

Tijdschrift@ipr.be

Tijdschrift voor
Internationaal Privaatrecht

Revue de Droit International Privé

Revue@dipr.be



4^{de} jaargang – nr. 1 – maart 2005

4^{ième} année – n° 1 – mars 2005

Redactie – Rédaction:

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

Uw bijdragen

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

Citeerwijze

Tijdschrift@ipr.be 2005, nr. 1, p. ...

Vos contributions

Nous sommes heureux de recevoir vos contributions. Celles-ci peuvent être envoyées par courrier électronique à l'adresse suivante: Revue@dipr.be

La revue fonctionne selon le système de "peer review". La publication est soumise à l'accord du comité de rédaction. Un éventuel refus ne doit pas être motivé.

Mode de citation

Revue@dipr.be 2005, n° 1, p. ...

Inhoud/Contenu

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Cour de cassation, arrêt du 14 octobre 2004

Hof van Cassatie, arrest van 3 juni 2004

Hof van Cassatie, arrest van 21 juni 2001

Hof van Beroep Gent, arrest van 28 januari 2004

Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout, vonnis van 25 februari 2003

Tribunal de première instance Bruxelles, référé, jugement du 22 janvier 2003

Tribunal de première instance Bruxelles, référé, jugement du 8 mai 2002

RECHTSLEER/DOCTRINE

Maud Piers – Arbitrage, deskundigenonderzoek en bemiddeling: gevaar voor verwarring

Henri Storme – Brussel Ibis Vo van toepassing met ingang van 1 maart 2005

Joe Sepulchre and Frédéric Van den Berghe – Obtaining Evidence in Belgium

Wang Yang – The Establishment and Development of the Legal System on Transfer of Technology in China

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Executoriale titel-Vo trad in werking op 21 januari 2005 – Règlement titre exécutoire européen est entré en vigueur le 21 janvier 2005

Interpretatie van artikel 12bis Wetboek van de Belgische nationaliteit – Interprétation de l'article 12bis du Code de la nationalité belge

Groenboek echtscheidingszaken / Livre Vert matière de divorce



INHOUDSOPGAVE/TABLE DE MATIÈRES

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE.....	7
Cour de cassation, arrêt du 14 octobre 2004.....	7
Exequatur – article 570, alinéa 2, du Code Judiciaire – 1. nouveau moyen – disposition d’ordre public – 2. matière étrangère à l’état et la capacité des personnes – obligation de vérifier le fond du litige.....	7
Exequatur – artikel 570, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek – 1. nieuw middel – bepaling van openbare orde – 2. materie vreemd aan de staat en bekwaamheid van personen – plicht tot onderzoek van het geschil zelf	7
Hof van Cassatie, arrest van 3 juni 2004.....	14
Cassatiemiddelen – ontvankelijkheid – geschonden bepalingen – 1. Verdrag van Rome en de wet van 14 juli 1987 tot goedkeuring van dat verdrag – 2. zowel de bepalingen van vreemd recht als de verwijzingsregel.....	14
Moyen de cassation – recevabilité – dispositions légales violées – 1. Convention de Rome et la loi du 14 juillet 1987 portant approbation de cette Convention – 2. les dispositions du droit étranger ainsi que la règle de renvoi.....	14
Hof van Cassatie, arrest van 21 juni 2001.....	20
Concessie van alleenverkoop – Belgische en Luxemburgse markt – geldigheid forumbeding – wetsontduiking – veinzing element van vreemdelingschap	20
Concession de vente exclusive – marché belge et luxembourgeois – validité d’une clause d’élection de for – fraude à la loi – simulation de l’élément d’extranéité	20
Hof van Beroep Gent, arrest van 28 januari 2004.....	23
EEX-verdrag – internationale bevoegdheid – 1. artikelen 13 en 14 – lening op afbetaling – 2. artikel 6, 1 – noodzaak aan samenhang in de zin van artikel 22 – verhouding met artikelen 13 en 14 – 3. artikel 5, 1 – verweeder met woonplaats in Groothertogdom Luxemburg.....	23
Convention de Bruxelles – compétence internationale – 1. articles 13 et 14 – prêt à tempérament – 2. article 6, 1 – nécessité de connexité au sens de l’article 22 – relation avec les articles 13 et 14 – 3. article 5, 1 – défendeur domicilié au Grand- Duché de Luxembourg	23
Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout, vonnis van 25 februari 2003	28
Arbitrage – de aangeduide arbiter is een expert – bevoegdheden en taken van de arbiter	28
Arbitrage – l’arbitre désigné est un expert – pouvoirs et devoirs de l’arbitre.....	28
Tribunal de première instance Bruxelles, référé, jugement du 22 janvier 2003	33
Règlement Bruxelles II – compétence internationale – action en divorce – mesures provisoires (art. 1280 CJ) – article 11 règlement Bruxelles II – litispendance.....	33
Brussel II Vo – internationale bevoegdheid – vordering tot echtscheiding – voorlopige maatregelen (art. 1280 Ger. W.) – artikel 11 Brussel II Vo – aanhangigheid.....	33
Tribunal de première instance Bruxelles, référé, jugement du 8 mai 2002	36



Règlement Bruxelles II – compétence internationale – mesures provisoires durant la procédure en divorce – 1. article 2 du règlement Bruxelles II – résidence habituelle – notion – 2. article 12 du règlement Bruxelles II – portée.....	36
Brussel II Vo – internationale bevoegdheid – voorlopige maatregelen tijdens een echtscheidingsprocedure – 1. artikel 2 Brussel II Vo – gewoonlijke verblijfplaats – begrip – 2. artikel 12 Brussel II Vo – draagwijdte	36

RECHTSLEER/DOCTRINE 40

Maud Piers – Arbitrage, deskundigenonderzoek en bemiddeling: gevaar voor verwarring	40
---	----

1. Inleiding	40
2. Arbitrage versus verzoening/bemiddeling	40
A. Vraagtekens bij het vonnis	40
B. Arbitrage en verzoening: onderscheiden begrippen	41
C. Arbitrage en verzoening : een aanvaardbare cumulatie?.....	42
3. Arbitrage versus deskundigenonderzoek	45
A. Vraagtekens bij het vonnis	45
B. Arbitrage en deskundigenonderzoek : onderscheiden begrippen	46
C. De arbiter en de deskundige : overlappende hoedanigheden?.....	47
4. Besluit.....	49

Henri Storme – Brussel IIbis Vo van toepassing met ingang van 1 maart 2005	50
--	----

I. Toepassingsgebied	51
A. Materieel.....	51
B. Temporeel.....	53
C. Ruimtelijk	54
II. Verhouding met nationale en internationale normen	54
III. Internationale bevoegdheid	57
A. Huwelijkszaken	57
B. Ouderlijke verantwoordelijkheid	57
1. Principe: verblijfplaats kind (artikel 8)	57
2. Uitzonderingen	58
3. Opvangforum (artikel 13).....	61
4. Algemene afwijkingsmogelijkheid (artikel 15).....	61
C. Voorlopig en bewarende maatregelen	62
D. Bevoegdheidscontrole en aanhangigheid	62
IV. Erkenning en tenuitvoerlegging	64

Joe Sepulchre and Frédéric Van den Berghe – Obtaining Evidence in Belgium	66
---	----

I. Introduction.....	66
II. Applicable International Conventions	66
A. The Hague Convention 1954.....	66
B. Bilateral Conventions	68
III. European Regulation 1206/2001	70
IV. The Belgian Judicial Code	71
A. Commissions Rogatory	71
B. The taking of evidence located in Belgium without relying on commissions rogatory.	73



V. National Blocking Statutes	74
VI. Conclusion	75
Wang Yang – The Establishment and Development of the Legal System on Transfer of Technology in China.....	77
I. The Legal System on Transfer of Technology Subject to the Planned Economy (from 1950-1978)	77
1. Establishment of Policy Concerning Transfer of Technology	77
2. Gestation and Establishment of the Legal System on the Transfer of Technology - “Dual Protection System” and “Invention Award System”	77
3. The characteristics of Legal System on Transfer of Technology Subject to the Planned Economy	78
II. Legislation on transfer of technology under the “open-up” policy (from 1979-1985)	79
1. The main statutes on transfer of technology	79
(1) The legal framework of technology introduction	79
(2) The legal framework of domestic transfer of technology.....	81
2. The Administrative Mode on Transfer of Technology	82
3. Legal Definition of Transfer of Technology	84
(1) The legislative definition of importation of technology	84
(2) The legislative definition of objects to transfer of technology	84
4. The Legal Framework on Technology Introduction	85
(1) Legislation on technology introduction of special economic zones – the prelude to nationwide legislation on technology introduction	85
(2) “Regulations on Administration of Technology Import Contracts of the People’s Republic Of China” and its rules-the beginning of nationwide legislation on technology introduction.....	86
5. Debates on the System of Patents	90
(1) Whether the system of patents, originated from capitalist society, is compatible with the public-owned system of the People’s Republic of China....	90
(2) Necessity to establish the system of patent when the main objects of technology introduction in China are Know-How	90
(3) Whether the patent system oriented to foreigners only	91
III. The Mechanism of Transfer of Technology in Market Economy.....	92
1. Great Contribution to Rapid Economic Development by the Progress of Science and Technology.....	92
2. The Establishment of Legal System on Transfer of Technology in China	92
(1) Legal System on Technology Introduction	92
(2) The Legal System on domestic transfer of technology	93
3. The main form of transfer technology.....	93
IV. The Current Legal System of Chinese Transfer of Technology Under WTO Rules.	93
1. The Current Legal System of Transfer of Technology	93
(1) basic law	94
(2) The Administrative Regulation and Rules.....	95
2. The Current Administrative Mode on Transfer of Technology in China	95
3. Two Suggestions on Current Regulations of Transfer of Technology.....	97
(1) Harmonize New Regulation with the Patent Law of the People’s Republic of China.	97
(2) Enhance transparency of the part of New Regulation concerning restrictive provisions	97



ACTUALITEIT/ACTUALITÉ.....	100
Executoriale titel-Vo trad in werking op 21 januari 2005 – Règlement titre exécutoire européen est entré en vigueur le 21 janvier 2005	100
Interpretatie van artikel 12bis Wetboek van de Belgische nationaliteit – Interprétation de l'article 12bis du Code de la nationalité belge	100
Groenboek echtscheidingszaken / Livre Vert matière de divorce	101



Cour de cassation, arrêt du 14 octobre 2004

Exequatur – article 570, alinéa 2, du Code Judiciaire – 1. nouveau moyen – disposition d'ordre public – 2. matière étrangère à l'état et la capacité des personnes – obligation de vérifier le fond du litige

Exequatur – artikel 570, tweede lid, Gerechtelijk Wetboek – 1. nieuw middel – bepaling van openbare orde – 2. materie vreemd aan de staat en bekwaamheid van personen – plicht tot onderzoek van het geschil zelf

C.03.0424.F

Conclusions (M. l'avocat général Th. Werquin)

Le premier moyen, en sa seconde branche.

1. La fin de non recevoir opposée au moyen, en cette branche, et déduite de sa nouveauté, ne peut être accueillie, dès lors qu'il est d'ordre public.

2. L'article 570 du Code judiciaire dispose que 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.

À 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.

3. Les effets en Belgique d'une décision judiciaire rendue à l'étranger présentent, outre la force probante qu'un jugement étranger peut avoir aux yeux du juge belge (comme n'importe quel autre acte juridique), deux aspects: la reconnaissance (autorité de chose jugée) et la force exécutoire (exequatur)¹.

On donne le nom d'exequatur notamment à la formule par laquelle les juges compétents rendent exécutoire en Belgique une décision rendue par une autorité judiciaire étrangère².

Le pouvoir de rendre la justice est une émanation de la souveraineté nationale: il ne consiste pas seulement dans le droit de décider en quel sens doit être tranchée une contestation qui divise deux plaideurs; il comprend l'autorité nécessaire à l'effet de rendre obligatoire la décision intervenue et d'en assurer l'exécution par les voies légales. Le jugement emporte donc, non pas seulement

¹ Vander Elst et Weser, Droit international privé belge, To I, Conflits de juridictions, 1985, p.22.

² Pand. B., Exequatur, p. 465.



commandement aux parties, au nom du souverain, de se conformer aux dispositions arrêtées par le juge, mais également injonction aux officiers et gens de justice, comme aux dépositaires de la force publique, de prêter la main à l'exécution des condamnations prononcées. C'est précisément ce commandement qui constitue l'attribut essentiel du pouvoir judiciaire.

Il suit de là que les jugements prononcés par des tribunaux étrangers n'ont aucune autorité en Belgique, qu'ils ne permettent pas l'emploi des voies de contrainte légale pour assurer leur exécution, en un mot, qu'ils n'emportent pas commandement, en dehors des limites du territoire soumis à la souveraineté dont ils expriment la volonté.

Ce principe de droit public est incontestable et n'a jamais d'ailleurs rencontré de contradiction: seulement il n'a pas été toujours et partout appliqué avec la même étendue.

L'indépendance réciproque des nations s'oppose-t-elle à ce que les jugements ou les arrêts prononcés par les tribunaux d'un pays obligent les parties, même en dehors du territoire de la nation dont ils émanent, de telle sorte que, pour en obtenir l'exécution à l'étranger, il soit nécessaire de procéder à la revision du procès? C'est là un point qui a été réglé différemment suivant les temps et les lieux³.

La loi sur la compétence du 25 mars 1876 a consacré, dans son article 10, la doctrine de la revision préalable, reprise dans l'article 570 du Code judiciaire. Elle refuse aux jugements étrangers non seulement la force exécutoire, mais encore l'autorité de la chose jugée. En effet, avant d'en permettre l'exécution, les tribunaux belges doivent examiner si ces jugements sont, en fait et en droit, conformes à la justice.

Ce n'est que dans le cas où il existe entre la Belgique et le pays où le jugement a été rendu un traité conclu sur la base de la réciprocité, qu'ils pourront se dispenser de cet examen. Ils se borneront alors à rechercher si les cinq conditions exigées par l'article 10, et reprises dans l'article 570 du Code judiciaire, sont réunies⁴.

La revision des jugements dont l'exequatur est demandé, lorsqu'elle doit se faire par le juge belge, intéresse l'ordre public, car il s'agit de conférer la force exécutoire, l'imperium, au commandement émané d'une souveraineté étrangère. Le pouvoir judiciaire ne peut donc, sous peine de blesser la dignité de la souveraineté nationale, prêter la main à une semblable exécution, que pour autant que les conditions imposées par la loi belge aient été remplies. Il suit de là que le juge belge devra procéder à la revision alors même que les parties y auraient renoncé⁵.

Lorsque le juge belge, en l'absence de traité, examine le fond du litige, la décision qu'il rend n'est pas une nouvelle décision sur ce litige; elle se borne à examiner si elle a été bien ou mal rendue, s'il y a lieu de lui accorder ou de lui refuser l'imperium qui lui est indispensable pour qu'elle soit exécutée en Belgique sans modifier la décision rendue⁶.

C'est en ce sens que les juridictions de fond, avant la réforme du Code judiciaire se sont prononcées⁷, et ce, alors que certains auteurs faisaient valoir, soit que les parties maîtresses de leur droit pouvaient, par la voie de l'arbitrage, régler les différends qui les divisaient, et que rien ne pouvait donc les empêcher de renoncer à la revision de décisions qui concernaient uniquement leurs intérêts civils⁸, soit qu'il y avait lieu de distinguer dans une décision soumise à l'exequatur ce qui avait trait à l'ordre public et ce qui avait trait aux intérêts purement privés et de considérer qu'une partie litigante

³ Pand. B., Exequatur, pp. 465-466.

⁴ Pand. B., Exequatur, p. 466 et les réf. citées, dont Cass., 19 janvier 1882, Pas., I, p. 36 et les concl. du procureur général Faider; R.P.D.B., Exequatur, pp. 78-79 et les réf. citées, dont Cass., 25 février 1886, Pas., I, p. 83.

⁵ Pand. B. Exequatur, p. 494.

⁶ R.P.D.B., Exequatur, p. 80.

⁷ R.P.D.B., Exequatur, pp. 81-82 et les réf. citées, not. Jugé que la revision, à laquelle la loi du 25 mars 1876 soumet les décisions étrangères, est une émanation du droit de souveraineté; il procède de l'imperium et, comme tel, il est du domaine public. Alors que le législateur ne reconnaît pas force exécutoire aux décisions étrangères lorsqu'il n'existe point de traité sur base de la réciprocité, il ne peut appartenir aux parties de substituer leur volonté à la sienne en s'arrogeant le pouvoir de déléguer au juge étranger une portion de la souveraineté.(Trib. Bruxelles, 26 avril 1893, J.T., 932).

⁸ Maurice Vauthier, dissertation, B.J., 1893, 1249-1253.



ne pourra jamais renoncer à l'examen de ce qui a trait à l'ordre public, mais elle pourra renoncer à la revision de ce qui concerne uniquement ses intérêts privés⁹.

Mais, pour la majorité des auteurs, une telle renonciation est contraire à l'ordre public et ne peut résulter que d'un traité international¹⁰.

4. L'article 570 du Code judiciaire a repris, avec quelques améliorations purement rédactionnelles, le texte de l'article 10 de la loi du 25 mars 1876.

A propos de la revision du procès prévu par le Code en projet, Van Reepinghen fit remarquer qu' *"on a, certes avec raison, critiqué cette revision, en faisant valoir que le procès doit ainsi être plaidé de nouveau en droit et en fait. Autant dès lors, dit-on, supprimer l'exequatur et procéder sommairement à une action nouvelle, fondée sur le jugement étranger, comme le font les pays anglo-saxons. Il est néanmoins apparu aventureux dans l'état actuel de la société internationale et en présence de l'insécurité juridique qui règne dans certains pays, d'accorder un aussi large crédit à toute décision émanant d'un juge étranger dont l'indépendance, la compétence et l'objectivité ne sont point elles-mêmes assurées. On ne pourrait d'ailleurs perdre de vue que la sauvegarde apparente des droits de la défense peut n'être qu'un leurre et que la preuve des atteintes qui y sont portées peut être particulièrement difficile à fournir"*¹¹.

C'est donc en connaissance de cause que le législateur belge a maintenu cette exigence¹², consacrée par votre Cour dans votre arrêt du 19 juillet 1849¹³ et confirmée par vos arrêts des 23 janvier 1981¹⁴ et 5 janvier 1995¹⁵.

En matière d'état et de capacité des personnes, cependant, votre Cour a décidé que les décisions étrangères sont reconnues, même en l'absence de traité et que, pour être reconnues, elles ne doivent satisfaire qu'aux cinq conditions énoncées par l'article 570 du Code judiciaire¹⁶.

5. Le jugement entrepris constate que le défendeur demande notamment, sur base de l'article 570 du Code judiciaire, l'exequatur d'un jugement prononcé par le District Court of Travis County, Texas (U.S.A.), 250th Judicial District, en cause de lui-même et de la 1ère défenderesse, le 6 février 2002, qui décide principalement et en synthèse notamment:

- d'enjoindre à la 1ère défenderesse de constituer une garantie de 10.000 USD et de payer une pension alimentaire de 156,00 USD à dater du 1er mars 2002,
- de condamner la 1ère défenderesse au paiement d'une somme de 52.279,42 USD à titre d'amende pour fausse déclaration; elle est en outre condamnée à prendre en charge les frais de justice du demandeur (52.279,42 USD) et les honoraires de Maître Laurie Noowlin, avocat désigné pour représenter l'enfant Collette.

Après avoir relevé que les jugements dont l'exequatur est demandé constituent, pour l'essentiel, des décisions américaines relatives au statut personnel des parties et de leur enfant Colette, le jugement entrepris a vérifié si ces jugements satisfont aux cinq conditions prévues à l'alinéa 2 de l'article 570 du Code judiciaire, après avoir considéré que les dispositions d'un jugement étranger relatives au statut personnel d'un citoyen de ce pays (c'est-à-dire concernant l'état et la capacité d'une personne) n'ont pas à être révisées, sauf si elles sont contraires à l'ordre public, et a déclaré exécutoire en Belgique, notamment, le jugement prononcé le 6 février 2002 par le District Court of Travis County, Texas, 250th Judicial District.

L'arrêt attaqué, après avoir relevé qu'a défaut de traité entre la Belgique et les USA, la cour d'appel doit vérifier si les conditions édictées par l'article 570 du Code judiciaire sont réunies, les

⁹ De Paepe, étude, B.J., 1904, 691, n° XXXIV.

¹⁰ Vander Elst et Weser, op.cit., p. 476 et les réf. citées; le moyen n'est dès lors pas nouveau puisqu'il est, en principe, permis de présenter pour la première fois devant la Cour de cassation un moyen fondé sur la violation d'une disposition légale d'ordre public.

¹¹ Rapport sur la Réforme judiciaire, 1964, pp. 208-209.

¹² Rigaux et Fallon, Droit international privé, To II, Droit positif belge, 1993, p. 229.

¹³ Pas., 1849, I, p. 358.

¹⁴ Pas., 1981, I, p. 547.

¹⁵ Pas., 1995, I, p. 15.

¹⁶ Cass., 29 mars 1973, Pas., 1973, I, p. 725.



demandeurs estimant, en effet, que les cinq conditions requises par l'article 570 du Code judiciaire ne sont pas réunies, a considéré que le jugement entrepris a parfaitement répondu aux arguments qu'ils exposent à nouveau à la cour d'appel dans leurs conclusions, et que la cour d'appel ne peut que faire siens les motifs du jugement entrepris, ajoutant ou précisant ce qui suit pour répondre aux conclusions déposées devant elle.

L'arrêt attaqué conclut qu'il ressort de l'ensemble de ces considérations que la décision du jugement entrepris en ce qu'il déclare exécutoire en Belgique les décisions du tribunal du 250ème district du Comté de Travis doit être confirmée.

Il ne se déduit dès lors pas de l'arrêt attaqué que les juges d'appel aient procédé à une révision au fond du jugement rendu le 6 février 2002 dans ses dispositions patrimoniales.

L'arrêt attaqué a, ainsi, méconnu l'article 570 du Code judiciaire¹⁷.

6. L'article 25, § 2, de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, entré en vigueur le 1er octobre 2004, dispose qu'en aucun cas, la décision judiciaire étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

En commission de la justice du Sénat, le professeur Fallon a indiqué que la section 5, intitulée "Efficacité des décisions judiciaires et des actes authentiques étrangers", remplacerait l'article 570 du Code judiciaire.

*"En ce qui concerne la procédure en vue d'obtenir l'effet de la décision en Belgique, l'objectif est de favoriser la circulation internationale des jugements, c'est-à-dire admettre, autant que possible, en Belgique l'efficacité de jugements prononcés à l'étranger. Les innovations introduites concernent plutôt la matière patrimoniale (aliments, contrats, matière quasi délictuelle,...). Ainsi, pour reconnaître en Belgique un jugement étranger, on ne doit plus réviser celui-ci au fond, au contraire de la situation actuelle, où le juge belge refait le procès en vérifiant tous les éléments de fait et de droit tranchés par le jugement étranger. Cette révision au fond serait donc supprimée pour toutes les matières, alors qu'à l'heure actuelle, elle ne l'est que pour les matières familiales"*¹⁸.

Cette loi nouvelle est-elle susceptible d'influencer votre décision? L'article 126, § 2, de la loi du 16 juillet 2004 précitée prévoit que les articles concernant l'efficacité des décisions judiciaires étrangères s'appliquent aux décisions rendues après l'entrée en vigueur de cette loi.

Toutefois, une décision rendue avant l'entrée en vigueur de la loi peut également recevoir effet en Belgique s'il satisfait aux conditions qu'elle prévoit.

En commission de la justice du Sénat¹⁹, le professeur Fallon, à propos des dispositions transitoires, signale que l'option retenue vise à éviter une application rétroactive des dispositions du code pour la reconnaissance des décisions étrangères. Les règles du code concernant leur reconnaissance s'appliquent aux décisions rendues après l'entrée en vigueur de la loi (article 126).

L'orateur cependant a précisé que certains effets du code peuvent être anticipés, mais uniquement dans un sens favorable.

Ainsi, concernant l'efficacité des jugements étrangers, l'article 126, § 2, permet que l'on applique les nouvelles règles à un jugement rendu avant l'entrée en vigueur du code, lorsque la nouvelle loi permet de faciliter la reconnaissance en Belgique de ce jugement. Il est proposé ainsi d'appliquer le régime du nouveau code lorsqu'il est plus favorable.

Il se déduit de cet article que, en règle, les dispositions de l'article 25 de la loi du 16 juillet 2004 précitée ne s'appliquent pas à la demande de conférer force exécutoire en Belgique au jugement rendu le 6 février 2002 dans ses dispositions patrimoniales.

Il n'en sera différemment que si ces dispositions facilitent la déclaration de la force exécutoire en Belgique dudit jugement.

¹⁷ La recevabilité, de principe, du moyen nouveau d'ordre public n'est, ainsi, pas limitée par l'objection déduite de ce que la Cour n'est en mesure de statuer sur le moyen que si les éléments de fait nécessaires à son appréciation sont constatés par la décision attaquée ou ressortent des pièces auxquelles elle peut avoir égard.

¹⁸ Rapport fait au nom de la commission de la justice par Nyssens et Willems, Sénat, session 2003-2004, 3-27/1, pp. 56-57.

¹⁹ Voir note 18, pp. 238-239.



La jurisprudence, suivant laquelle, dès lors que le juge ne peut violer une loi qui n'était pas en vigueur le jour où il rend sa décision, la Cour, dans le contrôle de la légalité de la décision, ne saurait tenir compte d'une loi postérieure à cette décision²⁰, trouve à s'appliquer, l'arrêt attaqué ayant été rendu le 13 mai 2003.

Le pourvoi en cassation ouvre en effet une voie de recours extraordinaire; il n'a pas pour effet de faire survivre l'instance terminée par l'arrêt au fond; cette instance ne reprendra en effet cours que si une cassation intervient et dans la mesure de la cassation²¹.

Le moyen accuse l'arrêt attaqué de violer la loi; c'est à la loi telle qu'elle s'appliquait aux faits de la cause, en l'occurrence telle qu'elle existait lorsque la cour d'appel a statué, que votre Cour doit se référer pour apprécier si l'accusation est fondée.

Tel est donc le principe: vous ne tenez pas compte d'une loi postérieure à l'arrêt attaqué. Le cas de la loi interprétative qui intervient entre la décision attaquée et votre arrêt, et que vous invoquez, n'est qu'une apparence de dérogation à la règle que vous n'avez pas égard à la législation postérieure à l'arrêt attaqué. En effet, la loi interprétative fait corps avec la loi interprétée; la loi interprétée est réputée avoir eu, dès l'origine, le sens et la portée que définit la loi interprétative; la loi interprétative ne modifie pas la loi interprétée, elle précise le sens et la portée que la loi interprétée a toujours eu²².

Par ailleurs, dès lors que le choix de la disposition applicable à la demande de conférer la force exécutoire audit jugement dépend d'une appréciation en fait et en droit du caractère plus ou moins favorable du régime du nouveau Code, il ne peut être fait application de la jurisprudence de votre Cour, suivant laquelle, lorsque la loi nouvelle, entrée en vigueur postérieurement à la décision attaquée et applicable aux procès en cours, est telle que si le moyen était accueilli et la décision cassée, le juge de renvoi devrait légalement rendre sur la contestation la même décision que celle qui a été cassée, le défendeur ou la Cour peuvent les invoquer pour le motif, et pour le motif seulement, qu'elles rendent le moyen sans intérêt²³.

En conséquence, il y a lieu de conclure que le moyen, en cette branche, est fondé. Partant, le dispositif de l'arrêt attaqué qui déclare exécutoire le jugement du 6 février 2002 précité, dans ses dispositions patrimoniales, doit être cassé.

²⁰ Concl. de M. le premier avocat général J.F. Leclercq, alors avocat général, avant Cass., 18 octobre 1999, n° 540 et les réf. citées.

²¹ Concl. de M. Léon Cornil, alors avocat général, avant Cass., 21 janvier 1935 (Bull. et Pas., 1935, I, 122), spécialement pp. 122 et 123; note signée W.G. sous Cass., 25 septembre 1969 (ibid., 1970, I, 83), spécialement pp. 85 à 87.

²² Concl. de M. le premier avocat général J.F. Leclercq, alors avocat général, avant Cass., 18 octobre 1999, n° 540, et les réf. citées.

²³ Cass., 5 janvier 1948 (Bull. et Pas., 1948, I, 16) et la note signée R.H.; 12 octobre 1964 (ibid., 1965, I, 154); 22 juin 1970 (ibid., 1970, I, 939); 14 septembre 1970, 16 novembre 1970 et 1er décembre 1970 (ibid., 1971, I, pp. 234 et 296).



Arrêt

1. K. S.,
2. P. C.,
3. K. H. et
4. K. S.,

demandeurs en cassation, représentés par Maître Cécile Draps, avocat à la Cour de cassation, (...)
contre

R. T. W.,

défendeur en cassation, représenté par Maître Antoine De Bruyn, avocat à la Cour de cassation, (...).

I. La décision attaquée

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 13 mai 2003 par la cour d'appel de Liège.

II. La procédure devant la Cour

Le conseiller Albert Fettweis a fait rapport.

L'avocat général Thierry Werquin a conclu.

III. Les moyens de cassation

(...)

IV. La décision de la Cour

Sur la fin de non-recevoir opposée par le défendeur au pourvoi de la première demanderesse et déduite du défaut d'intérêt:

Attendu que le défendeur invoque à l'appui de la fin de non-recevoir l'existence d'un arrêt rendu le même jour que l'arrêt attaqué dans une cause 1467 "opposant l'Autorité centrale belge à la première demanderesse"; qu'il ne produit toutefois pas une copie de cet arrêt en annexe à son mémoire en réponse, contrairement à ce que celui-ci indique;

Qu'étant fondée sur la portée d'un arrêt auquel la Cour ne peut avoir égard, la fin de non-recevoir ne peut être accueillie;

Sur le premier moyen:

Quant à la première branche:

Attendu que, tant par adoption des motifs du premier juge que par ses motifs propres, la cour d'appel a examiné si les décisions de la juridiction texane, dont l'exequatur lui était demandé, ne contenaient rien de contraire aux principes de l'ordre public belge, spécialement rien qui puisse nuire à l'enfant concernée et a, en outre, vérifié si le retour de celle-ci chez son père ne lui ferait courir aucun danger;

Qu'en cette branche, le moyen qui soutient que la cour d'appel n'a pas procédé à la vérification de la condition prévue à l'article 570, alinéa 2, 1°, du Code judiciaire par rapport "aux valeurs d'ordre public international" consacrées par les articles 8 et 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, manque en fait;

Quant à la seconde branche:

Attendu qu'en cette branche, le moyen fait grief à l'arrêt de déclarer exécutoire en Belgique, dans la mesure où il contient des dispositions étrangères à l'état et à la capacité des personnes, le jugement rendu le 6 février 2002 par le "District Court of Travis County, Texas (U.S.A.), 250th



Judicial District", sans vérifier le fond du litige, ainsi que le prescrit l'article 570, alinéa 2, du Code judiciaire;

Sur les fins de non-recevoir opposées au moyen, en cette branche, par le défendeur et déduites de ce que, d'une part, il est nouveau, d'autre part, les éléments de fait nécessaires à son appréciation ne ressortent pas des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard:

Attendu que, d'une part, intéressant l'indépendance et la souveraineté de l'Etat, l'article 570 du Code judiciaire est d'ordre public;

Attendu que, d'autre part, la circonstance que certaines des dispositions du jugement formant l'objet de la demande d'exequatur ont des effets patrimoniaux ressort des constatations du jugement entrepris, dont l'arrêt s'approprie les motifs;

Que l'examen du moyen ne requiert pas la vérification d'autres éléments de fait;

Que les fins de non-recevoir ne peuvent être accueillies;

Sur le fondement du moyen, en cette branche:

Attendu qu'en vertu de l'article 570, alinéa 2, du Code judiciaire, dans la mesure où elle n'est relative ni à l'état ni à la capacité des personnes, une décision rendue par un juge étranger ne peut, en l'absence de traité avec le pays où elle a été rendue, être déclarée exécutoire en Belgique qu'après que le juge belge a vérifié, d'une part, le fond du litige, d'autre part, les conditions visées sous 1° à 5° de cette disposition légale;

Attendu que le jugement entrepris constate que la décision étrangère dont l'exequatur est demandé condamne la première demanderesse à constituer une garantie de dix mille dollars américains, à payer à titre d'amende une somme de 52.279,42 dollars américains et à prendre en charge les frais de justice du défendeur, s'élevant au même montant, ainsi que les honoraires de l'avocat américain désigné pour représenter l'enfant commun de cette demanderesse et du défendeur;

Attendu qu'après avoir constaté qu'il n'existe pas de traité entre la Belgique et les Etats-Unis d'Amérique, l'arrêt vérifie certes si le jugement qu'il déclare exécutoire répond aux conditions prévues audit article 570, alinéa 2, 1° à 5°, mais s'abstient, s'agissant des condamnations pécuniaires ci-dessus précisées, de vérifier le fond du litige;

Qu'il ne décide dès lors pas légalement de déclarer ce jugement exécutoire en Belgique dans la mesure où il comporte lesdites condamnations;

Que, dans cette mesure, le moyen, en cette branche, est fondé;

Sur le second moyen:

Attendu que le moyen ne précise pas en quoi "les lois nationales et singulièrement l'article 570 du Code judiciaire" ne seraient pas compatibles avec les articles 3 ou 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Qu'à défaut de précision, le moyen est irrecevable;

PAR CES MOTIFS,

LA COUR

Casse l'arrêt attaqué en tant qu'il déclare exécutoire en Belgique, dans la mesure où il contient les dispositions précisées aux motifs du présent arrêt, le jugement rendu le 6 février 2002 par le "District Court of Travis County, Texas (U.S.A.), 250th Judicial District", et qu'il statue sur les dépens;

Rejette le pourvoi pour le surplus;

(...)

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Claude Parmentier, les conseillers Christian Storck, Didier Batselé, Albert Fettweis et Philippe Gosseries, et prononcé en audience publique du quatorze octobre deux mille quatre par le président de section Claude Parmentier, en présence de l'avocat général André Henkes, avec l'assistance du greffier Marie-Jeanne Massart.



Hof van Cassatie, arrest van 3 juni 2004

Cassatiemiddelen – ontoankelijkheid – geschonden bepalingen – 1. Verdrag van Rome en de wet van 14 juli 1987 tot goedkeuring van dat verdrag – 2. zowel de bepalingen van vreemd recht als de verwijzingsregel

Moyen de cassation – recevabilité – dispositions légales violées – 1. Convention de Rome et la loi du 14 juillet 1987 portant approbation de cette Convention – 2. les dispositions du droit étranger ainsi que la règle de renvoi

Nr. C.03.0070.N

1. B.V. LANDHOF EIERN, vennootschap naar Nederlands recht, (...),
2. LANDHOF EIERN, naamloze vennootschap, (...),
eiseressen, vertegenwoordigd door Mr. Johan Verbist, advocaat bij het Hof van Cassatie, (...),
tegen
 1. V.M.
 2. A.G.
 3. R.F.(...) in hun hoedanigheid van curatoren van het faillissement van VENHOF INTERNATIONAL NV, (...),
verweerders, vertegenwoordigd door Mr. Ludovic De Gryse, advocaat bij het Hof van Cassatie, (...),
en ten aanzien van
 1. FISCHER WEPPELER GmbH, vennootschap naar Duits recht, in vereffening, (...),
 2. W.J.A., curator (...) in zijn hoedanigheid van curator van het faillissement van de vennootschap naar Nederlands recht B.V. Internationaal Transportbedrijf P. Pouls en Zonen, (...),
tot bindendverklaring opgeroepen partijen.

I. Bestreden beslissing

Het cassatieberoep is gericht tegen de arresten, op 7 februari 2000 en 7 maart 2002 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen.

II. Rechtspleging voor het Hof

Voorzitter Ivan Verougstraete heeft verslag uitgebracht.
Advocaat-generaal Guy Dubrulle heeft geconcludeerd.

III. Feiten

Uit de arresten blijkt dat:

1. de NV Venhof International eieren aankocht, sorteerde, verpakte en vervolgens verkocht;
2. zij die eieren voornamelijk aankocht bij de eiseressen terwijl de GmbH Fischer-Weppeler de voornaamste koper was;
3. de NV Venhof International failliet werd verklaard op 12 februari 1996 en de datum van staking van betaling bepaald werd op 12 augustus 1995;
4. vanaf 7 augustus 1995 opeenvolgende overeenkomsten afgesloten werden tussen de NV Venhof Int., de eiseressen en GmbH Fischer-Weppeler waarbij een vast maandelijks bedrag door deze laatste zou worden betaald aan de eiseressen voor toekomstige leveringen aan de NV Venhof Int.;
5. een gelijkaardige overeenkomst afgesloten werd met de BV Internationaal Transportbedrijf P. Pouls & zonen die het transport van de eieren verzorgde.



IV. Middelen

De eiseressen voeren in hun verzoekschrift twee middelen aan.

1. Eerste middel

(...)

2. Tweede middel

Geschonden wettelijke bepalingen

- artikel 149 van de Grondwet;
- artikel 3 van de Wet van 14 juli 1987 tot goedkeuring van het Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, van het protocol en van twee gemeenschappelijke verklaringen, opgemaakt te Rome (B.S., 9 oktober 1987);
- artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek;
- de paragrafen 145 tot 157 en 398 van het Duitse "Bürgerliches Gesetzbuch" (BGB).

Aangevochten beslissing

De appèlrechters kwalificeren de overeenkomst tussen partijen als een overeenkomst van schulddelegatie en beslissen dat deze overeenkomst tot stand kwam op 7 augustus 1995, zijnde de datum waarop alle partijen de overeenkomst hadden ondertekend. Vervolgens beslissen zij dat de overeenkomst bijgevolg tot stand kwam in de tien dagen voor de datum van staking van betaling (12 augustus 1995) en dat zij bijgevolg onder toepassing van artikel 445 van de oude Faillissementswet valt. Dit gebeurt op grond van de volgende overwegingen:

"(...) dat dienvolgens de overeenkomsten daterend van tien dagen voor de datum van staking van betaling (12 aug. 1995) aanvechtbaar bleven met toepassing van art. (oude) Faill. W.;

(...) dat spijs de beweringen van (de eiseressen) in andere zin de overeenkomsten in kwestie driepartijenovereenkomsten zijn; dat blijkens de inhoud ervan het gaat om een schulddelegatie waarbij Fischer, schuldenaar van Venhof, er zich toe verbond te betalen aan (de eiseressen) (resp. Pouls) en deze betaling bevrijdende werking had zowel wat betreft de schuld van Fischer ten overstaan van Venhof als wat betreft de schuld van Venhof ten overstaan van (de eiseressen) (resp. Pouls); dat ingevolge deze overeenkomsten Fischer schuldenaar werd van (de eiseressen) (Pouls) alhoewel tussen hen geen leveringen gebeurden; dat deze schuld afhankelijk was van de schuldvordering die Venhof ten overstaan van Fischer bekwam;

(...) dat uit voorgaande volgt dat deze overeenkomsten slechts tot stand kwamen na instemming tussen alle betrokken partijen; dat (de eiseressen) onterecht voorhouden dat het slechts om een overdracht van schuldvordering gaat nu in de overeenkomst Fischer er zich toe verbindt te betalen aan (de eiseressen) (Pouls) en dit met betrekking tot toekomstige schulden;

(...) dat de overeenkomst dan ook slechts dateert van het ogenblik van wilsovereenstemming tussen alle betrokken partijen ; dat blijkens het oudste contract dit ondertekend werd door Venhof op 31 juli 1995, door (de eiseressen) op 1 aug. 1995 en door Fischer op 7 augustus 1995; dat nu de uitdrukkelijke instemming van Fischer vereist was, de overeenkomst niet eerder op 7 augustus 1995 geacht kan worden tot stand te zijn gekomen, datum van de instemming van Fischer ; dat derhalve ook deze oudste overeenkomst valt onder toepassing van art. 445 (oude) Faill. W.; dat de navolgende overeenkomsten (die enkel wat betreft het maandelijks door Fischer te betalen bedrag van de voorgaande verschillen) eveneens onder toepassing van art. 445 (oude) Faill. W. vallen;

(...) dat in art. 445,2 (oude) Faill. W. gevisieerd worden o.m. de betalingen anders dan in geld die gedaan zijn door de gefailleerde voor vervallen schulden ; dat het dan ook op zich irrelevant is dat



in de overeenkomst werd bedongen dat de betalingen die Fischer zou doen betrekking hebben op toekomstige leveringen die zij van Venhof moest ontvangen ; dat daarentegen in de overeenkomsten niet is bepaald op welke schulden van Venhof ten overstaan van (de eiseressen) de door Fischer gedane betalingen zouden worden aangerekend;

dat in de mate dat de betalingen die Fischer rechtstreeks aan (de eiseressen) verrichtte dienden ter delging van nieuwe schulden die Venhof ten overstaan van (de eiseressen) moest aangaan om de leveringen aan Fischer te kunnen blijven doen, deze betalingen ontsnappen aan de sanctie van art. 445 (oude) Faill. W.; dat de schulddelegatie in die mate slechts een afspraak uitmaakt betreffende toekomstige schulden en derhalve tegenstelbaar is aan de massa;

(...) dat in de mate de door Fischer aan (de eiseressen) gedane betalingen gediend hebben om oude vervallen schulden van Venhof aan te zuiveren, de curators zich terecht op art. 445, 2 (oude) Faill. W. beroepen; dat alsdan immers de gelijkheid tussen de schuldeisers verbroken wordt".

In het tussenarrest van 7 maart 2002 wordt de genoemde beslissing herhaald en bevestigd, en wel als volgt:

"Uit de motieven van het arrest van 7 februari 2000 volgt dat voor zover deze betalingen dienden om de schulden van de gefailleerde ten overstaan van (de eiseressen), en BV Pouls die vervallen waren op 7 augustus 1995 aan te zuiveren, de gelijkheid tussen de schuldeisers verbroken werd en de betalingen niet tegenstelbaar waren aan de massa.

In weerwil van de motieven van het arrest betwisten (de eiseressen) nog steeds dat de overeenkomst van schulddelegatie tot stand kwam op 7 augustus 1995.

Het hof kan te dien aanzien enkel herhalen dat vermits het ter zake gaat om een driepartijenovereenkomst het tijdstip waarop de wilsovereenstemming tot stand komt het tijdstip is waarop alle partijen met de bepalingen van de overeenkomst instemden, hetgeen blijkens de overgelegde stukken gebeurde op 7 augustus 1995, datum waarop GmbH Fischer de overeenkomst (als laatste contractpartij) ondertekende.

Ten overvloede dient erop gewezen dat de betalingen die in uitvoering van de overeenkomst gebeurden en die gevisieerd worden door het (oude) art. 445 Faill. W. zich slechts nadien situeren, zodat zelfs indien de overeenkomst in kwestie zou dateren van voor 7 augustus 1995 genoemde wetsbepaling onverkort van toepassing zou blijven op de kwestieuze betalingen.

De kwalificatie van de litigieuze overeenkomsten, schulddelegatie of overdracht van schuldvorderingen, heeft overigens slechts belang wat betreft het tijdstip van totstandkoming en blijft voor het overige irrelevant voor wat betreft de toepassing van art. 445 (oude) Faill. W.: in elk geval gaat het immers om betalingen van vervallen schulden anders dan in geld waarbij het irrelevant is of de betalingen geschieden ingevolge schulddelegatie dan wel ingevolge overdracht van schuldvordering".

Grieven

2.1. Eerste onderdeel

De eiseressen hadden in hun regelmatig aan de appèlrechters voorgelegde conclusies betoogd dat de overeenkomst aan het Duitse recht was onderworpen en dat bijgevolg zowel de kwalificatie van deze overeenkomst als het ogenblik van totstandkoming ervan naar Duits recht dienden te worden beoordeeld. De eiseressen betoogden dat de overeenkomst geldig en solo consensu was tot stand gekomen door de ondertekening van de cedent en de cessionaris op 1 augustus 1995, en met andere woorden, ook indien de oude Faillissementswet van toepassing zou zijn, nog voor de tien dagen voor de datum van staking van betaling (12 augustus 1995). De eiseressen betoogden meer bepaald hetgeen volgt:

"4.3.2 Aard van de overeenkomst, datum van totstandkoming

a. De overeenkomst is aan Duits recht onderworpen.



De Abtretungsvereinbarung dd. 31 juli 1995 bepaalt in haar laatste alinea: 'Diese Vereinbarung unterliegt Deutschem Recht' (vertaald : 'Deze overeenkomst is aan Duits recht onderworpen'). De aard van de overeenkomst dient dus naar Duits recht geïnterpreteerd te worden.

,'§ 398 BGB behandelt de cessie niet als een zakenrechtelijke overdracht van eigendom van een schuldvordering, maar als een verbintenisrechtelijke vervanging van schuldeiser. Cessie kan vormvrij plaatsvinden en is vanaf het sluiten van de cessieovereenkomst tegenwerpbaar aan derden.

Naar Duits recht wordt een onderscheid gemaakt tussen de zakenrechtelijke cessieovereenkomst (Abtretung) en de obligatoire overeenkomst die daaraan ten grondslag ligt. Zo zal bij de verkoop van een vordering de obligatoire overeenkomst (Kausalgeschäft) de verplichting tot overdracht creëren. De overdracht wordt erga omnes gerealiseerd door de zakenrechtelijke cessie-overeenkomst. Beide overeenkomsten zijn strikt van elkaar gescheiden. De zakenrechtelijke cessieovereenkomst brengt de overdracht van de vordering teweeg en de ongeldigheid van de obligatoire overeenkomst doet daaraan geen afbreuk (Abstraktionsprinzip).

Mededeling aan de debiteur is voor de overdracht van de vordering erga omnes niet vereist'.

(VAN HAEGENBORG, G., Grensoverschrijdende aspecten : cessie in het internationaal rechtsverkeer, in: Overdracht en in pandgeving van schuldvorderingen, ed. DIRIX, E., Kluwer, 1995, p. 165-166).

De overdracht van schuldvordering wordt gerealiseerd door de Abtretungsvereinbarung en is vanaf de datum waarop deze overeenkomst werd gesloten erga omnes tegenwerpbaar. De initiële Abtretungsvereinbarung werd door Venhof (cedant) ondertekend op 31 juli 1995 en op 1 augustus 1995 door Landhof Eieren N.V. en Landhof Eieren B.V. (cessionarissen). De overeenkomst werd mee ondertekend door Fischer-Weppler (gecedeerde schuldenaar) op 7 augustus 1995.

Zoals uit hoger geciteerde tekst blijkt, is de ondertekening van deze laatste echter geen constitutieve vereiste voor het tot stand komen van de overdracht van schuldvordering. De overeenkomst kwam dus volmaakt tot stand op datum waarop de cessionarissen de overeenkomst tekenden, nl. op 1 augustus 1995.

De overdracht van schuldvordering werd niet gesloten in de verdachte periode en is bijgevolg tegenstelbaar aan de boedel en geenszins nietig".

(...).

"Volgens appellanten dienen de consequenties van het faillissement (o.a. de toepasselijkheid van art. 445) op de Abtretungsvereinbarungen naar het Belgisch recht te worden beoordeeld.

Dit neemt niet weg dat de aard van de overeenkomst, de geldigheid en de datum van totstandkoming geïnterpreteerd dienen te worden naar het Duitse recht, nu de laatste alinea bepaalt, dat de overeenkomst aan het Duitse recht is onderworpen.

Ingevolge het Duitse recht kwam de overeenkomst geldig en solo consensu tot stand door de ondertekening van de cedant en cessionaris op 1 augustus 1995.

Concluante verwijst dienaangaande naar haar eerste conclusie. Vanaf deze datum was de overeenkomst erga omnes tegenstelbaar. De ondertekening door FiWe was geenszins een constitutieve vereiste voor de totstandkoming van de overeenkomst, daar deze uitdrukkelijk bepaalt, dat FiWe slechts de overdracht van schuldvordering erkent. De overeenkomst bepaalt geenszins dat zij zich jegens Landhof verplichtte om aan haar te betalen.

De erkenning door FiWe van het bestaan van de schuldoverdracht heeft inderdaad tot gevolg dat de betalingen vergemakkelijkt werden en in zekere zin daardoor zekerder werden. De interpretatie van de curatoren dat aan deze zogenaamde 'constructie' de



betalingsverplichting van FiWe jegens Landhof ten grondslag moet liggen, is in strijd met de bewoording van de Abtretungsvereinbarung en de bewoording van de conclusies van FiWe.

(...)

Het betreft geenszins een delegatieovereenkomst, doch een volgens het Duitse recht bepaalde overdracht van schuldvordering die geldig tot stand kwam buiten de verdachte periode. De betalingen zijn bijgevolg niet nietig en wel tegenstelbaar aan de boedel".

De appèlrechters antwoorden noch met de hoger aangehaalde overwegingen, noch met enige andere overweging op het voorgaande, zodat zij artikel 149 van de Grondwet schenden.

2.2. Tweede onderdeel

Luidens artikel 3, §1, van de Wet van 14 juli 1987 tot goedkeuring van het Verdrag van 19 juli 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst word een overeenkomst beheerst door het recht dat de partijen hebben gekozen.

In casu kozen de partijen voor toepassing van Duits recht op de tussen hen afgesloten overeenkomsten.

Dit werd, zoals blijkt uit het eerste onderdeel van het tweede middel, door de eiseressen aangevoerd en door de verweerders niet betwist. Bovendien wordt dit vastgesteld door het vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren van 20 mei 1998 (blz. 2).

Door niettemin, minstens impliciet doch zeker, Belgisch recht toe te passen bij de kwalificatie van de overeenkomst van schuldelegatie en bij de vaststelling van het ogenblik van totstandkoming van de overeenkomst, schenden de appèlrechters artikel 3, §1, van de Wet van 14 juli 1987 alsook de verbindende kracht van deze overeenkomst (schending van artikel 1134 B.W.).

2.3. Derde onderdeel

Uit de paragrafen 145 tot 157 van het BGB vloeit voort dat overeenkomsten naar Duits recht in beginsel tot stand komen door de loutere wilsovereenstemming.

Luidens paragraaf 398 BGB kan een vordering door de schuldeiser bij overeenkomst met een ander aan die ander worden overgedragen, hetgeen "Abtretung" wordt genoemd (vertaalbaar als "overdracht"). Luidens dezelfde wetsbepaling treedt de nieuwe schuldeiser door de afsluiting van deze overeenkomst in de plaats van de vroegere schuldeiser.

De "Abtretung" ("overdracht") is naar Duits recht vormvrij en komt door de loutere wilsovereenstemming tussen cedent en cessionaris tot stand. Zij heeft onmiddellijk gevolgen erga omnes, zonder dat een mededeling aan de debiteur vereist is.

De appèlrechters stellen vast dat de oudste "Abtretungsvereinbarung" ("overeenkomst van overdracht") werd ondertekend door Venhof (thans verweerders) als cedent op 31 juli 1995, door de eiseressen als cessionarissen op 1 augustus 1995 en door de gecedeerde schuldenaar (Fischer-Weppeler) op 7 augustus 1995 (tussenarrest van 7 februari 2000, blz. 5-6).

De "Abtretungsvereinbarung" ("overeenkomst van overdracht") kwam bijgevolg naar Duits recht tot stand op 1 augustus 1995.

Door de "Abtretungsvereinbarung" ("overeenkomst van overdracht") niet te kwalificeren als een overeenkomst van "Abtretung" ("overdracht") naar Duits recht, doch als een overeenkomst van schuldelegatie, en door te beslissen dat deze overeenkomst van schuldelegatie tot stand kwam op 7 augustus 1995, en niet op 1 augustus 1995, schenden de appèlrechters de aangehaalde wetsbepalingen op grond waarvan dergelijke overeenkomst onmiddellijk tot stand komt en erga omnes gevolgen heeft door de loutere wilsovereenstemming tussen cedent en cessionaris (schending van de paragrafen 145-157 en 398 BGB).



IV. Beslissing van het Hof

1. Tweede middel

1.1. Eerste onderdeel

Overwegende dat het arrest het in het onderdeel bedoelde verweer verwerpt en beantwoordt met de in het middel weergegeven motivering;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

1.2. Tweede onderdeel

Overwegende dat het onderdeel het arrest verwijt het Duitse recht niet te hebben toegepast op de betwiste overeenkomsten, die dateren van na 1 april 1991, dag van de inwerkingtreding van het Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst;

Dat het onderdeel daarbij enkel schending aanvoert van artikel 3, §1, van de wet van 14 juli 1987 tot goedkeuring van het Verdrag van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst;

Overwegende dat voor overeenkomsten gesloten na de inwerkingtreding van het Verdrag van 19 juni 1980, geen toepassing meer kan worden gemaakt van de wet van 14 juli 1987;

Overwegende dat het onderdeel dat geen schending aanvoert van artikel 3, §1, van het Verdrag van 19 juni 1980 in zoverre niet ontvankelijk is;

Overwegende verder dat het onderdeel aanvoert dat het arrest de verbindende kracht van de betwiste overeenkomst schendt en in zoverre steunt op de veronderstelling dat het Duitse recht toepasselijk is op grond van de wet van 14 juli 1987;

Dat het onderdeel in zoverre afgeleid is uit de vergeefs aangevoerde schending van de overige in het onderdeel vermelde aanvoeringen;

Dat het onderdeel niet ontvankelijk is;

1.3. Derde onderdeel

Overwegende dat het onderdeel opkomt, op grond van het Duitse recht, tegen de beoordeling van de appèlrechters betreffende de kwalificatie en de juridische gevolgen van de betwiste overeenkomst;

Overwegende dat het onderdeel dat enkel schending aanvoert van het vreemd recht maar geen schending van de verwijzingsregel, niet ontvankelijk is;

2. Eerste middel

(...)

OM DIE REDENEN,

HET HOF,

Verwerpt het cassatieberoep;

Veroordeelt de eiseressen in de kosten.

(...)

Aldus geoordeeld door het Hof van Cassatie, eerste kamer, te Brussel, door voorzitter Ivan Verougstraete, de raadsheren Ernest WaÛters, Ghislain Londers, Eric Dirix en Eric Stassijns, en in openbare terechtzitting van drie juni tweeduizend en vier uitgesproken door voorzitter Ivan Verougstraete, in aanwezigheid van advocaat-generaal Guy Dubrulle, met bijstand van griffier Philippe Van Geem.



Hof van Cassatie, arrest van 21 juni 2001

Concessie van alleenverkoop – Belgische en Luxemburgse markt – geldigheid forumbeding – wetsontduiking – veinzing element van vreemdelingschap

Concession de vente exclusive – marché belge et luxembourgeois – validité d'une clause d'élection de for – fraude à la loi – simulation de l'élément d'extranéité

Nr. C.99.0398.F

PERFORMANCES, naamloze vennootschap,
Mr. Cécile Draps, advocaat bij het Hof van Cassatie,
Tegen
DUCATI MOTOR, vennootschap op aandelen naar Italiaans recht,
Mr. Philippe Gérard, advocaat bij het Hof van Cassatie.

HET HOF,

Gehoord het verslag van raadsheer Storck en op de conclusie van advocaat-generaal Henkes;
Gelet op het bestreden arrest, op 27 mei 1999 gewezen door het Hof van Beroep te Luik;

Over het tweede middel:

schending van artikel 149 van de Grondwet en miskenning van het algemeen rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit*,

doordat het bestreden arrest, om te beslissen dat de bedingen van keuze van rechtscollege die vervat zijn in de overeenkomsten van 22 april 1997 en van 24 mei 1996 volstrekt geldig zijn, oordeelt dat die overeenkomsten, net zoals de vorige, geenszins bedrieglijk zijn, zulks op grond van alle redenen die hier als volledig ingelast worden beschouwd en meer bepaald dat "*niets erop wijst dat de instemming van (eiseres) m.b.t. de bevoegdheid van de Italiaanse rechtbanken door bedrog of misleiding zou zijn verkregen; dat de retroactieve inwerkingtreding van de laatste overeenkomst geenszins verdacht is, in zoverre de vorige overeenkomsten ook met terugwerkende kracht in werking waren getreden; dat, in zoverre de maatschappelijke en exploitatiezetel, de algemene, commerciële en financiële directie van (verweerster) zich in Italië bevinden waar de producten gefabriceerd worden die door (eiseres) in België worden gedistribueerd, (verweerster), zonder bedrieglijke toepassing van de wet, kan bedingen dat, gelet op de voorrang van het internationaal recht, alleen de rechtbanken te Bologna bevoegd zijn en dat het Italiaanse recht van toepassing is op de betrekkingen tussen de partijen; dat de concessieverlener terecht alle geschillen betreffende de internationale distributie van zijn producten wil voorleggen aan een Italiaanse rechter die daarover naar Italiaans recht uitspraak zal doen; dat de werkwijze van (verweerster) niet oneerlijk, ongewoon of kunstmatig is; dat daaraan nog moet worden toegevoegd dat 'in internationaal privaatrecht, veinzing een element wordt van de bedrieglijke toepassing van de wet' (...); dat in casu, bij gebrek aan 'geveinsde elementen van vreemdelingschap' geen sprake kan zijn van bedrieglijke toepassing van de wet; dat het evenmin bedrieglijk is te hebben voorzien in verschillende opeenvolgende overeenkomsten met beperkte looptijd die stilzwijgend verlengd konden worden, in zoverre die werkwijze toegestaan is in het Italiaanse recht; dat het beding van keuze van rechtscollege dat vervat is in de overeenkomst van 22 april 1997 bijgevolg volstrekt geldig is; dat zulks om dezelfde redenen ook het geval is voor de vordering tot schadevergoeding wegens weigering van leveringen in de loop van het jaar 1997 (lees :*



1996); dat artikel 22 van de overeenkomst van 24 mei 1996 immers, zoals eerder gezegd, bepaalt dat 'alleen de voor het gebied Varese bevoegde rechterlijke overheid bevoegd is om ieder geschil betreffende de uitlegging en de uitvoering van deze overeenkomst te beslechten',

terwijl, eerste onderdeel, eiseres in haar regelmatig voor het hof van beroep neergelegde aanvullende conclusie aanvoerde dat de regel van de wilsautonomie van de partijen inzake hun aanwijzing van de bevoegde rechter slechts van toepassing was mits de wet niet op bedrieglijke wijze wordt toegepast; *"er met name sprake is van bedrieglijke toepassing van de wet wanneer de partijen - of een ervan - op een weliswaar wettige maar objectief gezien 'ongewone' of kunstmatige manier te werk gaan om een bepaling van openbare orde of van dwingend recht buiten toepassing te laten (...); de gehele werkwijze die verweerster gedurende de jaren 1989 tot 1997 heeft gehanteerd, een bedrieglijke toepassing van de wet oplevert (...); de werkwijze die hierin bestaat dat een concessiehouder zeven of acht jaar lang opeenvolgende overeenkomsten met een looptijd van een jaar ondertekent, immers volstrekt kunstmatig lijkt en, ook al is die werkwijze in se wettig, kennelijk beoogt de concessiehouder zijn anciënniteit en een redelijke opzeggingstermijn te ontzeggen die hij krachtens een dwingende nationale wetsbepaling geniet; (...)* (verweerster) *duidelijk een overeenkomst van onbepaalde tijd wilde 'vermommen' in opeenvolgende overeenkomsten met een looptijd van een jaar en zich tegen een rechtsvordering van (eiseres) wilde indekken door een beding op te nemen waarin de Italiaanse rechtbanken bevoegd werden verklaard; (...)* zoals de eerste rechter terecht heeft geoordeeld, *op grond van de theorie van de bedrieglijke toepassing van de wet de aangevoerde bedingen kunnen worden verworpen, niet alleen die in het stuk betreffende het jaar 1997, maar ook die welke voorkomen in alle stukken die (verweerster) in die zaak heeft opgemaakt, althans de bepalingen m.b.t. de duur, de door de partijen aangewezen bevoegde rechter en het toepasselijke recht";* het bestreden arrest, dat oordeelt, enerzijds, dat *"(verweerster), zonder bedrieglijke toepassing van de wet, kan bedingen dat, gelet op de voorrang van het internationaal recht, alleen de rechtbanken te Bologna bevoegd zijn en dat het Italiaanse recht van toepassing is op de betrekkingen tussen de partijen; dat de concessieverlener terecht de geschillen betreffende de internationale distributie van zijn producten wil voorleggen aan een Italiaanse rechter die daarover naar Italiaans recht uitspraak zal doen; dat de werkwijze van (verweerster) niet oneerlijk, ongewoon of kunstmatig is; dat daaraan nog moet worden toegevoegd dat 'in internationaal privaatrecht, veinzing een element wordt van de bedrieglijke toepassing van de wet' (...); dat in casu, bij gebrek aan 'geveinsde elementen van vreemdelingschap' geen sprake kan zijn van bedrieglijke toepassing van de wet"* en anderzijds, *"dat het evenmin bedrieglijk is te hebben voorzien in verschillende opeenvolgende overeenkomsten met beperkte looptijd die stilzwijgend verlengd konden worden, in zoverre die werkwijze toegestaan is in het Italiaanse recht"* en dat aldus de bedrieglijke toepassing van de wet nagaat in het licht van ieder van de aangevoerde en afzonderlijk beschouwde gegevens, namelijk de aanwijzing van de Italiaanse rechtbanken, van het Italiaans recht en de versnijding van de contractuele verhoudingen in overeenkomsten van bepaalde duur, niet antwoordt op het middel volgens hetwelk de bedrieglijke toepassing van de wet een gevolg was van het geheel of van de samenhang van die gegevens; het derhalve niet regelmatig met redenen is omkleed (schending van artikel 149 van de Grondwet);

tweede onderdeel, dat voor de bedrieglijke toepassing van de wet alleen vereist is dat de gehanteerde juridische werkwijze, die op zich geoorloofd kan zijn, slechts een resultaat beoogt dat verboden is door een dwingende wet die zonder die werkwijze normaal zou zijn toegepast; dat de bedrieglijke toepassing van de wet, in een overeenkomst die onder het internationaal privaatrecht valt, niet het noodzakelijke bestaan vereist van geveinsde elementen van vreemdelingschap en niet uitgesloten wordt door het feit dat een van de elementen van de gehanteerde werkwijze toegestaan is in het door de partijen aangewezen recht; het bestreden arrest, dat ter verwerping van het middel ten betoge dat de tussen partijen aangegane overeenkomsten verworpen moeten worden wegens bedrog ten gevolge van het hanteren van de conflictregel van de wilsautonomie waardoor het Italiaanse recht werd aangewezen als het op de overeenkomst toepasselijke recht, wegens schending van artikel 17 van het Verdrag van Brussel inzake bevoegdheid door het invoegen van een beding waarbij de Italiaanse rechtbanken bevoegd worden verklaard en wegens het hanteren van het Italiaanse recht zelf om op kunstmatige wijze opeenvolgende overeenkomsten met beperkte looptijd te sluiten, met de enige



bedoeling om te ontkomen aan de billijke vergoeding waarop de concessiehouder recht heeft ingevolge een dwingende bepaling van het normalerwijze toepasselijk Belgische recht, "dat bij gebrek aan 'geveinsde elementen van vreemdelingschap' geen sprake kan zijn van bedrieglijke toepassing van de wet" en "dat het evenmin bedrieglijk is te hebben voorzien in verschillende opeenvolgende overeenkomsten met beperkte looptijd die stilzwijgend verlengd konden worden, in zoverre die werkwijze toegestaan is in het Italiaanse recht", het in het algemeen rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit* vervatte, wettelijk begrip bedrieglijke toepassing van de wet miskent:

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het bestreden arrest, op grond van de in het middel weergegeven redenen, uitsluit dat de door eisers aangevoerde omstandigheden, ook al worden ze in hun geheel beschouwd, kunnen wijzen op het bestaan van een bedrieglijke toepassing van de wet en aldus de in het onderdeel bedoelde conclusie van eiseres beantwoordt en derhalve zijn beslissing naar recht verantwoordt;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het bestreden arrest vaststelt "dat de eerste (van de acht) overeenkomst(en) (tussen de partijen) aan (eiseres) een niet exclusieve concessie verleende voor het Belgisch grondgebied, terwijl de volgende zeven overeenkomsten betrekking hebben op een exclusieve concessie voor het grondgebied van Luxemburg gedurende het jaar 1996" en dat die overeenkomsten "betrekking hadden op dezelfde economische activiteit : de distributie op de Belgische en Luxemburgse markt van de moto's van het merk Ducati";

Dat het oordeelt "dat, in zoverre de maatschappelijke en exploitatiezetel, de algemene, commerciële en financiële directie van (verweerster) zich in Italië bevinden waar de producten gefabriceerd worden die door (eiseres) in België worden gedistribueerd, (verweerster), zonder bedrieglijke toepassing van de wet, kan bedingen dat, gelet op de voorrang van het internationaal recht, alleen de rechtbanken te Bologna bevoegd zijn (...); dat de concessieverlener terecht alle geschillen betreffende de internationale distributie van zijn producten wil voorleggen aan een Italiaanse rechter (...); dat de werkwijze van (verweerster) niet oneerlijk, ongewoon of kunstmatig is";

Dat het bestreden arrest, aangezien het aldus uitsluit dat het element van vreemdelingschap, op grond waarvan de partijen een vreemd rechtscollege kunnen kiezen, geveinsd is, zijn beslissing dat er geen sprake is van bedrieglijke toepassing van de wet en dat het litigieuze beding effect kan sorteren, naar recht verantwoordt;

Dat het onderdeel niet aangenomen kan worden;

OM DIE REDENEN,

Verwerpt de voorziening;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

Aldus geoordeeld door het Hof van Cassatie, eerste kamer, te Brussel, door waarnemend voorzitter Parmentier, de raadsheren Echement, Storck, Mathieu, Matray, en in openbare terechtzitting van eenentwintig juni tweeduizend en een uitgesproken door waarnemend voorzitter Parmentier, in aanwezigheid van advocaat-generaal Henkes, met bijstand van griffier Massart.

Vertaling opgemaakt onder toezicht van afdelingsvoorzitter Boes en overgeschreven met assistentie van griffier Van Geem.



Hof van Beroep Gent, arrest van 28 januari 2004

EEX-verdrag – internationale bevoegdheid – 1. artikelen 13 en 14 – lening op afbetaling – 2. artikel 6, 1 – noodzaak aan samenhang in de zin van artikel 22 – verhouding met artikelen 13 en 14 – 3. artikel 5, 1 – verweeder met woonplaats in Groothertogdom Luxemburg

Convention de Bruxelles – compétence inetrnationale – 1. articles 13 et 14 – prêt à tempérament – 2. article 6, 1 – nécessité de connexité au sens de l'article 22 – relation avec les articles 13 et 14 – 3. article 5, 1 – défendeur domicilié au Grand-Duché de Luxembourg

In de zaak met het rolnr. 2002/AR/1314 van:

BBL nv, (...)

appellante tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brugge, op tegenspraak gewezen door de vijfde kamer dd. 12-3-2002, oorspronkelijk eiseres, hebbende als raadslieden mr. SOETE Gérard en mr. AMPE Geert, beiden advocaat te 8400 Oostende, Kerkstraat 8 bus 1;

tegen:

1. bvba B., met zetel te 8400 Oostende(...),

2. I. B., (...), wonende te 9709 Clervaux (Groot-hertogdom Luxemburg), (...),

3. G.B., (...), wonende te 9709 Clervaux (Groot-Hertogdom Luxemburg), (...),

4. M.P., (...), wonende te 9709 Clervaux (Groot-Hertogdom Luxemburg), (...),

geïntimeerden, oorspronkelijk verweerders, hebbende als raadsman mr. ARNOU Patrick, advocaat te 8210 Zedelgem, Burg. Jos Lievensstraat 12;

velt het Hof het volgend arrest.

(...)

1. De eerste rechter heeft op p. 2 tot 4 van het bestreden vonnis een volledig overzicht gegeven van de verschillende vorderingen lastens geïntimeerden in het inleidend exploit van appellante; vorderingen welke nadien m.b.t. de gevorderde rentevoeten door appellante beperkt werden aangepast op p. 7 van haar conclusies ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg neergelegd op 20-12-2001. Het volstaat thans dat het Hof daarnaar verwijst.

De vorderingen van appellante zijn gesteund

- wat eerste geïntimeerde betreft: op diverse toegestane kredieten, waarbij de verbintenissen van eerste geïntimeerde op datum van 30-1 0-2000 opeisbaar werden gesteld wegens terugbetalingsachterstand niettegenstaande herhaalde ingebrekestellingen;
- wat tweede tot vierde geïntimeerden betreft: op hun hoofdelijke en ondeelbare borgstelling voor alle verbintenissen die eerste geïntimeerde ten aanzien van appellante op zich heeft genomen, maar voor ieder van hen beperkt tot €52.057,64 (2.100.000 BEF);
- wat tweede geïntimeerde betreft: op eigen verbintenissen naast haar borgstelling die op datum van 22-9-2000 opeisbaar werden gesteld;
- wat derde en vierde geïntimeerde betreft: op eigen verbintenissen, naast hun borgstelling die op datum van 6-4-2000 en 10-8-2000 opeisbaar werden gesteld.



2. De eerste rechter heeft de vordering van appellante zoals ingesteld tegen eerste geïntimeerde enerzijds en tweede tot en met vierde geïntimeerden anderzijds in hun hoedanigheid van borg voor de verbintenissen van eerste geïntimeerde ontvankelijk en dermate gegrond verklaard dat geïntimeerden solidair werden veroordeeld om aan appellante het bedrag te betalen van:

(...)

De overige vorderingen van appellante werden onontvankelijk verklaard wegens gebrek aan samenhang.

Tenslotte werden geïntimeerden solidair veroordeeld in de kosten van het geding.

3.1. Appellante kan zich volgens haar beroepsakte niet verzoenen met het bestreden vonnis aangezien de eerste rechter de interestregeling verkeerd beoordeelde van

- de rekening-courant (...);
- de lening op afbetaling (...);
- de belastingsleningen REVOLVING.

Door dit beperkt hoger beroep streeft zij in huidige aanleg de veroordeling van geïntimeerden na om haar solidair het bedrag te betalen van:

(...)

3.2. Bij conclusies stelden geïntimeerden tegen het bestreden vonnis incidenteel beroep in omdat

a) waar de eerste rechter de in het inleidend exploit tegen eerste geïntimeerde gestelde vorderingen evenals de daarmee wegens borgstelling samenhangende vorderingen tegen tweede tot en met vierde geïntimeerden ontvankelijk heeft verklaard en de overige vorderingen, gesteund op eigen verbintenissen van tweede en derde/vierde geïntimeerden, wegens gebrek aan samenhang heeft afgewezen als onontvankelijk, hij overeenkomstig art. 701 Ger.W. in werkelijkheid alle door appellante in één en hetzelfde exploit gestelde vorderingen had moeten afwijzen als onontvankelijk, minstens ontoelaatbaar.

b) subsidiair:

- alleen de eerste vordering van appellante tegenover eerste geïntimeerde ontvankelijk zou kunnen worden verklaard, nl. deze uit de rekening nr. (...) die door de eerste rechter werd toegekend voor een bedrag van €13.473,98 (543.539 BEF),
- de gehoudenheid van tweede tot en met vierde geïntimeerden tot deze schuld dient te worden beperkt;
- alle andere vorderingen van appellante tegenover geïntimeerden evenzeer dienen te worden afgewezen als onontvankelijk, minstens ontoelaatbaar.

c) nog meer subsidiair het bestreden vonnis dermate moet worden gewijzigd dat

- over de eerste vordering van appellante niet wordt geoordeeld zolang die een in conclusies van geïntimeerden omschreven uittreksel van de rekening-courant niet heeft overgelegd, en verder de interestvoet op het kapitaalsgedeelte van deze schuldvordering enkel wordt bepaald op de nog aan te tonen basisrentevoet, vermeerderd met 4%,
- met betrekking tot de tweede vordering van appellante de door de eerste rechter bepaalde rentevoet van 5,10% enkel gelding heeft op een bedrag van €1.676,21 (67.618 BEF);
- de beslissing van de eerste rechter voor wat betreft de derde en vierde vordering van appellante bevestigd wordt.

d) alleszins de kosten van het geding in eerste aanleg dienen worden gelegd ten laste van appellante, minstens dienen te worden omgeslagen.

3.3. Bij conclusies in hoger beroep vordert appellante de niet-toelaatbaarheid, niet-ontvankelijkheid dan wel de volledige ongegrondheid van het incidenteel hoger beroep.

(...)



6. Wat de cumulatie van vorderingen in het inleidend exploit betreft.

6.1. Overeenkomstig art. 701 Ger.W. kunnen samenhangende eisen tussen minstens twee partijen hetzij afzonderlijk — in functie van de bevoegdheidsregelen — bij eenzelfde dan wel bij meerdere rechters, hetzij bij éénzelfde akte bij één rechtscollege worden ingesteld.

Het begrip samenhang wordt verduidelijkt onder art. 30 Ger.W. Samenhang veronderstelt een dermate nauw onderling verband tussen de diverse vorderingen dat het wenselijk is ze samen te behandelen en te berechten teneinde oplossingen te vermijden die onverenigbaar zouden kunnen zijn wanneer ze afzonderlijk werden beslecht.

De appreciatie van samenhang wordt aan de vrije beoordeling van de feitenrechter overgelaten, en dit ongeacht het voorwerp of de oorzaak waarop de vorderingen betrekking hebben, of de identiteit van de gedingvoerende partijen.

Een ruime welbegrepen interpretatie van de notie “samenhangende vorderingen” volgt uit de omstandigheid dat de maatstaf die voor samenhang in de zin van art. 30 Ger.W. moet gehanteerd worden een procesrechtelijke en niet een materieelrechtelijke moet zijn. De opname van het begrip ‘samenhang’ pleit daar juist voor.

Samenhang in zijn processuele betekenis kan het best vertaald worden als doelmatigheid.

Appellante kan dan ook worden bijgetreden waar zij argumenteert dat een doelmatige behandeling van zaken rechtvaardigt dat verschillende vorderingen waarin identieke of gelijklopende (rechts)vragen aan de orde gesteld worden, samen voor de rechter worden gebracht. Tijd, geld en moeite worden partijen en de rechter gespaard. Op voorwaarde dat deze samenvoeging een behoorlijke procesgang niet in de weg staat en de rechten van de wederpartij hierdoor niet in haar redelijke belangen wordt geschaad, kan er geen redelijk bezwaar worden aangevoerd tegen de gelijktijdige, gezamenlijke inleiding en behandeling van gelijkaardige zaken. Dergelijke processuele interpretatie dient de proceseconomie en ongetwijfeld ook de goede werking van het gerecht als openbare dienst.

Bekeken vanuit een proceseconomische context zal art. 701 Ger.W. er derhalve toe bijdragen om de inleiding van samenhangende procedures te vereenvoudigen, een vlotte rechtsbedeling te bewerkstelligen en meteen overtollige en nutteloze kosten te vermijden. Een vlotte rechtsbedeling en proceseconomie via een soepele interpretatie van het begrip ‘samenhang’ in art. 701 Ger.W. blijkt trouwens de bedoeling te zijn geweest bij de totstandkoming van het Gerechtelijk Wetboek (Van Reepinghen, *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, Brussel, Belg. Stbl., 1964, p. 54-55; rapport de Baeck, Pasin., Brussel, uitg. Bruylant, 1967, p. 855).

Naar het oordeel van het Hof bestond er in het licht van bovenstaande beginselen tussen de door appellante tegen geïntimeerden gestelde vorderingen in principe voldoende samenhang opdat die in één en hetzelfde exploit aan het oordeel van de eerste rechter konden worden onderworpen.

Nochtans moet evenzeer rekening worden gehouden met de grens van die voornoemde doelmatigheid, welke gevormd wordt door het verbod om misbruik te maken van het voorschrift van art. 701 Ger.W. teneinde de bevoegdheids- en aanlegregelen te ontwijken, vooral wanneer hetzij de door de eiser aangesproken rechter geen rechtsmacht heeft om van één of meerdere van de gecumuleerde vorderingen kennis te nemen, hetzij wanneer de van openbare orde zijnde uitsluitende bevoegdheid van een rechtscollege in het gedrang komt. In dat geval kan er geen sprake zijn van samenhang in de zin van art. 701 Ger.W.

6.2.1. Te dezen dient het Hof vast te stellen dat — aangezien tweede, derde en vierde geïntimeerden ten tijde van het inleidend exploit gedomicilieerd waren in Luxemburg, de eerste rechter gelet op art.



13, 2° en 14, 2° lid EEX-Verdrag 27-9-1968 over geen rechtsmacht beschikte om kennis te nemen van de hierna volgende vorderingen van appellante:

- de vordering tegen tweede geïntimeerde in betaling van €7.812,41 meer intresten, wegens de lening op afbetaling nr. (...);
- de vordering tegen derde en vierde geïntimeerden in betaling van €6.550,93 meer intresten wegens de lening op afbetaling nr. (...);

Tevergeefs verwijst appellante naar art. 6.1 EEX-Verdrag dat bepaalt dat in een zaak met meer dan één verweerder, allen door de eiser kunnen worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats van één hunner, aangezien voor de toepassing van deze verdragsbepaling vereist is dat tussen de verschillende rechtsvorderingen, die door eenzelfde eiser tegen verschillende verweerders wordt ingesteld, het verband bestaat dat wordt aangewezen in art. 22 EEX-Verdrag, nl. een zodanig verband dat de desbetreffende rechtsvorderingen gezamenlijk moeten worden berecht teneinde te vermijden dat bij een afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare uitspraken worden gedaan. Deze regeling is verschillend van deze van art. 30 Ger.W. (zie punt 6.1.)

Een dergelijk gevaar bestaat te dezen niet. Appellante toont evenmin aan dat de ontleende gelden bestemd waren voor een beroepsmatig of bedrijfsmatig gebruik.

6.2.2. Doch de eerste rechter had evenmin rechtsmacht om kennis te nemen van:

- de vordering tegen tweede geïntimeerde in betaling van €2.767,16 te vermeerderen met rente uit hoofde van een doorlopende reserve in de rekeningnr. (...);
- de vordering tegen derde en vierde geïntimeerden in betaling van €6.873,91 meer rente uit hoofde van een doorlopende reserve in de rekening nr. (...);
- de vordering tegen derde en vierde geïntimeerden in betaling van €467,65 meer interesten uit hoofde van een debetstand op de lopende rekening nr. (...)

Het art. 5.1. EEX-Verdrag voorziet weliswaar dat de verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende Staat, in een andere verdragsluitende Staat, nl. voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden, kan worden opgeroepen, maar die verdragsbepaling wordt buiten spel gezet voor de inwoners van Luxemburg.

Het art. 1 van het Protocol toegevoegd aan het EEX-Verdrag voorziet immers dat ieder die in Luxemburg woonplaats heeft, en die met toepassing van art. 5.1. voor een gerecht van een andere Verdragsluitende Staat is opgeroepen, de bevoegdheid van dit gerecht kan afwijzen. Afwijzing die voor de eerste rechter door tweede tot vierde geïntimeerden, gedomicilieerd in Luxemburg, heeft plaats gevonden.

6.3. Aangezien de eerste rechter derhalve over geen rechtsmacht beschikte om kennis te nemen van de vorderingen hierboven vermeld onder 6.2.1. en 6.2.2., heeft hij die vorderingen terecht niet ontvankelijk verklaard.

6.4. Dat betekent echter niet dat de andere door appellante in haar inleidend exploit gestelde vorderingen eveneens door onontvankelijkheid of ontoelaatbaarheid zouden zijn aangetast.

Het ontbreken van samenhang in de zin van art. 701 Ger.W. tussen de verschillende in eenzelfde exploit voor dezelfde rechter gebrachte vorderingen kan immers nooit grond vormen voor niet-toelaatbaarheid of voor de niet-ontvankelijkheid van alle dan wel een of meerdere van de gecumuleerde vorderingen, maar in voorkomend geval wel voor de splitsing van het geding over verschillende jurisdicties.

Aangezien art. 701 Ger.W. niet voorziet in een sanctie, bestaat de meest adequate sanctie bij miskenning van dat wetsartikel, waardoor tevens de relatieve autonomie wordt gerespecteerd welke de



diverse vorderingen zelfs bij samenvoeging behouden, er immers in om de eisende partij het voordeel te ontnemen dat hij zich onrechtmatig door de cumulatie heeft willen verwerven (tot deze oplossing komt, minstens impliciet, ook het Hof van Cassatie in een arrest van 17-9-1981, gepubliceerd in Arr. Cass. 1981-82, 92).

De verschillende eisen dienen dan, hetzij door de oorspronkelijk aangesproken rechter verder te worden behandeld, hetzij indien deze niet bevoegd is om van alle samen aanhangig gemaakte vorderingen kennis te nemen, bij andere jurisdicties op de algemene rol te worden ingeschreven tegen kwijting van het rolrecht.

Uiteraard lijden deze beginselen — zoals te dezen — uitzondering, wanneer de Belgische overheidsrechtbanken over geen rechtsmacht beschikken om van één of meerdere van de gecumuleerde vorderingen kennis te nemen.

6.5. Wegens de hierboven sub 6.1. besproken redenen van doelmatigheid en proceseconomie heeft de eerste rechter terecht samenhang aanvaard tussen de andere vorderingen van appellante gericht tegen en eerste geïntimeerde en tweede tot vierde geïntimeerden in hun hoedanigheid van borgstellers voor de schulden van eerste geïntimeerde.

Het valt toch niet ernstig te betwisten dat alle schulden van een handelsvennootschap aan een bankinstelling, die zijn ontstaan op verschillende tijdstippen en tegen onderscheiden contractuele voorwaarden wegens diverse leningen en een niet-aangezuiverd debetsaldo van een rekening-courant, in de zin van art. 701 Ger.W. voldoende samenhang vertonen, en dat deze samenhang ook aanwezig is met betrekking tot de vorderingen van appelante tegen degenen die zich geheel of gedeeltelijk borg hebben gesteld voor die voornoemde schulden.

(...)

OM DEZE REDENEN,
HET HOF,

Gelet op art. 24 der wet van 15-6-1935,

Recht doende op tegenspraak,

Alle meer omvattende en/of anders luidende conclusies en/of grieven verwerpend als niet dienend,

Verklaart het oorspronkelijk en uitgebreid hoger beroep van appellante ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

Verklaart het incidenteel beroep van geïntimeerden ontvankelijk doch ongegrond;

(...)

Veroordeelt geïntimeerden solidair in de kosten van het hoger beroep, (...)

Aldus gewezen en uitgesproken ter openbare terechtzitting van het Hof van Beroep te Gent, de twaalfde kamer, recht doende in burgerlijke zaken, op heden 28 januari 2004.

Aanwezig:

- Emiel Teirlinck, raadsheer, wn. Voorzitter;
- Joseph Baudrez, raadsheer;
- Alexander Deene, raadsheer;
- Bart De Wilde, griffier.



Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout, vonnis van 25 februari 2003¹

Arbitrage – de aangeduide arbiter is een expert – bevoegdheden en taken van de arbiter

Arbitrage – l'arbitre désigné est un expert – pouvoirs et devoirs de l'arbitre

Zaak A.R. 02/447/A

(...)

Gezien de inleidende dagvaarding de dato 13 maart 2002 betekend door het ambt van gerechtsdeurwaarder V. met standplaats te Antwerpen.

Gehoord ter openbare zitting van 28 januari 2003 partijen in hun middelen en besluiten bij monde van hun respectievelijke raadslieden.

De vordering strekt tot vernietiging van de scheidsrechtelijke uitspraak de dato 14 december 2001 en de dato 18 februari 2002.

De vordering werd regelmatig ingesteld en is ontvankelijk.

Partijen legden een verzoekschrift tot vrijwillige verschijning neer bij de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout ten einde een arbiter aan te stellen.

Volgens de versie van de beide partijen werd de Voorzitter verzocht als arbiter iemand aan te stellen die expert was in het specifieke vak van de bouwkunde, dit ten einde te vermijden dat de scheidsrechter zelf een beroep zou moeten doen op een expert.

Bij beschikking de dato 12 juli 2001 werd de Heer V. als arbiter aangesteld.

De eerste vergadering met de arbiter vond plaats op 26 September 2001. Hij zou, na het horen van de partijen, eerst een "verslag" opmaken opdat daarover tussen partijen zou kunnen worden onderhandeld.

Bij schrijven de dato 10 oktober 2001 stuurt de arbiter een verslag met als titel "DESKUNDIG VERSLAG ARBITRAGE".

Er wordt in het begeleidend schrijven uitdrukkelijk gesteld: "Het ontwerpverslag in deze arbitrage kan ik U overmaken".

Er wordt een termijn om te reageren verleend tot 25 oktober 2001 die op verzoek van de beide partijen werd verlengd tot 12 november 2001.

Er zouden problemen zijn geweest in verband met de taal (Frans) waarna de arbiter antwoordde dat hij deze taal voldoende kende.

Hij voegde eraan toe dat hij er geen bezwaar tegen had een vertaling van de teksten (de rechtspleging moest uiteraard in het Nederlands worden gevoerd) in het Frans aan eiser te bezorgen, op kosten van eiser. Blijkbaar is deze hierop niet ingegaan.

¹ Zie de noot van Maud PIERS in dit nummer, blz. 58.



Op 19 november 2001, dus na het verstrijken van voornoemde termijn (die verliep op 12 november 2001) werden door eiser opmerkingen geformuleerd.

Bij schrijven de dato 14 december 01 verzendt de scheidsrechter dan zijn uitspraak die bestaat uit:

- a. de arbitrale beslissing zelf;
- b. de honorariumstaat;
- c. het "aanvullend verslag van 10/12/01 - arbitrage"

Op 21 december 2001 worden de partijen in kennis gesteld van de neerlegging van de arbitrale uitspraak ter Rechtbank.

Eiser schreef op 10 januari 2002 dat hij een verbetering van de beslissing zou vragen.

Op 12 februari 2002, meer dan een maand nadat eiser het verzoekschrift had overgemaakt aan de scheidsrechter, schreef de raadsman van eiser dat opnieuw aanvullende opmerkingen in aantocht zijn. Verweerder reageerde op 14 februari 2002 tegen deze gang van zaken: het zou niet de bedoeling mogen zijn de ganse zaak terug te behandelen.

Op 14 februari 2002 deelde de arbiter mee dat nog steeds briefwisseling aan hem werd verstuurd en dat zijn beslissing op 18 februari 2002 zou worden neergelegd. Op verzoek van eiser verlengt hij de termijn om te reageren tot 20 februari 2002. Verweester protesteert hiertegen door te verwijzen naar artikel 1702 bis, 2 van het Gerechtelijk Wetboek dat bepaalt dat de arbiter, indien hij ingaat op een verzoek tot uitlegging of verbetering van zijn uitspraak, hij binnen de 30 dagen uitspraak doet. De scheidsrechter gaat hierop in (alhoewel hij de mogelijkheid had de termijn te verlengen) en legt zijn beslissing neer op 18 februari 2002.

Op dezelfde dag maakte eiser nog opmerkingen over (die in het vooruitzicht waren gesteld). Bij schrijven de dato 5 maart 2002 laat de arbiter dan weten dat de opmerkingen, inbegrepen de opmerkingen van eiser de dato 18 februari 2002 niet van aard zijn om zijn beslissing te wijzigen.

Nietigheid van de dagvaarding:

Verweester houdt voor dat de dagvaarding nietig is omdat eiser niet woont op het aangegeven adres. Het blijkt dat eiser nog steeds zijn domicilie heeft en ingeschreven staat op het adres, vermeld in de dagvaarding. De dagvaarding is dus niet nietig.

De schade die verweester beweert te lijden, betreft trouwens enkel de uitvoering, niet de huidige procedure.

Ten gronde:

De gronden waarop eiser zich steunt om de nietigverklaring te bekomen van de scheidsrechterlijke uitspraken zijn:

1. Machtsoverschrijding:

De arbiter zou zijn bevoegdheid te buiten zijn gegaan en zijn opgetreden als deskundige daar waar hij als arbiter werd aangesteld. Er wordt verwezen naar de "verslagen" waarop staat vermeld: verslag. Eiser verliest uit het oog dat steeds eraan wordt toegevoegd: ARBITRAGE. Ook in het begeleidend schrijven wordt verwezen naar de arbitrage. Eiser verliest ook uit het oog dat aan de Voorzitter werd gevraagd dat een expert in de bouwkunde werd aangesteld.

De aangeduide scheidsrechter heeft dus de hoedanigheid van expert. Het ligt voor de hand dat hij uit zijn eigen bekwaamheden put om eerst te pogen tot een oplossing te komen, nadien om zijn uitspraak te doen.

Uiteindelijk hebben partijen zelf daarom verzocht teneinde te vermijden dat de arbiter een beroep zou moeten doen op derden.

Er werden tal van technische opmerkingen geformuleerd, waarop de arbiter, in zijn kwaliteit terzake, zelf kon antwoorden.



Het is juist om die reden dat hij werd aangesteld en niet bijvoorbeeld een jurist.

Zelfs wanneer de arbiter zich dan soms zou verschrijven en vermelden: verslag, zonder verwijzing naar de arbitrage, betreft dit een materiële vergissing. Zij is van geen enkele invloed op de uitspraak zelf van de scheidsrechter. Terzake dient trouwens te worden vastgesteld dat eiser zelf ook spreekt van verslagen en dergelijke en dus ook dezelfde materiele vergissingen begaat die hij thans aan de scheidsrechter verwijt.

Het eerste "verslag" werd aan de partijen verstuurd ten einde mogelijk tot een regeling te komen. Dit kadert volledig in de opdracht van de arbiter die eerst een oplossing tussen partijen kan nastreven.

De arbiter heeft zich dus zeker geen functie toegeëigend en van enige machts- of bevoegdheidsverschrijding is geen sprake.

Hij is deskundige en heeft van deze deskundigheid gebruik gemaakt – wat uitdrukkelijk de bedoeling van partijen was – om tot zijn uitspraak te komen. Terzake dient trouwens te worden verwezen naar het feit dat de arbiter tussenvonnissen kan vellen: artikel 1699 van het Gerechtelijk Wetboek voorziet uitdrukkelijk dat het scheidsgerecht eindbeslissingen of beslissingen alvorens recht te doen in een of meerdere uitspraken geeft. Wanneer in casu dus de arbiter een zgn. verslag verstuurt, kan dit worden beschouwd als een tussenvonnis tot heropening der debatten waarbij partijen wordt toegelaten standpunt in te nemen betreffende bepaalde punten.

In casu gaat het dan om het standpunt betreffende het zgn. verslag. Partijen werd een termijn verleend om opmerkingen te verlenen. De werkwijze van de scheidsrechter is dus volkomen correct verlopen.

2. Gebrek aan motivering

Het gebrek aan motivering wordt afgeleid uit het feit dat de arbiter in zijn eindvonnis, dat volgens eiser zeer kort is, verwijst naar de voorgaanden. Zoals reeds vermeld, kan een scheidsrechter een tussenvonnis vellen. Dit vonnis maakt dan deel uit van de procedure.

Het is geenszins nodig om in een eindvonnis alle overwegingen van het tussenvonnis terug over te nemen.

Dit zou trouwens de leesbaarheid en verstaanbaarheid van het eindvonnis niet ten goede komen.

Er mag trouwens niet uit het oog verloren worden dat in het kader van een arbitrage, de mondelinge uiteenzettingen van groot belang zijn.

Er wordt meer aandacht besteed aan het streven naar een oplossing tussen partijen dan bij een gewone rechterlijke procedure.

In de zgn. voorverslagen van de arbiter, waarnaar in de uitspraak wordt verwezen, worden de standpunten van de partijen uitvoerig uiteengezet en punt voor punt beantwoord.

Deze zgn. voorverslagen maken deel uit van de arbitrale procedure zodat in de einduitspraak hiernaar kan worden verwezen.

Dat daardoor ook het argument van eiser vervalft dat de arbiter niet zou hebben aangeduid hoe hij tot zijn eindbeslissing is gekomen.

Wanneer men de beslissing in zijn geheel leest, dus inbegrepen "de verslagen" waarnaar in de uitspraak wordt verwezen, is de motivering zoals die door de arbiter werd gevolgd, wel degelijk aangegeven.

Ook hier kan worden verwezen naar de gewone rechterlijke procedure. Wanneer in een tussenvonnis een deskundige wordt aangesteld en deze zijn verslag heeft neergelegd, dient de Rechter in zijn eindvonnis:

- niet zijn overwegingen van het tussenvonnis over te nemen;
- niet het ganse deskundige verslag over te nemen.



3. Rechten van verdediging:

De rechten van eiser zouden zijn geschonden doordat geen rekening werd gehouden met zijn opmerkingen de data 18 februari 2002 omdat de arbiter op die datum zijn uitspraak reeds had neergelegd. Het Gerechtelijk Wetboek voorziet dat de arbiter binnen de 30 dagen uitspraak doet over een verzoek tot verbetering van de uitspraak. Hij kan deze termijn verlengen.

In casu heeft hij zich aan de oorspronkelijke termijn gehouden, waartoe hij volkomen gerechtigd was. Het betreft hier een eigen bevoegdheid van de arbiter.

Trouwens dient te worden opgemerkt dat tijdens de procedure de arbiter heeft rekening gehouden met opmerkingen van eiser die duidelijk buiten de termijn werden neergelegd (cfr. supra: chronologie der feiten).

Tenslotte toont eiser niet aan dat de beweerdde schending van de rechten van de verdediging door de uitspraak neer te leggen voor laattijdig geformuleerde opmerkingen van aard zijn om de uitspraak te wijzigen, met andere woorden of er een causaal verband bestaat tussen de beweerdde schending van de rechten van verdediging en de uitspraak.

Bij lezing van de opmerkingen de dato 18 februari 2002 van eiser blijkt dat steeds weer reeds vroeger aangehaalde argumenten naar voor worden gebracht. Hiervan werd door de arbiter dus reeds lang kennis genomen en hij heeft hiermee kunnen rekening houden om tot zijn uitspraak te komen.

De deskundige schrijft trouwens zelf dat: "*de briefwisseling die mij in deze nog is toegekomen, blijkt niet van aard om de scheidsrechterlijke beslissing te wijzigen.*"

Ook dit argument van eiser dient te worden verworpen.

4. Tegenstrijdige motivering

De tegenstrijdigheid zou erin bestaan dat enerzijds de arbiter stelt dat geen saldo aan verweerster meer verschuldigd is terwijl uiteindelijk eiser toch nog een bedrag aan verweerster dient te betalen.

Het betreft hier vanwege eiser duidelijk een spelen met woorden.

Dat geen saldo meer verschuldigd is, betreft enkel en alleen dat uit hoofde van de bouwwerken eiser niets meer dient te betalen.

Dat eiser uiteindelijk toch nog tot betaling van een bedrag is gehouden, vloeit voort uit het feit dat een waarborg werd gesteld. Van deze waarborg worden herstellingskosten en minwaarde afgetrokken zodat van de waarborg nog een saldo ten voordele van verweerster overblijft. De arbiter heeft mogelijk een ongelukkige formulering gekozen.

De waarborg is reeds gesteld zodat inderdaad in feite eiser niets dient te betalen. Anderzijds dient de waarborg te worden vrijgegeven.

Waar deze waarborg dient gesplitst te worden, enerzijds ter dekking van door verweerster te dragen kosten, anderzijds een deel dat terug aan verweerster toekomt, is het juist dat de waarborg niet volledig aan eiser toekomt maar dat een deel aan verweerster dient te worden gestort. Uit de lezing van de uitspraak in zijn geheel blijkt zeer duidelijk de bedoeling van de arbiter die ten gronde correct is. Op geen enkele manier kan de motivering van de beslissing van de arbiter als tegenstrijdig worden beschouwd.

Een tweede tegenstrijdigheid wordt afgeleid uit de passus waarin wordt gesteld: "*...de oorzaak van de problemen gaat terug niet alleen naar de hoogte van de dorpels maar eveneens naar de hoogte van de welfsels in het bestaande gebouw. Wanneer de aannemer van bij de aanvang een controle-opening had gemaakt in de muur, waar de doorgang zou gerealiseerd worden, dan ware ook het probleem eerder onderkend, eerder ontdekt.*"

Kan de bouwheer niet begrijpen dat de hoogte van de welfsels in het oude deel voor de aannemer ook een verrassing is geweest."



De scheidsrechter verwijst hier zeer duidelijk naar de aansprakelijkheid van degene die instaat voor het concept en de coördinatie van de werken. Hij stelt immers dat het voor de aannemer "ook" een verrassing is geweest. De arbiter houdt terecht rekening met het feit dat het gaat om het verbouwen van een bestaande woning wat steeds specifieke problemen meebrengt die niet op de aannemer kunnen worden afgewenteld.

Een tegenstrijdigheid kan hierin niet gevonden worden.

Het komt de Rechtbank voor dat B. via elementen die de grond van de zaak raken, de vernietiging wil uitlokken van de beslissing van de scheidsrechter.

Er is dus geen enkele grondslag aanwezig om de arbitrale uitspraak te vernietigen. Zij werd grondig en uitgebreid gemotiveerd.

Er werd met alle opmerkingen rekening gehouden, ook met die welke laattijdig werden geformuleerd. In de einduitspraak worden niet de voorgaanden hernomen, wat de leesbaarheid en begrijpbaarheid van de uitspraak enkel ten goede komt. De vordering is ongegrond.

5. Tegeneis:

Zoals reeds vermeld, komt het de Rechtbank voor dat eiser via argumenten ten gronde de vernietiging van de uitspraak wenst te bekomen.

Ook tijdens de procedure van arbitrage blijkt de houding van de bouwheer niet bepaald constructief te zijn geweest.

Nadat een uitspraak tussenkwam, werd een verbetering gevraagd, waarbij opnieuw argumenten ten gronde worden aangevoerd.

De Rechtbank is van oordeel dat eiser op roekeloze wijze is opgetreden. De schade wordt geraamd op 1.500 Euro.

Voor zover als nodig, stelt de Rechtbank vast dat er geen reden is om huidig vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

OM DEZE REDENEN,

(...)

DE RECHTBANK, vonnissende op tegenspraak, alle andere en verderstreckende conclusies verwerpende.

Verklaart de vordering op hoofdeis ontvankelijk doch ongegrond.

Verklaart de tegeneis ontvankelijk en gegrond (...)

D.d. 25 februari 2003 - Turnhout

Zet. : G. Gilles (alleenzetelend)

Pl. : Mrs. C. Poplemont loco I Jodocy en J. Voet.



Tribunal de première instance Bruxelles, référé, jugement du 22 janvier 2003

Règlement Bruxelles II – compétence internationale – action en divorce – mesures provisoires (art. 1280 CJ) – article 11 règlement Bruxelles II – litispendance

Brussel II Vo – internationale bevoegdheid – vordering tot echtscheiding – voorlopige maatregelen (art. 1280 Ger. W.) – artikel 11 Brussel II Vo – aanhangigheid

N° 2002/1702/C

Dans cette cause, il est conclu et plaidé en français à l'audience publique du 10 décembre 2002.

Après délibéré le président du tribunal de première instance rend l'ordonnance suivante:

(...)

L'action a pour objet le règlement des mesures provisoires relatives à une demande en divorce pour cause de séparation de fait de plus de deux ans introduite par la partie demanderesse par citation du 25 septembre 2002.

Les parties se sont mariées à Rennes (France) en 1994 et ont eu une fille, Margaux, née en 1995. Les parties sont séparées de fait depuis le 29 janvier 1997. La défenderesse réside actuellement en France avec Margaux.

La défenderesse a déposé une requête en divorce à l'amiable en France le 5 février 2002. A la suite du refus du demandeur de poursuivre cette procédure la défenderesse a déposé une requête en divorce devant le tribunal de grande instance de Rennes, le 7 juin 2002. Le demandeur n'ayant pas été chercher sa convocation le juge des affaires familiales a rendu une ordonnance par défaut (30 septembre 2002) selon laquelle il ordonne qu'il soit procédé à la citation du demandeur pour l'audience du 9 décembre 2002. A l'audience du 10 décembre 2002 la défenderesse a exposé que le juge des affaires familiales avait pris l'affaire par défaut, confirmant ainsi sa compétence et que le jugement était attendu pour la mi-décembre.

A l'audience du 10 décembre 2002, les parties limitent leurs débats au déclinatoire de compétence soulevé par la défenderesse.

L'instance en référé introduite sur pied de l'article 1280 du Code judiciaire suppose une demande relative au fond du litige qui oppose les parties et qui vise à obtenir le divorce. Le juge des référés n'est dès lors compétent pour connaître des mesures provisoires, en vertu de l'article 1280 du Code judiciaire qu'en raison de la compétence matérielle et territoriale du tribunal saisi du fond du litige. S'il n'appartient pas au juge des référés de statuer sur la compétence du juge du fond, il ne peut lui être reproché d'avoir préjugé du fond s'il constate qu'il existe des apparences suffisantes de ce que le tribunal saisi du fond du litige n'est manifestement pas compétent et qu'il en déduit qu'il n'y a pas lieu à statuer sur les mesures provisoires.



La défenderesse considère que les juridictions belges ne sont pas compétentes pour connaître de la procédure en divorce introduite par le demandeur dans la mesure où une procédure en divorce a été introduite antérieurement en France.

La requête en divorce a été déposée devant le juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande instance de Rennes le 7 juin 2002 et la citation en divorce devant ce même tribunal a été signifiée le 25 septembre 2002.

Le demandeur soutient que, conformément aux articles 112, 665 et 693 du nouveau code de procédure civil français, la requête en divorce introduite en France par la défenderesse serait nulle compte tenu du fait qu'elle a été signifiée à une adresse erronée. Il soutient d'ailleurs que c'est pour cette raison qu'il a fait défaut. Il considère dès lors que la procédure introduite en France est radicalement viciée en raison de la nullité de la requête en divorce déposée par la défenderesse et que les tribunaux belges sont dès lors compétents.

Les litiges portant sur la dissolution, le relâchement ou l'annulation du lien matrimonial proprement dit sont régis par le Règlement CE n° 1347/2000 du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale des enfants communs dit règlement dit de "Bruxelles II" (et non pas par le Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 dit de "Bruxelles I");

La question de la litispendance internationale est réglée par l'article 11 de ce Règlement qui dispose:

"1. Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'Etats membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

2. Lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage, n'ayant pas le même objet ni la même cause, sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'Etats membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

3. Lorsque la compétence de la juridiction première saisie est établie, la juridiction saisie en second lieu se dessaisit en faveur de celle-ci.

Dans ce cas, la partie ayant introduit la demande devant la juridiction saisie en second lieu peut porter cette action devant la juridiction première saisie.

4. Aux fins du présent article, une juridiction est réputée saisie :

a) à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié ou signifié au défendeur ou

b) si l'acte doit être notifié ou signifié avant d'être déposé auprès de la juridiction, à la date à laquelle il est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction."

Dans la mesure où il n'est pas contesté qu'une action en divorce a été introduite devant le Juge des affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Rennes par requête déposée le 7 juin 2002 et que la cause semble avoir été prise en délibéré, il convient de surseoir à statuer en attendant que le juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Rennes ait statué sur sa propre compétence.

Il appartient dès lors, le cas échéant au demandeur de faire valoir ses arguments relatifs à une éventuelle nullité de l'acte introductif devant les juridictions françaises.



En attendant l'issue de ladite procédure il convient de surseoir à statuer conformément à l'article 11 du Règlement CE dit de "Bruxelles II";

PAR CES MOTIFS,

Nous, (...) juge, (...)

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire;

Statuant au provisoire, contradictoirement;

(...)

Sursoyons à statuer en attendant que le Juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Rennes ait statué sur sa compétence;

(...)

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique des référés du 22 janvier 2003.



Tribunal de première instance Bruxelles, référé, jugement du 8 mai 2002

Règlement Bruxelles II – compétence internationale – mesures provisoires durant la procédure en divorce – 1. article 2 du règlement Bruxelles II – résidence habituelle – notion – 2. article 12 du règlement Bruxelles II – portée

Brussel II Vo – internationale bevoegdheid – voorlopige maatregelen tijdens een echtscheidingsprocedure – 1. artikel 2 Brussel II Vo – gewoonlijke verblijfplaats – begrip – 2. artikel 12 Brussel II Vo – draagwijdte

N° 2001/2172/C

Dans cette cause, il est conclu et plaidé en français à l'audience publique du 22 avril 2002;
Après délibéré le président du tribunal de première instance rend l'ordonnance suivante:

Vu:

- la copie de la citation signifiée par exploit de Me K., huissier de justice suppléant de Me D., huissier de justice, de résidence à Schaerbeek, le 23 novembre 2001, à comparaître devant la 30e chambre le 11.1.2002 et devant les référés le 15.1.2002;
- les conclusions et conclusions de synthèse de la partie demanderesse déposées au greffe les 18.3.2002 et 17.4.2002;
- les conclusions et conclusions additionnelles et de synthèse de la partie défenderesse, introduisant une demande reconventionnelle, déposées au greffe les 18.2.2002 et 3.4.2002;

Entendu en leurs plaidoiries les conseils des parties;

La présente action, introduite conformément à l'art. 1280 du Code judiciaire, vise à faire prononcer les mesures provisoires durant la procédure en divorce pour cause déterminée introduite à la requête de la partie demanderesse par citation du 23 novembre 2001;

La demanderesse sollicite les mesures suivantes:

- l'autoriser à résider séparément à Bruxelles, (...);
- lui accorder l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant mineur, lequel restera hébergé chez elle et inscrit à son domicile tandis que le défendeur sera autorisé à exercer un droit aux relations personnelles par l'intermédiaire d'un service d'encadrement spécialisé, tel l'Espace-Rencontres;
- à titre subsidiaire, accorder l'exercice conjoint de l'autorité parentale et dire que l'enfant sera hébergé à titre principal chez elle et que le droit à l'hébergement secondaire du défendeur s'exercera par l'intermédiaire d'un service d'encadrement spécialisé, tel l'Espace-Rencontres;
- de condamner le défendeur au paiement de la somme de 200 EUR par mois à titre de contribution aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant, ce à partir du 1er octobre 2001;
- lui accorder le bénéfice des allocations familiales et de condamner le défendeur à lui verser les allocations perçues par lui depuis le 1er octobre 2001;

Le défendeur conteste à titre principal la recevabilité de l'action et la compétence territoriale du président du tribunal de première instance de Bruxelles et, à titre subsidiaire, sollicite les mesures suivantes:

- l'autoriser à résider séparément à Amsterdam, (...);
- lui accorder l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant mineur et dire pour droit qu'il sera hébergé chez lui à titre principal et inscrit à son domicile tandis que la demanderesse sera autorisée à exercer un droit aux relations personnelles à concurrence d'un week-end sur deux, le samedi et le



- dimanche au domicile du défendeur et durant la moitié des vacances à la condition qu'elle dépose son passeport lorsqu'elle emmène l'enfant avec elle;
- de condamner la demanderesse au paiement d'une somme de 200 EUR par mois à titre de sa contribution aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant;

Les parties se sont mariées à Amsterdam [en] septembre 2000 et ont eu une fille, Eldie Reisa Y., née à Amsterdam [en] avril 2001;

Selon la demanderesse, les parties n'ont jamais cohabité et se sont séparées définitivement après une scène survenue en septembre 2001;

Depuis lors, la demanderesse vit exclusivement en Belgique avec l'enfant;

La demanderesse a introduit une procédure en divorce fondée sur l'art. 231 du Code civil par citation du 23 novembre 2001;

Quant à la recevabilité:

Le défendeur conteste la recevabilité de l'action et décline la compétence de la juridiction saisie, le tribunal de première instance de Bruxelles (et le président de ce tribunal pour les mesures provisoires) n'étant ni celui du dernier domicile conjugal ni celui du lieu de la résidence du défendeur (art. 628, 1° du Code judiciaire);

La demanderesse invoque toutefois le "Règlement de Bruxelles II", étant le Règlement n° 1347/2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs, adopté le 29 mai 2000 par le Conseil de l'Union européenne et entré en vigueur le 1er mars 2001, plus précisément son art. 2.1.a.5° accordant la compétence aux juridictions de l'état membre sur le territoire duquel se trouve la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande;

A cet égard la demanderesse déclare avoir résidé en Belgique depuis 1996; elle a effectué différents séjours de courte durée aux Pays-Bas et y a même obtenu un droit au séjour le 14 septembre 2001, date à laquelle elle a toutefois définitivement quitté ce pays pour revenir en Belgique;

Il appartient au tribunal de vérifier préalablement sa compétence internationale; *"ce concept se rapporte à la question - préalable à toute considération de compétence interne - de savoir si, eu égard à la matière et à la qualité des parties concernées d'une part (aspect matériel), à sa localisation géographique d'autre part (aspect territorial), une affaire, contentieuse ou gracieuse, relève de la compétence des tribunaux d'un état donné envisagés dans leur ensemble"* (H. Born, M. Fallon et J.L. Van Boxtael, Droit judiciaire international, chronique de jurisprudence 1991-1998, dossier du J.T. n° 28, Larcier 2001, p. 54, n° 33);

Le règlement communautaire "Bruxelles II" étant applicable, il convient au préalable de vérifier si la demanderesse a réellement sa résidence habituelle en Belgique depuis au moins une année avant le 23 novembre 2001, étant le seul critère pouvant en l'espèce fonder la compétence des juridictions belges;

La notion de "résidence habituelle", au sens du règlement "Bruxelles II" désigne, selon le rapport explicatif du professeur Borràs *"le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts, étant entendu qu'à fin de déterminer cette résidence, il importe de tenir compte de tous les éléments de fait constitutifs de celle-ci"* (cité par N. Watté et H. Boularbah, Les nouvelles règles de conflit de juridictions en matière de désunion des époux, J.T. 2001, 369 e.s., spéc. p. 372, n° 14);



Selon ces auteurs, "*la résidence habituelle apparaît ainsi comme une notion de fait qui dépend de la prise en considération de données objectives, démontrant qu'une personne habite un même endroit de manière prolongée et qu'elle a établi certains liens de nature personnelle ou professionnelle avec ce lieu.*" (ibidem);

La notion de résidence implique l'effectivité et la permanence (H. Born, M. Fallon et J.L. Van Boxtael, op. cit., n° 306, p. 577);

Durant la période à prendre en considération, la demanderesse, de nationalité congolaise, disposait en Belgique d'un C.I.R.E. et avait une inscription administrative à Anderlecht, (...), adresse à laquelle elle est d'ailleurs inscrite depuis le 27 novembre 1996; sa soeur résiderait à Koekelberg;

[En] septembre 2000, elle avait épousé à Amsterdam le défendeur qui est de nationalité néerlandaise et réside dans cette ville;

Elle a accouché à Amsterdam [en] avril 2001 de la petite Eldie Reisa; l'enfant des parties a été inscrit à l'adresse du père, soit à Amsterdam, (...);

La demanderesse a effectué diverses démarches en vue d'obtenir pour elle-même une autorisation de séjour aux Pays-Bas;

Les éléments de fait suivants méritent en l'espèce d'être retenus:

- lors de son audition par la police d'Amsterdam le 14 septembre 2001, la demanderesse a déclaré habiter à Amsterdam, (...);
- elle a obtenu une autorisation de séjour provisoire aux Pays-Bas délivrée par le service local des visas (lettre du 18 avril 2001); le document de séjour (d'une durée d'un an) qui lui fut attribué et remis le 14 septembre 2001 était valable jusqu'au 19 juin 2002;
- la scène survenue le 14 septembre 2001 s'est passée à l'administration fiscale, les époux y effectuant une démarche dans le but d'obtenir un remboursement d'impôt en faveur de la demanderesse;
- le défendeur perçoit aux Pays-Bas des allocations pour l'enfant depuis le 3ème trimestre 2001, soit depuis la première date utile;
- le défendeur a introduit une demande de modification de son assurance soins de santé aux Pays-Bas en faisant part de l'arrivée sous son toit de son épouse, à partir du 18 juin 2001;
- à son retour en Belgique, la demanderesse ne s'est pas installée à son adresse mais, selon ses déclarations, chez sa soeur à Koekelberg avant d'être prise en charge, à partir du 16 octobre 2001, par le Centre d'accueil A. puis au Home D. où elle réside encore actuellement;

Il résulte des éléments de fait énumérés ci-avant que la demanderesse n'établit pas avoir durant l'année précédant l'introduction de la procédure eu sa résidence habituelle en Belgique;

Elle semble au contraire avoir résidé effectivement à la même adresse que son époux, à Amsterdam, avec l'enfant, à tout le moins depuis le 18 juin 2001, et ce même si des séjours réguliers en Belgique ne sont pas exclus (voir attestation de Madame D., formatrice au bureau de consultation nourrissons au Centre préventif D. à Bruxelles, laquelle a attesté connaître la demanderesse depuis la naissance de l'enfant); par contre la demanderesse n'est pas convaincante lorsqu'elle prétend n'avoir depuis son mariage effectué que quelques petits séjours au Pays-Bas, ce qui est inconciliable avec les éléments retenus ci-avant;

Durant ladite période d'un an, la demanderesse n'apporte pas d'autre élément de nature à démontrer qu'elle ait conservé son appartement à Bruxelles, adresse qu'elle n'a pas rejointe à son retour, ou qu'elle y ait maintenu le centre permanent ou habituel de ses intérêts et dont l'occupation effective n'est en rien concrétisée;



La demanderesse invoque alors l'art. 3 du règlement "Bruxelles II" relatif aux litiges en matière de responsabilité parentale;

Cette disposition est toutefois relative à la compétence internationale des juridictions qui sont compétentes pour statuer sur une demande en dissolution ou en annulation de mariage et qui sont par extension reconnues compétentes pour connaître des questions relatives à la responsabilité parentale;

Enfin la demanderesse invoque l'art. 635, 5° du Code judiciaire mais l'application de cette disposition suppose que la juridiction ait reconnu sa compétence internationale, quod non;

S'agissant des mesures provisoires et conservatoires, le règlement "Bruxelles II" contient les dispositions voulues en son art. 12 mais les mesures sollicitées dans la présente procédure ne sont nullement assimilables à des mesures destinées "*à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond*" (N. Watté et H. Boularbah, op. cit. p. 375, n° 41);

La décision invoquée par la demanderesse (Civil Bruxelles, référés, 30 août 2001, inédit) s'inscrit d'ailleurs dans le cadre de l'art. 584 du Code judiciaire et non pas dans le cadre des mesures au fond réclamées en l'espèce;

Dans ces circonstances la juridiction saisie doit en vertu des dispositions du règlement C.E. n° 1347/2000 se déclarer incompétente tant en ce qui concerne la demande principale que la demande reconventionnelle (quant à cette dernière voir l'art. 5 du règlement "Bruxelles II"), sans ordonner de renvoi;

PAR CES MOTIFS,

Nous, (...), juge, désignée pour remplacer le président du tribunal de première instance de Bruxelles;

(...)

Nous déclarons incompétent pour prendre connaissance du litige conformément à l'art. 9 du Règlement C.E. n° 1347/2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs;

(...)

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique des référés du 8 mai 2002.



Maud Piers – Arbitrage, deskundigenonderzoek en bemiddeling: gevaar voor verwarring

Noot onder Rechtbank van Eerste Aanleg Turnhout, vonnis van 25 februari 2003 (blz. 28 van dit nummer)

1. Inleiding

1. Er wordt steeds vaker een beroep gedaan op arbitrage, ook voor de beslechting van particuliere geschillen. De juridische wereld raakt dan ook meer en meer vertrouwd met deze vorm van geschillenbeslechting. Arbitrage ligt overigens niet zover af van de geschillenbeslechting door de rechterlijke macht. Toch heeft het ook punten van gelijkenis met andere alternatieve mechanismen van geschillenbeslechting. Deze ambiguïteit leidt soms tot verwarring omtrent de draagwijdte en betekenis van de taak van de arbiter.

2. In het geannoteerde vonnis heeft ook de rechter van eerste aanleg te Turnhout een aantal juridische instituties door elkaar gehaald. Het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg betrof een uitspraak over een vordering tot nietigverklaring van een arbitrale uitspraak inzake een bouwgeschil. De rechter in eerste aanleg maakte hier een onvoldoende duidelijk onderscheid tussen de figuur van de arbiter en die van de deskundige. Bovendien verwarde hij de taken van een arbiter met die van een bemiddelaar of verzoener. Hierdoor miskende hij een aantal fundamentele rechtsbeginselen die teruggaan op de rechten van verdediging en op het beginsel van de wilsautonomie bij arbitrage.

3. Deze bijdrage beoogt een verduidelijking te brengen van deze verschillende rechtsfiguren en hun onderlinge verband. In een eerste deel ga ik in op de raakvlakken van arbitrage met het instituut van verzoening of bemiddeling. Daarna maak ik een analyse van de positie van de arbiter ten aanzien van de deskundige. Voorafgaandelijk aan elk van deze stukken, wordt ook telkens de beslissing van de rechter onder de loep genomen.

2. Arbitrage versus verzoening/bemiddeling

A. Vraagtekens bij het vonnis

4. De rechter te Turnhout oordeelde dat het de taak was van de arbiter om te proberen de partijen te verzoenen. De arbiter had naar de opmerkingen van de partijen gevraagd, om zo mogelijks tot een minnelijke oplossing te komen. Het tussentijdse verslag dat de arbiter naar aanleiding hiervan had opgemaakt, kaderde volgens de rechter binnen deze verzoeningsopdracht. De rechter verwoordde deze stelling meerdere malen. Zo stelde de rechter dat het voor de hand lag, dat de arbiter "*uit zijn eigen bekwamheden put om eerst te pogen tot een oplossing te komen, nadien om zijn uitspraak te doen*". Over het voorlopig verslag zei de rechter dat het "*(aan de partijen) werd (...) verstuurd ten einde mogelijk tot een regeling te komen. Dit kadert volledig in de opdracht van de arbiter die eerst een oplossing tussen partijen kan nastreven*".

5. Deze redenering roept een aantal vragen op. Vooreerst is het nodig een duidelijk onderscheid te maken tussen arbitrage en verzoening. Beide rechtsfiguren vertonen immers elk een eigen dynamiek.



Het is in België bovendien niet vanzelfsprekend dat deze figuren naast elkaar worden toegepast in één en hetzelfde geschil. Hier rijst niet alleen de vraag naar de effectiviteit, doch ook naar de legitimiteit van een dergelijke hybride vorm van geschillenbeslechting.

B. Arbitrage en verzoening: onderscheiden begrippen

6. Er is sprake van *arbitrage*, wanneer partijen aan één of meer arbiters de rechtsprekende macht opdragen om definitief aan een bestaand of toekomstig geschil een einde te stellen¹. *Bemiddeling*² of *verzoening*³ is een vorm van alternatieve geschillenbeslechting ("ADR"⁴), waarbij een neutrale derde de partijen bijstaat in hun dialoog ter oplossing van het geschil⁵. Bemiddeling en verzoening zijn termen die vaak samen voorkomen. Sommigen maken een subtiel onderscheid tussen beide rechtsfiguren⁶. Dat verschil zou hierin bestaan, dat de neutrale derde bij een verzoening een minder actieve rol krijgt toebedeeld en dat de procedure minder formeel verloopt⁷. Men beschouwt

¹ J. LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, Brussel, Bruylant, 1991, 18; Ph. DE BOURNONVILLE, *L'Arbitrage*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2000, 55; M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Brussel, Bruylant, 1981, 41.

² Of "mediatie".

³ Of "conciliatie".

⁴ ADR staat voor "Alternative Dispute Resolution" of "Alternatieve Geschillenbeslechting". O.L.O DE WITT WIJNEN onderscheidt drie wezenskenmerken van ADR, met name 1) de hulp van een derde, 2) het gestructureerde karakter van de ADR en 3) de wil van de partijen als basis van ADR. O.L.O. DE WITT WIJNEN, "Mediation in de praktijk", in H. VAN HOUTTE en P. WAUTELET (eds.), *La médiation civile et commerciale*, Leuven/Leusden, Acco, 2000, 49. De term ADR moet echter met de nodige omzichtigheid worden gehanteerd. In Europa omschrijft deze term alle vormen van geschillenbeslechting die niet binnen een gerechtelijke procedure tot stand komen en waarvan het resultaat niet aan de partijen wordt opgedrongen. Hieronder begrijpt men mediatie, conciliatie, partnering, med-arb, enz. In de Verenigde Staten beschouwt men ook arbitrage als een vorm van ADR. Zie ook J. F. POUDRET en S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Brussel-Parijs-Genève, Bruylant-LGDJ-Schulthess, 2002, 11; B. HANOTIAU, "Méthodes alternatives de résolution des litiges", in L. MARLIÈRE (ed.), *Quel avocat pour le 21^e siècle ?*, Brussel, Bruylant, 2001, 141-142.

⁵ Er is geen algemeen aanvaarde definitie van deze begrippen. X. DE TROCH merkt op, dat de term bemiddeling verschillende ladingen kan dekken. Wel geeft deze auteur een aantal karakteristieken weer, die eigen zijn aan de verschillende vormen van bemiddeling. Zie hiervoor X. DE TROCH, "Mediation – methodiek", in H. VAN HOUTTE en P. WAUTELET (eds.), *Mediatie van Handelsgeschillen*, Leuven/Leusden, Acco, 2000, 20-24. G. KEUTGEN merkt ook op dat de UNCITRAL Conciliation Rules het doel van conciliatie omschrijven als "*seeking an amicable settlement*". De reglementen van ICC en CEPINA daarentegen beperken zich tot een uiteenzetting van de procedurele regelen. G. KEUTGEN, "Médiation et conciliation en matière économique", *J.T.* 1999, 245. Zie ook B. ALLEMEERSCH, "Bemiddeling en verzoening in het Burgerlijk proces", *T.P.R.* 2003, 414; G. STRAETMANS, "Mediatie/minnelijke schikking en handelsrecht", *R.W.* 2000-2001, 383; P. VAN LEYNSEELE, "Introduction au processus en matière civile et commerciale", in M. GONDA e.a. (eds.), *La médiation civile et commerciale – actes du colloque du 21 janvier 2000*, 3-4; Y. DERAÏNS, "Conciliation", in J. PAULSSON (ed.), *International Handbook on Commercial Arbitration*, Den Haag, Kluwer Law Publishers, voetnoot 231; V. FISCHER-ZERNIN en A. JUNKER, "Arbitration and Mediation: synthesis or antithesis?", *Journal of International Arbitration*, Vol. 5 No. 1 (1998), 21-40; M. E. SCHNEIDER, "Combining arbitration with conciliation", in *ICCA Congress series* no. 8 (Seoul/1996), 57-97; B. HANOTIAU, *l.c.*, 142.

⁶ G. STRAETMANS, *l.c.*, 386; P. VAN LEYNSEELE, *l.c.*, 4; Y. DERAÏNS, *l.c.*, voetnoot 231; V. FISCHER-ZERNIN en A. JUNKER, *l.c.*, 21-40. International Trade Center UNCTAD/WTO, *Arbitration and alternative dispute resolution: how to settle international business disputes*, Genève, ITC, 2001, 39-41.

⁷ P. VAN LEYNSEELE, *l.c.*, 4; M. E. SCHNEIDER, *l.c.*, 57-97; B. HANOTIAU, *l.c.*, 143. Er moet worden opgemerkt dat ook CEPINA een onderscheid maakt in de reglementen die in voege zijn getreden op 1 januari 2000. Deze nieuwe reglementen worden uitvoerig behandeld door H. VERBIST en K. DHONDT. Deze auteurs menen dat de procedure van mini-trial of mediatie toelaat de partijen aan "caucusing" kunnen doen met de mediator. Bij de procedure van bemiddeling – die CEPINA naar het Frans vertaald heeft als "conciliation" – is deze caucus niet toegelaten. H. VERBIST en K. DHONDT, "CEPINA (Belgisch Centrum voor Arbitrage en Mediatie) wijzigt zijn reglementen", *T.B.H.* 2000, 357-358. Merk op dat ook de terminologie en de



bemiddeling dan als een vorm van verzoening. Anderen menen dat de betekenis van beide termen net het tegenovergestelde is⁸. Voor deze bijdrage is dit onderscheid echter niet relevant. De begrippen verzoening en bemiddeling worden hier dan ook als synoniemen door elkaar gebruikt.

7. Arbitrage en bemiddeling zijn beide essentieel gebaseerd op de wilsautonomie van de partijen. Nochtans zijn er een aantal verschillen tussen deze twee noties en de technieken die ze aanduiden⁹. Zo leidt een arbitrage tot een door de derde genomen definitieve beslissing, die de partijen bindt en voor de rechtbank kan worden afgedwongen. Bij bemiddeling daarentegen, leidt de derde de onderhandelingen enkel in goede banen; het zijn dan de partijen zelf die de oplossing moeten vinden en aanvaarden. Het succes van een bemiddelingspoging is dus geheel afhankelijk van de partijen.

8. *Med-arb* is een vorm van geschillenbeslechting waarbij men – zoals de naam laat raden – bemiddeling combineert met arbitrage¹⁰. Volgens dit systeem verbinden de partijen zich slechts tot arbitrage, voor het geval de bemiddeling van een geschil niet tot resultaat leidt. De partijen kunnen overeenkomen dat de bemiddelaar zelf als arbiter gaat optreden, dan wel dat een andere persoon deze functie invult¹¹. Hierna wordt enkel het geval bestudeerd waarin bemiddelaar en arbiter dezelfde persoon zijn.

C. Arbitrage en verzoening : een aanvaardbare cumulatie?

9. Het is onduidelijk of het tot de taak van de arbiter behoort om ook als verzoener op te treden. Van deze optie maken de wet, de rechtspraak en de rechtsleer nauwelijks melding. Men mag nochtans aannemen dat een dergelijke combinatie noch legitiem, noch opportuun is. Er zijn een aantal aanwijzingen die naar deze vaststelling leiden.

10. De cumulatie van de functie van bemiddelaar en arbiter in hoofde van één en dezelfde persoon, is onwettig. Dit leidt men vooreerst af uit het stilzwijgen van de wetgever omtrent deze specifieke situatie. De wet voorziet niet uitdrukkelijk in een bemiddelingstaak voor de arbiter. Art. 1694 Ger. W. bepaalt wel dat de partijen de gelegenheid moeten krijgen om hun argumenten naar voor te brengen. Na deze wederzijdse mondelinge uiteenzettingen of in voorkomend geval na een schriftelijke gedingvoering, is het echter aan de *arbiter* om een *uitspraak* te doen. Artt. 1696 e.v. Ger. W. omschrijven de taken en de macht van de arbiter. Ook hier vindt men geen bepaling over de mogelijkheid of verplichting voor de arbiter om als verzoener op te treden. Merk op dat het Belgisch Centrum voor Arbitrage en Mediatie ("CEPINA") deze praktijk wel uitdrukkelijk heeft uitgesloten. Zo bepaalt artikel 5.2 van het CEPINA-reglement inzake bemiddeling dat "*behoudens andersluidende overeenkomst tussen de partijen, de bemiddelaar zichzelf het verbod op(legt) om de functie van*

respectievelijke vertalingen die door CEPINA worden gehanteerd op zich reeds aanleiding geven tot verwarring. J. LAENENS bleek uit de reglementen van CEPINA dan ook andere conclusies te trekken. J. LAENENS, "Schikken of beschikken? Pleidooi tegen de privatisering van de bemiddeling", *R.W.* 2000-01, 406.

⁸ M. E. SCHNEIDER, *l.c.*, voetnoot 34.

⁹ D. STRUYVEN, "Is er nog ruimte voor deskundigenonderzoek bij arbitrage?" , in E. GULDIX, *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 126.

¹⁰ Y. P. KAMMINGA, "Efficiënte en effectieve geschiloplossing bij grote bouwprojecten: zoeken naar een ideale mix van mediation en arbitrage", *Bouwrecht*, juni 2003, 474-480 ; B. M. CREMADES, "Overcoming the clash of legal cultures : the role of interactive arbitration", *Arbitration International*, Vol. 14 No. 2 (1998), voetnoot 6 ; M. HOELLERLING, "Comment on the growing inter-action of arbitration and mediation", *Arbitration International*, Vol. 13 no. 1 (1997), 105-110 ; V. FISCHER-ZERNIN en A. JUNKER, *l.c.*, 21-40 ; R. HILL, "Med-Arb : New Coke or Swatch", *Arbitration International*, Vol. 13 no. 1, 1997, 105-110 ; B. HANOTIAU, *l.c.*, 143.

¹¹ Volgens sommigen impliceert de term "Med-Arb", dat de arbiter en de bemiddelaar noodzakelijkerwijze één en dezelfde persoon zijn. Zie O.L.O. DE WITT WIJNEN, *l.c.*, 53-54.



arbiter, vertegenwoordiger of raadsman van een partij te vervullen in een gerechtelijke of arbitrale procedure betreffende een geschil waarvoor bemiddeling heeft plaatsgehad."

De houding van de wetgever ten aanzien van het samengaan van een adjudicerende met een bemiddelende rol, is overigens in het algemeen eerder afwijzend. Het kan daarom niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, om deze mogelijkheid impliciet open te laten. De positie van de wetgever is eerder, dat de wet een uitdrukkelijke bepaling voorziet voor de gevallen waarin verzoening wenselijk is. Zo moet enkel de deskundige, die optreedt in het kader van het gerechtelijk deskundigenonderzoek, de partijen horen met het oog op een eventuele verzoening¹². De rechter daarentegen, heeft alleen in een aantal specifieke gevallen de mogelijkheid dan wel de verplichting om als bemiddelaar op te treden¹³. In andere situaties dan deze uitdrukkelijk voorzien door de wet, mag de rechter niet zelf bemiddelen¹⁴. Er is bovendien onzekerheid over de vraag, of de rechter wel aan een derde een bemiddelingsbevoegdheid kan opdragen.¹⁵ Een wetsvoorstel dat in die zin werd ingediend, is in 1999 verworpen¹⁶. Ook het Wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met bemiddeling dat op 24 juni 2004 eenparig door de Kamer van Volksvertegenwoordigers is aangenomen en nu hangende is in de Senaat, brengt hierin geen duidelijkheid¹⁷. In de inleidende uiteenzettingen bij het Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling dat is ingediend door R. FOURNAUX, T. GIET, J. MILQUET, T. PARYS en M. WATHELET en dat diende als basis voor de bespreking in de Kamer, staat wel duidelijk te lezen dat de rechter in elke stand van het geding een bemiddelaar mag aanwijzen. Voorwaarde is echter dat hierom door de partijen gemeenschappelijk werd verzocht, of dat de partijen hiervoor hun instemming hebben gegeven¹⁸. In de toelichting bij dit Wetsvoorstel laten de indieners zich ook ontvallen dat het geenszins de bedoeling is om de rechter de rol van bemiddelaar te ontzeggen. Wel wijzen zij erop dat er moeilijkheden kunnen ontstaan in verband met zijn onpartijdigheid, in het geval een magistraat optreedt als beslechter van het geschil nadat hij als bemiddelaar heeft geprobeerd om een minnelijke

¹² Art. 972 Ger. W.; Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de minnelijke schikking en de gerechtelijke bemiddeling, Toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1998-99, 2119/1, 1, <http://www.dekamer.be>, geconsulteerd op 23 november 2003 ; R. VERBEKE, "De rol van de deskundige, de partijen en de rechter", in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen – Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 43 ; A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1988, 54-55.

¹³ Deze optie of verplichting is voorzien in voornamelijk familiezaken. Zie bijvoorbeeld art. 1253 quater Ger. W. dat stelt : "wanneer de vorderingen gegrond zijn op de artikelen 214, 215, 216, 221, 223, 1420, 1421, 1442, 1463 en 1496 van het Burgerlijk Wetboek doet de rechter de partijen oproepen in raadkamer en poogt ze te verzoenen". Ook art. 1258 Ger. W. bepaalt dat "indien beide echtgenoten op de inleidingszitting aanwezig zijn en indien beiden of één van hen erom verzoeken, houdt de rechter hun de bedenkingen voor die hij geschikt oordeelt om een verzoening te bewerken."

¹⁴ Hierover bestaat wel enige discussie . Zie hiervoor B. ALLEMEERSCH, *l.c.*, 426-431.

¹⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de minnelijke schikking en de gerechtelijke bemiddeling, Toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1998-99, 2119/1, 1, <http://www.dekamer.be>, geconsulteerd op 23 november 2003. ; G. STRAETMANS, *l.c.*, 384. In een aantal specifieke gevallen voorziet de wet ook in deze mogelijkheid. Zie bijvoorbeeld art. 734bis Ger. W. B. ALLEMEERSCH geeft twee rechtsgronden aan op basis waarvan deze verwijzing volgens bepaalde strekkingen kan worden gelegitimeerd. Zo meent een bepaalde strekking dat art. 962 Ger. W. een rechtsgrond is op basis waarvan de rechter de partijen naar een bemiddelaar kan verwijzen. Een andere strekking meent dat het art. 19, 2, Ger. W., op grond waarvan de rechter alvorens recht te doen een voorafgaande maatregel kan bevelen, de verwijzingsbevoegdheid van de rechter legitimeert. B. ALLEMEERSCH, *l.c.*, 439-442.

¹⁶ Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de minnelijke schikking en de gerechtelijke bemiddeling, Toelichting, *Parl. St.*, Kamer, 1998-99, 2119/1, 1, <http://www.dekamer.be>, geconsulteerd op 23 november 2003.

¹⁷ Wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling, *Parl. St.*, Kamer, 2003-2004, nr. 0327/009, 15p, <http://www.dekamer.be>, geconsulteerd op 15 juli 2004.

¹⁸ Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, Inleidende Uiteenzettingen, *Parl. St.*, Kamer, 2003, nr. 0327/007, 7, <http://www.dekamer.be>, geconsulteerd op 15 juli 2004.



schikking tot stand te brengen. De kamerleden verwijzen naar de opinie van J. LAENENS in dit verband en naar de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens¹⁹. Men lijkt dus aan te nemen dat een rechter de functie van bemiddeling wel op zich mag nemen, maar nadien niet meer over de grond van de zaak mag oordelen. Dit is overigens ook het basisprincipe dat terug te vinden is in de neerslagen van de hoorzittingen die aan het totstandkomen van dit wetsontwerp zijn voorafgegaan²⁰.

Uit dit alles leidt men af dat het niet aan de rechter is om in dezelfde zaak als bemiddelaar op te treden, tenzij dit uitzonderlijk in de wet zou zijn voorzien. Deze redenering die geldt voor de rechterlijke macht, kan men nu ook doortrekken naar arbitrage. Een dergelijke analogie is gerechtvaardigd, ondanks het feit dat de arbitrageprocedure verloopt aan de hand van de regelen die de partijen zelf hebben gekozen en daardoor veelal minder formeel is dan de rechterlijke procedure. Rechtsvergelijkend stelt men immers vast, dat de rol van de arbiter sterk geïnspireerd is op die van de rechter binnen het rechtsbestel²¹. Een onderzoek naar de mogelijkheid om in België tijdens de gerechtelijke procedure een verzoeningspoging in te stellen, is dus wel degelijk relevant voor deze analyse.

11. De volgende vraag is of het ook wenselijk is, dat een zelfde persoon tegelijk als bemiddelaar en arbiter optreedt²². De traditionele visie stelt dat het niet opportuun is dat de arbiter en bemiddelaar verenigd zijn in één persoon. De belangrijkste redenen die men aanhaalt, houden verband met de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de arbiter en de confidentialiteit van de uitgewisselde informatie gedurende een bemiddelingspoging²³. Het is ook nog maar de vraag of partijen zich zullen openstellen voor bemiddeling, wanneer zij zich in een arbitrage bevinden voor een arbiter, die eventueel als bemiddelaar zou gaan optreden voor het geschil. Vaak nemen de partijen immers slechts hun toevlucht tot arbitrage, indien er geen overeenstemming is om op een andere manier tot een oplossing te komen.

Van deze klassieke zienswijze is men enigszins afgestapt. Vooral bij internationale arbitrage leek het, gelet op de verschillende culturele tradities, niet langer aangewezen om zo'n strakke houding te blijven aannemen. Bovendien is het in de continentale rechtsstelsels meer en meer toegestaan dat een persoon zowel de taak van arbiter als van bemiddelaar op zich neemt²⁴. In Oostenrijk moet de arbiter een verzoening tussen de partijen proberen tot stand te brengen²⁵. In Nederland en Zweden is het toegelaten dat het scheidsgerecht poogt de partijen te verzoenen, tenzij deze partijen hiertegen uitdrukkelijk bezwaar uiten²⁶. De Franse situatie ligt iets anders. Wettelijk is het daar mogelijk voor de

¹⁹ Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling, Commentaar bij de artikelen, *Parl. St.*, Kamer, 2003, nr. 0327/001, 8, <http://www.dekamer.be>, geconsulteerd op 15 juli 2004.

²⁰ Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling, Hoorzitting met de heer Christian de Vel, eerste voorzitter van het hof van beroep te Antwerpen, de heer Marc de le Court, eerste voorzitter van het hof van beroep te Brussel, mevrouw Katherine Allegaert, raadsheer in het hof van beroep te Antwerpen en de heer Henri Funck, voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel, *Parl. St.*, Kamer, 2003, 0327/007, 51-70, <http://www.dekamer.be>, geconsulteerd op 15 juli 2004.

²¹ V. FISCHER-ZERNIN en A. JUNKER zeggen hierover : "*arbitration follows the lead of the litigation system in its jurisdiction*" ; V. FISCHER-ZERNIN en A. JUNKER, *l.c.*, 21-40.

²² Lees in dit verband de volgende auteurs : B. M. CREMADES, *l.c.*, voetnoot 10 ; V. FISCHER-ZERNIN en A. JUNKER, *l.c.*, 21-40 ; R. HILL, *l.c.* 105-110; M.E. SCHNEIDER, *l.c.*, 57-97; O.L.O. DE WITT WIJNEN, *l.c.*, 53-54.

²³ Hier geldt dezelfde redenering als deze die men terugvindt in de commentaar bij de artikelen van het Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling (zie voetnoot 19).

²⁴ In tegenstelling tot bijvoorbeeld de Verenigde Staten, waar de meerderheid nog steeds een voorstander is van een scheiding van beide instituties.

²⁵ B. M. CREMADES, *l.c.*, voetnoot 10 ; V. FISCHER-ZERNIN en A. JUNKER, *l.c.*, 21-40 ; R. HILL, *l.c.* 105-110; M.E. SCHNEIDER, *l.c.*, 57-97; O.L.O. DE WITT WIJNEN, *l.c.*, 53-54.

²⁶ Id.



arbiters om, net zoals de rechters, te bemiddelen tussen de partijen. De rechtspraktijk echter, staat in Frankrijk eerder afwerend ten opzichte van een dergelijke combinatie²⁷. België zelf blijft een afwijzende positie innemen. De Belgische wetgeving leent er zich overigens niet onmiddellijk toe om in te spelen op een situatie waarbij de arbiter tot verzoening overgaat. Een probleem zou zich voornamelijk voordoen ten aanzien van de confidentialiteit van de gegevens die de partijen in het kader van de bemiddeling hebben uitgewisseld. Indien de partijen immers niet kunnen rekenen op een vertrouwelijke behandeling van de door hen verstrekte informatie, zullen zij zich terughoudend opstellen²⁸. Zonder de nodige openheid van beide partijen zou een voorafgaandelijke bemiddelingspoging dan ook weinig zin hebben. België kent geen duidelijke bepalingen die deze problematiek regelen²⁹. De enige bepaling die we hierover terugvinden is art. 458 Sw. in verband met het beroepsgeheim. Er is echter tot nog toe geen klaarheid omtrent de toepasbaarheid van dit artikel op bemiddeling³⁰. Het is daarom ook telkens aan de partijen om hierin zelf te voorzien, of aan de bemiddelingsinstelling om dit in haar reglement op te nemen³¹. In het Wetsontwerp tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met bemiddeling is nu wel uitdrukkelijk bepaald dat art. 458 Sw. van toepassing is op de bemiddelaar. Art. 12 van het wetsontwerp voorziet in een uitdrukkelijke bepaling die de bemiddelaar verbiedt om de feiten waarvan hij uit hoofde van zijn ambt kennis krijgt openbaar te maken. Bovendien bepaalt dit artikel dat *"de documenten die worden opgemaakt en de mededelingen die worden opgemaakt in de loop en ten behoeve van een bemiddelingsprocedure (...) vertrouwelijk (zijn). Zij mogen niet worden aangevoerd in een gerechtelijke, administratieve of arbitrale procedure of in enige andere procedure voor het oplossen van conflicten en zijn niet toelaatbaar als bewijs, zelfs niet als buitengerechtelijke bekentenis"*³².

3. Arbitrage versus deskundigenonderzoek

A. Vraagtekens bij het vonnis

12. In de voorliggende zaak beweerde de eiser dat de arbiter zijn macht had overschreden omdat hij als deskundige zou hebben opgetreden. De rechter weerlegde evenwel dit argument. De partijen zouden zelf hebben gevraagd, dat een *"expert in de bouwkunde werd aangesteld"*. De rechter alludeerde meermaals op dit verband. Zo verwees hij naar het bestaan van voorverslagen. De rechter meende ook een parallel op te merken tussen arbitrage en de situatie waarin de rechter een deskundige heeft aangesteld. Hij stelde dat *"wanneer in een tussenvonnis een deskundige wordt aangesteld en deze zijn verslag heeft neergelegd, dient de rechter in zijn eindvonnis niet zijn overwegingen van het tussenvonnis over te nemen; niet het ganse deskundige verslag over te nemen"*. Hij baseerde zich op deze gelijkenis, om het gebrek aan motivering van de arbiter in diens einduitspraak te vergelijken. De

²⁷ Id.

²⁸ P. VAN LEYNSEELE, *l.c.*, 12.

²⁹ G. STRAETMANS, *l.c.*, 388 ; N. DE VROEDE, "Médiation : confidentialité et responsabilité", *J.T.* 1999, 255 ; P. VAN LEYNSEELE, *l.c.*, 14 ; P. VAN LEYNSEELE, *l.c.*, 11 ; X. DE TROCH, *l.c.*, 23-24.

³⁰ G. STRAETMANS, *l.c.*, 388 ; N. DE VROEDE, *l.c.*, 255 ; P. VAN LEYNSEELE, *l.c.*, 11.

³¹ Afdeling IV, art. 5 van het CEPINA reglement bepaalt bijvoorbeeld dat de bemiddelaar tot geheimhouding verplicht is. Hoofdstuk V van het reglement van het Brussels Business Mediation Center, alsmede het reglement van deontologie van deze organisatie leggen zowel aan de partijen als aan de bemiddelaar een verplichting op om de vertrouwelijkheid van de bemiddeling te respecteren. Gelijkaardige bepalingen vindt men ook in andere bemiddelingsreglementen. Zie hiervoor, H. VERBIST en B. DE VUYST (eds.), *Arbitrage en alternatieve geschillenbeslechting in België*, Brugge, Die Keure, 2002, 536 ; P. VAN LEYNSEELE, *l.c.*, 12-17. Men stelt vast dat de rechtspraak deze afspraken respecteert en afdwingt, zie bijvoorbeeld Vz. Kh. Brussel, 5 februari 1999, *J.L.M.B.* 1999/13, 559-563.

³² Art. 15 van het wetsontwerp voorziet ook in een aantal bepalingen die in het bemiddelingsprotocol moeten worden opgenomen. Een van die bepalingen betreft een herinnering aan het principe van vertrouwelijkheid van de mededelingen die tijdens de bemiddeling worden uitgewisseld.



arbiter had immers verwezen naar de redenen uiteengezet in een tussentijds verslag, zonder hierover verder uit te wijden in de eindbeslissing. Ook duidde de rechter de arbiter nu eens aan met "scheidingsrechter"³³, dan weer met "expert" of "deskundige". De rechter hield nochtans vol dat het hier ging om arbitrage.

13. Een terminologische verduidelijking is hier dus alleszins op zijn plaats. Onder de hiernavolgende titel, schets ik daarom het onderscheid tussen arbitrage en deskundigenonderzoek. Ook een mogelijke overlapping tussen beide instellingen en de verwarring van de rechter hieromtrent, komen aan bod. Een drietal foutieve interpretaties in dit vonnis worden rechtgezet.

B. Arbitrage en deskundigenonderzoek : onderscheiden begrippen

14. Een definitie van arbitrage werd reeds gegeven. Daarom volgt hier enkel nog een omschrijving van het deskundigenonderzoek en een uiteenzetting van de verschillende types van expertise. Ook wijs ik op een aantal elementen van onderscheid tussen de arbitrage en het deskundigenonderzoek.

15. Bij een deskundigenonderzoek doet een neutrale derde vaststellingen of verstrekt hij technisch advies omtrent een aantal feitelijkheden die behoren tot zijn kennisgebied³⁴. Dit advies is in de regel niet bindend³⁵. Relevant voor de verdere bespreking is het onderscheid tussen een gerechtelijk en een minnelijk deskundigenonderzoek. Bij een gerechtelijk deskundigenonderzoek, gebiedt de rechter een deskundige om aan hem verslag uit te brengen over materies waarin de deskundige onderlegd is³⁶. De rechter doet dit op vraag van een partij of op eigen initiatief. Bij een minnelijk deskundigenonderzoek komen de partijen onderling overeen dat een derde persoon zijn bevindingen weergeeft omtrent een bepaalde situatie³⁷. De partijen kunnen de opdracht van de deskundige zelf invullen, mits het respecteren van een aantal essentiële basisrechten³⁸. Partijen kunnen ook overeenkomen dat het deskundigenverslag hen bindt³⁹. Een ander onderscheid bestaat tussen het tegensprekelijk minnelijk deskundigenonderzoek en het eenzijdig minnelijk deskundigenonderzoek⁴⁰. De benaming van deze twee types spreekt voor zich. Bij het eenzijdig deskundigenonderzoek is er slechts één partij die op

³³ Het gebruik van deze term is sinds de wet van 1998 niet meer geheel correct. In 1998 is de term "scheidingsman" en "scheidingslieden" immers consequent vervangen door het begrip "arbiter". Wet tot wijziging van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de arbitrage, *B.S.* 7 augustus 1998, afl. 150, 25353.

³⁴ P. VANLERSBERGHE, "De beslissing tot aanstelling van een deskundige", in E. GULDIX, *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 9-15 ; B. MAES, "De beoordeling van het deskundigenonderzoek door de rechter", in E. GULDIX, *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 64 ; P. SOURIS, *Index de l'expertise*, Brussel, Créadif, 2002, 63

³⁵ D. STRUYVEN, *l.c.*, 126

³⁶ De artt. 962 tot en met art. 991 Ger. W. regelen dit gerechtelijke deskundigenonderzoek. A. CLOQUET, *o.c.*, 3 ; P. SOURIS, *o.c.*, 65 ; T. LYSENS en L. NAUDTS, "Tegensprekelijk minnelijk deskundigenonderzoek", in D. DE BUYST e.a. (eds.), *Bestendig handboek deskundigenonderzoek*, Mechelen, Kluwer, 2001, II.3-1.

³⁷ De regelen van het contractenrecht zijn hierop van toepassing, en niet de regelen van het Gerechtelijk Wetboek. Nochtans is de wilsvrijheid van de partijen beperkt door een aantal regelen van openbare orde, zoals het recht van verdediging. Politierb. Luik, 13 oktober 1999, *Verkeersrecht* 2000, 111-112 ; A. CLOQUET, *o.c.*, 3 ; M. BEERENS en L. CORNELIS, « De aansprakelijkheid van de deskundige in privaatrechtelijke geschillen », in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 154 ; P. SOURIS, *o.c.*, 63 ; T. LYSENS en L. NAUDTS, *l.c.*, II.3-1.

³⁸ M. BEERENS en L. CORNELIS, *l.c.*, 154-155 ; T. LYSENS en L. NAUDTS, *l.c.*, II.3-2.

³⁹ J. VAN COMPERNOLLE, "Expertise et arbitrage", in J. VAN COMPERNOLLE en B. DUBUISSON, *L'expertise*, Brussel, Bruylant, 2002, 37.

⁴⁰ M. BEERENS en L. CORNELIS, *l.c.*, 154-157.



eigen initiatief de deskundige gelast om een onderzoek te doen. Het eenzijdig deskundigenonderzoek heeft minder waarde dan het deskundigenonderzoek dat op tegensprekelijke wijze werd gevoerd⁴¹.

16. Het essentiële verschil tussen arbitrage en het deskundigenonderzoek ligt in het gegeven dat de arbiter een rechtsprekende functie uitoefent terwijl de deskundige enkel een niet-bindend oordeel geeft⁴². Bij een minnelijk deskundigenonderzoek kunnen de partijen wel overeenkomen om het deskundig advies als bindend te aanvaarden. Zij zullen echter geen aanspraak kunnen maken op het uitvoerbaar karakter van de beslissing, zoals bij arbitrage het geval is⁴³. Bovendien moet de arbiter oordelen over een geschil, waar de deskundige ook in niet-litigieuze omstandigheden kan optreden⁴⁴. Zowel het advies van de deskundige als de arbitrale uitspraak moeten nochtans gemotiveerd zijn⁴⁵.

C. De arbiter en de deskundige : overlappende hoedanigheden?

17. Ondanks een aantal essentiële verschillen, haalt men de begrippen arbitrage en deskundigheid toch vaak dooreen⁴⁶. Dit is niet zo verwonderlijk. Er zijn immers een aantal duidelijke raakvlakken. Deze parallellen leiden soms tot verwarring over beide hoedanigheden en hun respectievelijke terminologie. Vooreerst is een van de belangrijkste redenen waarom partijen beroep doen op arbitrage de deskundigheid van de arbiter⁴⁷. Dit is vooral nuttig bij geschillen die technisch zijn van aard, of die zich afspelen tegen de achtergrond van een bepaalde handelscultuur. De bewijsvoering verloopt hierdoor vaak vlotter en een advies van een externe deskundige is niet steeds meer nodig⁴⁸. Daardoor spaart men niet alleen tijd en kosten uit; het komt ook de kwaliteit van de arbitrale uitspraak ten goede⁴⁹. Immers, de arbiter kan rekening houden met gegevens die slechts bekend zijn aan insiders in het milieu van de partijen en die deze nooit zelf zouden onthullen. Verder is het niet uitgesloten dat de beide functies samen voorkomen. De arbiter kan namelijk zelf een deskundige aanstellen. Deze mogelijkheid is voorzien in art. 1696, 3 Ger. W. Het is inderdaad denkbaar dat de arbiter niet over de nodige kennis beschikt en beroep moet doen op een derde voor advies. Deze procedure is dan te vergelijken met het gerechtelijk deskundigenonderzoek voor de rechter en dezelfde regelen kunnen worden toegepast⁵⁰. Ten slotte komt het ook voor dat de partijen instellingen creëren die kenmerken

⁴¹ D. STRUYVEN, *l.c.*, 129-132.

⁴² D. STRUYVEN, *l.c.*, 129-132 ; J. VAN COMPERNOLLE, *l.c.*, 37 ; T. LYSENS en L. NAUDTS, *l.c.*, II.3-2.

⁴³ D. STRUYVEN, *l.c.*, 137 ; T. LYSENS en L. NAUDTS, *l.c.*, II.3-4.

⁴⁴ D. STRUYVEN, *l.c.*, 126 ; T. LYSENS en L. NAUDTS, *l.c.*, II.3-4.

⁴⁵ D. STRUYVEN, *l.c.*, 132 ; R. VERBEKE, *l.c.*, 46.

⁴⁶ Cass. 30 oktober 1941, *Pas.* 1941, I, 401 ; Luik, 29 februari 2000, *J.L.M.B.* 2000, 1164-1166 ; Rb. Brussel, 9 maart; 1995, *T.B.B.R.* 1996, 254-255 ; Corr. Rb., 22 oktober 1993, *Verkeersrecht* 1994, 7 ; Rb. Brussel, 11 februari 1992, *J.T.* 1993, 106-109 ; Rb. Luik, 3 januari 1992, *Recueil Général de l'Enregistrement et du Notariat* 1992, 222-224 ; Corr. Marche-en-Famenne, 27 februari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 821-823 ; Rb. Brussel, 23 juni 1987, *Annales de Droit de Liège* 1990, 242-246 ; Brussel, 31 maart 1987, *J.L.M.B.* 1987, 740-743 ; Corr. Nijvel, 29 oktober 1981, *R.C.A.R.* 1983, 10598 ; Corr. Nijvel ; 9 januari 1981, *J.T.* 1981, 416-417 ; Rb. Luik, 10 november 1976, *J.T.* 1978, 137-138 ; Corr. Tongeren, 17 september 1965, *R.G.A.R.* 1967, 7825 ; Rb. Brussel, 11 januari 1963, *J.T.* 1963, 321-322 ; T. LYSENS en L. NAUDTS, *l.c.*, II.3-2.

⁴⁷ Brussel, 22 februari 2001, *J.T.* 2002, 196 ; M. VAN HOECKE, "Arbitrage en deskundigheid", *T.P.R.* 1973, II, 97-110.

⁴⁸ J. J. MYERS, *International construction arbitration: the universal alternative to foreign courts*, <http://www.ghlaw.com/html/05publications/1articles/intlarbitration.html>, geconsulteerd op 25 november 2003 ; H. VAN HOUTTE, "Arbitrage als alternatief voor de rechtbank", *Vlaams Jurist Vandaag*, 1995, 3, 4-5 ; B.L. BENSON, "Arbitration", in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 164.

⁴⁹ G. L. BENTON en R. J. ROGERS, "The arbitration of international technology – disputes under the English Arbitration Act 1996", *Arbitration International*, Vol. 13 No. 4 (1997), 361-374. M. VAN HOECKE, *l.c.*, 109.

⁵⁰ De toepasselijke regelen vindt men dan onder artt. 902 e.v. Ger. W. Het is nochtans zo dat de partijen zelf de procedurele regelen kunnen vastleggen overeenkomstig art. 1693, 1 Ger. W. Bij ontstentenis van een dergelijke



dragen van zowel arbitrage als deskundigenonderzoek. Dergelijke contracten krijgen dan een sui generis karakter toegedicht⁵¹.

18. Ook in het geannoteerde vonnis ontstond er een zekere verwarring omtrent de aard van de voorliggende procedure. Zowel de partijen als de arbiter gebruikten termen die erop zouden kunnen wijzen dat het hier een deskundigenonderzoek betreft. Zo spraken de arbiter en de partijen bijvoorbeeld over het "verslag" van de arbiter. De rechter bepaalde terecht dat een dergelijke terminologische vergissing, geen enkele invloed heeft op de aard van de procedure. Er moet immers gekeken worden naar de omstandigheden van de procedure, de intentie van de partijen en het gedrag van alle betrokkenen⁵². Ook de vraag van de partijen om een "expert in de bouwkunde" aan te stellen, is bij arbitrage niet ongewoon. Het zou onjuist zijn daaruit zonder meer af te leiden dat de partijen bij dit verzoek eerder een deskundigenonderzoek in gedachten hadden. De rechter bleef dan ook bij zijn besluit dat het hier een arbitrage betrof.

19. De procedure werd echter op een dergelijke wijze gevoerd, dat men de invloed van de figuur van het gerechtelijk deskundigenonderzoek niet kan ontkennen. Een eerste aanwijzing is het bestaan van een "voorverslag". De arbiter legde een dergelijk verslag voor aan de partijen en nodigde hen uit hierover opmerkingen te formuleren. Dit is echter een taak die de wetgever heeft voorzien voor de deskundige. Art. 978 Ger. W. bepaalt immers dat na afloop van de verrichtingen, de deskundige(n) de partijen in kennis stellen van hun bevindingen. De partijen hebben dan de mogelijkheid ten aanzien van deze "preliminaria" hun opmerkingen te formuleren⁵³. Het arbitragerecht voorziet deze verplichting of mogelijkheid niet. Het is wel toegelaten dat het scheidsgerecht in één of meerdere uitspraken eindbeslissingen of beslissingen alvorens recht te doen geeft. De rechter meende nu dat het ontwerpverslag moest worden beschouwd als "een tussenvonnis tot heropening der debatten waarbij partijen wordt toegelaten standpunt in te nemen betreffende bepaalde punten". Op die manier probeerde de rechter deze ongebruikelijke werkwijze binnen de arbitrageprocedure te verantwoorden. De rechter ging vervolgens nog verder door te zeggen dat dit "volledig kadert in de opdracht van de arbiter die eerst een oplossing tussen de partijen kan nastreven". Zoals hierboven is aangegeven, komt het nochtans enkel toe aan de deskundige om de partijen tot verzoening te bewegen⁵⁴. Een derde vergissing beging de rechter met betrekking tot de motiveringsplicht. Hij meende dat het ontwerpverslag deel uitmaakt van de arbitrageprocedure. De verwijzing in het eindverslag naar de redenering in het ontwerpverslag, leek de rechter daarom een afdoende motivering van de einduitspraak te zijn. De rechter ging blijkbaar voorbij aan het feit dat het een wettelijke en formele vereiste is, dat de eindbeslissing een antwoord geeft op alle middelen door de partijen aangebracht⁵⁵.

20. Tot slot wil ik nog wijzen op een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 26 juni 2000, dat nogmaals illustreert hoe er verwarring bestaat tussen de handelswijze bij het

keuze, staat het de arbiters vrij om zelf het deskundigenonderzoek in te richten. Bij dit alles gelden uiteraard een aantal beperkingen, zoals bijvoorbeeld het respecteren van het recht van verdediging van de beide partijen. J. VAN COMPERNOLLE, *l.c.*, 39.

⁵¹ Corr. Tongeren, 17 september 1965, *R.G.A.R.* 1967, 7825.

⁵² Brussel, 31 maart 1987, *J.L.M.B.* 1987, 740-743 ; Rb.Brussel, 9 maart. 1995, *T.B.B.R.* 1996, 254-255 ; Rb. Luik, 10 november 1976, *J.T.* 1978, 137-138.

⁵³ R. VERBEKE, *l.c.*, 45 ; P. LURQUIN, *Précis de l'expertise du code judiciaire en matière civile commerciale et du travail*, Brussel, Bruylant, 2001, 81-87 ; P. SOURIS, *o.c.*, 116-118.

⁵⁴ Zie supra: B. Arbitrage en verzoening : onderscheiden begrippen?

⁵⁵ Deze vereiste geldt zowel voor arbitrage als voor het eindverslag bij een gerechtelijke deskundigenonderzoek, overeenkomstig respectievelijk de artt. 1701, 6 en 980 Ger. W. Voor arbitrage zie Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage*, Brussel, Larcier, 2000, 191-192 J. LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, Brussel, Bruylant, 1991, 141-142 ; M. HUYS en G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge international*, Brussel, Bruylant, 1981, 305-308; Zie ook voor het deskundigenonderzoek A. CLOQUET, *o.c.*, 125-137 ; Rb. Luik, 115 mei 1987, *J.L.M.B.* 1987, 1012; Rb. Brussel, 22 september 2003, A.R. 02/6.111/A, *niet gepubliceerd*, 24.



deskundigenonderzoek en bij een arbitrage⁵⁶. Deze aangelegenheid betrof een situatie die opvallende gelijkenissen vertoonde met de voorliggende beslissing, maar waarbij de rechter in eerste aanleg terecht oordeelde dat er geen sprake kon zijn van een arbitrage. Het Hof van Beroep te Antwerpen bevestigde het vonnis a quo waarin de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen de arbitrale uitspraak nietig verklaarde omwille van het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst. Uit de bewoordingen van hun overeenkomst bleek dat er tussen de partijen reeds initieel verwarring was, omtrent de opdracht die zij aan de derde hadden toevertrouwd; zij waren namelijk overeengekomen dat de "scheidrechter" een "plaatsbeschrijving" van het gehuurde goed moest maken. De zogenaamde scheidsrechter maakte hierna zonder tegensprekelijk debat een "voorlopige scheidsrechtelijke uitspraak" op en deelde deze mede aan de partijen met de vraag om hierover hun opmerkingen te formuleren. Vervolgens velde hij een "definitieve scheidsrechtelijke uitspraak", waarbij hij voor de motivering verwees naar "het volledige verslag van definitieve scheidsrechtelijke uitspraak", en die hij tenslotte afsloot met de eed die vermeld staat in art. 979 Ger. W. De derde voerde zijn opdracht dus *de facto* uit alsof het een deskundigenonderzoek was, maar noemde zichzelf een arbiter. In tegenstelling tot het vonnis van de rechter in Turnhout, doorprikte de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen deze dubbelzinnigheid en besloot de rechter dat het hier geen arbitrage betrof.

4. Besluit

21. Het geannoteerde vonnis kan niet doen besluiten dat er onwil bestond in hoofde van de rechter om de regelen inzake arbitrage toe te passen. Wel blijkt duidelijk dat de rechter onvoldoende vertrouwd was met deze vorm van alternatieve geschillenbeslechting. Dit leidde tot een ambigu vonnis. Enerzijds bleef de rechter hardnekkig zijn standpunt verdedigen dat het hier een arbitrage betrof. Anderzijds belette dit hem toch niet om een aantal essentiële arbitrageregelen terzijde te schuiven. Bovendien hanteerde de rechter in casu geen correcte terminologie.

22. Dit gebrek aan vertrouwdheid van de rechter, zette hem ertoe aan om zijn rechterlijke beslissing op te hangen aan de regelen van het gerechtelijk deskundigenonderzoek en van de verzoening. Dit zijn ongetwijfeld twee rechtsfiguren waarmee hij frequenter in aanraking komt. Hij ging hierin echter zo ver, dat hij afbreuk heeft gedaan aan de essentie van de arbitrageprocedure. Het typeert nu juist de arbitrage dat het uitsluitend toekomt aan het scheidsgerecht om op een definitieve manier aan een geschil een einde te stellen. Het scheidsgerecht ontleent deze macht aan de wil van de partijen. Het zijn overigens ook enkel die partijen die de omvang van die macht bepalen – dit uiteraard binnen de grenzen van de wet. Niets in dit vonnis wees er echter op dat de partijen de bedoeling hadden om de rechter ook als verzoener/bemiddelaar te laten optreden, of dat ze afwijkende procedureregelen hadden aangenomen. Bovendien heeft de rechter een aantal fundamentele rechten van de partijen miskend, zoals het recht op een duidelijk gemotiveerde beslissing.

23. De rechter had een keuze moeten maken. Ofwel ging het hier niet om een arbitrage en in dat geval was het vernietigingsberoep onontvankelijk geweest. Ofwel – en dit zou dan een meer correcte analyse geweest zijn – had de rechter moeten erkennen dat het hier wel degelijk een arbitrageprocedure betrof, die echter niet conform het recht is gevoerd. Een dergelijk onderscheid dringt zich op, temeer daar de Belgische wetgeving hybride rechtsvormen slechts beperkt toelaat. Een vernietiging van de arbitrale uitspraak zou hier dan ook logischer en beter geplaatst zijn geweest. De partijen hebben dan ook hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis en wachten op een uitspraak van het Hof van Beroep te Antwerpen.

Maud Piers
Aspirant F.W.O.-Vlaanderen
Medewerker Instituut voor Internationaal
Privaatrecht, Universiteit Gent

⁵⁶ Antwerpen, 26 juni 2000, *P. & B.* 2001, 183-188, noot K. VAN DAMME.



Henri Storme – Brussel Ibis Vo van toepassing met ingang van 1 maart 2005

1. Met ingang van 1 maart 2005 zijn alle bepalingen van de verordening nr. 2201/2003¹ 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 nr. 1347/2000, van toepassing. De verordening vervangt vanaf die datum de Brussel II Vo² en wordt gemeenzaam de Brussel Ibis Vo genoemd. Zeker wat huwelijkszaken betreft, is de Brussel Ibis Vo in grote mate gelijk aan de Brussel II Vo en het ontwerp van verdrag³ dat op zijn beurt aan die laatste verordening ten grondslag lag. Zowel de voorbereidende documenten als de rechtsleer omtrent het ontwerpverdrag en de Brussel II Vo blijven dus grotendeels hun relevantie behouden.⁴ Hieronder wordt een beknopt overzicht gegeven van de belangrijkste vernieuwingen die de Brussel Ibis Vo⁵ bevat ten opzichte van haar voorgangster.⁶

¹ PB 2003 L 338, 1-19.

² Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, PB 2000 L 160, 19-36. De Brussel II Vo werd al uitvoering besproken in de rechtsleer. Zie o.a.: B. ANCEL en H. MUIR WATT, “La désunion européenne : le Règlement dit ‘Bruxelles II’”, *Rev. Crit. Dr. Intern. Pr.* 2001, 403-457 ; J.-Y. CARLIER, S. FRANCO, J.-L. VAN BOXSTAELE, “Le règlement de Bruxelles II: Compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale”, *JT dr. Eur.* 2001, 73-90 ; T. DE BOER, “Jurisdiction and enforcement in international family law: a labyrinth of European and international legislation”, *NILR* 2002, 307-345 ; S. DORNBLÜTH, *Die europäische Regelung der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Ehe- und Kindschaftsentscheidungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 209 blz.; H. GAUDEMET-TALLON, “Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”, *JDI* 2001, 381-430 ; W. HAU, „Das System der internationalen Entscheidungszuständigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht“, *FamRZ* 2000, 1333-1341 ; T. HELMS, „Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im Europäischen Eheverfahrensrecht“, *FamRZ* 2001, 257-266 ; T. HELMS, „Internationales Verfahrensrecht für Familiensachen in der Europäischen Union“, *FamRZ* 2002, 1593-1602 ; C. KOHLER, „Internationales Verfahrensrecht für Ehesachen in der Europäischen Union : Die Verordnung ‘Brüssel II’“, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, 10-15 ; P. McELEVAY, “The Brussels II Regulation: how the European Community has moved into family law”, *ICLQ* 2002, 883-908 ; P. MOSTERMANS, “Nieuw Europees scheidingsprocesrecht onder de loep: de rechtsmacht bij echtscheiding”, *NIPR* 2001, 293-305 ; P. MOSTERMANS, “De wederzijdse erkenning van echtscheidingen binnen de Europese Unie”, *NIPR* 2002, 263-273 ; I. M. NIKLAS, *Die europäische Zuständigkeitsordnung in Ehe- und Kindschaftsverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, 204 blz.; M. PERTEGÁS SENDER, “Europeanisering van het internationaal procesrecht inzake familiale geschillen: de verordening 1347/2000 (Brussel II) en wat volgt...” in M.-C. FOLETS, B. HUBEAU en J. MEEUSEN, *Migratie- en migrantenrecht 10*, Brugge, Die Keure, 2004, 291-322 ; H. SCHACK, „Das neue internationale Eheverfahrensrecht in Europa“, *RabelsZ* 2001, 615-633 ; M. SUMAMPOUW, “Parental responsibility under Brussels II” in X., *Private law in the international arena – Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2000, 729-745 ; V. VAN DEN EECKHOUT, “Europees echtscheiden. Bevoegdheid en erkenning van beslissingen op basis van de EG Verordening 1347/2000 van 29 mei 2000” in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER, *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 69-101 ; F. VAN DER VELDEN, “Een Europese Verordening betreffende bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging in familierechtelijke zaken”, *WPNR* 2000, 753-759 ; R. WAGNER, „Die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen nach der Brüssel II-Verordnung“, *IPRax* 2001, 73-81 ; N. WATTÉ en H. BOULARBAH, “Les nouvelles règles de conflits de juridictions en matière de désunion des époux”, *JT* 2001, 369-378 ; N. WATTÉ en H. BOULARBAH, “Le règlement communautaire en matière matrimoniale et responsabilité parentale”, *RTDF* 2000, 539-604.

³ Zie het toelichtend verslag bij het ontwerp van verdrag van A. BORRÁS, PB 1998 C 221, 27-64. Het verslag is eveneens te consulteren op het adres: [http://www.ipr.be/data/EG.V.19980528C\[NL\].pdf](http://www.ipr.be/data/EG.V.19980528C[NL].pdf).

⁴ M. PERTEGÁS SENDER in *Migratie- en migrantenrecht 10*, 293-294.

⁵ Relevante voorbereidende documenten zijn: Voorstel voor een verordening van de Raad inzake de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid, COM(2001)



I. Toepassingsgebied

A. Materieel

2. De Brussel Ibis Vo heeft tot voorwerp de regeling van de internationale bevoegdheid en het exequatur. Het bevat geen regelen die het toepasselijke recht aanwijzen en regelt evenmin de territoriale bevoegdheid binnen de aangewezen lidstaat⁷. Artikel 1 Brussel Ibis Vo bepaalt voor welke materies ze de internationale bevoegdheid en het exequatur regelt.

3. Wat de huwelijkszaken betreft lijkt artikel 1, a), Brussel Ibis Vo ruimer geformuleerd dan artikel 1, a), Brussel II Vo. Het spreekt immers van “*burgerlijke zaken betreffende echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk*”, wat meer lijkt te omvatten dan de “*rechtsvordering tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk*”. Nochtans blijkt het niet de bedoeling te zijn op het vlak van huwelijkszaken het toepassingsgebied uit te breiden. In overweging 8 van de Brussel Ibis Vo wordt immers expliciet vermeld dat de verordening enkel de vorderingen betreft die strekken tot ontbinding van de huwelijksband, met uitsluiting van bijkomende geschillen die daarbij kunnen rijzen, zoals vermogensrechtelijke aanspraken.

4. Op het vlak van ouderlijke verantwoordelijkheid heeft de Brussel Ibis Vo een gevoelig ruimer werkveld dan de Brussel II Vo. Het was de bedoeling de algemene kritiek in de rechtsleer dat de Brussel II Vo een te beperkt toepassingsgebied had, uit de weg te ruimen en een gelijke behandeling voor alle kinderen in te voeren⁸. Bijgevolg werden twee beperkingen uit de Brussel II Vo opgeheven: het kind dient niet meer gemeenschappelijk te zijn aan de partijen en de vordering betreffende het ouderlijk gezag dient niet ingesteld te worden in het kader van een procedure in huwelijkszaken. De Brussel Ibis Vo regelt dus de internationale bevoegdheid en het exequatur ten aanzien van geschillen betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid, ongeacht of zij autonoom of in het kader van een andere procedure bestaan en ongeacht of het om een gemeenschappelijk kind gaat. Ook een geschil tussen

505def., *PB* 2001 C 332 E, blz. 269 e.v. Dat voorstel werd ingetrokken bij het indienen van het Voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, tot intrekking van Verordening nr. 1347/2000 en tot wijziging, wet betreft onderhoudsverplichtingen, van Verordening nr. 44/2001, COM(2002) 222def., *PB* 2002 C 203 E, blz. 155 e.v.; *Tijdschrift@ipr.be* 2002, nr. 2, 20-84. Voor een bespreking ervan, zie: M. BUSCH, “Schutzmaßnahmen für kinder und der Begriff der elterlichen Verantwortung im internationalen und europäischen Recht – Anmerkungen zur Ausweitung der Brüssel II-Verordnung“, *IPRax* 2003, 218-222; P. DEGROOFF en C. DE VALKENEER, “La responsabilité parentale”, *Rev. not. b.* 2002, 405-411; M. SUMAMPOUW, “Voorstel verordening ouderlijke verantwoordelijkheid: een voorbeeld hoe het niet moet” in X., *Met recht verkregen. Liber amicorum Ingrid Joppe*, Deventer, Kluwer, 2002, 201-218.

⁶ De Brussel Ibis Vo werd onder meer op volgende plaatsen al besproken: M. BUSCH en U. RÖLKE, “Europäisches Kinderschutzrecht mit offenen Fragen”, *FamRZ* 2004, 1338-1341; P. McELEAVY, “Brussels Ibis: matrimonial matters, parental responsibility, child abduction and mutual recognition”, *ICLQ* 2004, 503-512; S. SAROLÉA, “Un nouveau règlement au 1er mars 2005: Bruxelles Ibis”, *Div. Act.* 2004, 130-135 ; D. SOLOMON, „Brüssel IIa – Die neuen europäischen Regeln zum internationalen Verfahrensrecht in Fragen der elterlichen Verantwortung“, *FamRZ* 2004, 1409-1419. De Europese Commissie heeft een ‘Practice Guide’ ter beschikking gesteld op http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_en.pdf.

⁷ P. DEGROOFF en C. DE VALKENEER, “La responsabilité parentale”, *Rev. not. b.* 2002, 401 ; D.

SOLOMON, *FamRZ* 2004, 1411.

⁸ Overweging 5 van de Brussel Ibis Vo.



bijvoorbeeld een ouder en een grootouder valt bijgevolg binnen het materiële toepassingsgebied van de Brussel Ibis Vo⁹.

De Brussel Ibis Vo zorgt daarnaast ook voor verduidelijking van het toepassingsgebied inzake ouderlijke verantwoordelijkheid doordat ze het begrip definieert in artikel 2, 8^o,¹⁰ en in artikel 1, 2^o, een opsomming geeft van de materies die onder die noemer vallen. In de Brussel II Vo bestond onduidelijkheid wat de precieze inhoud was van haar artikel 1, b). Uit de opsomming blijkt dat de ouderlijke verantwoordelijkheid een zeer ruim begrip is. Het omvat:

- het gezags- en omgangsrecht,
- voogdij, curatele en overeenkomstige rechtsinstituten,
- de aanwijzing en de taken van de persoon of het lichaam die voor het kind of diens vermogen moeten zorgen, dan wel het kind moeten bijstaan of vertegenwoordigen,
- de plaatsing van het kind,
- beschermende maatregelen die het beheer, de instandhouding van of de beschikking over het vermogen van het kind betreffen.

Wat de maatregelen ten aanzien van het vermogen van het kind betreft, dient erop gewezen te worden dat de Brussel Ibis Vo enkel van toepassing is voor kwesties in verband met de bescherming van het kind of die betrekking hebben op de organisatie en werking van rechtsinstituten ter bescherming van het kind. De eigenlijke vermogensrechtelijke aanspraken van of tegen minderjarigen vallen daar dus niet onder¹¹. Voorts zij beklemtoont dat de Brussel Ibis Vo enkel beoogt burgerlijke zaken te regelen¹². Waar zij spreekt van de plaatsing van het kind, heeft dat dus geen betrekking op maatregelen die genomen worden naar aanleiding van een door een kind gepleegd misdrijf¹³. Artikel 1, 3, g), Brussel Ibis sluit uitdrukkelijk de maatregelen die genomen worden ten gevolge van door kinderen begane strafbare feiten uit het toepassingsgebied, ongeacht de aard van die maatregelen¹⁴.

5. Een aantal materies worden expliciet uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Brussel Ibis Vo. Naast de al vermelde maatregelen naar aanleiding van door een kind begane misdrijven, gaat het om de vaststelling en ontkenning van familierechtelijke betrekkingen, adopties, de naam, de handlichting, onderhoudsverplichtingen, trusts en erfopvolging. Voor de onderhoudsaangelegenheden blijven de Brussel I Vo en andere internationale rechtsinstrumenten¹⁵ onverminderd gelden.

6. Een probleem bij de afbakening van het toepassingsgebied blijft de vraag wat onder één van de centrale begrippen in de verordening moet worden begrepen, met name wat een kind is. Net zo min

⁹ Dat blijkt ook uit artikel 2, 7^o, en artikel 2, 8^o, Brussel Ibis Vo waarin een persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt gedefinieerd wordt als ‘*elke* persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid voor *een* kind draagt’ (eigen cursivering).

¹⁰ De ouderlijke verantwoordelijkheid omvat “*alle rechten en verplichtingen die ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst aan een natuurlijke persoon of aan een rechtspersoon zijn toegekend met betrekking tot de persoon of het vermogen van een kind*”.

¹¹ Zie overweging 9 van de Brussel Ibis Vo.

¹² Doordat de grens tussen burgerlijke aangelegenheden en publiekrecht inzake maatregelen ten aanzien van kinderen vaak vaag is en van lidstaat tot lidstaat verschillend, moet met Busch en Rölke gevreesd worden dat in de praktijk moeilijke afbakeningsproblemen zullen ontstaan om te besluiten of een geval al dan niet binnen het toepassingsgebied van de Brussel Ibis Vo valt (M. BUSCH en U. RÖLKE, *FamRZ* 2004, 1340). Het lijkt daarbij noodzakelijk dat de begrippen van artikel 1, 2, Brussel Ibis Vo autonoom worden ingevuld en men zich niet louter verlaat op het onderscheid publiek recht / burgerlijk recht zoals dat in het eigen nationaal recht wordt gemaakt.

¹³ Aanhef van artikel 1 Brussel Ibis Vo en artikel 1, 3, g), Brussel Ibis Vo. Zie ook overweging 10 van de Brussel Ibis Vo.

¹⁴ Zie T. DE BOER, *NILR* 2002, 327.

¹⁵ Dat zijn onder andere: het EEX-verdrag; het EVEX-verdrag; het verdrag van Den Haag van 15 april 1958 inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van onderhoudsverplichtingen jegens kinderen; het verdrag van New York van 20 juni 1956 inzake het verhaal in het buitenland van uitkeringen tot onderhoud.



als in de Brussel II Vo geeft de Brussel Ibis Vo daarvan een definitie. Aangenomen moet worden dat het begrip vrij strikt te interpreteren is en enkel personen omvat die op basis van hun leeftijd onbekwaam zijn en/of aan een beschermingsregime worden onderworpen. Artikel 1, b), Brussel Ibis Vo geldt dus enkel ten aanzien van minderjarigen en kan niet aangewend worden voor geschillen met betrekking tot personen die om andere redenen onbekwaam zijn of aan een beschermingsregime worden onderworpen¹⁶.

De Brussel Ibis Vo bepaalt niet tot welke leeftijd kinderen binnen het toepassingsgebied vallen¹⁷, zodat ook de vraag rijst hoe die leeftijdsgrens moet bepaald worden. Een verordeningsautonome invulling beschermt de uniforme toepassing van de Brussel Ibis Vo en vergemakkelijkt de ambtshalve bevoegdheidscontrole die iedere rechter in het kader van de Brussel Ibis Vo behoort te doen¹⁸. Maatgevend zou artikel 2 van het Haags Kinderbeschermingsverdrag van 19 oktober 1996 kunnen zijn dat in zijn artikel 2 de leeftijdsgrens op 18 jaar bepaalt¹⁹. Door het verschil in conflicten- en materieel recht tussen de lidstaten, zou zij evenwel kunnen leiden tot het creëren van bevoegdheid in een land waar de persoon niet beschouwd wordt als een minderjarig kind. Dat is nochtans geen voldoende overtuigend element om de normale interpretatieregels²⁰ buiten spel te zetten en de verordeningsautonome interpretatie te vervangen door een kwalificatie conform de ten aanzien van het vermeende kind toepasselijke wet. In de praktijk zal de keuze van methode waarschijnlijk weinig belang hebben aangezien de verschillende nationale wetten bijna allen de grens van minderjarigheid op 18 jaar leggen²¹.

B. Temporeel

7. De Brussel Ibis Vo is overeenkomstig haar artikel 72 in werking getreden op 1 augustus 2004, maar slechts van toepassing met ingang van 1 maart 2005²². Alle bepalingen van de Brussel Ibis Vo moeten toegepast worden op vorderingen, authentieke akten en overeenkomsten die respectievelijk ingesteld, verleden of gesloten worden op die laatste datum of daarna²³. De bepalingen betreffende de erkenning, het uitvoerbaar verklaren en de tenuitvoerlegging worden door artikel 64, 2 tot 4, Brussel Ibis aan een bijzonder overgangsregime onderworpen waardoor ze in sommige gevallen aanwending kunnen vinden op vorderingen die vóór 1 maart 2005 werden ingesteld. De bepalingen van Hoofdstuk III van de Brussel Ibis Vo moeten toegepast worden in de volgende gevallen (enkel horizontaal combineren)²⁴:

¹⁶ D. SOLOMON, *FamRZ* 2004, 1410. Ook personen die zich in verlengde minderjarigheid bevinden lijken dus niet meer onder het toepassingsgebied van de Brussel Ibis Vo te vallen.

¹⁷ Dit in tegenstelling tot ander verdragen betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid: Europees Verdrag van 20 mei 1980 betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen, gesloten te Luxemburg (16 jaar); Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980 inzake de burgerrechtelijke aspecten van de ontvoering van kinderen (16 jaar); Verdrag van Den Haag van 19 oktober 1996 inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen (18 jaar).

¹⁸ Artikel 17 Brussel Ibis Vo.

¹⁹ Vgl. N. WATTÉ en H. BOULARBAH, *RTDF* 2000, 550.

²⁰ Zie in dat verband: M. AUDIT, "L'interprétation autonome du droit international privé communautaire", *JDI* 2004, 789-816; K. VANDEKERCKHOVE, "De interpretatie van europees bevoegdheids- en executierecht" in H. VAN HOUTTE en M. PERTEGÁS SENDER (eds), *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 11-29.

²¹ In deze bijdrage kan uiteraard geen rechtsvergelijkend onderzoek ingesteld worden omtrent de minderjarigheid. Zie evenwel: D. SOLOMON, *FamRZ* 2004, 1410-1411.

²² De artikelen 67 tot 70 Brussel Ibis Vo zijn evenwel vanaf 1 augustus 2004 van toepassing.

²³ Artikel 64 Brussel Ibis Vo.

²⁴ 1 maart 2001 is de datum van inwerkingtreding van de Brussel II Vo (artikel 46 Brussel II Vo). Voor de landen die op 1 mei 2004 tot de Europese Unie zijn toegetreden, is de Brussel II Vo evenwel pas op 1 mei 2004



Datum instellen vordering	Datum beslissing	Bijkomende voorwaarden	Art.
1 maart 2005 of later	1 maart 2005 of later	Geen	64, 1
1 maart 2001 of later, maar vóór 1 maart 2005	1 maart 2005 of later	Bevoegdheidsregel komt overeen met die van Brussel Ibis Vo, Brussel II Vo of verdrag tussen de betrokken staten	64, 2
1 maart 2001 of later, maar vóór 1 maart 2005	1 maart 2001 of later, maar vóór 1 maart 2005	Enkel voor echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring huwelijk, evenals ouderlijke verantw. voor gemeenschappelijk kind naar aanleiding van een dergelijke procedure	64, 3
vóór 1 maart 2001	1 maart 2001 of later, maar vóór 1 maart 2005	1. Enkel voor echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring huwelijk, evenals ouderlijke verantw. voor gemeenschappelijk kind naar aanleiding van een dergelijke procedure 2. Bevoegdheidsregel komt overeen met die van Brussel Ibis Vo, Brussel II Vo of verdrag tussen de betrokken staten	64, 4

C. Ruimtelijk

8. De Brussel Ibis Vo geldt in alle lidstaten van de Europese Unie, met uitzondering van Denemarken²⁵.

De regelen betreffende het exequatur zijn slechts van toepassing indien de beslissing, authentieke akte of overeenkomst tussen partijen afkomstig is uit een lidstaat²⁶.

Net zo min als de Brussel II Vo, bevat de Brussel Ibis Vo een bijzondere bepaling die de toepassing van de bevoegdheidsregels afhankelijk maakt van de woonplaats van (één van) de partijen in één van de lidstaten. Dat is een duidelijk verschil met de Brussel I Vo, het EEX- en EVEX-verdrag, waarvan de toepassing afhangt van de vraag of de verweerder zijn woonplaats heeft in een lidstaat²⁷. De weerslag in de ruimte van de bevoegdheidsregeling in de Brussel Ibis Vo wordt dan ook bepaald door de bevoegdheidsbepalingen zelf, evenals door de artikelen 6, 7 en 14 Brussel Ibis Vo die de verhouding met het gemene recht van de betrokken lidstaat regelen en hieronder worden besproken.

II. Verhouding met nationale en internationale normen

9. De verhouding met het autonome internationale bevoegdheidsrecht van de lidstaten wordt geregeld in de artikelen 6, 7 en 14 Brussel Ibis Vo.

in werking getreden zodat in verhouding met die landen 1 mei 2004 gebeurlijk als referentiedatum dient in plaats van 1 maart 2001.

²⁵ Zie artikel 2, 3°, Brussel Ibis Vo en overweging 31 van de Brussel Ibis Vo.

²⁶ Zie de artikelen 21, 1°, 28, 1°, 41, 1°, 42, 1°, en 46 Brussel Ibis Vo.

²⁷ Zie de artikelen 2, 3 en 4 van de Brussel I Vo, het EEX- en EVEX-verdrag.



Voor huwelijkszaken bevat artikel 6 Brussel Ibis Vo een bescherming van de verweerder die een band heeft met een lidstaat. Artikel 7 Brussel Ibis Vo bepaalt wanneer het autonome bevoegdheidsrecht een rol kan spelen ten aanzien van niet-beschermde verweerders. Schematisch ziet het resultaat van beide bepalingen voor het eenzijdig inleiden van een hoofdvordering er als volgt uit²⁸:

	VP verweerder Lidstaat	Verweerder nat. Lidstaat	Verweerder geen nat. of VP Lidstaat
VP eiser Lidstaat	Brussel Ibis exclusief	- Brussel Ibis exclusief - één uitzondering indien Brussel Ibis geen opl.: gemeen recht van het land waarvan de verweerder nationaliteit heeft aanwendbaar	- eerst Brussel Ibis - mogelijk: art. 1, a), 2 ^{de} , 5 ^{de} en 6 ^{de} streepje - slechts bij gebreke van Brussel Ibis: autonoom nationaal recht - eiser kan nationaal recht van land van verblijfplaats aanwenden zoals onderdanen van dat land
Eiser nat. Lidstaat maar geen VP Lidstaat	Brussel Ibis exclusief	- Brussel Ibis exclusief - één uitzondering indien Brussel Ibis geen opl.: gemeen recht van het land waarvan de verweerder nationaliteit heeft aanwendbaar	- eerst Brussel Ibis - Brussel Ibis geen opl. - dus autonoom nationaal recht
Eiser geen nat. of VP Lidstaat	Brussel Ibis exclusief	-Brussel Ibis exclusief - één uitzondering indien Brussel Ibis geen opl.: gemeen recht van het land waarvan de verweerder nationaliteit heeft aanwendbaar	- eerst Brussel Ibis - Brussel Ibis geen opl. - dus autonoom nationaal recht
Grondslag	Art. 6, a), en 7, 1°, Brussel Ibis	Art. 6, b), en 7, 1°, Brussel Ibis	Art. 7 Brussel Ibis

Wat de middenkolom betreft dient opgemerkt te worden dat in de rechtsleer controversie bestaat of de verweerder met de nationaliteit van een lidstaat die in een derde land verblijft, kan gedaagd worden in de lidstaat waarvan hij de nationaliteit heeft op basis van het daar geldende gemeenrecht indien de Brussel Ibis Vo geen forum biedt. De meerderheid van de rechtsleer die zich over dat probleem uitspreekt lijkt de mening toegedaan dat dat mogelijk is²⁹. De voornaamste argumenten ter ondersteuning zijn dat de letterlijke lezing van artikel 6 Brussel Ibis Vo daartoe leidt en het rapport Borrás eveneens die oplossing schijnt te ondersteunen. Die zienswijze heeft het voordeel dat zij respect opbrengt voor de aanspraken van een nationale staat steeds een forum ter beschikking te stellen

²⁸ Verklaring van de afkortingen: VP = verblijfplaats; nat. = nationaliteit/domicile in het Verenigd koninkrijk of Ierland. Met ‘exclusief’ wordt bedoeld dat de bevoegdheid enkel kan gestoeld worden op de Brussel Ibis Vo en niet op het betrokken nationale recht. Zij houdt dus niet in dat de bevoegdheidsbepalingen van de Brussel Ibis Vo zelf enige exclusiviteit ten opzichte van elkaar zouden hebben. Het gaat immers om alternatieven (zie A. BORRÁS, *PB* 1998 C 221, 37).

²⁹ J.-Y. CARLIER, S. FRANCO, J.-L. VAN BOXSTAEL, *JT dr. Eur.* 2001, 79; T. DE BOER, *NILR* 2002, 321-322; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “La libre circulation des jugements en matière matrimoniale en Europe”, *Gaz. Pal.* 1999, Doctrine, 2023; W. HAU, *FamRZ* 2000, 1340; C. KOHLER, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, 11 (inz. voetnoot 14); P. MOSTERMANS, *NIPR* 2001, 302; V. VAN DEN EECKHOUT in *Het nieuwe Europese IPR: van verdrag naar verordening*, 80.



voor vorderingen die gericht zijn tegen eigen onderdanen³⁰. Niklas is daarentegen van oordeel dat de systematiek en de doelstellingen van de Brussel Ibis Vo zich verzetten tegen een dergelijke interpretatie en de toepassing van autonoom nationaal recht steeds en overal is uitgesloten zodra de verweerder de nationaliteit van een lidstaat heeft³¹. In het Groenboek over het toepasselijke recht en de rechterlijke bevoegdheid in echtscheidingszaken wordt zonder enige nuancering gezegd dat inien de Brussel Ibis Vo geen oplossing biedt, de gemeenrechtelijke bevoegdheidsregels van de lidstaten van toepassing zijn³². Dat zou dus niet beperkt zijn tot enkel het land waarvan de verweerder de nationaliteit heeft zoals de meerderheidsopvatting in de rechtstleer luidt. Dat lijkt niet verenigbaar met de tekst van de de artikelen 6 en 7 Brussel Ibis Vo.

Voor geschillen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, volgt uit artikel 14 Brussel Ibis Vo dat het nationale bevoegdheidsrecht van de lidstaten slechts toepassing kan vinden indien geen enkele lidstaat bevoegd is op basis van de artikelen 8 tot 13 Brussel Ibis Vo. Er is geen met artikel 6 Brussel Ibis vergelijkbare bepaling ter bescherming van de 'Europese' verweerder. De reden daarvoor is dat zij voor vorderingen die samenhangen met huwelijkszaken al geboden wordt door artikel 6 Brussel Ibis Vo zelf en voor onafhankelijke vorderingen de hoofdbekommernis het belang van het kind is³³ en niet de bescherming van één van de procespartijen.

10. De verhouding met andere internationale rechtsnormen wordt geregeld in de artikelen 59 tot 63 Brussel Ibis. Artikel 59 Brussel Ibis Vo is nagenoeg identiek aan artikel 36 Brussel II Vo en verwoordt het algemene principe dat de verordening in de plaats treedt van overeenkomsten die tussen twee of meer lidstaten bestaan evenals een afwijkingsmogelijkheid voor de Scandinavische landen. Die indeplaatsstelling geldt evenwel slechts wat het toepassingsgebied van de Brussel Ibis Vo betreft. Daarbuiten blijven de betrokken overeenkomsten onaangetaast (artikel 62, 1, Brussel Ibis Vo). Artikel 60 Brussel Ibis Vo bepaalt dat de Brussel Ibis Vo voorrang heeft op een aantal verdragen voor onderwerpen die in die verordening zijn geregeld. Van de opgesomde verdragen gelden in België enkel het Europees verdrag van 20 mei 1980³⁴ en het verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980³⁵. Ten aanzien van dat laatste was in de Brussel II Vo geen bijzondere voorrangsregel opgenomen aangezien die verordening geen regeling in verband met kinderontvoering bevatte³⁶. Voor de verhouding met het Haagse verdrag van 19 oktober 1996³⁷ bevat de Brussel Ibis Vo nu een afzonderlijke bepaling in haar artikel 61. Het verdrag werd door alle lidstaten ondertekend en is in sommigen al in werking getreden, maar nog niet in België³⁸. De Brussel Ibis Vo krijgt voorrang indien het kind in één van de lidstaten verblijft, evenals, ongeacht de verblijfplaats van het kind, voor de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen uit een lidstaat.

³⁰ Onder het oude Belgische IPR was dat mogelijk op basis van artikel 15 B.W. In het WbIPR bestaat voor huwelijkszaken geen mogelijkheid meer om een verweerder louter op grond van zijn Belgische nationaliteit voor een Belgische rechter te dagen. Voor de internationale bevoegdheid van de Belgische rechter speelt de vermelde discussie dan ook geen rol.

³¹ I. M. NIKLAS, *Die europäische Zuständigkeitsordnung in Ehe- und Kindschaftsverfahren*, 98-99.

³² Groenboek over het toepasselijke recht en de rechterlijke bevoegdheid in echtscheidingszaken, COM(2005) 82 definitief, blz. 5-6.

³³ Zie overweging 12 van de Brussel Ibis Vo.

³⁴ Europees Verdrag van 20 mei 1980 betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen, gesloten te Luxemburg, in België in werking getreden op 1 februari 1986, (B.S. 11 december 1985).

³⁵ Verdrag van den Haag van 25 oktober 1980 inzake de burgerrechtelijke aspecten van de ontvoering van kinderen, in België in werking getreden op 1 mei 1999 (B.S. 24 april 1999) (Kinderontvoeringsverdrag).

³⁶ Artikel 4 Brussel II Vo bepaalde wel dat de artikelen 3 tot 16 van het Kinderontvoeringsverdrag dienden gerespecteerd te worden.

³⁷ Verdrag van den Haag van 19 oktober 1996 inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen, <http://hcch.e-vision.nl> en [http://www.ipr.be/data/V.19961019\[EN\].pdf](http://www.ipr.be/data/V.19961019[EN].pdf).

³⁸ Voor een stand van zaken: <http://hcch.e-vision.nl>.



III. Internationale bevoegdheid

A. Huwelijkszaken

11. De regelen in de Brussel Ibis betreffende de internationale bevoegdheid inzake huwelijkszaken zijn gelijk aan die in de Brussel II Vo en worden hier dan ook niet besproken.

B. Ouderlijke verantwoordelijkheid

1. Principe: verblijfplaats kind (artikel 8)

12. Artikel 8 Brussel Ibis Vo creëert één enkel forum dat voor geschillen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid als het ‘natuurlijke’ forum³⁹ moet worden beschouwd: de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. Het tijdstip waarop dat laatste moet beoordeeld worden, is overeenkomstig artikel 8 Brussel Ibis Vo het moment waarop de zaak aanhangig wordt gemaakt. De rechtsleer leidt uit die bepaling af dat een rechter die bevoegd was op het ogenblik van het instellen van de eis omdat de verblijfplaats van het kind zich in zijn land bevond, die bevoegdheid tot aan het einde van de procedure behoudt, ook al werd de verblijfplaats in de loop van het geding naar een ander land verplaatst (*perpetuatio fori*)⁴⁰. Solomon wijst er terecht op dat het tot absurde gevolgen zou leiden de regel van artikel 8 Brussel Ibis Vo zo strikt te lezen dat een rechter zich ook onbevoegd moet verklaren in het geval het kind niet op het moment van het aanhangig maken, maar eerst tijdens de procedure een gewone verblijfplaats verwerft in zijn land⁴¹. Een pragmatische oplossing lijkt zich op te dringen, maar is niet zo eenvoudig te vinden, gelet op de duidelijke tekst van artikel 8 Brussel Ibis Vo en de plicht tot ambtshalve controle van de bevoegdheid⁴². Om problemen te vermijden zullen de partijen met de nodige voorzichtigheid de verblijfplaats moeten lokaliseren en doen zij er goed aan slechts op te treden indien zij daarover voldoende zekerheid hebben.

Wat als een gewone verblijfplaats moet worden beschouwd, is niet in de Brussel Ibis Vo gedefinieerd. De rechtsleer is nagenoeg eensluidend dat de aangezochte rechter het begrip niet overeenkomstig zijn nationaal recht, maar verordeningsautonoom moet invullen⁴³. In het rapport Borrás wordt op de noodzaak gewezen rekening te houden met de rechtspraak van het Hof van Justitie⁴⁴. Dat definieerde de gewone verblijfplaats (in een andere context) als “*de plaats waar de betrokkene het permanente centrum van zijn belangen heeft gevestigd, met de bedoeling daaraan een vast karakter te verlenen, met dien verstande dat voor de vaststelling van de gewone verblijfplaats rekening moet worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die voor dat begrip bepalend*”

³⁹ Zie M. SUMAMPOUW, in *Met recht verkregen. Liber amicorum Ingrid Joppe*, 208.

⁴⁰ F. BAUER, “Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts und perpetuatio fori in Sorgerechtsverfahren“, *IPRax* 2003, 140; M. BUSCH en U. RÖLKE, *FamRZ* 2004, 1341; D. SOLOMON, *FamRZ* 2004, 1411; vgl. D. COESTER-WALTJEN, noot onder OLG Nürnberg 23 juli 2003, 281-282; H. SCHACK, *RabelsZ* 2001, 624. Daarmee wijkt de Brussel Ibis Vo af van de Haagse verdragen van 5 oktober 1961 en 19 oktober 1996 (zie Bundesgerichtshof 5 juni 2002, *FamRZ* 2002, 1182, noot D. HENRICH, *IPRax* 2003, 145, noot F. BAUER; OLG Nürnberg 23 juli 2003, *FamRZ* 2004, 278, noot D. COESTER-WALTJEN; OLG Nürnberg 24 april 2002, *IPRax* 2003, 147, noot F. BAUER; Hoge Raad 28 mei 1999, *NIPR* 1999, 159; Hof 's Hertogenbosch 10 juni 2004, *NIPR* 2004, 322).

⁴¹ D. SOLOMON, *FamRZ* 2004, 1411.

⁴² Zie artikel 17 Brussel Ibis Vo.

⁴³ Zie bijvoorbeeld: W. HAU, *FamRZ* 2000, 1334; I. M. NIKLAS, *Die europäische Zuständigkeitsordnung in Ehe- und Kindschaftsverfahren*, 79; D. SOLOMON, *FamRZ* 2004, 1411; P. MOSTERMANS, *NIPR* 2001, 295.

⁴⁴ Rapport Borrás, *PB* 221 C 1998, 39.



zijn⁴⁵. Daaruit blijkt dat niet alleen objectieve criteria een rol spelen, maar ook de wil van de betrokken persoon⁴⁶.

2. Uitzonderingen

13. Artikel 8 Brussel Ibis Vo bevat het forum dat als “natuurlijk” wordt beschouwd voor vorderingen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid. Op dat principe bestaan evenwel diverse uitzonderingen. Artikel 8, 2, Brussel Ibis Vo bepaalt immers dat voorbehoud moet worden gemaakt voor de bevoegdheidsregels in de artikelen 9, 10 en 12 Brussel Ibis Vo.

a. Vorige verblijfplaats kind (artikel 9)

14. Een eerste uitzondering ligt vervat in artikel 9 Brussel Ibis Vo. Ze kent evenwel belangrijke beperkingen in materiële en temporele aanwendbaarheid en is aan dergelijk strenge voorwaarden onderworpen dat ze in de praktijk waarschijnlijk vrij uitzonderlijk zal ingeroepen worden. De toepassingsvoorwaarden zijn:

- een legale verhuis van het kind (zoniet is art. 10 Brussel Ibis Vo van toepassing);
- het kind heeft een gewone verblijfplaats in een andere lidstaat;
- in de lidstaat van de vorige verblijfplaats van het kind werd een beslissing inzake omgangsrecht gegeven;
- de vordering strekt tot wijziging van de in die beslissing vastgelegde omgangsregeling;
- de persoon die ingevolge die beslissing een omgangsrecht heeft, heeft zijn gewone verblijfplaats nog in de lidstaat van de vorige verblijfplaats van het kind;
- die persoon heeft de bevoegdheid in de lidstaat van de nieuwe verblijfplaats niet aanvaard door daar deel te nemen aan een procedure zonder de bevoegdheid te betwisten.

Indien alle voorwaarden zijn vervuld, zijn enkel de gerechten van de lidstaat van de vorige verblijfplaats bevoegd en niet die van de nieuwe verblijfplaats⁴⁷. De toepassing van artikel 8 Brussel Ibis Vo wordt in dat geval dus uitgesloten, maar, zoals uit de laatste voorwaarde blijkt, enkel voor zover de persoon met omgangsrecht niet zelf een procedure in de lidstaat van de nieuwe verblijfplaats van het kind start en daar evenmin deelneemt aan een procedure zonder de internationale bevoegdheid te betwisten. De verlenging van de bevoegdheid van de lidstaat van de vorige verblijfplaats duurt slechts drie maanden, te rekenen vanaf de verhuizing van het kind. De vordering moet dus voor afloop van die termijn ingesteld worden. De exacte situering in de tijd van de dag van verhuizing kan daarbij een delicate oefening zijn. Een ander probleem is dat het kind bij een verhuis niet noodzakelijk onmiddellijk een nieuwe gewone verblijfplaats verwerft, maar meestal slechts na verloop van enige tijd. Door het begin van de drie maanden te koppelen aan het moment van verhuis en de voorwaarde van een nieuwe gewone verblijfplaats op te leggen, kan een belangrijk deel van de drie maanden verloren gaan en daarmee ook het aantal toepassingsgevallen van artikel 9 slinken⁴⁸.

b. Ontvoering (artikelen 10 en 11)

15. Een blind vastknopen aan de gewone verblijfplaats van het kind zou de partijen de mogelijkheid geven de internationale bevoegdheid te manipuleren door het kind te ontvoeren. Om dat te vermijden is een bijzonder regeling uitgewerkt in de artikelen 10 en 11 Brussel Ibis Vo die de teugkeer van het kind moet bevorderen en een verlegging van het forum in geval van ontvoering aan strenge voorwaarden onderwerpt.

⁴⁵ H. v. J. 15 september 1994 (C-452/93, Pedro Magdalena Fernandez/Commissie), *Jur.* 1994, I-4295.

⁴⁶ M. PERTEGÁS SENDER, in *Migratie- en migrantenrecht 10*, 301.

⁴⁷ D. SOLOMON, *FamRZ* 2004, 1412.

⁴⁸ Dat probleem werd signaleerd door P. McELEVAY in *ICLQ* 2004, 508-509.



16. In principe blijft de bevoegdheid in de lidstaat waar het kind zijn gewone verblijfplaats had, onmiddellijk voorafgaand aan de ontvoering (art. 10 Brussel Ibis Vo). De verschuiving van de internationale bevoegdheid door de wijziging van de gewone verblijfplaats van het kind is beperkt tot twee gevallen:

- a) Het kind heeft een nieuwe gewone verblijfplaats in een andere lidstaat en alle personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, hebben in de ontvoering berust.
- b) Het kind heeft een nieuwe gewone verblijfplaats, is er geworteld en verblijft er minstens een jaar sinds de drager van gezagsrecht kennis kreeg (had moeten krijgen) van de nieuwe verblijfplaats en één van de volgende situaties doet zich voor:
 1. geen verzoek tot terugkeer binnen het jaar nadat de persoon die gezagsrecht bezit kennis kreeg of had moeten krijgen van de nieuwe verblijfplaats;
 2. een dergelijk verzoek werd binnen het jaar ingetrokken en niet hernieuwd;
 3. er was een beslissing tot niet-terugkeer en de partijen hebben in de lidstaat van de gewone verblijfplaats vóór ontvoering geen standpunt daarover ingenomen;
 4. een beslissing in de lidstaat van de gewone verblijfplaats vóór ontvoering is tussen gekomen die niet de terugkeer van het kind met zich meebrengt.

17. Artikel 11 Brussel Ibis Vo verwijst – voor de terugkeer van het kind – naar het Haagse Kinderontvoeringsverdrag van 25 oktober 1980⁴⁹. De partij tegen wie de ontvoering gericht was, kan zich op het door dat verdrag ingestelde mechanisme beroepen om de terugkeer van het kind te bekomen. Het Kinderontvoeringsverdrag geldt dus onverminderd, maar wordt door art. 11 Brussel Ibis Vo aangevuld met een aantal bijzondere regelen die afwijken van of een aanvulling vormen op het Kinderontvoeringsverdrag (art. 11, 1, Brussel Ibis Vo).

Een eerste belangrijke afwijking, is dat sterker de nadruk gelegd wordt op het horen van het kind. Dat moet bij toepassing van de artikelen 12 en 13 van het Kinderontvoeringsverdrag de gelegenheid hebben gekregen te worden gehoord, behalve indien zijn leeftijd of rijpheid dat niet raadzaam maken (artikel 11, 2, Brussel Ibis Vo⁵⁰). In tegenstelling tot het Kinderontvoeringsverdrag bevat de Brussel Ibis Vo een procedurele bescherming van de verzoekende partij. Overeenkomstig artikel 11, 5, Brussel Ibis Vo kan een terugkeer immers niet geweigerd worden indien de partij die om terugkeer verzocht niet de gelegenheid kreeg te worden gehoord. Wat de snelheid betreft waarmee de beslissing over het verzoek tot terugkeer moet worden gegeven (binnen zes weken), is artikel 11, 3, Brussel Ibis Vo iets dwingender geformuleerd dan artikel 11 van het Kinderontvoeringsverdrag.

Een vreemde bepaling is artikel 11, 4, Brussel Ibis Vo. Zij houdt een afwijking in op artikel 13, eerste lid, b), van het Kinderontvoeringsverdrag dat de mogelijkheid biedt een terugkeer te weigeren indien het kind erdoor zou worden blootgesteld aan een ernstig risico op een lichamelijk of geestelijk gevaar. Welnu, artikel 11, 4, Brussel Ibis Vo bepaalt dat ook in dat geval een terugkeer moet bevolen worden indien het vaststaand is dat adequate voorzieningen zijn getroffen ter bescherming van het kind na terugkeer. Een dergelijke regel lijkt zijn eigen toepassing uit te sluiten. Wanneer de laatste voorwaarde wordt vervuld, lijkt het bestaan van een ernstig risico immers uitgesloten en daarmee ook de noodzaak tot een afwijking op artikel 13, eerste lid, b), van het Kinderontvoeringsverdrag. Anderzijds is het vreemd dat men verplicht zou zijn een kind bloot te stellen aan een ernstig risico voor zijn geestelijke of lichamelijke integriteit.

⁴⁹ Verdrag van den Haag van 25 oktober 1980 inzake de burgerrechtelijke aspecten van de ontvoering van kinderen, de Belgische instemmingswet dateert van 10 augustus 1980 en werd, samen met de Nederlandse tekst van het verdrag gepubliceerd in B.S. 24 april 1999,. Voor een actuele stand van de gebonden landen, zie: <http://hchch.e-vision.nl>.

⁵⁰ Vgl. met art. 13, tweede lid, Kinderontvoeringsverdrag.



Ten slotte bevat artikel 11 een bijzondere regeling ten aanzien van het geval het verzoek tot terugkeer wordt afgewezen. Een dergelijke beslissing moet onmiddellijk worden overgemaakt aan de Centrale Autoriteit of het bevoegde gerecht van de lidstaat waar het kind vóór de ontvoering zijn gewone verblijfplaats had (artikel 11, 6, Brussel Ibis Vo). Zo er nog geen procedure hangende is in die laatste lidstaat, moeten de partijen van de beslissing tot niet terugkeer op de hoogte gebracht worden en uitgenodigd worden binnen drie maanden te concluderen zodat het bevoegde gerecht de kwestie van de gezagsuitoefening kan onderzoeken (artikel 11, 7, eerste lid, Brussel Ibis Vo). Indien het betrokken gerecht binnen die termijn geen conclusies ontvangt, moet het de zaak gesloten verklaren (artikel 11, 7, tweede lid, Brussel Ibis Vo). De bevoegdheidsregel van de Brussel Ibis Vo blijven onaangetast door een beslissing tot niet-terugkeer. Een dergelijke beslissing is bovendien niet bindend voor het op grond van die regels bevoegde gerecht aangezien dat de mogelijkheid behoudt een beslissing te geven die alsnog de terugkeer van het kind met zich meebrengt⁵¹.

c. Prorogatie (artikel 12)

18. Belangrijke uitzonderingen op het principe van de gewone verblijfplaats van het kind zijn opgenomen in artikel 12 Brussel Ibis Vo. Ook zij worden aan vrij strenge voorwaarden onderworpen waaronder de noodzaak dat alle partijen akkoord gaan. Omwille van dat laatste, wordt in artikel 12 Brussel Ibis Vo gesproken van prorogatie.

19. In de eerste plaats kan een geschil inzake ouderlijke verantwoordelijkheid gebracht worden voor de rechter die bevoegd is ten aanzien van een vordering tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk. De voorwaarden daarvoor zijn (artikel 12, 1, Brussel Ibis Vo):

- het gerecht ontleent zijn internationale bevoegdheid voor de huwelijksaangelegenheid aan de Brussel Ibis Vo⁵²;
- de vordering betreft een met huwelijkszaken samenhangende kwestie van ouderlijke verantwoordelijkheid;
- minimum één van de echtgenoten draagt ouderlijke verantwoordelijkheid;
- de internationale bevoegdheid wordt op het moment van het aanhangig maken door de echtgenoten en alle betrokken personen die ouderlijke verantwoordelijkheid dragen expliciet of op enige andere ondubbelzinnige wijze aanvaard;
- de internationale bevoegdheid van de gerechten van die lidstaat wordt gerechtvaardigd door het belang van het kind.

Indien die voorwaarden niet vervuld zijn, is de lidstaat waar de huwelijkszaak aanhangig is enkel bevoegd voor geschillen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid indien het kind daar zijn gewone verblijfplaats heeft. De bevoegdheid steunt dan niet op artikel 12, 1, Brussel Ibis Vo, maar op artikel 8 Brussel Ibis Vo⁵³, dat onverminderd blijft gelden.

Solomon wijst er terecht op dat het vereiste dat alle partijen akkoord moeten zijn het geschil betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid te beslechten in het forum van de huwelijkszaak op het moment van het aanhangig maken van de vordering, problematisch is⁵⁴. Meestal zal op dat moment enkel de eisende partij een standpunt hebben ingenomen ten aanzien van de internationale bevoegdheid. Om artikel 12 Brussel Ibis Vo niet zinledig te maken dringt een pragmatische

⁵¹ Zie art. 11, 8, Brussel Ibis Vo.

⁵² Art. 12, aanhef, Brussel Ibis Vo spreekt immers over initiële bevoegdheid op grond van artikel 3 Brussel Ibis Vo. Daarbij moet opgemerkt worden dat de officiële Nederlandse tekst van art. 12 Brussel Ibis Vo een fout bevat. Zij verwijst voor de initiële bevoegdheid immers naar art. 5 Brussel Ibis Vo in plaats van naar art. 3 Brussel Ibis Vo zoals de andere taalversies.

⁵³ D. SOLOMON, *FamRZ* 2004, 1412.

⁵⁴ D. SOLOMON, *FamRZ* 2004, 1413. Dat is zeker het geval wanneer het 'aanhangig maken' gesitueerd wordt op het moment zoals omschreven in artikel 16 Brussel Ibis Vo.



toepassing zich dan ook op. Het lijkt aangewezen af te stemmen op het eerste optreden van de betrokken partij in de procedure en te onderzoeken of zij op dat moment de internationale bevoegdheid expliciet of minstens ondubbelzinnig aanvaardde. Is dat het geval, dan kan die partij nadien niet met succes alsnog de internationale bevoegdheid bestrijden.

Artikel 12, 2, Brussel Ibis bepaalt hoe lang de bevoegdheid op basis van het eerste lid van die bepaling blijft duren. De gerechten van de lidstaat waar de huwelijkszaak wordt behandeld verliezen hun bevoegdheid:

- op het moment dat de beslissing over de huwelijkszaak definitief is geworden en de procedure over de ouderlijke verantwoordelijkheid niet meer aanhangig is;
- indien na de definitieve beslissing in de huwelijkszaak, het geschil over de ouderlijke verantwoordelijkheid nog hangende is, op het moment dat de beslissing over dat laatste definitief is geworden;
- indien de procedures om een andere reden worden beëindigd.

20. Artikel 12, 3, Brussel Ibis Vo biedt de mogelijkheid om een geschil inzake ouderlijke verantwoordelijkheid te brengen voor de gerechten van een lidstaat waarmee het kind een nauwe band heeft. Die nauwe band wordt geacht aanwezig te zijn indien het kind de nationaliteit van die lidstaat heeft of een persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt daar zijn gewone verblijfplaats heeft. Zeker wanneer louter de nationaliteit van het kind de band vormt met de lidstaat, kan het voorkomen dat de rechters ervan niet nauw met het geschil verbonden zijn. Dat euvel wordt in de eerste plaats verholpen door de twee andere voorwaarden die artikel 12, 3, Brussel Ibis Vo stelt, met name dat alle partijen op het moment van het aanhangig maken van de vordering uitdrukkelijk of op een andere ondubbelzinnige wijze de internationale bevoegdheid van het betrokken gerecht hebben aanvaard en dat zij door het belang van het kind wordt gerechtvaardigd. Ten slotte zou ook het hieronder besproken artikel 15 Brussel Ibis Vo een oplossing kunnen bieden indien het aangezochte rechter een minder sterke band heeft met de zaak dan de gerechten van een andere lidstaat.

3. *Opvangforum (artikel 13)*

21. In artikel 13 Brussel Ibis Vo is een opvangregel opgenomen die een forum aanbiedt indien de gewone verblijfplaats van het kind niet kan worden vastgesteld en er geen bevoegdheid kan worden gebaseerd op artikel 12 Brussel Ibis Vo. In dat geval zijn de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind zich bevindt bevoegd. Het gaat duidelijk om een uitzondering die restrictief moet worden geïnterpreteerd. Er moeten dan ook ernstige pogingen worden ondernomen om de gewone verblijfplaats van het kind te lokaliseren. Mogelijk toepassingsgeval is een kind dat (meermaals) legaal verhuist, aldus zijn gewone verblijfplaats verliest maar ook nog geen nieuwe heeft waardoor zowel de artikelen 8 als 9 geen oplossing bieden. Het forum van aanwezigheid kan ook aangewend worden ten aanzien van vluchtelingen (artikel 13, 2, Brussel Ibis Vo).

4. *Algemene afwijkingsmogelijkheid (artikel 15)*

22. Een voor het Europese bevoegdheidsrecht vernieuwende regel is de mogelijkheid voor een rechter om de zaak naar een gerecht in een andere lidstaat te verwijzen. Zij is geregeld in artikel 15 Brussel Ibis Vo en vormt een toepassing van het *forum non conveniens* principe⁵⁵. Een rechter die ten gronde bevoegd is zich uit te spreken over het geschil inzake ouderlijke verantwoordelijkheid, kan de zaak geheel of gedeeltelijk naar een gerecht van een andere lidstaat verwijzen (artikel 15, 1, Brussel Ibis Vo). Hij kan dat ambtshalve doen, of op vraag van het betrokken buitenlandse gerecht of één van de partijen. In de eerste twee gevallen kan een verwijzing evenwel slechts gebeuren indien minstens één van de partijen ermee instemt (artikel 15, 3, Brussel Ibis Vo).

⁵⁵ E. JAYME en C. KOHLER, „Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe“, *IPRax* 2004, 490.



De verwijzing kan op twee wijzen geschieden (artikel 15, 1 en 4, Brussel IIbis Vo). Ofwel houdt de aangezochte rechter zijn beslissing aan en nodigt hij de partijen uit binnen een zekere tijdsspanne de zaak aanhangig te maken bij het buitenlandse gerecht, ofwel verwijst hij de zaak rechtstreeks naar dat gerecht. Het aangewezen gerecht *kan* binnen de zes weken de bevoegdheid opnemen indien dat in het belang van het kind is (artikel 15, 5, Brussel IIbis Vo). De verwijzing is dus niet bindend en moet ook door de rechter naar wie verwezen wordt aan de controle onderworpen worden of zij in het belang is van het kind.

Verwijzing mag slechts gebeuren indien dat in het belang is van het kind, de buitenlandse rechter een nauwe band heeft met het kind en ook beter in staat is om het geschil, of een onderdeel ervan, te beslechten (artikel 15, 1, Brussel IIbis Vo). Artikel 15, 3, Brussel IIbis V omschrijft wanneer het kind geacht wordt een nauwe band met een lidstaat te hebben. Dat is het geval indien:

- het kind bij het aanhangig maken van de zaak bij het verwijzende recht zijn gewone verblijfplaats heeft in de lidstaat waarnaar verwezen wordt;
- het kind voordien in die lidstaat zijn gewone verblijfplaats had;
- het kind onderdaan van die lidstaat is;
- een persoon met ouderlijke verantwoordelijkheid zijn gewone verblijfplaats in die lidstaat heeft; of
- het geschil betrekking heeft op het beheer van vermogensbestanddelen van het kind die zich in die lidstaat bevinden.

C. Voorlopig en bewarende maatregelen

23. Welk gerecht ten gronde ook bevoegd mag zijn, artikel 20 Brussel IIbis Vo verleent aan de gerechten van iedere lidstaat de bevoegdheid dringende en voorlopige maatregelen te nemen die mogelijk zijn op basis van de wetgeving van die staat. Die mogelijkheid is wel afhankelijk van twee streng toe te passen voorwaarden: zij kan enkel aangewend worden in spoedeisende gevallen en mag alleen betrekking hebben op personen of goederen die zich op het grondgebied van die lidstaat bevinden. De maatregelen mogen geen afbreuk doen aan de beslissingsvrijheid van het gerecht dat ten gronde bevoegd is. Om die reden bepaalt artikel 20, 2, Brussel IIbis Vo dat de voorlopige maatregelen ophouden van toepassing te zijn zodra dat laatste gerecht de maatregelen heeft genomen die het passend acht. Die laatste bepaling is nieuw ten opzichte van de regeling van voorlopige maatregelen in artikel 12 Brussel II Vo.

D. Bevoegdheidscontrole en aanhangigheid

24. De rechter is er overeenkomstig artikel 17 Brussel IIbis Vo toe gehouden zijn internationale bevoegdheid ambtshalve te controleren. Wanneer hij vaststelt dat niet hij, maar de gerechten van een andere lidstaat bevoegd zijn op basis van de Brussel IIbis Vo, dient hij zich ambtshalve onbevoegd te verklaren. Die controle vult degene aan die hij al op basis van artikel 14 Brussel IIbis Vo moet doen om uit te maken of hij zijn eigen nationaal bevoegdheidsrecht mag aanwenden.

25. Aangezien de Brussel IIbis Vo verschillende bevoegdheidsgrondslagen parallel en als niet-exclusieve alternatieven aanbiedt, bestaat steeds de kans dat de gerechten van diverse lidstaten bevoegd zijn en tegelijkertijd procedures gevoerd worden in verschillende landen. Bijgevolg diende een regeling uitgewerkt te worden inzake de internationale aanhangigheid.



Wanneer een geschil moet geacht worden aanhangig te zijn, wordt omschreven in artikel 16 Brussel Ibis Vo dat identiek is aan artikel 13, 4, Brussel II Vo⁵⁶. Twee gevallen worden onderscheiden. Indien het gedinginleidende stuk vóór de indiening bij het gerecht moet worden meegedeeld of betekend⁵⁷, is het moment vanaf wanneer de zaak aanhangig is, het tijdstip waarop de autoriteit die de betekening of mededeling moet doen dat stuk ontvangt op voorwaarde dat de verzoeker daarna de nodige stappen zet om het stuk bij het gerecht neer te leggen (artikel 16, b), Brussel Ibis Vo)⁵⁸. Er wordt dus niet gekozen voor de datum waarop de betekening of mededeling effectief plaats vindt. Dat heeft als voordeel dat de eiser de controle heeft en behoudt over het tijdstip waarop de zaak aanhangig wordt gemaakt⁵⁹. Het verhindert eveneens dat de verweerder van een of andere vertraging zou gebruik maken om zelf een procedure te starten in een andere lidstaat. De eiser moet er wel voor zorgen dat hij het tijdstip van ontvangst door de verantwoordelijke autoriteit kan bewijzen⁶⁰ en erop toezien dat de betekening of mededeling evenals de neerlegging bij het gerecht effectief gebeuren. Indien geen voorafgaande mededeling of betekening is vereist⁶¹, is de zaak aanhangig vanaf het moment waarop het gedinginleidende stuk bij het gerecht wordt ingediend. Opnieuw is de voorwaarde dat de eiser actief blijft: hij mag nadien niet nalaten het stuk aan de verweerder te doen betekenen of meedelen.

Het probleem dat in verschillende lidstaten procedures kunnen gestart worden, is in artikel 19 Brussel Ibis Vo op gelijkaardige wijze als in artikel 11 Brussel II Vo geregeld en heeft als principe de anterioriteit. In huwelijkszaken moet het later aangezochte gerecht zijn beslissing aanhouden totdat de bevoegdheid van de eerst aangezochte rechter vaststaat (artikel 19, 1, Brussel Ibis Vo). Dezelfde regel geldt voor geschillen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid, maar met de bijkomende voorwaarde dat de later ingestelde vordering dezelfde oorzaak en hetzelfde voorwerp moet hebben (artikel 19, 2, Brussel Ibis Vo). Indien de bevoegdheid van de rechter in de eerder gestarte procedure vaststaat, moet de later aangezochte rechter de partijen naar de eerstgenoemde verwijzen en heeft de partij die de tweede procedure startte de mogelijkheid om zijn vordering in te stellen in de eerste procedure (artikel 19, 3, Brussel Ibis Vo). In de rechtsleer werd erop gewezen dat deze oplossing in sommige gevallen (m.n. bij nietigverklaring van het huwelijk) tot het probleem kan leiden dat de partij die de tweede vordering instelde verplicht wordt die te brengen voor een gerecht waar haar eis niet kan worden

⁵⁶ De omschrijving wordt ook gehanteerd in artikel 30 Brussel I Vo en vormt aldus de europeesrechtelijke definitie van het tijdstip waarop een zaak geacht wordt aanhangig te zijn gemaakt.

⁵⁷ Voor het Belgische recht zijn dat de procedures die ingeleid worden bij dagvaarding.

⁵⁸ Voor een betekening binnen België, is dus niet het tijdstip van betekening bepalend, maar het moment waarop de gerechtsdeurwaarder de dagvaarding van de eisende partij ontvangt (J.-Y. CARLIER, S. FRANCO, J.-L. VAN BOXSTAEL, *JT dr. Eur.* 2001, 84). Voor een betekening vanuit België naar het buitenland, zal moeten uitgemaakt worden welke buitenlandse instantie daarvoor bevoegd is en zal de zaak geacht worden aanhangig te zijn gemaakt op het moment waarop die instantie het gedinginleidende stuk ontvangt (N. WATTÉ en H. BOULARBAH, *JT* 2001, 375, voetnoot 46; vgl. P. VLAS, "Herziening EEX: van verdrag naar verordening", *WPNR* 2000, 752). De Betekeningsverordening (nr. 1348/2000, PB 2000 L 160, 37) verleent verschillende alternatieve vormen van betekening, zodat men bij iedere vorm omzichtig dient na te gaan wat het moment van ontvangst is (voor een overzicht, zie: N. WATTÉ, A. NUYS en H. BOULARBAH, "Le règlement 'Bruxelles I' sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *J.T. dr. Eur.* 2002, 168).

⁵⁹ W. HAU, *FamRZ* 2000, 1339; P. MOSTERMANS, *NIPR* 2001, 301; Vgl. J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7. Auflage, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2002, 353.

⁶⁰ Opnieuw hangt de vraag op welke wijze het bewijs kan worden geleverd, af van de wijze van betekening die men kiest. Voor een verzending tussen verzendende en ontvangende instanties in de zin van de Betekeningsverordening zal het bewijsprobleem klein zijn aangezien de ontvangende instantie overeenkomstig artikel 6, 1, van die verordening de plicht heeft een ontvangstbewijs terug te zenden (zie N. WATTÉ en H. BOULARBAH, *JT* 2001, 375, voetnoot 46). Dat is evenwel niet het geval bij een rechtstreekse betekening overeenkomstig artikel 15 van de Betekeningsverordening. Het aangetekend verzenden van de dagvaarding, al dan niet met ontvangstbewijs, kan in dat geval belang krijgen (vgl. J.-Y. CARLIER, S. FRANCO, J.-L. VAN BOXSTAEL, *JT dr. Eur.* 2001, 84).

⁶¹ In België zijn dat de procedures die ingeleid worden bij verzoekschrift.



ingewilligd⁶². In dat geval zal de eiser in de tweede procedure de afloop van de eerste moeten afwachten en daarna zijn vordering opnieuw moeten instellen⁶³.

IV. Erkenning en tenuitvoerlegging

26. De erkenning en tenuitvoerlegging is geregeld in de artikelen 21 tot 52 Brussel Ibis Vo en neemt daarmee een kleine helft van alle bepalingen van de Brussel Ibis Vo in. Het exequaturrecht vormt dan ook de belangrijkste bestaansreden van de Brussel Ibis Vo⁶⁴.

Voor huwelijkszaken en de meeste beslissingen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid is de regeling in de Brussel Ibis Vo betreffende het exequatur bijna volledig gelijk als die in de Brussel II Vo. Van die algemene exequaturregeling zullen hieronder dan ook enkel zeer kort de principes in herinnering worden gebracht. Vernieuwend is de Brussel Ibis Vo evenwel voor beslissingen inzake omgangsrecht en beslissingen die de terugkeer van het kind meebrengen. Daarvoor is immers een afzonderlijke afdeling voorzien die een bijzondere regeling voor het exequatur bevat. In het volgende wordt enkel over beslissingen gesproken. Er dient nochtans voor ogen gehouden te worden dat authentieke akten en overeenkomsten tussen partijen die uitvoerbaar zijn in het land van herkomst overeenkomstig artikel 46 Brussel Ibis Vo voor de erkenning en het uitvoerbaar verklaren aan hetzelfde regime onderworpen worden.

27. Het algemene exequaturregime bestaat uit het principe van de erkenning zonder tussenkomst van een procedure (de plano) en een vereenvoudigde procedure om een beslissing uitvoerbaar te verklaren.

De erkenning geschiedt zonder dat daartoe enige procedure moet worden gevoerd (artikel 21, 1, Brussel Ibis Vo). Indien in de loop van een geding een probleem van erkenning rijst, is de rechter van de hoofdprocedure evenwel bevoegd om zich over die incidentele vraag uit te spreken (artikel 21, 4, Brussel Ibis Vo). Bovendien heeft iedere belanghebbende partij de mogelijkheid om een hoofdprocedure tot erkenning in te leiden (artikel 21, 3, Brussel Ibis Vo). Daarvoor gelden dezelfde regels als voor het uitvoerbaar verklaren van een beslissing (m.n. de artikelen 28 tot 39 Brussel Ibis Vo). De gronden tot weigering van erkenning zijn limitatief opgesomd in de artikelen 22 (voor huwelijkszaken) en 23 (ouderlijke verantwoordelijkheid) Brussel Ibis Vo. Voor beslissingen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid is er één nieuwe ten opzichte van de Brussel II Vo. De beslissing zal niet erkend worden indien zij de plaatsing van het kind in een andere lidstaat beveelt en de overlegprocedure van artikel 56 Brussel Ibis Vo die daaraan vooraf dient te gaan niet gevolgd werd (artikel 23, g, Brussel Ibis Vo). Andere redenen mogen niet tot weigering leiden. In het bijzonder mag de bevoegdheid van de rechter in het land van herkomst niet rechtstreeks, noch via de internationale openbare orde worden onderzocht (artikel 24 Brussel Ibis Vo). Hetzelfde geldt voor de juistheid van de zaak (artikel 26 Brussel Ibis Vo). Eveneens uitdrukkelijk verboden is het weigeren van de erkenning van een echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk die in de aangezochte staat niet op dezelfde gronden mogelijk zou zijn (artikel 25 Brussel Ibis Vo).

28. Voor beslissingen inzake het omgangsrecht evenals beslissingen, afkomstig van een gerecht uit een lidstaat dat ten gronde bevoegd is voor een geschil inzake ouderlijke verantwoordelijkheid, die de terugkeer van een kind na ontvoering impliceert, geldt het bijzondere exequaturregime van de artikelen 40 tot 45 Brussel Ibis Vo. Die regeling is evenwel facultatief. De persoon die ouderlijke

⁶² B. ANCEL en H. MUIR WATT, *Rev. Crit. Dr. Intern. Pr.* 2001, 403-457; M. PERTEGÁS SENDER in *Migratie- en migrantenrecht* 10, 313-314; H. SCHACK, *RabelsZ* 2001, 626.

⁶³ Zie Rapport BORRÁS, *PB* 1998 C 221, 47; H. SCHACK, *RabelsZ* 2001, 626.

⁶⁴ Zie de overwegingen 2, 4 en 7 vóór de Brussel II Vo.



verantwoordelijkheid draagt, heeft nog steeds de mogelijkheid om de algemene bepalingen inzake exequatur van beslissingen betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid aan te wenden (artikel 40, 2, Brussel IIbis Vo).

De vernieuwende ingrepen liggen vervat in de artikelen 41, 1, en 42, 1, Brussel IIbis Vo. Overeenkomstig die bepalingen kunnen de genoemde beslissingen in een andere lidstaat ten uitvoer worden gelegd zonder dat zij daartoe in die lidstaat voorafgaandelijk uitvoerbaar moeten worden verklaard. De exequaturprocedure wordt met andere woorden afgeschaft. Een tweede grote vernieuwing is dat rechtstreeks wordt ingegrepen in het nationale procesrecht van de lidstaten. De artikelen 41, 1, tweede lid, en 42, 1, tweede lid, bepalen immers dat de beslissingen door de rechter in het land van herkomst bij voorraad uitvoerbaar kan worden verklaard, ook indien het recht van dat land niet bepaalt dat dergelijke beslissingen van rechtswege uitvoerbaar zijn. Indien het nationale procesrecht van het land van herkomst geen mogelijkheid zou bieden de genoemde beslissingen bij voorraad uitvoerbaar te verklaren, zal die regel moeten wijken voor de Brussel IIbis Vo.

Om van de vrijstelling van een exequaturprocedure te kunnen genieten, moet een afschrift van de beslissing die voldoet aan de voorwaarden nodig voor haar echtheid, evenals een certificaat worden overgelegd. Dat certificaat wordt in de lidstaat van herkomst verleend wanneer bepaalde voorwaarden zijn vervuld. Voor beslissingen inzake omgangsrecht, zal het certificaat slechts afgeleverd worden indien alle betrokken partijen evenals het kind de gelegenheid kregen te worden gehoord⁶⁵ en, voor zover het een verstekprocedure was, de versteklatende partij op ondubbelzinnige wijze instemde met de beslissing of het gedinginleidend stuk aan die partij tijdig en op zodanige wijze als met het oog op haar verdediging nodig was, werd betekend of medegedeeld (artikel 41, 2, Brussel IIbis Vo). Indien de zaak op het ogenblik van de beslissing een grensoverschrijdend karakter heeft, dient de rechter het certificaat ambtshalve af te geven op het moment waarop de beslissing uitvoerbaar wordt. Is dat niet het geval, dan wordt het verleend op verzoek.

De voorwaarden die moeten vervuld zijn om een certificaat af te geven voor een beslissing die de terugkeer van het kind meebrengt zijn (artikel 42, 2, eerste lid, Brussel IIbis Vo):

- het kind moet de gelegenheid hebben gekregen te worden gehoord, tenzij zijn leeftijd of rijpheid dat niet raadzaam maken;
- de partijen moeten de gelegenheid hebben gekregen te worden gehoord;
- het gerecht rekening heeft gehouden met de redenen en het bewijs op grond waarvan de beslissing (tot niet-terugkeer) ingevolge artikel 13 van het Kinderontvoeringsverdrag werd gegeven.

De rechter moet het certificaat ambtshalve afgeven (artikel 42, 2, derde lid, Brussel IIbis Vo). Indien maatregelen werden getroffen ter bescherming van het kind na zijn terugkeer, moet het certificaat de bijzonderheden ervan vermelden (artikel 42, 2, tweede lid, Brussel IIbis Vo).

Henri Storme
Aspirant NFWO
Instituut Internationaal Privaatrecht
Universiteit Gent

⁶⁵ Voor het kind geldt wel één uitzondering, met name het geval waarin het horen van het kind niet raadzaam is wegens zijn leeftijd of rijpheid.



Joe Sepulchre⁺ and Frédéric Van den Berghe* – Obtaining Evidence in Belgium

I. Introduction

Two principles object to the collection of evidence by the judicial authorities of one State on the territory of another. From the point of view of the State where the evidence is located, State sovereignty restrains the courts of a foreign State from exercising judicial authority in that State, while, from the point of view of the State requesting the evidence, territoriality prevents the same courts from exercising judicial authority outside their jurisdiction.¹

However, international conventions and Belgian law have devised a number of ways, through which evidence located outside a court's jurisdiction can be obtained.

This contribution will first review the international conventions to which Belgium is a party, being the multilateral Hague Convention of 1 March 1954 on Civil Procedure (hereinafter 'the Hague Convention 1954') and several correlative bilateral conventions. In a second stage, European Regulation 1206/2001, which applies as from 1 January 2004, will be briefly discussed. Thirdly, the provisions of the Belgian Judicial Code regarding 'commissions rogatory' will be summarized, together with certain specific laws, prohibiting the collection of evidence.

This review will conclude that the existing framework for cross-boundary judicial cooperation is, as far as Belgium is concerned, unsatisfactory, and that Belgium should urgently accede to the Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters (hereinafter 'the Hague Convention 1970').²

II. Applicable International Conventions

A. The Hague Convention 1954

Belgium is a party to the Hague Convention 1954,³ but not to the Hague Convention 1970.

Chapter II of the Hague Convention 1954 sets out the procedure for dealing with letters of request from one Contracting State to another.

⁺ Member of the Bar of Brussels. Partner and head of the litigation department, Liedekerke-Wolters-Waelbroeck-Kirkpatrick (Brussels, Belgium). Country chair for Belgium of the International Bar Association's international litigation Committee and international Vice-Chair of its sub-committee on international treaties.

^{*} Member of the Bar of Brussels, M.A. in European Studies, Specialisation Law, College of Europe. Associate, Liedekerke-Wolters-Waelbroeck-Kirkpatrick (Brussels, Belgium)

¹ Under Belgian law the second principle is embodied in Articles 11 and 622 of the Judicial Code of 10 October 1967 (hereinafter 'Judicial Code')

² See the website of the Hague Conference on Private International Law: <http://www.hcch.net/index.html>

³ This Convention was approved by the Belgian Act of 28 March 1958 and replaces the Hague Convention of 17 July 1905 on Civil Procedure (hereinafter 'the Hague Convention 1905'). Its provisions concerning the collection of evidence abroad are very similar to the ones of the Hague Convention 1905. The procedure regarding letters of request is also similar to the procedure set forth in the Hague Convention 1970. However, the latter is substantially simpler, more direct and faster, particularly since requests are now processed through designated authorities.



Article 8 of the Hague Convention 1954, provides that ‘in civil or commercial matters, a judicial authority of a Contracting State may, in accordance with the provisions of the law of that State, request the competent authority of another Contracting State, by means of a Letter of Request, to perform, within its jurisdiction, either an act of investigation or some other judicial act’.⁴

The letters of request are transmitted through the Consul of the requesting State to the authority designated by the State of execution.⁵ Any difficulty arising in relation to this transmission is to be settled through diplomatic channels.⁶ In addition, two Contracting States may agree to allow the direct transmission of letters of request between their respective authorities.⁷ In this context, a number of bilateral conventions signed by Belgium provide that letters of request will be transmitted directly between the respective Ministries of Justice (see sub-section (b) hereunder).

Unless agreed otherwise, the letter of request shall be drawn up, either in the language of the authority requested to execute it; or in the language agreed between the two Contracting States concerned. Or it must be accompanied by a translation, made in one of those languages and duly certified by a diplomatic or consular agent of the requesting State or a sworn translator of the State of execution.⁸ Some bilateral conventions, to which Belgium is a party, explicitly provide in which language a letter of request shall be written (see sub-section (b) hereunder).

The main innovation of the Hague Convention 1954, lies in its Article 11, which renders the execution of a letter of request binding for the requested judicial authority of each Contracting State.⁹ To this end, the latter is obliged to use the same means of compulsion as for the execution of a commission from its own authorities or of requests made by parties in internal proceedings.¹⁰ The judicial authority, to which the letter of request has been addressed, may refuse to execute it on the basis of the following grounds only:¹¹

if the authenticity of the document is not established, or

if, in the requested State, the execution of the letter of request does not fall within the functions of the judicial power, or

if the State, on the territory of which the execution is to take place, considers such execution likely to affect its sovereignty or its security.

In the event the requested authority lacks the competence to handle the request, it shall transmit the letter of request *ex officio* to the competent judicial authority of the same State, following the rules established by its legislation.¹²

The Brussels Court of Appeal held that the third ground for denying the letter of request must not be construed as to cover each and every infringement of ‘Belgian public order’.¹³

⁴ The original text of the Convention is in French only. There is no official English translation of the Hague Convention 1954.

⁵ Hague Convention 1954, Article 9 al 1

⁶ Hague Convention 1954, Article 9 al 2

⁷ Hague Convention 1954, Article 9 al 4. This system is compulsory for the countries that, unlike Belgium, have ratified the Hague Convention 1970.

⁸ Hague Convention 1954, Article 10

⁹ E Clijmans, ‘Commission Rogatoire’ in *Répertoire Pratique du Droit Belge Complément VI*, Brussels, 1983, 338 nr 59

¹⁰ These means of compulsion must not necessarily be used, to force a party to make an appearance in court. Hague Convention 1954, Article 11 al 1

¹¹ Hague Convention 1954, Article 11 al 3

¹² Hague Convention 1954, Article 12

¹³ Court of Appeal Brussels, 18 May 1966 [1967] *Pasicrisie* II 87



Whenever the requested authority does not execute the letter of request, it will immediately inform the requesting authority, indicating the reasons why the execution of the letter of request was denied or indicating the authority to which the letter has been forwarded.¹⁴

In respect of formal procedural requirements, the judicial authority executing the letter of request shall apply the laws of its own country.¹⁵ However, a demand from the requesting authority to follow a special procedure will not be denied, unless such procedure is contrary to legislation of the State of execution.¹⁶ According to some legal authorities, the Hague Convention 1954 requires a certain degree of flexibility from the State of execution, so that acts of investigation that would normally not be allowed or probant in Belgium may nevertheless often be executed.¹⁷

Although the Hague Convention 1954 clearly favours a system, under which the acts of investigation are carried out by the foreign judicial authority,¹⁸ it does not deny Contracting States the possibility of having a letter of request executed directly by their diplomatic or consular agents, if this is allowed under a convention between the requesting State and the State of execution, or if the laws of the State of execution do not object to it.¹⁹ Several bilateral conventions set out specific rules in this respect (see sub-section (b) hereunder).

As a matter of principle, the execution of letters of request cannot give rise to the reimbursement of taxes or costs, whatever their nature may be.²⁰ However, unless otherwise agreed, the State of execution is entitled to demand from the requesting State, the reimbursement of compensation paid to the witnesses or experts, as well as of service fees, resulting from a witness's failure to appear voluntarily, or costs resulting from compliance with the requesting State's request to follow a special procedure.²¹ Here also, Belgium has introduced specific rules in some of its bilateral conventions (see sub-section (b) hereunder).

B. Bilateral Conventions

Belgium has concluded the following bilateral conventions regarding, *inter alia* the taking of evidence abroad through letters of request:

Declaration between Belgium and **Switzerland**, Bern, 29 November 1900, *M.B.(Belgian Official Journal)*, 21 December 1900;²²

Convention between Belgium and **Great Britain**, London, 21 June 1922, approved by the Belgian Act of 30 January 1924, *M.B.*, 6 March 1924 and 23 March 1925, Articles 9 and 10. Convention between Belgium and Great Britain, Brussels, 4 November 1932, *M.B.*, 18 July 1934;

Convention between Belgium and **Bulgaria**, Sofia, 2 July 1930, approved by the Belgian Act of 21 March 1932, *M.B.*, 21 March and 4-5 July 1932;

Declaration between Belgium and **Austria**, Vienna, 1 December 1930, *M.B.*, 31 December 1930, 15 January 1959 and 22 August 1978, articles 3 and 4, replaced by the Convention between Belgium and Austria, Vienna, 23 October 1989, *M.B.*, 26 September 1998, Articles 8 to 13;

Convention between Belgium and **Lithuania**, Brussels, 12 December 1930, approved by the Belgian Act of 6 July 1924, *M.B.*, 15 December 1932, Articles 18 to 28;

¹⁴ Hague Convention 1954, Article 13

¹⁵ Hague Convention 1954, Article 14 al 1

¹⁶ Hague Convention 1954, Article 14 al 2

¹⁷ Clijmans (n 9 above) 338 nr 66

¹⁸ C Gavalda 'Les commissions rogatoires internationales en matière civile et commerciale' [1964] *Revue Critique de Droit International Privé* 34

¹⁹ Hague Convention 1954, Article 15

²⁰ Hague Convention 1954, Article 16 al 1

²¹ Hague Convention 1954, Article 16 al 2

²² This Declaration is still in force; Court of Cassation, 15 September 1976 [1977] *Pasicrisie* 47



Exchange of letters between Belgium and **Israel** in Tel Aviv and Hakiryra on 25 November 1952, 18 February, 24 April and 29 May 1953, *M.B.*, unpublished;

Convention between Belgium and **France**, Paris, 1 March 1956, *M.B.*, 13 June 1959 and 10 October 1960, amended by exchange of letters in Brussels on 23 and 30 August 1960, Articles 5 to 10;

Agreement between Belgium and **Germany** of 11 April to 4 June 1957, *M.B.*, 30 January 1958.

Agreement between Belgium and Germany, Brussels, 25 April 1959, *M.B.*, 31 December 1959 and 12 January 1960, Articles 4 to 7;²³

Convention between Belgium and **Algeria**, Brussels, 12 June 1970, approved by the Belgian Act of 14 August 1974, *M.B.*, 14 February 1984, Articles 13 to 18;

Agreement between Belgium and **Yugoslavia**, presently in force between Belgium, on the one hand, and Croatia, Macedonia and Slovenia, on the other hand,²⁴ Belgrade, 24 September 1971, *M.B.*, 18 May 1973, Articles 7 and 8;

Convention between Belgium and **Romania**, Bucharest, 3 October 1975, *M.B.*, 18 March 1977;

Convention between Belgium and **Morocco**, Rabat, 30 April 1981, *M.B.*, 10 January 1984;

Agreement between Belgium and **Hungary**, Brussels, 11 May 1983, *M.B.*, 21 February 1984, Articles 6 to 8;

Convention between Belgium and **Czechoslovakia**, presently in force between Belgium, on the one hand, and the Czech Republic and the Slovak Republic, on the other hand,²⁵ Prague, 15 October 1984, *M.B.*, 7 August 1986;

Convention between Belgium and **Tunisia**, Tunis, 25 April 1989, *M.B.*, 20 October 1999, Articles 13 to 18;

These conventions either supplement or derogate from the framework established by the Hague Convention 1954. As analysing each bilateral convention would lead us too far, only the specific arrangements relating to the provisions of the Hague Convention 1954 which have been mentioned above will be dealt with.

Between Belgium on one hand, Austria, France, Germany, Morocco, Croatia, Macedonia and Slovenia on the other, letters of request are transmitted directly between the respective Ministries of Justice.²⁶ With Germany it has been agreed that, in the case of urgency, letters of request can be communicated directly between the respective judicial authorities.²⁷

A letter of request between Belgium and France should be drafted in French, whereas between Belgium and Austria, the language of the requesting authority may be used.²⁸

Some bilateral conventions go further than the Hague Convention 1954 in respect of the execution of letters of request. Thus, between Belgium on the one side, France, Germany, Morocco, Croatia,

²³ See N. Watté, 'Entraide judiciaire' [1987] *Revue Belge de Droit International*, 402-404 nr 1892

²⁴ Of the five successor States of Yugoslavia (Croatia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia, Serbia and Montenegro, and Slovenia), only three have declared together with Belgium that the above-mentioned Agreement remained in force; Croatia, by exchange of letters on 7 and 11 March 1997, *M.B.*, 12 December 1997; Macedonia, by exchange of letters on 28 and 30 July 1997, *M.B.*, 12 December 1997 and Slovenia, by exchange of letters on 28 July and 8 August 1997, *M.B.*, 12 December 1997.

²⁵ Both successor States of Czechoslovakia (Czech Republic and Slovak Republic) have declared together with Belgium that the above-mentioned Agreement remained in force; Czech Republic, by exchange of letters on 17 December 1996, *M.B.*, 17 September 1997 and Slovak Republic, by exchange of letters on 6 and 12 November 1998, *M.B.*, 22 June 1999

²⁶ Convention between Belgium and Austria, Article 8; Convention between Belgium and France, Article 5; Convention between Belgium and Germany, Article 4.1; Convention between Belgium and Morocco, Article 6 and Convention between Belgium and Yugoslavia, Article 7.2

²⁷ Convention between Belgium and Germany, Article 4.2

²⁸ Convention between Belgium and France, Article 9 and Convention between Belgium and Austria, Article 8. See also Convention between Belgium and Germany, Article 5 and Convention between Belgium and Yugoslavia, Article 7.3



Macedonia and Slovenia on the other, diplomatic or consular agents (rather than a judicial authority, as provided by the Hague Convention 1954) can execute letters of request, provided only nationals of the requesting State are questioned and no coercion is used. When a person is requested to appear, the request has to mention explicitly that coercion will not be used. If the person to be questioned is the national of two States, of which one is the State where the letter of request is executed, the law of the latter State applies.²⁹ As regards France, if the execution by way of diplomatic or consular agents fails, the standard procedure of execution by the judicial authorities of the State requested can still be used.³⁰

Lastly, between Belgium on the one side, France, Morocco and Algeria on the other, it has been agreed that, whereas the State of execution should pay the costs as regards witnesses, the requesting State should reimburse compensation paid to experts.³¹

III. European Regulation 1206/2001³²

On 1 January 2004 Council Regulation (EC) 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters (hereinafter 'Regulation 1206/2001') became applicable between all EU Member States except Denmark.³³ This Regulation prevails over, and thus replaces the Hague Convention 1954 and the Hague Convention 1970 as regards the taking of evidence abroad in civil and commercial matters between the States party thereto.³⁴

The main innovations of Regulation 1206/2001 consist in the direct - and thus faster - transmission and processing of requests between courts³⁵ and the rapprochement between civil and common law countries regarding the methods and scope of evidence collection procedures.³⁶ For Belgium at least (which has not ratified the Hague Convention 1970), the coming into force of Regulation 1206/2001 will entail a substantial change of the rules regarding the collection of evidence.

In addition to the above-mentioned 'decentralised' transmission, an important innovation of Regulation 1206/2001 consists in the possibility for the requesting court to take evidence directly in another Member State after notification to and approval from the central body or the competent authority of the requested Member State.³⁷ To mitigate the far-reaching impact of this provision, the latter may designate one of its own courts to participate in the collection of evidence.³⁸

Finally, Regulation 1206/2001 sums up exhaustively the grounds for which the State of execution may refuse to execute a request.³⁹ This reduces the discretion of the requested Member State since, as

²⁹ Convention between Belgium and France, Article 6; Convention between Belgium and Germany, Article 7; Convention between Belgium and Morocco, Article 8 and Convention between Belgium and Yugoslavia, Article 8

³⁰ Convention between Belgium and France, Article 7

³¹ Convention between Belgium and France, Article 10; Convention between Belgium and Morocco, Article 10 and Convention between Belgium and Algeria, Article 18

³² Regulation (EC) 1206/2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters [2001] OJ L174 /1. For a detailed analysis of this Regulation, see A Nuyts and J Sepulchre, 'Taking of Evidence in the European Union under EC Regulation 1206/2001' [2004] *Business Law International*, vol 5 nr 3, 305-336

³³ Regulation 1206/2001, Articles 24.2 and 1.3 and Recital 22

³⁴ Regulation 1206/2001, Articles 21.1 and 24.2

³⁵ Regulation 1206/2001, Article 2.1

³⁶ M Freudenthal, 'Internationale bewijsverkrijging: van Haagse en Europese samenwerking' [2002] *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 109

³⁷ Regulation 1206/2001, Article 17.1 and 17.4

³⁸ Regulation 1206/2001, Article 17.4 al 2

³⁹ Regulation 1206/2001, Article 14



opposed to the Hague Conventions 1954 and 1970, direct requests may not be refused on grounds related to the sovereignty and the security of the requested Member State such as ‘public order’.⁴⁰

IV. The Belgian Judicial Code

Various provisions of the Belgian Judicial Code set out the procedure for collecting evidence abroad. These provisions apply in the absence of, or in addition to, the multilateral or bilateral conventions reviewed in the previous section.

A. Commissions Rogatory

Article 11 of the Belgian Judicial Code provides that the courts may not assign their authority, with the sole exception of ‘commissions rogatory’. A commission rogatory is a mandate, which a court, before which a dispute is pending, gives to another (local or foreign) court or to a judge, to carry out certain acts of investigation.⁴¹

Outbound commissions rogatory can be issued on the sole decision of a court, which decides *ex officio* or on a party’s application.⁴² The transmission of a commission rogatory occurs through diplomatic channels, but in the absence of a treaty obligation, the requested State is not obliged to co-operate.⁴³ The foreign judge can be requested to execute an act of investigation or other judicial acts, but not to actually adjudicate the dispute.⁴⁴

The Judicial Code also provides for the execution of inbound commissions rogatory by the Belgian courts. Article 873 of the Judicial Code provides that the court, which receives a ‘commission rogatory’ must carry it out. This provision obviously applies to Belgian courts, but not to foreign courts. Belgian courts must only carry out commissions rogatory received from foreign courts if a Treaty so provides. In addition to that, the execution of the commission rogatory must have been authorised by the Belgian Ministry of Justice unless an international convention provides otherwise, as does the Hague Convention 1954.⁴⁵

The procedure for executing inbound commissions rogatory is as follows: transmission first occurs through diplomatic channels. Then the Ministry of Foreign Affairs remits the commission rogatory to the Ministry of Justice, who will authorize it and transmit it through the Department of the Public Prosecutor to the clerk of the requested court, together with a translation in the language of the court, which will carry out the commission.⁴⁶

The Ministry of Justice will verify whether reciprocity exists with the requesting State (by treaty or by comity) and whether the commission complies with Belgian political interests.⁴⁷ The Ministry of Justice also verifies whether the execution of the commission is expedient and in accordance with

⁴⁰ Regulation 1206/2001, Article 14.2 and D Mougnot, ‘Le règlement européen sur l’obtention des preuves’ [2002] *Journal des Tribunaux* 20 no 18

⁴¹ Judicial Code, Article 11 al 2 and Clijmans (n 9 above) 332 nr 1

⁴² P Vandeghinste and J Dossche, ‘Belgium’ in C Platto and M Lee (eds), *Obtaining Evidence in Another Jurisdiction in Business Disputes* (2nd edn, London: Graham & Trotman and International Bar Association, 1993) 71

⁴³ *ibid*

⁴⁴ Clijmans (n 9 above) 335 nr 35

⁴⁵ Judicial Code, Article 873 al 2 and Clijmans (n 9 above) 335 nr 37

⁴⁶ *ibid* 336 nr 43

⁴⁷ Circular of the Minister of Justice of 14 May 1888, *M.B.*, 20 May 1888, al 3 and Clijmans (n 9 above) 335 nr 37



international rules.⁴⁸ Hence, the Ministry of Justice has the power to block the execution of a foreign commission rogatory at its sole discretion.⁴⁹ In practice, there are few cases in which the Ministry of Justice has exercised such discretion.

In the absence of international conventions, and as a consequence of the principle of separation of powers, the authorization by the minister does not bind the requested court.⁵⁰ The latter must refuse to execute the commission rogatory, if it is contrary to Belgian law or contrary to Belgian public policy.⁵¹ Since the execution of a letter rogatory is an act of international courtesy and of judicial cooperation, reference to public policy will be exercised with restraint and flexibility and its effect as attenuated as reasonably possible.⁵² In addition to this control of legality, the requested court has the right and the obligation of verifying its jurisdiction.⁵³ As a consequence, some legal authorities consider that the Belgian judge could also refuse the execution if the commission rogatory was transmitted irregularly or if it does not come within his jurisdiction.⁵⁴

A Belgian court cannot deny a commission rogatory on the sole grounds that Belgian law claims exclusive jurisdiction on the substance of the dispute or does not provide remedies similar to those sought from the requesting court, or that it does not accept the legal findings to which the commission rogatory might lead.⁵⁵

In principle the requested judge will execute the commission rogatory *ex officio* without further request from the parties. As the execution of a commission rogatory is an act of international courtesy, which affects Belgium's international relations,⁵⁶ the Public Prosecutor's office, whose task is to act *suo motu* whenever public order so requires,⁵⁷ may also require the execution of the commission rogatory, notwithstanding the right of the parties to do so.⁵⁸

The requested court's decision to execute a commission rogatory, or not, must be stated in a reasoned judgement, against which the parties are allowed to appeal.⁵⁹

The procedure to be followed for the execution of a commission rogatory is in principle subject to the rules of the Belgian Judicial Code.⁶⁰ It is said by some legal authorities however, that if requested by the foreign magistrates, the procedural rules of the foreign State may also be followed provided they are not contrary to Belgian laws and judicial customs.⁶¹

⁴⁸ Court of Cassation, *Capochiani v Guzzolini*, 25 March 1898 [1898] *Pasicrisie* I 133

⁴⁹ Clijmans (n 9 above) 335 nr 37

⁵⁰ *ibid*

⁵¹ Court of Cassation (n 48 above) 133 and A de Schoutheete and A Nuyts, 'Belgium' in D Campbell and S Cotter (eds), *Serving Process and Obtaining Evidence Abroad. The Comparative Law Yearbook of International Business*, (Spec Issue, London: Kluwer, 1998) 105

⁵² Clijmans (n 9 above) 335 nr 37

⁵³ Court of Cassation (n 48 above) 133

⁵⁴ Clijmans (n 9 above) 336 nr 40

⁵⁵ *ibid* and Article 5 of the Judicial Code, which states that 'denial of justice exists whenever the judge refuses to judge under any pretext, including the silence, lack of clarity or insufficiency of the law. In a recent decision, a party had requested a Belgian court to deny a commission rogatory, on the grounds that the claim put forward by the other party before the requesting court constituted an abuse of procedural law. The court rejected this argument stating that denying the request on these grounds would constitute an interference in the legal system of a foreign sovereign State. See Commercial Court Dendermonde, 3 January 2000 [2000] *Revue de Droit Commercial Belge* 242 note P Wautelet

⁵⁶ Clijmans (n 9 above) 336 nr 44

⁵⁷ Judicial Code, Article 138 al 2

⁵⁸ Clijmans (n 9 above) 336 nr 44

⁵⁹ Court of Appeal Brussels, 30 June 1897 [1897] *Pasicrisie* II 368 and Court of Cassation (n 48 above) 126

⁶⁰ This principle is also referred to in the adage *locus regit actum*

⁶¹ Clijmans (n 9 above) 336 nr 45, who infers this rule from case law concerning an outbound commission rogatory: Court of Appeal Liège, 15 december 1954 [1954-1955] *Jurisprudence de Liège* 130



B. The taking of evidence located in Belgium without relying on commissions rogatory.

Since the transmission and execution of inbound commissions rogatory is subject to a heavy procedure, it might be useful to institute proceedings directly before a Belgian court with the sole purpose of obtaining evidence, while the main proceedings are conducted abroad. This is even more the case in the absence of international conventions, when there is no obligation to execute an inbound commission rogatory.

On the basis of Article 31 of Council Regulation (EC) 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, application may be made to the Belgian courts for provisional - including protective - measures available under Belgian law even if, under this Regulation, the courts of another Member State have jurisdiction as to the substance of the matter.⁶² Article 31 applies irrespective of the fact that proceedings are pending in another country.⁶³ Article 1 of the Regulation limits its scope by excluding *inter alia* bankruptcy and analogous proceedings. Where the Regulation is inapplicable, Article 635 5° of the Judicial Code gives the Belgian courts international jurisdiction as regards provisional measures, which include the following.

Where he is competent on the basis of an agreement between parties, the law or his absolute competence, the justice of the peace may designate experts, on a party's application (even *ex parte*).⁶⁴

If the situation is urgent, injunction proceedings (*procedure en référé / kort geding*) may be used.⁶⁵ Urgency exists whenever a 'risk of serious danger' renders an immediate decision desirable.⁶⁶ Consequently, injunction proceedings are often relied upon to take testimonial evidence or to appoint an expert in cases where evidence might otherwise disappear. Such risk was held to exist when disputed merchandise was on the verge of being shipped abroad or when the person whose testimony was sought, was in very poor health or about to leave the country.⁶⁷

As a matter of principle, under Belgian law the burden of proof in civil and commercial matters lies with the party invoking the facts to be proven.⁶⁸ Nevertheless, the judge can compel any litigant to submit the evidence he possesses.⁶⁹ In civil and commercial litigation this power is rarely exercised.⁷⁰ The Judicial Code sets out and regulates the following discovery procedures:

Production of documents⁷¹

⁶² [2001] OJ L12/1. This regulation, known as the 'Brussels I' Regulation replaces - except for Denmark - the Brussels Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters. The above-mentioned provision was previously contained in Article 24 of Brussels Convention. The same provision is contained in Article 24 of the Lugano Convention of 16 September 1988 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters, which applies between the fifteen EU Member States and Iceland, Norway, Poland and Switzerland

⁶³ Vandeghinste and Dossche (n 42 above) 77

⁶⁴ Judicial Code, Article 594 1°

⁶⁵ Judicial Code, Article 584 al 1. See also Articles 1035 - 1041 of the Judicial Code

⁶⁶ Court of Cassation, 21 May 1987 [1987] *Pasicrisie* 1160

⁶⁷ President of the Court of First Instance Brussels, 27 November 1971 [1982] *Journal des Tribunaux* 375; President of the Court of First Instance Mechlin, 25 November 1982 [1983] *Pasicrisie* 52 and Vandeghinste and Dossche (n 42 above) 78

⁶⁸ Judicial Code, Article 870. This principle is also referred to in the adage *actori incumbit probatio*

⁶⁹ Judicial Code, Article 871

⁷⁰ de Schoutheete and Nuyts (n 51 above) 99

⁷¹ Judicial Code, Articles 877-882



Identification of handwriting⁷²
Civil forgery⁷³
Hearing of witnesses before trial⁷⁴
Expert appraisal⁷⁵
Interrogation of the parties⁷⁶
Statement under oath⁷⁷
Inspection of the *locus in quo*⁷⁸

Most of these discovery procedures may be ordered both by the court seized of the main proceedings on the merits of the case or, in urgent cases, by the court seized only for that purpose by way of summary proceedings.⁷⁹

Concerning the production of documents, where there are serious, precise and concordant presumptions that a party or a third person holds a document containing the proof of a pertinent fact, the judge may order the filing of the document or of a certified copy of it.⁸⁰ A party or third party refusing without legitimate reasons to produce the document or its copy according to the decision of the judge may be ordered to pay a non-compliance penalty and exposes itself to prosecution.⁸¹

V. National Blocking Statutes

Unlike many other European countries, Belgium has not adopted a general prohibition upon the taking of evidence in Belgium for use in foreign judicial proceedings.⁸² Therefore, a person within Belgium is in principle allowed to produce voluntarily - without passing through Belgian courts - documents or statements for use in a foreign court.⁸³ The foreign court will decide upon the admissibility of this evidence in accordance with the law it deems applicable.⁸⁴ There are, however, a number of specific cases in which such evidence can be blocked.

Specific restrictions concerning the production of documents and oral testimony contained in internal Belgian law also apply internationally.⁸⁵ Thus, all persons to whom, because of their status or their profession, secrets are confided, are bound by a secrecy obligation, the violation of which is punishable with imprisonment and/or a fine.⁸⁶ This professional secrecy is a matter of public policy.⁸⁷

⁷² Judicial Code, Articles 883-894

⁷³ Judicial Code, Articles 895-914

⁷⁴ Judicial Code, Articles 915-961

⁷⁵ Judicial Code, Articles 962-991

⁷⁶ Judicial Code, Articles 992-1004

⁷⁷ Judicial Code, Articles 1005-1006

⁷⁸ Judicial Code, Articles 1007-1016

⁷⁹ de Schoutheete and Nuyts (n 51 above) 100

⁸⁰ Judicial Code, Article 877

⁸¹ Judicial Code, Article 882 and Penal Code of 8 June 1867 (hereinafter 'Penal Code'), Article 495

⁸² de Schoutheete and Nuyts (n 51 above) 104

⁸³ The answer of the Belgian Government to the questionnaire on the taking of evidence abroad established during the negotiation of the Hague Convention 1970 supports this view; *Actes et documents de la Onzième session*, Conférence de La Haye de droit international privé *Vol IV Obtention des preuves à l'étranger* 26

⁸⁴ Vandeghinste and Dossche (n 42 above) 77

⁸⁵ de Schoutheete and Nuyts (n 51 above) 104

⁸⁶ Penal Code, Article 458

⁸⁷ A Duquesne, M Fontaine, A Kohl, G Kellens and C Pirard, 'La procédure de production de documents dans le Code Judiciaire' [1970] *Annales de la Faculté de Droit de Liège* 195-294; J Milquet, 'The In-court Production by a Co-contractor of Information in Documents Protected by a Confidentiality Clause' [1991] *International Business Law Journal* 153 et seq



It may only be set aside where legislation explicitly so requires.⁸⁸ Specific laws and regulations may restrain the collection of evidence in relation to certain matters⁸⁹

VI. Conclusion

Belgium is one of the few EU Member States together with Austria, Greece and the Irish Republic, who have not acceded to the Hague Convention 1970.

The coming into force of Regulation 1206/2001 does not do away with the necessity for Belgium to ratify the Hague Convention 1970, which is much wider in its scope and binds many more States than Regulation 1206/2001.

In particular, a number of common law countries have acceded to the Hague Convention 1970, whose purpose was *inter alia* to bridge the differences in the collection of evidence between civil law and common law countries,⁹⁰ but not to the Hague Convention 1954.⁹¹ As a result of this, the execution of letters of request between Belgium and the United States is not compulsory, but occurs on a purely voluntary basis.

The Hague Convention 1970, which was adopted *inter alia* because the transmission of letters of request through diplomatic channels was too slow,⁹² extends the possibilities of extra-judicial collection of evidence through diplomatic or consular agents by introducing 'commissioners', whereas under the Hague Convention 1954 the main focus is on letters of request, a civil law concept.⁹³

Lastly, the Hague Convention 1954 has fallen into abeyance.⁹⁴ Indeed, Belgian case law relating to the application of the Hague Convention 1954 is very rare.⁹⁵

For all these reasons, Belgium should accede to the Hague Convention 1970. If it decides to do so, it could - and probably would - make the reservation concerning pre-trial discovery that is authorized under its Article 23, as *inter alia* France, Denmark, Italy and the Netherlands did.⁹⁶

Although the Belgian Judicial Code offers some interesting possibilities for collecting evidence abroad, it is not wholly satisfactory. As said above, the transmission and execution of inbound commissions rogatory is subject to a heavy procedure and in the absence of international conventions there is no obligation to execute them.

⁸⁸ Penal Code, Article 458

⁸⁹ Such as in respect of maritime or aeronautical regulations. See the Act concerning the Regulation of Marine and Air Transport of 27 March 1969, *M.B.*, 17 June 1969, 6070 as amended on 21 June 1976, *M.B.*, 20 August 1976, 10394. This Act was implemented by the Royal Decree concerning the regulation of marine and air transport of 6 February 1979, *M.B.*, 6 March 1979, 2544. English translation in AV Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction, an annotated collection of legal materials* (Cambridge: Grotius, 1983) 98-100. See also Article 51 of the Act of 5 August 1991 on the Protection of Economic Competition. So far, no Royal Decree implementing this Article has been taken

⁹⁰ Freudenthal, (n 36 above) 110

⁹¹ Australia, South Africa, the United Kingdom and the United States of America

⁹² Clijmans (n 9 above) 338 nr 64

⁹³ Freudenthal (n 36 above) 110

⁹⁴ M Pertegas Sender and P Wautelet, 'Recente ontwikkelingen van Internationaal Privaatrecht. Het nieuwe Europese IPR. De Verordening dat het EEX verdrag vervangt. En wat zijn de nieuwe Europese regels m.b.t. echtscheidingen, betekeningen en bewijsvoering?' in *Recht in Beweiging. Verslagboek van de 9de VRG-Alumnidag gehouden te Leuven op 15 maart 2002* (2002) 293

⁹⁵ de Schoutheete and Nuyts (n 51 above) 106

⁹⁶ Vandeghinste and Dossche (n 42 above) 73



The taking of evidence located in Belgium without relying on commissions rogatory, for instance through the designation of experts by the justice of the peace or the compulsory production of evidence by court order is not wholly satisfactory either since it involves the institution of separate proceedings in Belgium, while the main proceedings are conducted abroad.

Joe Sepulchre
Member of the Bar of Brussels
Partner Liedekerke-Wolters-Waelbroeck-Kirkpatrick

Frédéric Van den Berghe
Member of the Bar of Brussels.
Associate Liedekerke-Wolters-Waelbroeck-Kirkpatrick



Wang Yang¹ – The Establishment and Development of the Legal System on Transfer of Technology in China²

Today, technology has been the main force to develop economy; economic development must rely on technology innovation. The purpose of this paper is to outline the establishment and development of the legal system on transfer of technology in the People's Republic of China.

I. The Legal System on Transfer of Technology Subject to the Planned Economy (from 1950-1978)

1. Establishment of Policy Concerning Transfer of Technology

Since the founding of the People's Republic of China, with a view of to reward and protect innovation so as to quicken the growth on science and technology, the State Council promulgated "Interim Regulations on the Protection of Invention and Patent" on August 11, 1950. This is the first regulation concerning patent right in the People's Republic of China. In accordance with "Interim Regulations on the Protection of Invention and Patent", the patent right holder is entitled to do as follows: (1) exploit invention in his own enterprise; (2) transfer technology to other enterprises and collect technology transfer fee; (3) prohibit any other entities and individuals from unauthorized use of invention.³

2. Gestation and Establishment of the Legal System on the Transfer of Technology - "Dual Protection System" and "Invention Award System"

The "Interim Regulations on the Protection of Invention and Patent" adopted "dual protection system", which refers to opportunities for inventors to have an option to apply for either "invention right" or "patent right", except for those inventions concerning national defense, vital to public welfare. Job-related, made by an entity in execution of a commission. For those particular inventions, inventors have no option but to apply for "invention right".⁴

Theoretically, China made a good start in term of legislation on patent protection. However, statutes are not self-enforced. To be a well-enforced statute, widespread acceptance from public, closely cooperation of executive department and meeting the requirement of specific situation are indispensable.

Regrettably, "Interim Regulations on the Protection of Invention and Patent" was not well executed, for a series of political campaign occurred after the implementation of "Interim Regulations on the

¹ Postgraduate of the East China University of Politics and Law, major in International Law, email address: wangygg@hotmail.com

² In the research of this topic, my tutor Shan Hailing, Professor of the East China University of Politics and Law, kindly offered significant guidance, her full supports contributed a lot to this article. Meanwhile, Ying Yan, Postgraduate of the East China University of Politics and Law, conferred many references and relevant information.

³ Zheng Cheng Si, "The Law of Intellectual Property Rights", Law Press China 1997 page 232-郑成思 著《知识产权法》法律出版社(law press .china)1997年版 第232页

⁴ Wu Han Dong "The Law of Intellectual Property Rights" Law Press .China 2004 page 121-122-吴汉东 主编《知识产权法》法律出版社2004年版 第121—122页



Protection of Invention and Patent “. ⁵From 1950 to 1985, government only granted four pieces of patents. So from some scholars’ perspective, to some extent, the People’s Republic of China did not implement patent protection system at all from 1949 to 1985. ⁶

In 1963, the State Council issued the “Regulation on Award for Invention “and “Regulations on Award for Technical Improvement” replacing the Regulation issued on 1950. These two regulations are the ones on which Chinese existing invention award system is based. ⁷

3. The characteristics of Legal System on Transfer of Technology Subject to the Planned Economy

Although “dual protection system” conferred statutory rights to patent right holder, such system wasn’t well enforced from its start to finish. The state government held a view that socialism should absolutely exclude commodity economy. Under the circumstances, the patent system, which grants patent right holder statutory monopoly right, is obviously incompatible with the situation then. The subsequent system, replacing the “dual protection system”, is “invention award system”. The invention award system, a system of application-examination-approval-grant, is adopted in conferring inventor’s awards. Under such a system, all inventions belong to the state and may be exploited by the enterprises throughout China and any other enterprises may freely use the inventions ⁸

If we take a close look at the history of technology transfer from the founding of the People’s Republic of China to 1970s, we can outline the following characteristic:

(1) The majority of people are short of sense of right. The public held an incorrect attitude towards transfer of technology, with an emphasis that all the inventions belong to the state and any other entities might use the inventions freely. ⁹

(2) During the period from founding of the People’s Republic of China to 1990s, the main force of transfer of technology are state-owned enterprises. There are mainly three criteria of deciding whether one state-owned enterprise is successful or not: first and foremost - political criterion, secondary-social criterion, and last-economic criterion. Every significant decision made by the state-owned enterprise is inevitably influenced or controlled by the state government. So technically, state-owned enterprises are not typical market subject. In other words, their economic activities must in compliance with the orders from the competent department in charge rather than driven by market. ¹⁰

⁵ Wu Han Dong “The Law of Intellectual Property Rights”, Law Press .China 2004 page 121-122-吴汉东 主编《知识产权法》法律出版社2004年版 第121—122页

⁶ Zhao Yuan Guo “The gestation and naissance of the Patent Law of the People’s Republic of China”, China Industrial Property Rights Press 2003 page 11赵元果 编著《中国专利法的孕育与诞生》知识产权出版社(China Industrial Property Rights Press)2003年版 第11页

⁷ Wu Han Dong “The Law of Intellectual Property Rights”, Law Press .China 2004 page 121-122-吴汉东 主编《知识产权法》法律出版社2004年版 第121—122页

⁸ Chen Zhong Hua “Socialist Market Economy and the Patent System in China”, “Research on Patent Law”, 2000 China Industrial Property Rights Press page 62陈仲华 著《社会主义市场经济与我国的专利制度》载于《专利法研究》2000年卷 知识产权出版社2000年版 第62页

⁹ Zhao Yuan Guo “The gestation and naissance of the Patent Law of the People’s Republic of China”, China Industrial Property Rights Press 2003 page 11-12赵元果 编著《中国专利法的孕育与诞生》知识产权出版社(China Industrial Property Rights Press)2003年版 第11-12页

¹⁰ Zhao Ying Bin & Gao Pei Yong “Essays of Approach to case analysis”, Law Press .China 2003 page 203-204赵英彬 高培勇 著《解案随笔》法律出版社2003年版 第203—204页



(3) Compared with the “dual protection system”, the “invention award system” is disadvantageous to transfer of technology. Although the “dual protection system” was not well enforced, but technically it at least grants patent right holder the right to enjoy freedom to transfer technology as he wishes, however, in accordance with the Regulation on Award for invention”, section 9 provides that all inventions belong to the state and may be exploited by the enterprises throughout China. The inventors are rewarded for their inventions both morally and materially with emphasis on the former. Thus, those innovative enterprises can't obtain economic benefits through transfer of technology whereas other entities may take a free ride , which results in the unwillingness of inventors to disclose their inventions because there is neither protection of the inventions nor compensation to the inventors.¹¹

II. Legislation on transfer of technology under the “open-up” policy (from 1979-1985)

1. The main statutes on transfer of technology

(1) The legal framework of technology introduction

In the early 1980s, China introduced more than 10,000 technologies from abroad , a substantial part of which are advanced technologies which are needed for upgrading China' s scientific and technology level. In the period from 1979 to 1987 alone, the total technology-introduction contract price climbed to 17 billion \$.¹²

In response to domestic and international needs for the enhancement of intellectual property rights, a series of regulations were adopted and promulgated by the National People's Congress and the State Council.

In the level of basic law, The Law of the People's Republic of China On Chinese Foreign Equity Joint Ventures was adopted on July 1, 1979 at the Second Session of the Fifth National People's Congress, which is the first basic law regarding industrial property rights as property rights.¹³ On March 12, 1984, Patent Law of the People's Republic of China was adopted at the 4th Session of the Standing Committee of the Sixth National People's Congress, which confers the patent right holders statutory monopoly rights on invention,

In the level of administrative Regulations, the State Council promulgated Interim Regulations for the Administration of Work of Technology Acquisition and Equipment Import Trade, which has detailed provisions concerning planning management, pre-project preparation, digestion and absorption of acquired technologies, inspection and appraisal, project proposal and feasibility analysis. However, there are no definite provisions of administration of Technology Import Contracts.¹⁴ On the date of

¹¹ Xu Yi Ping & Sun Xue Yin (the Patent Office of the People's Republic of China ,Shanghai Branch) “Analysis on Chinese Invention Award System”, “the proceedings of shanghai conference on international transfer of technology”, East China University of Politics and Law 1984 page 7 须一平

孙雪垠（原中国专利局上海分局） 著《对中国奖励和保护发明制度的探讨》载于《法学》特刊 上海国际技术转让会论文集第7页 华东政法学院 1984年出版

¹² Gao En Lu & Zang Wei Qiang “The law of Foreign Trade”, China Economic Press 1988 page 254 高恩录 臧伟强 主编 《涉外经济贸易与法》中国经济出版社1990年版 第254页

¹³ Zheng Cheng Si “The law of Intellectual Property Rights”, Si Chuan People's Publishing House 1988 page 257-258 郑成思 著 《知识产权法》四川人民出版社1988年版 第257—258页

¹⁴ Lv Ji Jian “The Establishment and Development of China's Principal of administration of technology import and export-Analysis on the Rules concerning technology import and export”, “The Market Information of International Trade of Technology”, 2002 volume 1, page 38 吕继坚（外经贸部科技司）



May 24,1985,the State Council promulgated Regulations on Administration of Technology Import Contracts of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the Regulation).This is the first administrative regulation on administration of Technology Import Contracts, with definite stipulation on the subjects and objects to technology import contract ,the form of technology import contract, rights and duties of supplier and recipient ,the power of examining and approving authorities.¹⁵

In the level of local regulation, the coastal open cities such as Xiamen and Shenzhen, on the basis of Interim Regulations for the Administration of Work of Technology Acquisition and Equipment Import Trade, made an attempt on legislation concerning technology introduction. Fujian Provincial People's Congress promulgated Regulation on the Import of Technology to the Xiamen Special Economic Zone, on the date of February 24,1985 while the People's Government of Guangdong Province promulgated Interim Provisions on the Import of Technology to the Shenzhen Special Economic Zone on February 8,1985.

In the level of rules, the Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation promulgated Measures For the Examination of Technology Acquisition Contract, which is designed to support the Regulation.

These above laws and regulations standardize introduction of technology from three aspects:

Firstly, clarifying ownership of foreign inventors' industrial property rights. As JiangYing, director general of the State Intellectual Property Office of the People's Republic of China points out: "The main concern of foreign investors is whether the State Government grants patent right to their inventions. The establishment of legal framework on intellectual property rights in China contributed a lot to Chinese successful introduction and utilization of foreign technologies."¹⁶

Secondly, establishing the "examining and approving" administrative mode on technology introduction contracts. Article 4 of the regulation provides that:" The recipient and supplier shall conclude in written form a technology import contract (hereinafter referred to as contract). An application for approval of the contract shall be submitted by the recipient. Within thirty days from the date of conclusion of the contract, to the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade of the People's Republic of China or any other agency authorized by the Ministry (hereinafter referred to as the approving authority). The approving authority shall approve or disapprove the contract within sixty days from the date of receipt. Contracts approved shall come into effect on the date of approval. Contracts on which the approving authority does not make a decision within the specified period of time herein shall be regarded as being approved and come into effect automatically.

Thirdly, specific regulations on "restrictive provisions" for the purpose of balancing interests between supplier and recipient. In the practice of transfer of technology, the supplier often take advantage of the recipient's desire of technology and impose unreasonable provisions on the recipient. The article 9

著《我国技术进出口管理原则的确定及发展趋势—

浅谈〈中华人民共和国技术进出口管理条例〉中技术进出口管理模式的立法依据，形成原因和发展趋势》载于《国际技术贸易市场信息》2002年春季号 第38页

¹⁵Lv Ji Jian "The Establishment and Development of China's Principal of administration of technology import and export-Analysis on the Rules concerning technology import and export", "The Market Information of International Trade of Technology", 2002 volume 1,page 38吕继坚（外经贸部科技司）

著《我国技术进出口管理原则的确定及发展趋势—

浅谈〈中华人民共和国技术进出口管理条例〉中技术进出口管理模式的立法依据，形成原因和发展趋势》载于《国际技术贸易市场信息》2002年春季号 第38页

¹⁶Jiang Ying "The Role of the System of Patent in Technology Innovation", "Research on Patent Law", China Industrial Property Rights Press 2000 page 6 姜颖

著《专利制度在技术创新中的作用》载于《专利法研究》2000年卷 知识产权出版社2000年版第6页



of both the Regulation and Regulation on the Import of Technology to the Xiamen Special Economic Zone are specially formulated on this issue.

(2) The legal framework of domestic transfer of technology

On 10 January 1985, the State Council promulgated Provisional Regulations Of the State Council on Technology Transfer (hereinafter referred to as the Provisional Regulations), which is the first regulation specially formulated for standardizing transfer of technology.¹⁷

a. Clarifying the nature of technology as commodity

The Provisional Regulations leads to a significant breakthrough in a traditional concept that the value produced by mental work is less than that produced by physical work. Article 1 of the Provisional Regulations provides:” In the context of the socialist commodity economy, technology is also a commodity. Units and individuals may all transfer technology free of the restrictions of regional, departmental or economic structure.”

b. Implementing remunerative transfer of technology and following adjustment in the market

Article 1 of the Provisional Regulations provides that:” the transferor and transferee may engage in technology transfer in accordance with the principles of voluntary participation and mutual benefit and agreement through consultation” and Article 2 herein provides that:” A technology transfer fee refers to the price for an item of technology, following adjustment in the market and consultation and agreement between the two parties.”

c. Implementing transfer of technology in the form of contract

The article 3 of the Provisional Regulations provides that:” For the transfer of technology, the parties shall sign a technology transfer contract which conforms to the "Economic Contract Law of the People's Republic of China" and the relevant provisions of other laws. The following items shall be clarified in the contract by the two parties:

- (i) Whether the parties each require to be informed in detail of any ongoing improvements to the technology in question;
- (ii) Whether the technology may be transferred to a third party;
- (iii) Standards and method for acceptance of the transferred technology;
- (iv) Whether pre-payment of a fee for instruction in the rudiments of the technology is demanded.

d. Conferring statutory protection towards inventors

The Provisional Regulations put great emphasis on dealing with the interests between the state and inventors.¹⁸ The article of the Provisional Regulations provides that:” Technology used in research and development under the plans of the State or those of a relevant high level authority may, in addition to being disseminated for application in accordance with the provisions of the plan, be transferred in accordance with these Regulations by the unit responsible for the technology. Income from such transfers shall belong to that unit. Personnel directly involved in the research and development of the

¹⁷ Wu Han Dong & Min Feng “A Brief Analysis on the Law of Intellectual Property Rights”, China university of political science and law Publishing House 1987 page 257 吴汉东 闵峰 编著
《知识产权法概论》中国政法大学出版社1987年版 第257页

¹⁸ Wu Han Dong & Min Feng “A Brief Analysis on the Law of Intellectual Property Rights”, China university of political science and law Publishing House 1987 page 257 吴汉东 闵峰 编著
《知识产权法概论》中国政法大学出版社1987年版 第257页



technology in question shall be rewarded. Income derived from the transfer of technology resulting from research and development carried out under the plan of a particular unit shall belong to that unit. Personnel directly involved in the research and development of the technology in question shall be rewarded. Personnel who contribute by initiating research and development project proposals in response to marked demands, and who actively work to complete them, shall be rewarded more liberally. Personnel who contribute by assisting the transferee in a technology transfer to fully grasp the transferred technology shall be rewarded in the same way as those personnel who directly participate in the research and development of the technology.

2. The Administrative Mode on Transfer of Technology

At the early stage of opening-up, the State Government implemented strict “examining and approving” administrative mode, which means that government take charge of the whole process of technology introduction, from project planning to approval of the conditions and terms of technology-introduction, ensuring that the stipulations on rights, responsibilities and obligations of the contracting parties are sufficiently clear, reciprocal or rational.

Regulation on the Import of Technology to the Xiamen Special Economic Zone, promulgated by the Fujian Provincial People's Congress on February 24, 1985, article 7 provides that:” In technology acquisition, the licensee should apply in writing to an organization authorized by the Xiamen City People's Government and should attach a letter of intent about the technology to be acquired and a report on the feasibility study. When examined and approved, a contract is to be signed between the licensee and licensor (supplier) and submitted to the higher authorities for approval. The approval department should reply within 44 days after receipt of the application.”

Article 4 of the regulation provides that:” The recipient and supplier shall conclude in written form a technology import contract (hereinafter referred to as contract). An application for approval of the contract shall be submitted by the recipient. Within thirty days from the date of conclusion of the contract, to the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade of the People's Republic of China or any other agency authorized by the Ministry (hereinafter referred to as the approving authority). The approving authority shall approve or disapprove the contract within sixty days from the date of receipt. Contracts approved shall come into effect on the date of approval. Contracts on which the approving authority does not make a decision within the specified period of time herein shall be regarded as being approved and come into effect automatically.

The Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation promulgated Measures For the Examination of Technology Acquisition contract on October 1, 1985, which is aimed to support the implementation of the Regulation. The Article 2 herein provides that:” Regardless of the country or region of the supplier, or of the source of funds and modes of payment of the recipient, the recipient and the supplier as specified in Article 2 of the Regulations shall apply for examination and approval to the examining and approving authorities in accordance with the Regulations and these Rules.”

The reason why the State Government adopted the “examining and approving” administrative mode at the early stage of opening –up can be concluded as follows:

1 The specific background of transitional period from planned economy to market economy.

Generally speaking, the People's Republic of China was still at the stage of commodity economy subject to the State plan, not completely adjusted by market in 1980s, which resulted in the “examining and approving” administrative mode. It means that the State Government involved in the whole process, from the very beginning of project planning to final approval of specific contracts



2. The majority of entities that introduce technology are the state, with funding primarily coming from state-owned funds. In other words, government played a role as the subject or investor of technology import projects.¹⁹

The “examining and approving mode” arises from particular background, which aimed to safeguard public interests and reinforce the status of Chinese recipient in negotiation.²⁰ However, there are three main deficiencies of this administrative mode:

First, it is insufficient transparency. Article 8 of the Regulation provides: “The duration of the contract shall conform to the time needed by the recipient to assimilate the technology provided and, unless specially approved by the approving authority, shall not exceed ten years.” But what is the criterion of special approval, what is difference between the requirement of special approval and that of general approval, there is no answers to above problems from the Regulation and its relevant rules.

Second, it is low efficiency. With the rapid development of Chinese technology trade, the negative side of “examining and approving mode” has emerged. Under the “examining and approving mode”, any technology-introduction contract without approval is invalid. Such complicated and tedious procedures of examination and approval have already been a curb on Chinese technology trade.

Third, it is no clear, uniform criterion of examining and approving. The “Rules for implementation of the Regulation” Article 6 provides that:

“Technology-introduction contracts shall be examined and approved at different levels in accordance with the following stipulations:

(1) Technology-introduction contracts for projects with feasibility study reports approved by the ministries/commissions of and agencies directly under the State Council shall be examined and approved by MOFERT.

(2) Technology-introduction contracts for projects with feasibility study reports approved by people's governments or their authorized competent organs of provinces, autonomous regions, municipalities directly under the Central Government, coastal open cities, special economic zones and cities under separate planning shall be examined and approved by the authorized examining and approving authorities at the same level.”

The examining and approving authorities are entitled to make extensive examination on every technology-introduction contract, ranging from whether the specific provisions of contract contravene the current laws and regulations of the State and impair social and public interests to whether the price or modes of payment for the introduced technology are reasonable. Although there is so much aspects for the examining and approving authorities to scrutinize, regrettably, we can only find some ambiguous, vague provisions on this issue rather than clear and uniform criterion. Under this circumstance, it is really a challenging job for the state to guarantee that decisions made by different examining and approving authorities are consistent with each other.

The advantage of the “examining and approving mode” is based on a false prerequisite that the state government is competent in everything. Because of the limited access to information and inadequate

¹⁹ Lv Ji Jian “The Establishment and Development of China’s Principal of administration of technology import and export-Analysis on the Rules concerning technology import and export”, “The Market Information of International Trade of Technology”, 2002 volume 1, page 42 吕继坚（外经贸部科技司）

著《我国技术进出口管理原则的确定及发展趋势——浅谈〈中华人民共和国技术进出口管理条例〉中技术进出口管理模式的立法依据，形成原因和发展趋势》载于《国际技术贸易市场信息》2002年春季号 第42页

²⁰ Zhang Rui Ping “Analysis on Administrative Mode of Technology Import and Export”, “Legal System and Development of society”, 1998 volume 2 page 26-29 张瑞萍

著《技术进出口合同管理模式分析》载于《法制与社会发展》1998年第2期 第26—29页



ability in making decisions, it is wise for state government to put aside something in which they are not competent and take charge in those they are really good at.²¹

3. Legal Definition of Transfer of Technology

(1) *The legislative definition of importation of technology*

In accordance with the Regulation, article 2: "Importation of technology referred to in these Regulations means acquisition of technology through trade or economic and technical cooperation by any corporation, enterprise, organization or individual (hereinafter referred to as the recipient) within the territory of the People's Republic of China from any corporation, enterprise, organization or individual (hereinafter referred to as the supplier), outside the territory of the People's Republic of China."

(2) *The legislative definition of objects to transfer of technology*

As far as objects to transfer of technology are concerned, the Rules for implementation of the Regulation, article 2 provides: "Regardless of the country or region of the supplier, or of the source of funds and modes of payment of the recipient, the recipient and the supplier as specified in Article 2 of the Regulations shall apply for examination and approval to the examining and approving authorities in accordance with the Regulations and these Rules when they are to conclude any of the technology-introduction contracts listed below:

a. Contracts for assignment or licensing of industrial property rights. Contracts for assignment or licensing of industrial property rights refer to those for assignment or licensing of rights relating to invention patents, new utility model patents, exterior design patents as well as trademarks, excluding those merely for assignment of rights of trademarks.

b. Contracts for licensing of proprietary technology. Contracts for licensing of proprietary technology refer to those for supply or impartment of technical know-how which is not yet publicized nor under legal protection as industrial property, for manufacturing a product or applying a technology as well as for product designs, technological processes, formulae, quality control and management, etc.

c. Contracts for technical services. Contracts for technical services refer to those for offering services or consultancy to the recipient by the supplier with its technology for achieving a specific goal, including contracts for feasibility study or engineering design undertaken by the supplier upon the entrustment of the recipient or by the recipient in cooperation with the supplier, contracts for providing technical services by foreign geological exploration or engineering teams that are employed and contracts for providing services or consultancy by the supplier upon the entrustment of the recipient for technical transformation of an enterprise, improvement of production technology or product design and quality control as well as enterprise management (excluding contracts for employing foreigners in China's enterprises).

d. Contracts for co-production and co-design which involve any one of such items as assignment or licensing of industrial property rights, licensing of know-how or technical services.

e. Contracts for importing complete set of equipment, production line or key equipment which involve any one of such items as assignment or licensing of industrial property rights, licensing of know-how or technical services.

²¹ China Science Institute "The New Phase of Technology Introduction and Market Economy", "Reports on Natural Dialectic", 1994 volume4 1994 page24 中国科协课题组
著《技术引进新阶段与市场经济》载于《自然辩证法通讯》1994年第4期 第24页



f. Other technology-introduction contracts which, according to the examining and approving authorities, must go through the procedure for examination and approval.

4. The Legal Framework on Technology Introduction

(1) Legislation on technology introduction of special economic zones – the prelude to nationwide legislation on technology introduction

a. The historical background of legislation on technology introduction of special economic zones

When it decided to reform the national economic setup in 1978, the Chinese government embarked on a policy of opening to the outside world in a planned way and step-by-step. Since 1980, China has established special economic zones in Shenzhen, Zhuhai and Shantou in Guangdong Province and Xiamen in Fujian Province, and designated the entire province of Hainan a special economic zone.

The characteristics of special economic zone are represented as follows:

- Constructions primarily relies on attracting and utilizing foreign capitals
- Primary economic forms are Sino-foreign joint ventures and partnerships as well as wholly foreign-owned enterprises
- Products are primarily export-oriented
- Economic activities are primarily driven by market

Technology introduction is complex and highly specialized work, which is in great need of being standardized by means of legislation. But there was far from sufficient statutes concerning this issue in early 1980s. Facing the legislative vacuum, Shenzhen and other special economic zones took the initiative to formulate specific regulations to meet requirements of rapid development of technology trade.²²

Fujian Provincial People's Congress promulgated Regulation on the Import of Technology to the Xiamen Special Economic Zone, on the date of February 24, 1985 while the People's Government of Guangdong Province promulgated Interim Provisions on the Import of Technology to the Shenzhen Special Economic Zone on February 8, 1985. Many of these two regulations were adopted by the Regulations on Administration of Technology Import Contract of the People's Republic of China and its rules.

b. Debate on legislations on technology introduction of special economic zones

Legislations on technology introduction of special economic zones, to some extent, facilitated the development of special economic zones. From 1979 to 1985, Guangdong province alone boasted establishing more than 3000 Sino-foreign joint ventures and concluding about 50,000 contracts on utilizing foreign investment.²³

²² Cheng Xin He "Analysis on the characteristics of the legislation on Economy with Foreign Elements in Guang Dong Province", "The Journal of Zhong Shan University-Social Science", 1986 volume 1, page 1-9 程信和著《论广东涉外经济立法的特色》载于《中山大学学报—哲社版》1986年第一期 第1—9页

²³ Cheng Xin He "Analysis on the characteristics of the legislation on Economy with Foreign Elements in Guang Dong Province", "The Journal of Zhong Shan University-Social Science", 1986 volume 1, page 1-9 程信和著《论广东涉外经济立法的特色》载于《中山大学学报—哲社版》1986年第一期 第1—9页



For instance, the Interim Provisions on Technology Import in the Shenzhen Special Economic Zone, Article 23: "When the supplier invests technology as capital stock under joint operation with the receiver, the proportion of the capital stock in the form of technology shall not exceed 20 percent of the joint venture's registered capital and at the same time, the supplier shall invest cash or materials to the same value as the invested capital stock." Every particular technology has a specific lifecycle, with the vigorous development of science and intensified market competition; technology lifecycle has shown a downward tendency. That's why Chinese legislators formulated the above provision to balance the interests between supplier and receiver.

But foreign scholars held different view of point on this issue, as Doctor Cohen, the former vice president of the law school of Harvard University points out: "It can be seen that the Interim Provisions on Technology Import in the Shenzhen Special Economic Zone has desirable elements, but there is still room for discussion with respect to article 23. It sets a upper limit that the proportion of the capital stock in the form of technology shall not exceed 20% of the joint venture's registered capital and at the same time, the supplier shall invest cash or materials to the same value as the invested capital stock. By now, no nationwide legislation contained such provisions and I don't hope there will be similar provisions in the future, either. Such provisions are really a disadvantage for foreign investors, especially for small and medium sized enterprises, to transfer technology to Chinese recipient. Compared with the big companies, small and medium sized enterprises only enjoy valuable technology rather than abundant cash flow in most cases."²⁴

(2) "Regulations on Administration of Technology Import Contracts of the People's Republic Of China" and its rules-the beginning of nationwide legislation on technology introduction

On the date of May 24, 1985, the State Council promulgated Regulations on Administration of Technology Import Contracts of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the Regulation). For the first time ever the principle of approval was established in form of administrative regulations.²⁵ With the deepening of "opening-up" policy, China boasts rapid development in technology introduction, however, the vacuum of legislation upon technology introduction resulted in following consequences: first, some investors were unwilling to transfer technology to Chinese recipient; second, some investors charged higher prices of his technology; third, some investors took advantage of the vacuum of legislation to impose restrictive provisions upon Chinese recipient.²⁶

a. Analysis of the Articles of Regulations on Administration of Technology Import Contracts of the People's Republic of China concerning restrictive provisions

The Regulations on Administration of Technology Import Contracts of the People's Republic of China is the first nationwide statutes concerning restrictive provisions. When evaluating one specific restrictive provision, like most developing countries, Chinese legislators put emphasis on whether the specific provision will result in controlling of Chinese recipient's manufacturing and distributing

²⁴ Doctor Cohen (the former vice president of the law school of Harvard University) "Analysis of Chinese economic contracts with foreign elements from Doctor Cohen", "Research on Guang Dong Province", 1985 volume 6 page 12-15 (美国前哈佛法学院副院长)

著《美国法学博士柯恩谈中国对外经济合同问题》载于《广州研究》1985年第6期 第12-15

²⁵ Lv Ji Jian "The Establishment and Development of China's Principal of administration of technology import and export-Analysis on the Rules concerning technology import and export", "The Market Information of International Trade of Technology", 2002 volume 1, page 38 吕继坚 (外经贸部科技司)

著《我国技术进出口管理原则的确定及发展趋势—

浅谈〈中华人民共和国技术进出口管理条例〉中技术进出口管理模式的立法依据, 形成原因和发展趋势》载于《国际技术贸易市场信息》2002年春季号 第38页

²⁶ Shao Xie Chang "A Brief Analysis on the Regulation on Administration of Technology Import Contracts of the People's Republic of China", "Shanghai International Trade and Economy", 1985 volume 1 page 1 邵燮昌 著《略谈我国技术引进合同管理条例》载于《上海国际经贸》1985年第11期 第1页



activities, furthermore, leading to negative impacts on independence and development of China's economic strength.²⁷

In accordance with Article 9 of the Regulation provides that:” The supplier shall not oblige the recipient to accept requirements which are unreasonably restrictive. Unless specially approved by the approving authority, a contract shall not contain any of the following restrictive provisions.....”.

Obviously, any restrictive provisions fall under Article 9 will be invalid except specially approval from the approving authority, this flexible provision is designed not only to reinforce the status of Chinese recipient, but also take the supplier's interests into consideration.

Whereas, there is still room for discussion of Chinese legislation upon restrictive provisions.

First, there is no differential treatment of restrictive provisions in the Regulation. In the process of transfer of technology, actually, the supplier fosters his potential competitors in the meantime. In most cases, the suppliers impose some restrictions on the recipient to maintain his advantageous status.²⁸ What is the criterion to evaluate one specific restrictive provision? First and foremost, not automatically putting the “illegal” label to one specific restrictive provision. Definitely, the supplier has the option to exploit his invention exclusively on his own, however, transfer of technology is equal to break up his monopoly status.²⁹ Secondly, not all restrictive provisions constitute abuse of industrial property rights. For instance, as provided in article 9 of the Regulation:” a contract shall not contain any of the following restrictive provisions:(2)Restricting the free choice by the recipient to obtain raw materials, parts and components or equipment from other sources”If both parties sign a licensing agreement of trademark as well as a licensing agreement of patent, for the purpose to maintain the reputation of supplier's trademark, the supplier tend to restrict the sources of raw materials, parts and components or equipment chosen by the recipient. Under the circumstances, such restrictive provision is reasonable. Whereas, the “all-or-nothing” approach taken by the Regulation almost completely excludes above provisions, without a differential treatment towards different circumstances.³⁰

Secondly, the Regulation leaves too much room for discretion of approving authority. As Article 9 of the Regulation provides that:” The supplier shall not oblige the recipient to accept requirements, which are unreasonably restrictive. Unless specially approved by the approving authority, a contract shall not contain any of the following restrictive provisions.....”What is so-called “specially approved” and what is the requirements of “special approval”, there are no explicit provisions on explanations of these two important questions.³¹ For me, it is really a challenging job for the state to guarantee that decisions made by different examining and approving authorities are consistent with each other.

²⁷ Hu Chong Han “Analysis on the Restrictive Provisions of International Patent Licensing Agreement”, “He Bei Law Science”, 2002 volume 5 page 12胡充寒

著《国际专利许可合同的限制性条款探析》载于《河北法学》(hebei law science)2002年5月第12页

²⁸ Li Yong Sha “Analysis on the control of anti-competitive conducts in the licensing of technology”, the paper of Master Degree of the university of international business & economics page 3李泳蕙

著《论技术许可中反竞争行为的控制》对外经济贸易大学法律硕士学位论文 第3页

²⁹ Zhang Rui Ping “What is the proper approach to intellectual property rights from the law of anti-monopoly's perspective”, “Journal of TsingHua university-social science”, 2001 volume 4 page30-34张瑞萍

著《反垄断法应如何对待知识产权》载于《清华大学学报—哲社版》2001年第4期 第30—34页

³⁰ Gu Ren Fang “The Approach to Improve the Regulation on the Restrictive Provisions of Licensing Agreement of Patent”, “The Law of Science and Technology”, 1994 volume 2,page 26顾仁芳

著《完善专利许可中有关限制性条款的法律规范》载于《科技与法律》1994年第2期 第26页

³¹ Li Xiao Wei “Discussion on the amendment to the Regulation on Administration of Technology Import Contracts of the People's Republic of China”, “Law Science”, 1993 volume 3,page 67李小伟

著《关于修改我国〈技术引进合同管理条例〉若干问题的探讨》载于《法律科学》1993年第3期第67页



Doctor Cohen held different views towards article 9 of the Regulation:” There is still room for discussion on Article 9. For instance, in most cases, the supplier obtains benefits at the cost transferring technology to recipient. However, the recipient’s acquisition of similar and competing technology from other sources probably results in negative impact on supplier’s benefits.³²

b. The problem of The Regulations on Administration of Technology Import Contracts of the People’s Republic of China³³ and its rules

Firstly, the subject of technology-introduction contract contained in the Regulation contravenes that contained in the Law of the People’s Republic of China on Economic Contracts involving Foreign Interests. In accordance of the Legislation Law of the People’s Republic of China, the Regulation is administrative regulations whereas the Law of the People’s Republic of China on Economic Contracts involving Foreign Interests is basic law. The former one shall by all means subject to the latter one. But regrettably, this is not the case.³⁴

Article 2 of the Law of the People’s Republic of China on Economic Contracts involving Foreign Interests provides that:” This Law shall apply to economic contracts concluded between enterprises or other economic organizations of the People’s Republic of China and foreign enterprises, other economic organizations or individuals. (Hereinafter referred to as "contracts"). However, this provision shall not apply to international transport contracts.” Obviously, the Law of the People’s Republic of China on Economic Contracts involving Foreign Interests does not grant individual of the People’s Republic of China the right to engage in Foreign trade business, including technology import. However, in accordance with the Article 2 of the Regulation:” Introduction of technology referred to in these Regulations means acquisition of technology by any corporation, enterprise, organization or individuals(hereinafter referred to as the recipient) within the territory of the People’s Republic of China from any corporation, enterprise, organization or individuals(hereinafter referred to as the supplier) ,outside the territory of the People’s Republic of China.....”. Obviously, the Regulation grants Chinese individual the right that the Law of the People’s Republic of China on Economic Contracts involving Foreign Interests denied.

Secondly, there is inconsistency between Regulation and Rules for the implementation of Regulation. In accordance with the basic principle of legislation, Regulation is one of the “administrative regulations”, formulated by the State Council, while Rules for the implementation of Regulation is one of the “rules” promulgated by the Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation. Rules for the implementation of Regulation is the legislation of lower levels compared with Regulation, which means it can be a supplement or detailed explanation of Regulation. But by no means can Rules for the implementation of Regulation, which is called the legislation of lower level, contravene the provisions of Regulation, which is called the legislation of upper level. Obviously, the legislator of Rules for the implementation of Regulation ignored the basic principle of legislation. For instance: Article 7 of Regulation provides: “The recipient shall assume the obligation to keep confidential, in accordance with the scope and duration agreed upon by both parties, the technical secrets contained in the technology provided by the supplier, which have not come into public domain.” It is sure that Regulation shows full respect to the agreement between both parties concerning the Confidentiality issue, without setting up time limit for the duration for preserving secrets. But when we take a close look at Rules for the implementation of Regulation, we find inconsistency.

³² Doctor Cohen(the former vice president of the law school of Harvard University) “Analysis of Chinese economic contracts with foreign elements from Doctor Cohen”, “Research on Guang Dong Province”, 1985 volume 6 page 12-15柯恩博士（美国前哈佛法学院副院长）

著《美国法学博士柯恩谈中国对外经济合同问题》载于《广州研究》1985年第6期 第12—15页

³³ Hereinafter referred to as the Regulation.

³⁴ Li Xiao Wei “Discussion on the amendment to the Regulation on Administration of Technology Import Contracts of the People’s Republic of China”, “Law Science”, 1993 volume 3,page 67李小伟

著《关于修改我国〈技术引进合同管理条例〉若干问题的探讨》载于《法律科学》1993年第3期 第67页



The Article 13 of Rules for the implementation of Regulation provides:” The recipient shall undertake the obligation to preserve the secrets of the proprietary technology and relevant data provided or imparted by the supplier in accordance with the scope and duration as agreed in the contract. The duration for preserving secrets shall not generally exceed the term of validity of the contract. If special circumstances require that the duration exceed the term of contract, it shall be expressly specified in the contract, and reasons shall be stated when applying for examination and approval.”

We may reach two pieces of conclusions from the above provision. The first one is that actually, the Article 13 of Rules for the implementation of Regulation deprived the supplier of the rights, requesting the recipient to assume the obligation to keep confidential the technical secrets contained in the technology provided by the supplier after expiration of the contract. The second one is that the Article 13 of Rules for the implementation of Regulation and its relevant provision set up definite time limit of the duration for preserving secrets. In according to the Article 8 of Regulation: The duration of the contract shall conform to the time needed by the recipient to assimilate the technology provided and, and unless specially approved by the approving authority, shall not exceed ten years. “In other words, The duration for preserving secrets is generally no more than 10 years.

With a view of technology trade practice, this revision has negative impact on Know-how technology introduction. Because in accordance with Article 7 of Regulation, the parties concerned may stipulate that the recipient assume the obligation to keep confidential the technical secrets contained in the technology provided by the supplier after expiration of the contract. Although this stipulation can’t thoroughly prevent the recipient from disclosing technology secret without supplier’s permission, (especially when the benefits for disclosure outweigh the damages for breach of contract), but it at least would provide a legislative source when the supplier seeks for remedies.

In accordance with the Rules for the implementation of Regulation, after the expiration of contract, supplier can, without authorization, disclose any technology secrets of information related without assuming any legal liability.

Probably, the technology secrets or information referred will then come into public domain through television, Internet, media, etc. Under this circumstance, everyone has free access to those technology secrets or information without prior permission from supplier. If Know-how technology comes into public domain, supplier will be no longer competitive in world market. That is the reason why experts from UN provide suggestion to developing countries: supplier will not provide those valuable technologies unless recipient commits itself to undertake the obligation to preserve secrets contained in above technologies until those secrets come into public domain.³⁵

Thirdly, Article 11 of the Rules for the implementation of Regulation aroused a lot of controversy. It provided:” The supplier shall ensure that it is the lawful owner of the technology provided or that it has the right to assign or license the technology. If the recipient, in producing or selling products with the assigned or licensed technology, is accused of infringement by a third party, the supplier shall respond to the lawsuit. If the infringement charged by the third party is proved, all the economic losses that the recipient may suffer shall be compensated for by the supplier. “In the suppliers’ view, Article 11 will lead to high risk.³⁶

³⁵ China Translation and Publishing Corporation “The Criterion of Reviewing an agreement of Transfer of Technology”, China Translation and Publishing Corporation 1984 page

30中国对外翻译出版公司译《技术转让协定评价准则》中国对外翻译出版公司出版1984年版 第30页

³⁶ Li Xiao Wei “Discussion on the amendment to the Regulation on Administration of Technology Import Contracts of the People’s Republic of China”, “Law Science”, 1993 volume 3,page 67李小伟

著《关于修改我国〈技术引进合同管理条例〉若干问题的探讨》载于《法律科学》1993年第3期 第67页



For me, this issue shall be resolved depending on different circumstance. Within the countries and regions, from which supplier obtain intellectual property rights or supplier has knowledge of where the specific goods will be sold to, it is legitimate and reasonable to request supplier to compensate all related losses the recipient may suffer. However, in compliance with the Regulation, if a supplier wants to be free from claims of infringement, he has no alternatives but to make detailed searches on patents all over the world.

5. Debates on the System of Patents

There were heated debates on whether the establishment of the system of patents was beneficial to the technology introduction. The focus are as follows:

(1) Whether the system of patents, originated from capitalist society, is compatible with the public-owned system of the People's Republic of China

The essence of the system of patent is to grant inventors statutory monopoly rights on his invention. In the process of drafting the Patent Law of the People's Republic of China, quite a few people held that: "The system of patents is originated from capitalist society, on the basis of private-owned property and commodity economy. However, the People's Republic of China is a socialist country, with a public-owned system. So, the system of patents is not compatible with China."³⁷ A Chinese scholar, studying economic law in the Harvard University, points out that: "It is hard to imagine that a socialist country will foster the spreading and application of inventions-creations by means of granting inventors monopoly rights within a specific period."³⁸

Those who were in favor of the system of patent held that: "The system is based upon the commodity economy. Given the socialist society is able to implement the commodity economy, the system of patent is absolutely compatible with China."³⁹ Besides, some other socialist countries have already established the system of patent, such as Russia and a few of East Europe Countries."⁴⁰

(2) Necessity to establish the system of patent when the main objects of technology introduction in China are Know-How

According to the statistics from the United Nation, More than 80% of the objects of international technology trade are Know-How instead of patents, so is in China.⁴¹ One expert from the United Nation points out that: "The major objects of transfer of technology in developing countries are Know-

³⁷ Tang Zong Shun "Recall on the Drafting of the Patent Law of the People's Republic of China", "Two Decades of Intellectual Property Rights", China Industrial Property Rights Press 2000 page 98 汤宗舜著《回忆专利法的起草》载于《中国知识产权二十年》刘春田 主编 专利文献出版社2000年版 第98页

³⁸ Zhao Yuan Guo "The gestation and naissance of the Patent Law of the People's Republic of China", China Industrial Property Rights Press 2003 page 60-61 赵元果 编著《中国专利法的孕育与诞生》知识产权出版社(China Industrial Property Rights Press)2003年版 第60-61页

³⁹ Zhao Yuan Guo "The gestation and naissance of the Patent Law of the People's Republic of China", China Industrial Property Rights Press 2003 page 200-201 赵元果 编著《中国专利法的孕育与诞生》知识产权出版社(China Industrial Property Rights Press)2003年版 第200-201页

⁴⁰ Tang Zong Shun "Recall on the Drafting of the Patent Law of the People's Republic of China", "Two Decades of Intellectual Property Rights", China Industrial Property Rights Press 2000 page 98 汤宗舜著《回忆专利法的起草》载于《中国知识产权二十年》刘春田 主编 专利文献出版社2000年版 第98页

⁴¹ Zhao Yuan Guo "The gestation and naissance of the Patent Law of the People's Republic of China", China Industrial Property Rights Press 2003 page 62 赵元果 编著《中国专利法的孕育与诞生》知识产权出版社(China Industrial Property Rights Press)2003年版 第62页



How, so the patent law is not important to facilitate the development of economy in developing countries.”⁴²

Professor Zheng Cheng Si disagrees with the above view:” China’s economic collaboration and cooperation have already developed into such a stage that the legal framework without the system of patent will result in a lot of trouble and inconvenience in introducing foreign advanced technologies. As for the joint-venture enterprises, some foreign investors worried that once they put their inventions into the joint-venture enterprises as the capital stock, their inventions will be spread out freely.”⁴³

The Chinese ambassadors in U.S. held that:” Some American enterprises held suspicious, wait and see and even opposing attitude toward the co-operation with Chinese enterprises, for China has not yet established the system of patent. For instance, in the process of negotiating with foreign investors on introducing technology of automobile engine manufacturing, the foreign investors charged an unreasonably high price of 13 million U.S. dollars, on the basis that all relevant enterprises in China exploit the above technology with an annual output of 5 million tons.”⁴⁴

Further more, some scholars point out that compared with the patent, know-how is not equally protected by law. ⁴⁵It can be owned by more than one separate parties as long as each party keeps know-how in confidential conditions. If any one of the parties applies for patent protection and successfully approved, or any one of the parties discloses know-how to someone else, who subsequently applies for patent protection and successfully approved, the other original owners will be prohibited from using his own invention.⁴⁶

Some scholars point out that:” To a large extent, the protection of know-how relies on the contractual obligation concerning confidentiality. Once one of the parties discloses know-how to someone else, it is impossible to claim damages to the third party by the contractual obligation.”⁴⁷

(3) *Whether the patent system oriented to foreigners only*

Someone worried that the Chinese overall standard of science and technology is backward compared with those developed countries. The establishment of the system of patent will be beneficial mostly to the overseas inventors instead of local inventors and scientists. However, some scholars pointed that: on one hand, China is left behind in the area of science and technology, on the other hand, the State

⁴² Zhao Yuan Guo “The gestation and naissance of the Patent Law of the People’s Republic of China”, China Industrial Property Rights Press 2003 page60赵元果 编著《中国专利法的孕育与诞生》知识产权出版社(China Industrial Property Rights Press)2003年版 第60页

⁴³ Zheng Cheng Si “Analysis of some issues on the law of Intellectual Property Rights”, GanSu People’s Publishing House 1985page 139郑成思 著《知识产权若干问题》甘肃人民出版社 1985年版 第139

⁴⁴ Zhao Yuan Guo “The gestation and naissance of the Patent Law of the People’s Republic of China”, China Industrial Property Rights Press 2003 page39-40赵元果 编著《中国专利法的孕育与诞生》知识产权出版社(China Industrial Property Rights Press)2003年版 第39-40页

⁴⁵ Zheng Cheng Si “Analysis of some issues on the law of Intellectual Property Rights”, GanSu People’s Publishing House 1985page 156-157郑成思 著《知识产权若干问题》甘肃人民出版社 1985年版 第156-157页

⁴⁶ Zheng Cheng Si “Analysis of some issues on the law of Intellectual Property Rights”, GanSu People’s Publishing House 1985page 157郑成思 著《知识产权若干问题》甘肃人民出版社 1985年版 第157页

⁴⁷ Tian Yong Li “Consideration on the introduction of technology in He Nan Province”, ”Market Information of International Trade of Technology”, 2003 page 65田勇利 (河南省外经贸厅) 著《河南省技术引进的若干思考》载于《国际技术贸易市场信息》2003年冬季号 第65页



Government didn't put emphasis on the protection of patent. China boasts more than thirty thousand advanced inventions annually, with only ten thousand inventions applied for patent protection. ⁴⁸

III. The Mechanism of Transfer of Technology in Market Economy

1. Great Contribution to Rapid Economic Development by the Progress of Science and Technology

In recent years, high-tech industry is playing an increasingly significant role in the China's economic structuring. The output value of the high-tech sector saw an average annual growth of 25 percent. Especially in Shanghai, Beijing, Shenzhen, high-tech sector contributed more than 60 percent to the total industrial output value.⁴⁹

2. The Establishment of Legal System on Transfer of Technology in China

(1) Legal System on Technology Introduction

a. Law

On May 12, 1994, the Foreign trade Law of the People's Republic of China was adopted at the 7th Session of the Standing Committee of the 8th National People's Congress, which is the fundamental law regulating foreign trade business in China. The Chapter 3 of the Foreign Trade Law of the People's Republic of China concerns on the basic principle of technology import and export, administrative mode and legal liability.⁵⁰

April 4, 1990, the Standing Committee of the National People's Congress promulgated the Law of the People's Republic of China On Chinese-Foreign Equity Joint Ventures, April 13, 1988, the Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign Contractual Joint Ventures was promulgated by the Standing Committee of the National People's Congress while on April 12, 1986, the Standing Committee of the National People's Congress promulgated the Law of the People's Republic of China on Foreign Capital Enterprises.

b. Administrative Regulation and rules

The Rules For the Implementation of the Regulation of the People's Republic of China On Administration of Technology-Introduction Contracts, approved by the State Council on December 30, 1987, promulgated by the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade on January 20, 1988.

The State Government respectively promulgated the Regulation for the Implementation of the Law of the People's Republic of China On Chinese-Foreign Equity Joint Ventures on December 21, 1987; the Regulation for the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign

⁴⁸ Jiang Ying "The Role of the System of Patent in Technology Innovation", "Research on Patent Law", China Industrial Property Rights Press 2000 page 8姜颖

著《专利制度在技术创新中的作用》载于《专利法研究》2000年卷 知识产权出版社2000年版第8页
⁴⁹ "The important role of science and technology in China's revival", www.people.com.cn

《科技复兴中华民族的重要力量》载于人民网—人民论坛 www.people.com.cn

⁵⁰ Zhou Han Min "The Integration of WTO Rules-the New Regulations of Chinese Foreign Trade and Economy", Shanghai People's Publishing House 2003 page 176周汉民 主编

《与WTO规则的融合—中国外经贸法律新制度》上海人民出版社2003年版 第176页



Contractual Joint Ventures on September 4,1995; the Regulation for the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Foreign Capital Enterprises on December 12,1990.

(2) The Legal System on domestic transfer of technology

On June 23,1987, the Standing Committee of the National People's Congress promulgated the Law of the People's Republic of China On Technology Contracts, which confers protection not only to patent but also to Know-How, especially on the contractual relationship in the process of exploiting, transferring and cooperating .⁵¹

3. The main form of transfer technology

Since 1949 to late 1970's, China established new enterprises and industries by means of purchasing equipments from abroad. But due to incomplete plans and insufficient infrastructure, those technologies were not well digested and absorbed. With the Opening-up policy since 1978, China put more emphasis on the digestion and absorption of acquired technologies through new measures on transfer of technology. The paramount measures are: the remunerative transfer of technology and capital investment in form of technology.

The administrative mode of these two forms is different. China adopted strict "examining and approving" mode on capital investment in form of technology. In accordance with the Regulations for the Implementation of the law of the People's Republic of China on Chinese-foreign Equity joint ventures, Article 27:"The machinery, equipment or other materials, industrial property or proprietary technology contributed by foreign joint ventures as investment shall be examined and approved by the department in charge of the Chinese joint ventures and then submitted to the examining and approving authorities for further approval. "By contrast, China adopted more flexible administrative mode towards the remunerative transfer of technology. In accordance with the Regulations of the People's Republic of China on Administration of Technology Import and Export (here in after referred to as new Regulation). Article 8:" The State Council foreign trade department shall, jointly with the relevant departments of the state council, formulate, readjust and publicize the catalogue of technologies under import prohibition or restrictions. Article 9 of the new Regulation:" Technologies under import prohibition shall not be imported," while Article 10 of the new Regulation:" Technologies under import restrictions shall be administered by issuing licenses; and no technology of this kind may be imported without license." Article 17:" A contract registration system shall be instituted for administration of technology that may be freely imported. For the import of technologies that may be freely imported, the contract therefore shall enter into force when such contracts are legally executed ,and the registration of the contracts is not a prerequisite for the entry into force of the contracts."

IV. The Current Legal System of Chinese Transfer of Technology Under WTO Rules

1. The Current Legal System of Transfer of Technology

Originally, there were three administrative regulations concerning administration of technology import and export: the Regulations on Administration of Technology Import Contracts of the People's Republic of China promulgated by the State Council on May 24,1985; The Rules For the

⁵¹ Zhou Da Wei "Guideline of the Law of Contracts on Transfer of Technology", China university of political science and law Publishing House 1988 page44周大伟 著
《技术合同法导论》中国政法大学出版社1988年版 第44页



Implementation of the Regulation of the People's Republic of China On Administration of Technology-Introduction Contracts, approved by the State Council on December 30, 1987, promulgated by the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade on January 20, 1988; The Measures for the Administration of Export Technologies, approved by the State Council on May 25, 1990. However, these three administrative regulations could no longer meet the requirement of the changing situation, furthermore, they are inconsistent with the relevant laws and regulations.⁵²

The inconsistency can be concluded as follows:

Firstly, in accordance with Article 2 of the Regulation:

"Introduction of technology referred to in these Regulations means acquisition of technology by any corporation, enterprise, organization or individuals (hereinafter referred to as the recipient) within the territory of the People's Republic of China from any corporation, enterprise, organization or individuals (hereinafter referred to as the supplier) ,outside the territory of the People's Republic of China ...". Obviously, the Regulation grants Chinese individual the right to engage in foreign technology business.

However, the Article 8 of the Foreign trade Law of the People's Republic of China provides that: "Foreign trade dealers as mentioned in this Law shall cover the legal entities and other organizations engaged in foreign trade dealings in compliance with the provisions of this Law." The Article 9 of the Foreign Trade Law of the People's Republic of China provides that: " Foreign trade dealer who intends to engage in the import and export of goods and technologies shall acquire the permit from the authority responsible for foreign trade and economic relations under the State Council." Obviously, in accordance with the Foreign trade Law of the People's Republic of China, the Chinese foreign trade dealers or operators are limited to legal entities and other organizations, not including individual.

Secondly, the Regulation contradicts the Foreign trade Law of the People's Republic of China in the basic principle of the administration of technology import and export. The Regulation adopted strict "examining and approving" mode, which means that no technology import and export contract is valid without approval. While the Foreign trade Law of the People's Republic of China has differential treatment of technologies: technologies whose import or export is restricted shall be subject to licensing control and other technologies shall freely imported or exported.

In the wake of its admission into the World Trade Organization (WTO), China amended its basic intellectual property legislation to comply with the requirements of the global trade club and honors its commitments to the international community.

(1) basic law

On March 15, 1999, the the Standing Committee of the National People's Congress promulgated the Contract Law of the of the People's Republic of China, standardizing the contractual relationship in the contracts of transfer of technology.

On August 25, 2000, the Standing Committee of the National People's Congress promulgated the Amendment to the Patent Law of the People's Republic of China, clarifying the ownership of inventions.

The Standing Committee of the National People's Congress promulgated the Amendment to the Law of the People's Republic of China on Chinese Foreign Contractual Joint Ventures, the Amendment to

⁵² Financial and Economic Branch of the Legislative office of the State Council "The Formulation of the Regulations of the People's Republic of China on Administration of Technology Import and Export", The Database of Chinese Yearbook on Law(1987-2003) 国务院法制办财经司 著《中华人民共和国技术进出口管理条例的制定》，载于中国法律年鉴数据库（1987—2003）



the law of the People's Republic of China on Foreign Capital Enterprises on October 31, 2000 and the Amendment to the Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures On March 15, 2001, regulating the capital investment in the form of technology. On April 6, 2004, the National People's Congress promulgated the Amendment to the Foreign trade Law of the People's Republic of China, standardizing the administration of technology import and export.

(2) The Administrative Regulation and Rules

The State Council of the People's Republic of China promulgated Regulations of the People's Republic of China on Administration of Technology Import and Export (hereinafter referred to as New Regulation) on December 10, 2001. Then, the Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation promulgated the Measures for the Administration of Registration of Technology Import and Export Contracts; the Measures for the administration of Export-prohibited and Export-restricted; the Measures for the administration of Import-prohibited and Import-restricted, which enter into effective on January 1, 2002.

2. The Current Administrative Mode on Transfer of Technology in China

With the deepening of opening-up policy, significant changes has occurred in the situation of Chinese foreign trade of technology .

First, the majority of entities that introduce technology turns to be foreign-funded enterprises instead of state-owned enterprises. According to the statistics from the Ministry of Commerce of the People's Republic of China, foreign-funded enterprises concluded 3,471 technology import contracts in 2002, with a total contract price of 13.485 billion US \$, accounted for 77,58% of the total contract price all over China.⁵³ Furthermore, 45% of international transfer of technology occurred within the multinational enterprises and their subsidiaries.⁵⁴

Secondly, China is instituting socialist market economy. Compared with the planned economy, the enterprises turns to be the subject of economic activities now, which means that enterprises themselves, instead of the State Government, make decision on introduction of technology. The State Government institute administration by means of legislation rather than examining every particular contract.

Thirdly, Many developing countries promulgated new laws and regulations with a view to further expanding foreign economic and technological cooperation, upgrading scientific and technological level of the state, such as Mexico and Brazil. General speaking, developing countries have been losing restrictions on the administration of international transfer of technology.⁵⁵

The new Regulation adopted a flexible administrative mode, characterized as instituting administration depending on different catalogue of technologies. Technologies under import prohibition shall not be imported; Technologies under import restrictions shall be administered by issuing licenses; and no technology of this kind may be imported without license; A contract registration system shall be instituted for administration of technology that may be freely imported. For the import of technologies

⁵³ "Analysis on the statistics of Chinese introduction of technology in 2002", "Market Information of International Trade of Technology", 2003 volume2 page5-

7 《2002年我国技术引进统计分析》载于《国际技术贸易市场信息》2003年第2期 第5—7页

⁵⁴ Ji Yichu "The Rapid Development of Chinese Introduction of Technology", "International Business Daily", April, 28th 2003 page5季一楚 著 《中国技术引进高速发展》载于《国际商报》2003年4月28日 第5版

⁵⁵ Li Xiao Wei "Discussion on the amendment to the Regulation on Administration of Technology Import Contracts of the People's Republic of China", "Law Science", 1993 volume 3, page 66李小伟

著 《关于修改我国〈技术引进合同管理条例〉若干问题的探讨》载于《法律科学》1993年第3期 第66页



that may be freely imported, the contract therefore shall enter into force when such contracts are legally executed, and the registration of the contracts is not a prerequisite for the entry into force of the contracts.

Compared with the Rules for the Implementation of the Regulations Of the People's Republic of China on Administration of Technology –Introduction Contract, promulgated by the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade on January 20, 1988,the Regulation of the People's Republic of China on Administration of Technology import and export, promulgated by the state council on December 10,2001,has made a substantial amendment on what the competent department in charge examine technology import and export contracts.

In accordance with the Rules for the Implementation of the Regulations Of the People's Republic of China on Administration of Technology, Article 18:" In case the technology-introduction contracts and other documents submitted to the examining and approving authorities in accordance with the provisions of Article 17 of these Rules fall under any one of the following cases, the examining and approving authorities shall require the parties concerned to make due amendment within a prescribed time limit ,and the approval shall be denied in case of failure to make amendments:

- (1) Where they contravene the current laws and regulations of the State and impair social and public interests;
- (2) Where they impair national sovereignty;
- (3) Where the contents of the contract are inconsistent with the approved feasibility study report of the project;
- (4) Where the basic clauses and contents of the contract are imperfect;
- (5) Where the contract contains no explicit and rational stipulations concerning the responsibilities about and solutions to possible disputes over property rights arising from the assigned or licensed technology or other disputes that may occur in the course of implementation of the contract;
- (6) Where the contract contains no rational stipulations on the technical level and economic benefits to be attained by the assigned or licensed technology, including the quality warranty for the products manufactured with the said technology;
- (7) Where the price or modes of payment for the introduced technology are unreasonable;
- (8) Where the stipulations on rights, responsibilities and obligations of the contracting parties are not sufficiently clear, reciprocal or rational;
- (9) Where the contract contains preferential tax commitment without the consent of the state tax authorities.

Obviously, under the circumstances of the “administrative mode of examining and approving”, the examining and approving authorities are entitled to take an extensive examination on technology import and export contracts, from legality to reasonableness of contract provisions.

However, in accordance with New Regulation, article 14: the state council foreign trade department shall examine the authenticity of the technology import contract and decide whether or not to permit the technology import within 10 working days from the receipt of the documents. Apparently new administrative mode has limited the examining scope of competent department in charge only to the authenticity of the technology import contract. It relies on legislation, instead of examining and approval authority, to go through the detailed contents of contracts.

Statistics made by the ministry of commerce of the People's Republic of China shows that in the year 2002,the first year after the implementation of the Regulation of the People's Republic of China on Administration of Technology import and export, China-based enterprises concluded 6,072 technology import contracts, rose by 55.7% compared with the year 2001;Total amount of contract price climbed to 14.389 billion US dollars, rose by 91.28% compared with the year 2001;technology transfer fee stood at 14.372 billion US dollars, which accounts for 82.65% of the total amount of contract price,



rose by 34% compared with the last year. Economic globalization and significant reform of the administrative mode of technology import are thought to be the main contributory factors to the rapid development of technology import in the year of 2002. China-based enterprises are highly motivated to introduce technologies especially for relaxation of the administrative rules on technology import and simplified procedures brought by the contract registration system.⁵⁶

3. Two Suggestions on Current Regulations of Transfer of Technology

(1) Harmonize New Regulation with the Patent Law of the People's Republic of China.

Under the New Regulation, the State Government institutes administration depending on different catalogue of technologies. Technologies under import prohibition shall not be imported; Technologies under import restrictions shall be administered by issuing licenses; and no technology of this kind may be imported without license; A contract registration system shall be instituted for administration of technology that may be freely imported. For the import of technologies that may be freely imported, the contract therefore shall enter into force when such contracts are legally executed, and the registration of the contracts is not a prerequisite for the entry into force of the contracts.

However, in accordance with the Patent Law of the People's Republic of China, amended in 2001, article 10 provides that: "Any assignment, by a Chinese entity or individual, of the right to apply for a patent, or of the patent right, to a foreigner must be approved by the competent department concerned of the State Council."

The administrative modes of the New Regulation and the Patent Law of the People's Republic of China are based on different principles. The New Regulation institute administration depending on different catalogues of technologies whereas the Patent Law of the People's Republic of China is on the basis of nationalities. Suppose ,one Chinese company intends to assign a patent technology, which is not under the catalogue of prohibited and restricted exported technologies , to its foreign partner. In accordance with the New Regulation, under the circumstances, the parties above only subject to the registration, the registration of the contracts is not a prerequisite for the entry into force of the contracts. Whereas, under the law of Patent Law of the People's Republic of China, such kind of contracts shall subject to approval by the competent department concerned of the State Council.

(2) Enhance transparency of the part of New Regulation concerning restrictive provisions

Compared with Regulations on Administration of Technology Import Contract of the People's Republic of China, promulgated by the State Council on May 24, 1985, some provisions which used to be absolute have now been softened to prohibit only "unreasonable" restrictions on the ability of Chinese parties to purchase raw materials, spare parts or equipment. Changes to the volume, type, price or distribution channel of products have been made, which means that "reasonable" restrictions can be imposed.

On the other hand, like much other legislation in China, many key terms are left undefined in New Regulation. For example, Article 29 of New Regulation provides: "A technology import contract shall not contain any of the following restrictive terms: (5) unreasonably restricting the channels or sources from which the transferee buy raw materials, parts and components, products or equipment; (6) unreasonably restricting the quantity, type or sale price of the products manufactured by the transferee; (7) unreasonably restricting the export channels of the products manufactured by the transferee with the imported technology."

⁵⁶ "Analysis on the statistics of Chinese introduction of technology in 2002", "Market Information of International Trade of Technology", 2003 volume2 page5-

7 《2002年我国技术引进统计分析》载于《国际技术贸易市场信息》2003年第2期 第5—7页



There is no clear definition on what is so-called “unreasonable” in New Regulation and its relevant rules and regulations. Thus, the parties would never know with certainty whether a particular restriction on sales amount or sales channel, etc. is reasonable or not. The reasonableness issue has to be subject to the discretion of a court or arbitration tribunal whose professionalism and fairness would be crucial.

The Rules For the Implementation of the Regulation of the People’s Republic of China On Administration of Technology-Introduction Contracts, approved by the State Council on December 30, 1987, has detailed explanation of the restriction on the sales channel. Article 14 of the Rules For the Implementation of the Regulation of the People’s Republic of China On Administration of Technology-Introduction Contracts provides that: “No provisions of restrictions on exportation of products manufactured by the recipient with the introduced technology may be included in the contract without the approval of the examining and approving authorities, however, either of the following cases shall be excepted: (1) in countries and regions where exclusive license contracts have been concluded by the supplier; (2) in countries and regions where sole agent contracts have been concluded by the supplier. But after the promulgation of the New Regulation, the Rules For the Implementation of the Regulation of the People’s Republic of China On Administration of Technology-Introduction Contracts is no longer effective.





Executoriale titel-Vo trad in werking op 21 januari 2005 – Règlement titre exécutoire européen est entré en vigueur le 21 janvier 2005

Op 21 januari 2005 is de 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 (*PB* 2004 L 143, 15-39) in werking getreden (artikel 33, eerste lid). Zij zal evenwel slechts kunnen aangewend worden met ingang van 21 oktober 2005, datum waarop het leeuwendeel van bepalingen van toepassing worden (artikel 33, tweede lid).

Le 21 janvier 2005 le Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (*JO* 2004 L 143, 15-39) est entré en vigueur (article 33, premier alinéa). Cependant, la plupart des articles du Règlement ne sera applicable qu'à partir du 21 octobre 2005 (article 33, alinéa 2).

Interpretatie van artikel 12bis Wetboek van de Belgische nationaliteit – Interprétation de l'article 12bis du Code de la nationalité belge

Artikel 299 van de Programmawet van 27 december 2004 (*B.S.* 31 december 2004) bepaalt wat onder een "hoofdverblijf van ten minste zeven jaar" in de zin van artikel 12bis, §1, 3°, van het wetboek van de Belgische nationaliteit moet begrepen worden. Artikel 12bis, §1, 3°, van het wetboek van de Belgische nationaliteit kan overeenkomstig de genoemde interpretatieve bepaling slechts toegepast worden indien de vreemdeling gedurende minstens zeven jaar wettelijk in België verbleef. Daarmee reageert de wetgever op een arrest van 16 januari 2004 van het Hof van Cassatie waarin het Hof tot een tegenovergestelde conclusie was gekomen (*Tijdschrift@ipr.be* 2004, nr. 3, blz. 29).

Article 299 de la Loi-programme du 27 décembre 2004 (*M.B.* 31 décembre 2004) détermine l'interprétation de la notion "résidence principale depuis au moins sept ans" au sens de l'article 12bis, §1, 3°, du Code de la nationalité belge. Conformément ladite disposition interprétative, l'article 12bis, §1, 3°, du Code de la nationalité belge ne peut être appliqué si l'étranger avait une résidence principale légitime depuis au moins sept ans en Belgique. Ainsi le législateur met l'interprétation que la Cour de cassation avait donnée dans son arrêt du 16 janvier 2004 (*Revue@ipr.be* 2004, nr. 3, p. 29) hors jeu.



Groenboek echtscheidingszaken / Livre Vert matière de divorce

Op 14 maart 2005 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen een Groenboek aangenomen over het toepasselijke recht en de rechterlijke bevoegdheid in echtscheidingszaken (COM(2005) 82 definitief). Het heeft tot doel een uitgebreide raadpleging te organiseren over enkele knelpunten inzake het toepasselijke recht en de internationale bevoegdheid in echtscheidingszaken. De Commissie nodigt alle geïnteresseerden uit hun bevindingen vóór 30 september 2005 aan de Commissie te bezorgen.

Le 14 mars 2005, la Commission des Communautés européennes a adopté un Livre Vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce (COM(2005) 82 final). L'objectif est de lancer une large consultation sur les problèmes au sujet des questions de droit applicable et de compétence en matière de divorce. Les intéressés sont invités de faire parvenir leurs observations à la Commission avant le 30 septembre 2005.

