la création d'une Banque de données des Actes d'Etat Civil (BAEC). Cette base de données contiendra également les actes étrangers et les décisions judiciaires étrangères qui sont enregistrées, reconnues ou refusées en vertu de l'article 31 CODIP (article 4). L'article 31 CODIP est adapté et prévoit dorénavant la possibilité d'un avis par l'Autorité Centrale en matière d'Etat CIvil (article 85). Ces modifications entrent en application à compter du 1er janvier 2019 (article 118).

L'article 38 al. 2 du Codip fera référence au nouvel article 11bis du Code de la nationalité belge, outre la référence aux articles 15 et 21 du Code de la nationalité belge (article 156). En outre, diverses dispositions du Code de la nationalité belge sont adaptées (articles 137-153). Enfin, ce n'est plus le Ministre de la Justice, mais bien l'officier d'état civil qui est compétent pour modifier un prénom (articles 119-128). Ces dispositions entrent en vigueur à compter du 1er août 2018 (article 136).

Cette loi a été publiée le 2 juillet 2018 au Moniteur belge.

2. Wijziging aanstelling van de ambtenaren van de buitenlandse carrière en de consulaire carrière

Koninklijk besluit van 8 juli 2018 tot wijziging van het koninklijk besluit van 5 maart 2015 houdende de organisatie van de Federale Overheidsdienst Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking.

Dit koninklijk besluit is op 19 juli 2018 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

Modification du mode de désignation des fonctionnaires de la carrière extérieure et de la carrière consulaire

Arrêté royal du 8 juillet 2018 modifiant l'arrêté royal du 5 mars 2015 portant organisation du Service public fédéral Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement.

Cet arrêté royal a été publié le 19 juilet 2018 au Moniteur belge.

3. Bevoegdheid tot legalisatie voor consulair posthoofd

Ministerieel Besluit van 20 juli 2018 houdende toekenning van bevoegdheid op het gebied van legalisatie.

Dit ministerieel besluit is op 20 augustus 2018 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

Attribution de la compétence de légalisation au chef de poste consulaire

Arrêté Ministériel du 20 juillet 2018 portant attribution de compétence en matière de légalisation.

Cet arrêté ministériel a été publié le 20 août 2018 au Moniteur belge.

4. Omzendbrief bij wet van 18 juni 2018

Omzendbrief van 11 juli 2018 betreffende de wet van 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, waarbij de bevoegdheid inzake verandering van voornamen wordt overgedragen aan de ambtenaren van de burgerlijke stand en de voorwaarden en de procedure ervan worden geregeld.

Deze omzendbrief is op 18 juli 2018 gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

Circulaire relative à la loi du 18 juin 2018

Circulaire du 11 juillet 2018 relative à la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, en ce qu'elle transfère la compétence en matière de changement de prénoms aux officiers de l'état civil et en règle les conditions et la procédure.

Cette circulaire a été publiée le 18 juillet 2018 au Moniteur belge.

Aankondigingen / Annonces

1. Engelse vertaling van het Wetboek van internationaal privaatrecht

Een geactualiseerde Engelse vertaling van het Wetboek van internationaal privaatrecht is beschikbaar op de website van het Tijdschrift@ipr.be via de volgende link (versie 1 september 2018). Deze vertaling werd opgesteld door mevrouw Caroline Clijmans en prof. dr. Paul Torremans.

Traduction anglaise du Code de droit international privé

Une version mise à jour de la traduction en langue anglaise du Code de droit international privé est disponible sur le site de la Revue@dipr.be par le biais du lien, suivant (version 1 septembre 2018). Cette traduction a été réalisée par Mme Caroline Clijmans et M. le Professeur Paul Torremans.

English translation of de Belgian Code for Private International Law

The updated English translation of the Belgian Code for Private International Law is available on the website of the Journal, at the following link (version 1 September 2018). This translation was made by Mrs Caroline Clijmans and Prof. Dr Paul Torremans.

2. Save the date: Conference 'Families Beyond Borders. Migration with or without private international law', Ghent University, 28 and 29 March 2019 (start 28 March at 1 pm)

On 28 and 29 March 2019, the international conference 'Families Beyond Borders. Migration with or without private international law' will take place in Ghent at the Faculty of Law of Ghent University (Belgium). The conference, organised by Jinske Verhellen, will focus on the challenging interactions between private international law, migration law and human rights law.

Speakers will deal with legal problems encountered by refugees and migrants with regard to their personal status acquired in one country and taken along to another country. How do people prove their family ties? How can families be reunited? How do unaccompanied refugee and migrant children prove their minority? How do asylum and migration authorities assess foreign documents that relate to the personal status of refugees? What happens if no (authentic) documents can be presented? How to combat fraud relating to personal status documents in an efficient manner without depriving migrants of their right to family life? These are just some questions that will be discussed.

The conference will put the spotlight on the 'people' (subject of all kinds of legal procedures). Therefore, the programme will be centred around three groups of people: persons in need of international protection, refugee and migrant children, migrants and their families. Both academics and experts with experience from the field will take and share the floor.

Ghent University is very honoured to welcome the following keynote speakers: Prof. James C. Hathaway (University of Michigan Law School) and Judge Ksenija Turković (European Court of Human Rights).

Confirmed speakers and rapporteurs are: Prof. Laura Carpaneto (University of Genoa), Prof. Sabine Corneloup (Université Paris II), Judge Martina Erb Klünemann (Family Court Germany, EJN and International Hague Network of Judges), Katja Fournier (Coordinator Platform Minors in Exile), Dr. Susanne Gössl (University of Bonn), Steve Heylen (President European Association of Civil Registrars), Prof. Maarit Jänterä-Jareborg (Uppsala University), Prof. Fabienne Jault-Seseke (Université Versailles),

Prof. Thalia Kruger (University of Antwerp), Lise Van Baelen (Restoring Family Links Officer, Belgian Red Cross), Dr. Hans van Loon (former Secretary General of the Hague Conference on Private International Law) and Prof. Patrick Wautelet (Université de Liège).
Prof. Jean-Yves Carlier (Université catholique Louvain) will draw the conference conclusions.

The full program and information on registration will soon be available here.