

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS 29.210/2

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES 29.210/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 29 avril 1999, d'une demande d'avis sur un avant-projet de loi "portant code de droit international privé", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 22, 23, 29 et 30 janvier 2001 ainsi que des 8 et 12 février 2001 a donné le 12 février 2001, l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 29 april 1999 door de Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van wet "houdende wetboek van internationaal privaatrecht", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 22, 23 29 en 30 januari 2001 alsook van 8 en 12 februari 2001, op 12 februari 2001 het volgende advies gegeven :

Observation préliminaire

L'examen du projet qui a pu être mené de manière approfondie oralement et par écrit avec les représentants du ministre a mis au jour une série de questions appelant des observations générales d'ensemble. Ce sont ces questions qui font l'objet des observations qui suivent.

Elles sont destinées à permettre de repenser fondamentalement quelques problèmes centraux qui concernent aussi bien les objectifs du projet, que la compétence judiciaire, les effets des jugements étrangers ou les conflits de lois en général et dans la matière de l'état des personnes et celle des biens en particulier.

Ces questions étant d'une importance fondamentale, le Conseil d'Etat a renoncé à procéder à un examen article par article.

Observations générales

I. La codification dans ses rapports avec les législations nationales, internationales et de l'Union européenne

1. Objectif et conséquence de la codification projetée

Jusqu'à présent le droit international privé est resté en Belgique une matière qui n'est régie que par des dispositions législatives peu nombreuses dont la plupart sont insérées dans les grands codes, le Code civil, le Code de commerce ou le Code judiciaire. C'est pourquoi une bonne

.../...

part des règles du droit international privé belge sont aujourd'hui celles d'une jurisprudence que les cours et tribunaux ont, sous le contrôle de la Cour de cassation, réussi à construire sur la base étroite de la législation, rare et pas toujours cohérente, dont ils pouvaient disposer.

Le projet de loi examiné a pour ambition de modifier radicalement cette situation. Il veut établir un véritable code de droit international privé, c'est-à-dire une loi, ne s'enchâssant dans aucune autre, ni aucun autre code, recourant à des concepts propres, et montant un système articulé de règles qui, grâce à une permanence, - au moins escomptée -, encadreront les comportements de tous ceux qui entretiennent des rapports internationaux de droit privé, ou doivent en Belgique les administrer ou les juger. Les règles du projet, souvent assez détaillées, couvrent les trois domaines principaux du droit international privé, elles indiquent la loi, belge ou étrangère, applicable aux relations de droit privé, elles déterminent la compétence des tribunaux belges dans les litiges qui, par leur objet ou les parties qui s'y opposent, comportent un élément d'extranéité, et enfin, elles fixent les conditions auxquelles les décisions judiciaires étrangères peuvent produire des effets en Belgique.

La codification projetée n'est pas du tout une simple entreprise de consolidation destinée à rendre plus certaines les règles actuellement en vigueur dans ces trois domaines et à permettre de les connaître ou de les comprendre plus facilement. Son objectif est aussi de les transformer sur de nombreux points et d'en modifier parfois les principes fondamentaux. La raison principale avancée par

.../...

l'exposé des motifs pour justifier cette transformation, est qu'un grand nombre de données, factuelles autant que juridiques, des rapports internationaux de droit privé que les autorités belges doivent aujourd'hui organiser ou juger, se sont profondément modifiées depuis l'époque à laquelle le droit actuel s'est fixé.

Il n'est en effet pas douteux, par exemple, que, désormais, les étrangers s'installant en Belgique appartiennent souvent à des civilisations et des cultures plus lointaines si bien que "leur loi" contraste parfois plus violemment que par le passé avec le droit belge du for saisi. Il est certain aussi qu'en Belgique, comme dans les autres Etats, les règles sur l'attribution et la perte de la nationalité ont transformé ce lien d'allégeance et l'ont rendu plus difficile à utiliser comme critère de détermination du droit applicable. Il est aussi remarquable que les législations européennes naguère substantiellement différentes les unes des autres, au moins sur certains points, comme le divorce par exemple, se sont beaucoup rapprochées et que la question du choix à faire entre l'application de l'une ou de l'autre est devenue d'autant moins cruciale.

L'utilité, voire la nécessité, d'une modernisation du droit international privé belge ne peuvent guère être mises en discussion. Certains, par exemple le professeur François Rigaux, pensent cependant qu'il faut en cette matière laisser agir le pouvoir judiciaire et que la législation doit se réduire à un petit nombre de principes fondamentaux ("Codification of private international law", à paraître). D'autres, comme les auteurs du projet, pensent, avec bien d'autres, qu'un droit de formation judiciaire ne

.../...

peut plus suffire, et qu'il faut légiférer. Il reste toutefois permis d'hésiter sur la question de savoir quel est l'instrument législatif à privilégier : les lois étatiques ou les traités et actes internationaux ? Faut-il persister dans la méthode, utilisée dès la fin du XIXème siècle en Italie ou en Allemagne, par exemple, selon laquelle chaque Etat élabore, pour son propre compte et dans son propre intérêt, son propre droit international privé ? Ou faut-il rompre ouvertement avec ce particularisme jugé souvent désuet pour favoriser d'autant l'élaboration d'une législation véritablement internationale ?

Les traités les plus récents en matière de conflit de lois élaborés notamment par la Conférence de La Haye de droit international privé, devenue depuis 1951 une organisation internationale permanente dont la Belgique est membre, ouvrent clairement la voie à une telle législation car les traités qu'elle élabore revêtent un caractère universel. Cela signifie qu'ils posent des règles applicables non seulement aux rapports qui concernent les relations mutuelles entre les Etats qui les signent et les ratifient, mais applicables aussi à tous les rapports juridiques dont les autorités ou les juges de ces Etats peuvent avoir à connaître; ces règles peuvent donc provoquer l'application du droit de n'importe quel Etat du monde. Les conventions de La Haye que la Belgique a signées sont désormais le plus souvent composées de telles règles; elles permettent donc au droit international privé de devenir un droit véritablement international dans tous les pays qui les ratifient.

.../...

La Belgique, pour sa part, a signé de nombreuses conventions de ce genre, mais elle ne les a guère ratifiées. Les représentants du ministre ont communiqué une note dans laquelle ils estiment que beaucoup de ces conventions sont trop complexes pour convenir aux besoins propres de la Belgique. L'adoption du code en projet doit donc avoir pour conséquence que les conventions déjà signées mais qui ne sont pas encore ratifiées, ne le seront pas. Et il est raisonnable de penser que des conventions à venir ne le seront pas non plus, car il y a tout lieu de croire que, négociées et rédigées dans le même contexte et au sein de la même organisation, elles seront, fatalement, tout aussi complexes que les précédentes.

Ainsi donc, si la Belgique procède aujourd'hui à la codification en projet, cela signifie implicitement, mais assez sûrement, qu'elle renonce pour toujours, ou au moins pour longtemps, à ratifier non seulement les conventions qui, quoique signées, n'ont pas encore reçu l'assentiment des Chambres législatives, mais aussi des conventions à venir dont l'irruption dans l'ordre juridique belge viendrait inévitablement compromettre la cohérence et le caractère systématique des solutions modernes et désirables en Belgique que, de l'avis de ses auteurs, le code lui aura apportées. M. Paul Lagarde, éminent spécialiste français du droit international privé et des conventions de La Haye, écrivait, dès 1971, qu'il était

"... bien certain qu'une codification du droit international privé français rendrait très difficile l'adoption par la France, dans un proche avenir, de conventions d'unification qui seraient ressenties comme autant de brèches lézardant la codification."

.../...

Il appartient évidemment au législateur de prendre le parti, soit de se tenir en retrait du mouvement de "codification internationale" engagé surtout par la Conférence de La Haye, soit d'y participer activement et de favoriser l'efficacité de ces traités en signant et ratifiant les conventions établies par la Conférence.

Les avantages de simplicité et d'homogénéité espérés de l'adoption d'un code proprement belge doivent être comparés aux inconvénients. Ils tiennent notamment au fait que la Belgique en se dotant d'un code comme celui qui est en projet, s'éloigne fatalement, et de plus en plus, d'un processus d'harmonisation dans lequel sont entrés certains de ses plus proches voisins. Les Pays-Bas ou la France, par exemple, ont, en effet, choisi de ratifier les conventions de La Haye sur des matières de pratique quotidienne comme celles des régimes matrimoniaux ou des obligations alimentaires.

Certes, les règles proprement belges d'un code peuvent se rapprocher de celles des conventions de La Haye, ou s'en "inspirer". Telle a même été parfois l'intention avouée des auteurs du projet examiné. Il restera néanmoins que les règles belges seront distinctes de celles des Etats voisins. Comment en serait-il autrement puisqu'elles auront été faites pour s'en distinguer ? Un "simple" rapprochement ne fait que mieux marquer la distance que la Belgique entend conserver; et cette mise à distance affaiblit fatalement la position de la Belgique au sein de la Conférence. Au surplus, maintenir cette distance compromet aussi la possibilité pour la Belgique de profiter d'une expérience judiciaire très précieuse que nos voisins auront acquise, et

.../...

que la jurisprudence belge peut difficilement construire seule car, par la force des choses, les occasions données à nos tribunaux de le faire sont moins nombreuses et moins variées.

2. Le sort des conventions internationales : la question de la transition

Si l'option de codification était cependant confirmée, la décision consécutive à la réalisation du projet de ne pas ratifier les conventions de La Haye doit assurément, du point de vue juridique, être approuvée car il ne serait pas raisonnable de transformer le droit international privé belge dans des matières importantes, à deux reprises, une première fois par la mise en vigueur d'un code, et une seconde, en ratifiant des traités qui consacreront fatalement des règles différentes. Deux transformations successives à des dates relativement rapprochées mettraient gravement en péril la sécurité juridique, car elles provoqueraient nécessairement de nombreux problèmes transitoires toujours particulièrement épineux et presque impossibles à résoudre quand ils sont la conséquence d'un changement de règles de conflits de lois.

Il s'agit, en effet, d'apercevoir et de mesurer la portée d'un tel changement pour les individus et de se rendre compte du fait que le législateur, quels qu'en soient le talent et l'inventivité, est singulièrement désarmé pour alléger le désagrément qu'il entraîne pour les individus. Lorsque le critère de rattachement change, la loi qui leur était applicable change du même coup et, pour les personnes

.../...

privées, tout se passe donc comme si l'on avait procédé, au sein d'un seul ordre juridique, à une réforme fondamentale du droit du mariage, de celui des successions, de la propriété, ou des garanties du donneur de crédit. Mais tandis qu'en cas de réformes de cette ampleur, la loi nouvelle peut poser des règles de transition afin de permettre aux individus de passer sans trop de mal de la situation que leur faisaient les règles anciennes à celle que leur font les règles nouvelles, le changement de loi par l'effet d'un changement de règles de conflit est inévitablement abrupt et les sujets de droit se trouvent soumis à une règle puis à une autre sans que le passage de l'une à l'autre puisse leur être le moins du monde facilité par l'effet d'une règle de transition adaptée au type de changement qui leur est imposé.

Compte tenu de l'indétermination des règles matérielles résultant de la variété des systèmes juridiques déclarés applicables avant, autant qu'après, la modification de la règle de conflit de lois, il est en réalité impossible, dans la quasi-totalité des cas, pour le législateur d'assortir une pareille modification de dispositions transitoires de la même manière qu'il peut le faire en cas de modification d'une règle matérielle en une autre dans son ordre juridique propre.

Cette inévitable carence du législateur a pour conséquence que seul le juge est en mesure par une décision "équitable" de procéder à un aménagement des situations individuelles; ce faisant, il supplée à un défaut fatal de la législation. Mais il ne peut se livrer à cette opération délicate que si le procès lui en donne l'occasion; du reste,

.../...

la décision qu'il prendra sera toujours assez imprévisible pour les parties. Au surplus, rien ne garantit à tous les autres individus - ceux qui ne plaident pas, ou plaident ailleurs - qu'ils seront traités de la même manière.

La difficulté induite par un premier changement est forcément redoublée et aggravée si un second changement vient à suivre d'assez près le premier. Des couples pourraient ainsi se trouver soumis à trois régimes matrimoniaux successifs, passant d'une communauté d'acquêts classique, à une communauté différée et puis, enfin, à une séparation de biens, par le seul effet de deux changements de règles de conflit de lois dont le premier aurait substitué la résidence habituelle à la nationalité comme critère de rattachement du régime matrimonial et dont le second n'aurait fait que transformer la notion de résidence habituelle.

On voit ainsi qu'un changement de règles de conflit de lois provoque un choc plus brusque que celui qu'entraîne le changement d'une loi substantielle ordinaire; et l'on voit aussi pourquoi toute transformation en cette matière ébranle si sérieusement la sécurité juridique qu'il est indispensable de ne pas l'entreprendre en vain, et plus indispensable encore d'éviter de la redoubler. C'est pourquoi il est en soi heureux que, comme l'ont précisé les représentants du ministre, la résolution de codifier le droit international privé belge soit accompagnée de la résolution corrélative de tenir la Belgique en retrait des conventions internationales, en particulier celles de La Haye, présentes ou à venir.

.../...

3. La législation européenne à venir : à nouveau la question de la transition

Il ne faut pas perdre de vue que si le Roi et le pouvoir législatif disposent, en fait comme en droit, d'une assez large liberté de manoeuvre pour ratifier et approuver ou non des conventions internationales, comme celles de La Haye, même si elles sont signées, leur liberté est bien moindre lorsqu'il s'agit de conventions dont l'Union européenne a pris l'initiative et, a fortiori, pour les instruments juridiques proprement européens, comme les règlements qui émanent des organes mêmes de l'Union. Le moyen consistant à ne pas ratifier des conventions ordinaires garantit assurément, dans toute la mesure du possible, la sécurité juridique en conjurant les changements qui viendraient encore redoubler ceux fatalement provoqués par la mise en vigueur du code en projet; mais ce moyen n'est pratiquement pas à la disposition de la Belgique lorsqu'il s'agit de conventions ou de règlements formant une "législation européenne" de droit international privé car celle-ci s'impose à la Belgique, qu'elle le veuille ou non. Or, une telle législation est en train de naître; le phénomène est nouveau et il n'existait guère quand les travaux du projet de code ont été entrepris; ceux-ci ne se sont clairement révélés qu'après qu'ils aient été achevés et même après que le Conseil d'Etat ait pu commencer à étudier le projet définitivement mis au point, examiné ici.

En effet, jusqu'à présent, les institutions de ce qui est devenu l'Union européenne ont favorisé la conclusion par les Etats qui la composent de conventions en vue d'atteindre certains objectifs de simplification propre à

.../...

stimuler les relations entre les divers acteurs économiques. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale avec ses prolongements, la Convention de Lugano sur la même matière et la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ont déjà été conclues et ratifiées par la Belgique. A ces conventions il faut ajouter de nombreuses dispositions éparses dans divers règlements et directives qui désignent la loi applicable dans diverses matières plus spécifiques comme, par exemple, les assurances.

Depuis peu, le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 a conféré au Conseil des ministres le pouvoir d'adopter des mesures pour des matières de droit international privé qui sont désignées dans un nouveau titre du traité CE intitulé "Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes". Les contours exacts de cette compétence nouvelle dont vient de se trouver doté le Conseil des ministres, ne sont pas faciles à tracer et il est sûr qu'il sera difficile de délimiter exactement ce qui ressortit désormais de la compétence du Conseil et ce qui relève encore de la coopération intergouvernementale classique aboutissant à des conventions. Il n'en est pas moins certain qu'une législation européenne par la voie du règlement pourra désormais intervenir aussi dans de larges domaines du droit international privé.

Des exemples récents doivent être considérés. Ainsi, le Journal officiel des Communautés européennes a publié, le 30 juin 2000, un règlement n° 1346/2000 du Conseil de l'Union européenne du 29 mai 2000 relatif aux

.../...

procédures d'insolvabilité (1), un règlement n° 1347/2000 du Conseil, daté du 29 mai 2000, qui est relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (2), ainsi qu'un règlement n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale (3), et, le 16 janvier 2001, un règlement n° 44/2001 du Conseil de l'Union européenne, daté du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile, commerciale (4).

On voit donc que l'activité du Conseil des ministres dans le domaine du droit international privé a déjà commencé et que le Conseil estime que les matières aussi sûrement familiales que la dissolution du lien matrimonial et la responsabilité parentale des enfants communs relèvent de la libre circulation des personnes. La notion de libre circulation qui forme une sorte d'objectif, dont la poursuite habilite le Conseil à agir, est ainsi en passe de recevoir une interprétation très étendue. Aussi n'est-il pas exclu, et tout permet même de le penser, qu'une part du droit international privé pourra désormais être construite et imposée par les organes de l'Union européenne. Car à

(1) J.O.C.E., n° L 160 du 30 juin 2000, p. 1.

(2) J.O.C.E., n° L 160 du 30 juin 2000, p. 19.

(3) J.O.C.E., n° L 160 du 30 juin 2000, p. 37.

(4) J.O.C.E., n° L 12/1 du 16 janvier 2001, p. 1.

présent que l'unification des règles sur la compétence judiciaire, ainsi que celles sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, est presque achevée, tout est prêt pour que l'étape suivante, l'unification des règles de conflit de lois, soit entreprise avec de sérieuses chances de succès.

Quelle est, dans cette conjoncture, l'attitude la plus adéquate à adopter par un Etat comme la Belgique ?

La difficulté particulière devant laquelle elle se trouve tient au fait que les problèmes transitoires étant en droit international privé particulièrement délicats, - on a vu pourquoi -, le souci de la sécurité juridique recommande donc d'en réduire le nombre dans toute la mesure du possible. Le redoublement des difficultés de la transition en question doit, comme on l'a vu aussi, être encore plus sûrement évité. Cela ne doit assurément pas conduire à renoncer à toute législation en cette matière mais il ne faut toutefois s'y engager que pour poursuivre des objectifs impérieux dont la réalisation ne peut être différée. La question devant laquelle le Gouvernement et le Parlement se trouvent est donc celle d'apprécier s'il faut légiférer en droit international privé ou s'il faut y renoncer, maintenant que l'on sait qu'une législation en cette matière sera faite à un autre niveau dans un délai que l'on peut penser raisonnable et qu'elle s'imposera à la Belgique. Une législation purement belge reste nécessaire si la modification du droit actuel est urgente et si cette urgence est tellement pressante que l'on doit bien, pour y faire face, se résoudre à risquer de provoquer un problème transitoire maximal et entamer d'autant la sécurité juridique des

.../...

individus plutôt que laisser le droit international privé belge dans l'état dans lequel il se trouve.

Interrogés sur ce problème, les représentants du ministre ont fait état d'un vaste mouvement de codification; ils citent, pour les quinze dernières années, la loi allemande du 25 juillet 1986 réformant la loi d'introduction au Code civil, la loi suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, celle de la Principauté de Liechtenstein du 19 septembre 1996, et, enfin, la loi italienne du 31 mai 1995 abrogeant les dispositions préliminaires du Code civil.

Les exemples de la loi suisse et de la Principauté du Liechtenstein ne sont guère pertinents pour la question qui préoccupe un Etat comme la Belgique, car ces exemples sont ceux d'Etats - dont l'un est d'ailleurs fort exigü - qui, ne faisant pas partie de l'Union européenne, n'ont pas à se préoccuper des initiatives législatives qui seront prises par elle. En revanche, les circonstances de l'élaboration de la loi allemande et de la très récente loi italienne peuvent, elles, mettre au jour des éléments propres à nourrir la réflexion sur la question soulevée ci-dessus.

L'Italie et l'Allemagne ont connu, l'une et l'autre, très tôt dans leur histoire législative, une codification du droit international privé dont les règles ont formé une partie introductive de leur Code civil respectif : en Italie celui de 1865 suivi par celui de 1942 et, en Allemagne, celui de 1896-1900. Par la force des choses les dispositions tant italiennes qu'allemandes se

.../...

sont trouvées périmées par l'évolution des idées et les règles nouvelles qu'elles ont entraînées dans d'autres domaines du droit. Ainsi par exemple, le principe d'égalité entre homme et femme et donc entre époux, ébranlait les règles de conflit de lois privilégiant la nationalité du mari comme critère de rattachement pour le cas où les époux n'étaient pas de la même nationalité. Dans les deux pays, les cours constitutionnelles avaient rendu des arrêts condamnant de telles règles de conflit de lois pour contrariété aux Constitutions nouvelles qui, après la deuxième guerre mondiale, avaient reconstruit la démocratie dans l'un et l'autre pays.

Les entreprises législatives allemande et italienne étaient nécessaires pour restaurer la cohérence du système législatif du pays, et faire disparaître des règles tacitement ou explicitement abrogées mais non remplacées. La codification, en Allemagne comme en Italie, n'a donc pas été réalisée principalement pour faire passer le droit international privé de l'état de droit largement jurisprudentiel à l'état de droit législativement posé. Le droit international privé avait pratiquement toujours été dans ces deux pays qui - il ne faut pas l'oublier - datent seulement de la fin du XIXe siècle, un droit codifié, puisqu'il constituait une partie de leur Code civil et de leur Code de procédure civile.

La situation actuelle de la Belgique n'est donc pas comparable, en tout cas pour les conflits de lois. L'analogie est plus exacte s'agissant des conflits des juridictions sous les deux aspects de la compétence et de l'efficacité des décisions judiciaires étrangères que, sans doute, le

.../...

Code judiciaire belge, de 1967 aurait pu mettre plus soigneusement à jour.

Une dernière observation peut encore être faite. Deux des pays voisins de la Belgique, la France et les Pays-Bas, n'ont jamais eu de législation systématique de droit international privé, ni autonome, ni faisant partie d'un plus vaste instrument. La France, pour sa part, a renoncé à faire aboutir certains essais et, dans ce pays, la question n'est plus à l'ordre du jour.

Observation II : Les dispositions générales sur les notions retenues comme critères de compétence judiciaire ou comme facteurs de rattachement

1. La nationalité

Les articles 3 et 4 qui composent la section 2 du chapitre premier du projet sont, selon les termes de l'intitulé de cette section, consacrés aux "notions de nationalité, de domicile et de résidence"; ils sont, tous trois, des critères fréquemment utilisés dans les dispositions réglant la compétence des juridictions belges ou les conflits de lois.

Contrairement à ce qu'indique cet intitulé, ces textes ne procurent en réalité que les notions de domicile et de résidence car l'article 3 du projet, qui concerne la nationalité, n'en fournit pas la notion, à proprement parler. Le projet n'avait d'ailleurs pas à le faire car

.../...

cette notion relève du droit international public. L'article 3, § 1er, du projet rappelle seulement la méthode à suivre pour déterminer la nationalité d'une personne physique; il gagnerait en clarté s'il était rédigé comme suit :

"Art. 3. § 1er. La question de savoir si une personne physique a la nationalité d'un Etat déterminé est résolue par l'application de la loi de cet Etat."

2. Le domicile et la résidence habituelle

A. Observation préalable

Si l'article 4 du projet comporte bien des dispositions qui fournissent les notions de domicile et de résidence habituelle, il précise que cela est fait "pour l'application de la présente loi", c'est-à-dire pour tous les cas dans lesquels un juge ou toute autre autorité belge, doit recourir à ces notions pour appliquer l'une ou l'autre des règles du code en projet.

L'attention des auteurs du texte est attirée sur le fait que cette précision emporte la conséquence que les autres règles de droit international privé belge, qui ne sont pas, ou ne seraient pas, comprises dans le code en projet, et qui font, ou feraient, elles aussi, usage de ces notions classiques ne sont pas affectées par la disposition en projet. Ses auteurs doivent se poser la question si telle est bien leur volonté de laisser subsister en droit international privé, plusieurs notions de domicile en Belgique, ou

.../...

de résidence habituelle, en Belgique ou ailleurs, selon que les règles se référant à ces notions figurent ou non dans le code en projet.

Ainsi le domicile est le critère utilisé par les Conventions de Genève du 28 juillet 1951 et de New York du 28 septembre 1954 pour déterminer le statut personnel des réfugiés et des apatrides. Il n'est pas exclu que l'hésitation naisse sur la règle dont un juge belge doit se servir pour déterminer le domicile d'un réfugié ou d'un apatride; la question est d'autant plus délicate que le domicile d'un apatride par exemple peut intervenir successivement pour déterminer d'abord la compétence de l'autorité apte à recevoir un acte de reconnaissance de la filiation (article 62, 1°, du projet) et, ensuite, pour indiquer la loi applicable à cette reconnaissance (articles 60 et 61 du projet). Faudrait-il, dans un tel cas, appliquer l'article 4, § 1er, 1°, du projet pour choisir l'autorité (question qui ne relève pas du statut personnel) et l'article 102 du Code civil pour identifier la loi applicable même si le domicile est en Belgique ?

La question se posera aussi de savoir si la notion de résidence habituelle établie par le texte en projet est réservée à l'application de celui-ci ou si elle a été conçue pour être utilisée aussi lors de l'application de règles comme celles que comportent les règlements européens notamment le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs. S'agissant de ce dernier règlement, les représentants du ministre, en

.../...

réponse à une question qui leur était posée ont fait valoir que "... l'interprétation de la loi par rapport aux termes du règlement sera ... autonome ... parce que la loi comportera une définition propre de la résidence habituelle"; ils ont ensuite précisé que la notion de résidence habituelle utilisée par le projet pourrait très bien être différente de la notion désignée par les mêmes mots dans le règlement. Ils se fondent sur la nécessité de faire soigneusement "la différence entre les spécificités arrêtées dans un contexte international particulier, tel le contexte de l'Union européenne, et le droit commun."

Il reste que les juges, et d'ailleurs tous les autres praticiens, risquent d'éprouver bien des difficultés à faire et à constamment maintenir les nuances que des notions, distinctes - mais forcément voisines puisqu'elles servent à des usages analogues -, peuvent présenter. Il est de bonne législation de ne pas abuser du droit qu'a, évidemment, la Belgique de faire usage de notions "autonomes" mais identiques dans les termes, par rapport à celles usitées dans l'ordre juridique européen.

B. Le domicile

Il convient d'observer que la notion de domicile énoncée au paragraphe 1er, 1°, de l'article 4 du projet permet seulement d'identifier un domicile en Belgique et ne permet donc pas d'identifier un domicile situé ailleurs qu'en Belgique. En effet, le texte en projet recourt pour cette identification à une formalité administrative qui est l'inscription sur des registres. Il ne s'agit évidemment que

.../...

de l'inscription portée sur les registres que la loi belge impose aux administrations communales de tenir. Rien d'ailleurs ne permet de penser qu'une telle formalité est organisée dans tous les autres pays du monde, et rien ne permet non plus de lui donner, là où elle existe, la même portée qu'en Belgique. Aussi le commentaire de l'article 4 du projet précise-t-il que le code en projet ne recourt à la notion de domicile que dans les règles qui disposent en matière de compétence internationale et que, par conséquent, le seul domicile à devoir être envisagé est celui qui se situe en Belgique; c'est sans doute pourquoi le projet a emprunté sa notion de domicile à l'article 36 du Code judiciaire. On observera cependant que les règles des articles 44, § 3, 57, § 2, alinéa 1er, et 62, 1°, du projet ne concernent pas la compétence d'un juge mais celle d'un officier de l'état civil ou d'un notaire.

Le texte en projet doit être corrigé pour faire apparaître explicitement que la seule notion fournie est celle du domicile en Belgique, et non ailleurs. Car il est, au moins, inadéquat et, au pis, de nature à induire en erreur, comme en sont convenus du reste les représentants du ministre, de présenter dans un seul et même article les notions de domicile d'une personne physique, de domicile d'une personne morale ou de résidence habituelle d'une personne physique ou d'une personne morale, en les mettant toutes quatre sur le même plan dans le même article, alors que la notion de domicile d'une personne physique se distingue des trois autres puisque le texte du projet ne l'envisage que dans sa situation en Belgique.

.../...

C. La résidence habituelle

La résidence habituelle est une circonstance de rattachement utilisée par le projet non seulement pour fixer dans certaines hypothèses la compétence des tribunaux belges mais aussi pour déterminer la loi, belge ou étrangère, applicable, car le projet tient à maintenir la tradition de règles de conflit de lois multilatérales qui, au moyen du même critère, délimite le champ d'application du droit belge et du droit étranger.

L'article 4 du projet, qui définit la résidence habituelle, ne distingue pas le cas où celle-ci serait en Belgique du cas où elle se situerait à l'étranger. Il est cependant permis de s'interroger sur la question si ces cas ne doivent pas être distingués l'un de l'autre.

En effet, s'agissant de la résidence habituelle en Belgique, il y a lieu de s'interroger sur l'influence que pourraient exercer sur la détermination de cette résidence et sur les conséquences qui y sont attachées, les règles du droit interne belge qui obligent les étrangers séjournant en Belgique à s'inscrire sur des registres tenus par l'administration belge (a) ainsi que les règles qui se réfèrent à la notion de "résidence principale" en vue d'organiser les formalités administratives de l'inscription (b). Ni le texte de l'article 4, § 2, 1°, du projet, ni celui de l'exposé des motifs de cet article, ne font allusion à ces règles.

.../...

(a) Il s'agit notamment de l'article 12 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Celui-ci leur impose, pour pouvoir être admis ou autorisés à séjourner plus de trois mois dans le Royaume, de s'inscrire au Registre des étrangers de l'administration communale de leur résidence. L'alinéa 2 du même article 12 impose, pour sa part, une inscription sur un registre d'attente aux étrangers qui se déclarent réfugiés ou demandent à être reconnus comme tels. Il se peut donc qu'un étranger dispose en Belgique d'une résidence mais qu'il y séjourne néanmoins irrégulièrement parce qu'il n'est inscrit sur aucun registre. La question se pose de savoir si cette irrégularité peut ou doit être prise en considération pour l'application des règles du projet, lorsque celles-ci font, indirectement ou directement, dépendre la compétence judiciaire belge ou l'application de la loi belge de la résidence habituelle en Belgique d'un étranger.

Certains auteurs ont décrit les termes de cette question et en ont défini les enjeux; ils ont aussi exprimé certaines opinions sans toutefois pouvoir affirmer qu'une solution dans un sens ou dans l'autre se dégage franchement dans le droit positif belge actuel (5). Pour sa part, le Conseil de l'Europe a avancé, dans la règle n° 7 de sa résolution du 18 janvier 1972, que "la résidence d'une personne est uniquement déterminée par des critères de faits; elle ne dépend pas d'une autorisation de résider". Le commentaire de l'article 4 du projet affirme explicitement

(5) Voir Rigaux et Fallon, Droit international privé, Bruxelles, Larcier, 1993, t. II, n^{os} 358 à 363.

que cette résolution est l'une des sources du texte de l'article 4 du projet. Toutefois il est à remarquer que le texte du projet, pas plus d'ailleurs que le commentaire, n'ont cru devoir reprendre cette partie de la suggestion du Conseil de l'Europe déposée dans la deuxième phrase de la règle n° 7 tendant à découpler le fait de la résidence et l'autorisation de résider. On pourra penser que le silence tenu par le texte, comme par son commentaire, sur cette question délicate - alors que les auteurs du projet avaient sous les yeux un modèle autorisé proposant le découplage -, est le signe qu'ils ne se rangent pas à cette solution. Toute une controverse est donc prête à naître sur une question très sensible et très pratique car la résidence habituelle est un critère dont le projet fait un large usage. Le projet doit prendre parti explicitement et exprimer dans le texte le parti qui a été pris.

(b) De son côté, l'article 7 de l'arrêté royal du 16 juillet 1992 relatif aux registres de la population et aux registres des étrangers impose à toute personne, - au Belge aussi bien qu'à l'étranger -, qui veut fixer sa résidence principale dans une commune du Royaume d'en faire la déclaration à l'administration communale pour qu'elle procède à l'inscription. L'article 9 du même arrêté complète le système en chargeant l'administration communale de rechercher les personnes qui se sont fixées, et ne se sont pourtant pas fait inscrire, de leur rappeler leur devoir de déclaration et, finalement, pour le cas où ils ne répondraient pas à cet appel, de les inscrire d'office. Aussi l'article 16, alinéa 2, du même arrêté prend-il soin de déterminer avec une assez grande précision ce qu'il faut entendre par une "résidence principale".

.../...

Celle-ci se constate, selon le texte de l'arrêté du 16 juillet 1992, à partir de différents éléments ... "notamment le lieu que rejoint l'intéressé après ses occupations professionnelles, le lieu de fréquentation scolaire des enfants, le lieu de travail, les consommations énergétiques et les frais de téléphone, le séjour habituel du conjoint et des autres membres du ménage." Ces divers éléments détaillent ce que le texte de l'article 4, § 2, 1°, du projet agrège en recourant à l'expression plus vague de "circonstances de nature personnelle et professionnelle qui révèlent des liens durables" entre une personne et un lieu. Le commentaire de l'exposé des motifs insiste pour sa part sur ce que la résidence habituelle est une situation de fait, ce que le texte de l'article 16 de l'arrêté précité affirme lui aussi en son alinéa 1er; et le même commentaire ajoute encore, citant d'ailleurs la résolution du Conseil de l'Europe de 1972, dont il vient d'être question, "que la durée de la résidence jointe à une concentration des intérêts de la personne sont des facteurs déterminants d'appréciation".

On voit ainsi que la différence est mince, pour ne pas dire inexistante, entre la résidence principale au sens des textes qui organisent la tenue des registres de la population et celle de la résidence habituelle au sens du projet. Peut-on, dès lors, imaginer qu'une personne dont l'inscription sur les registres atteste la résidence principale en Belgique, puisse, cependant, ne pas être considérée comme y ayant sa "résidence habituelle" au sens du projet ? Inversement, peut-on imaginer qu'une personne soit considérée comme résidant habituellement en Belgique alors qu'elle ne s'y est pas fait inscrire et qu'il n'a pas

.../...

été, - ou qu'il n'a pas pu ou qu'il n'aurait pas pu -, être procédé à son inscription ? Telles sont les questions qui viennent à l'esprit de qui cherche à combiner en vue de les concilier, les règles du projet et les plus importantes règles belges sur ce sujet de la résidence habituelle ou principale.

Ces questions sont d'autant plus cruciales qu'il est possible que, dans de nombreux cas, le même juge dans une même affaire doive déterminer d'abord le domicile d'une partie pour vérifier la compétence judiciaire et ensuite identifier la résidence habituelle de cette même partie pour déterminer la loi applicable. Or ce domicile, comme il a déjà été dit ci-dessus, dépend de l'inscription, laquelle dépend, à son tour, de la résidence principale; le juge devra-t-il, après avoir, le cas échéant, constaté une inscription et donc déterminé un domicile, - ce qui permet d'affirmer la compétence judiciaire belge -, examiner encore, distinctement, la question de savoir si la résidence habituelle de cette partie est en Belgique ou à l'étranger ? Ce juge pourrait-il, sans contradiction, en arriver à retenir sa compétence et appliquer néanmoins une loi étrangère comme étant celle de la résidence habituelle de cette partie ?

Le fait que l'article 5 du projet retient comme critère général de compétence judiciaire le domicile ou la résidence habituelle du défendeur ne permet pas d'affirmer, comme on pourrait le penser de prime abord, que le projet conçoit que le premier pourrait être établi en Belgique tandis que la seconde serait située à l'étranger; l'alternative envisagée par cet article semble n'avoir été inspirée

.../...

que par le souci d'affirmer la compétence judiciaire belge sur une personne qui, par la négligence d'une administration communale ou par la sienne propre, n'est pas, faute d'inscription, domiciliée en Belgique mais y dispose néanmoins d'une résidence habituelle. Si telle est bien l'inspiration de l'article 5, § 1er, du projet, il doit être observé que l'article 36 du Code judiciaire, dont la notion "domicile" est reprise à l'article 4, § 1er, 1°, du projet, a été écrit pour exclure toute discussion sur la compétence territoriale. Le rapport du commissaire royal Van Reepingen précisait même à propos des articles 32 à 47 du Code judiciaire que seul le domicile tel qu'il est défini par la nouvelle législation peut être pris en considération pour déterminer la compétence territoriale (6).

Le texte de l'article 5, § 1er, du projet réintroduirait donc dans l'administration de la justice un problème irritant que le Code judiciaire a explicitement cherché à éliminer.

*

*

*

(6) Pasinomie, 1967 (Code judiciaire et son annexe), pp. 328 et 401.

Quoiqu'il en soit de ces cas où la question se pose de savoir si la résidence habituelle d'une personne est située en Belgique, il faut envisager aussi le problème de la détermination de la résidence habituelle en général c'est-à-dire non pas nécessairement, ni sûrement, en Belgique, mais dans n'importe quel pays étranger.

Ni le texte, ni les explications du commentaire, ni non plus celles des représentants du ministre, ne permettent de lever toutes les incertitudes qui viennent à l'esprit. Celles-ci subsistent en particulier parce qu'il est constamment affirmé que la résidence est une notion de fait et qu'elle est "de nature concrète", ce qui permettrait de se passer de toute définition. Ainsi, en effet, commence la partie du commentaire de l'article 4 du projet consacrée à la résidence habituelle :

"A première vue, une définition n'est pas nécessaire pour la résidence habituelle, puisque le concept est de nature concrète et s'accompagne d'une qualification impliquant une permanence."

Il pourrait être déduit de cette affirmation que l'existence d'une résidence habituelle dans tel ou tel pays est toujours et seulement le fruit d'une appréciation particulière d'un réseau de faits et de comportements dans lesquels un individu déterminé se trouve pris. Il est cependant difficile de partager entièrement une telle analyse. Il faut, en effet, penser qu'un critère de rattachement trace les frontières du domaine d'application des lois et notamment de la loi belge : il serait donc contraire, non seulement à la sécurité juridique mais aussi à l'égalité entre les individus, que ce domaine ne soit pas

.../...

tracé objectivement par une notion appréciée pour tous de la même manière. Il est donc indispensable que la notion de résidence habituelle soit définie abstraitement et qu'une autorité judiciaire ou autre soit toujours en mesure de réfléchir comme il faut le faire pour appliquer une règle de droit, c'est-à-dire en se demandant si les données concrètes d'un cas correspondent aux données nécessairement abstraites de la notion utilisée par la règle pour indiquer quels sont les cas qu'elle vise.

En insistant sur ce que la notion de résidence n'est jamais que concrète, sans doute cherche-t-on seulement à exprimer l'idée que cette notion ne se réfère qu'à des données matérielles. Ce qui conduit à aborder une autre, -et sans aucun doute la plus redoutable -, ambiguïté de la notion de résidence habituelle : celle qui tient à la question de savoir quelle place réserver à l'intention qui, elle, n'est pas un fait matériel, mais mental, de la personne en cause.

L'habitude étant une manière de se comporter fréquemment répétée, il faut inévitablement, pour pouvoir vérifier qu'une habitude est prise, prendre en considération un laps de temps suffisamment long pour qu'un comportement répété puisse être observé. Cependant, le commentaire de l'article 4 du projet, après plusieurs allusions à la durée indispensable pour pouvoir constater une résidence, ajoute, de façon quelque peu paradoxale et étrange, qu'"il n'est pas nécessaire que la durée porte sur une période écoulée". Le commentaire précise ensuite qu'une personne acquiert une résidence habituelle lorsqu'elle s'installe dans un lieu "dans l'intention de s'y établir".

.../...

A suivre cette affirmation, l'intention de s'établir peut donc suppléer au défaut du temps nécessaire pour pouvoir constater qu'une personne a pris l'habitude de résider en un certain endroit et y a donc "établi" sa résidence "habituelle". Celle-ci doit donc s'entendre non seulement d'une résidence prolongée pendant le temps requis pour pouvoir constater une habitude mais aussi d'une résidence établie par une personne qui manifeste l'intention de rester pendant un certain temps dans cet endroit alors cependant qu'elle vient de s'y installer. Si telle est bien la façon de penser des auteurs du projet, il est nécessaire que celle-ci soit exprimée clairement dans le texte de la loi. Elle ne l'est actuellement que par l'usage du verbe "s'établit", lequel connote, mais connote seulement, une intention de prolonger une installation pour une certaine durée. Le texte doit rendre explicite la prise en compte de l'intention de la personne intéressée, car cette prise en compte va au rebours de ce qui est communément admis: à savoir que l'intention de s'établir caractérise le domicile et que c'est précisément cette intention qui, dans la tradition de la matière, est le signe distinctif du domicile et permet de ne pas le confondre avec la résidence. Le projet peut, bien sûr, vouloir renverser une longue tradition mais il doit exprimer cette volonté de la façon la plus claire et ne pas éluder la nécessité de prendre parti sur la question de l'"animus revertendi". Le commentaire la frôle en recourant à l'exemple des étudiants; celui des fonctionnaires internationaux ou européens, assez nombreux en Belgique, est moins simple mais probablement plus pratique.

.../...

Il est enfin aussi nécessaire que le projet s'exprime avec clarté sur la signification exacte de l'expression "résidence habituelle des époux" ou "... Etat sur le territoire duquel les époux résident habituellement". A une question posée sur le sens de ces expressions, les représentants du ministre ont répondu que "ces termes visent tout cas où les personnes résident dans le même pays, même séparément" et que "lorsque le projet exige la résidence commune, le qualificatif apparaît au texte".

*

* *

Toutes ces incertitudes sur la notion de résidence habituelle ont d'ailleurs provoqué un scepticisme assez général à l'endroit de l'idée d'en faire le critère de base de la loi choisie dans des matières centrales du statut personnel comme le mariage, comme le fait le projet.

C'est ainsi que dans la 7e édition de leur traité de droit international privé, les auteurs français les plus écoutés, MM. Batiffol et Lagarde, écrivaient :

"... la notion de résidence habituelle est un facteur encore moins stable que le domicile. Elle n'échappe guère à l'objection que si l'habitude n'implique pas une intention de permanence, elle se réduit à un fait fragile et peu significatif." (7).

(7) T. II, n° 385, p. 11.

L'apparent succès que cette notion a pu connaître dans certaines des récentes réalisations de la Conférence de La Haye de droit international privé ne doit pas faire oublier qu'elle ne s'y est introduite que pour le règlement de situations qui appellent une solution urgente, telles que les demandes d'aliments, et la protection des mineurs, matières dans lesquelles le présent projet l'a, d'ailleurs, opportunément reprise. Si ce facteur de rattachement a pu être utilisé dans la Convention de La Haye sur le régime matrimonial (au sens classique et étroit de régime "pécuniaire"), c'est parce qu'il paraissait pouvoir y prendre le relais du critère du domicile utilisé de longue date, notamment, par la jurisprudence française.

Du reste, même dans les conventions de La Haye, l'opportunité du critère de la résidence habituelle reste contestée et son usage n'y a persisté que parce qu'il permettait, pensait-on, dans le cadre d'une convention internationale d'éviter les divergences d'interprétation de la notion de domicile (8). Les ambiguïtés de la notion de résidence habituelle sont encore régulièrement relevées au cours même des travaux de la Conférence de La Haye; certains représentants vont jusqu'à s'y exprimer dans des termes assez sévères; ainsi, par exemple, M. Goldman, professeur à la Faculté de Paris II, avocat, représentant français à la 13e session de la Conférence, déclarait :

"... la notion de résidence habituelle est une question de fond qu'il est extrêmement hasardeux de préciser. Chaque Etat a en effet une certaine idée de ce concept.

(8) Voir Pierre Mayer, *Droit international privé*, 5e éd. 1994, n° 510, p. 335.

Cette notion n'a, à mon avis, pas supprimé les difficultés d'interprétation provoquées par le choix du mot "domicile". La pratique enseigne que s'il était impossible de définir de manière univoque l'expression "domicile", l'usage de l'expression "résidence habituelle" n'a pas pu apporter de solution satisfaisante. A cet égard, l'évolution n'a pas été celle qui avait été envisagée lors des sessions antérieures de la Conférence de La Haye." (9).

C'est ainsi, par exemple, que certains spécialistes incontestés en la matière controversent encore sur une question aussi essentielle que celle de savoir si une même personne peut avoir plusieurs résidences habituelles ou si elle n'en n'a nécessairement qu'une seule (10).

C'est aussi la raison pour laquelle il est difficile d'utiliser la résidence habituelle future pour désigner la loi susceptible d'être l'objet d'un choix de la part des personnes. Car il faut alors prévoir les conséquences qui découleraient du fait que la personne qui a fait le choix ne s'établirait pas effectivement dans le lieu qu'elle a désigné (11).

(9) Procès verbaux de la 13e session de la Conférence de la Haye, p. 215.

(10) Voir procès verbaux précités, passim, notamment p. 235.

(11) Voir l'observation qui sera faite sur l'article 46 du projet.

Observation III : La compétence judiciaire internationale

Les lignes essentielles du régime actuel de la compétence judiciaire dans les affaires comportant un élément d'extranéité ont été fixées par l'article 52 de la loi du 25 mars 1876; c'est un texte de principe qui est resté en vigueur jusqu'aujourd'hui puisqu'il a été reproduit "mot à mot" dans l'article 635 du Code judiciaire de 1967. Le projet bouleverse ce système en ce que notamment, les règles qu'il formule concernent seulement la compétence dite internationale et la font dépendre dans certains cas de la nationalité belge d'une des parties, parfois le demandeur, ou des deux.

Pour mesurer la portée de cette modification il convient de rappeler le système établi par l'article 52 de la loi du 25 mars 1876 sur la compétence dont les termes ont été reproduits en 1967 dans le Code judiciaire.

Le rapport présenté par le sénateur Dupont en 1873 résume parfaitement ce système comme suit :

"Le principe qu'il faut admettre et que l'on a cherché à appliquer, c'est que l'étranger peut (sic) être poursuivi en Belgique non seulement quand il y est domicilié, mais encore chaque fois qu'un Belge peut être, à raison de circonstances spéciales, distrait de son juge naturel. L'étranger ne peut réclamer une position plus favorable que le Belge lui-même. Si, par des motifs d'intérêt général, la loi impose à ce dernier l'obligation de se soumettre à la compétence d'un autre tribunal que celui de son domicile, elle ne peut se montrer moins exigeante vis-à-vis de l'étranger. Partant de cette idée, le rédacteur du projet a, dans son article 52, soumis l'étranger à la compétence des

.../...

tribunaux belges dans les diverses hypothèses prévues par les articles précédents." (12).

Ainsi les critères utilisés par les premiers articles du chapitre II de la loi consacré au règlement de la compétence territoriale se trouvaient repris dans l'article 52 du même chapitre pour désigner les cas dans lesquels, selon les termes de la phrase liminaire, "les étrangers pourront être assignés devant les tribunaux du Royaume, soit par un Belge, soit par un étranger".

Ce système, rappelons-le, se retrouve intégralement dans le Code judiciaire actuel. Il procède de l'idée simple selon laquelle le règlement de compétence territoriale doit autant que possible faciliter aux intéressés l'accès à la justice et qu'il est de l'intérêt des parties que le procès ait lieu là où se trouvent les moyens de preuve et d'information qui assurent une bonne administration de la justice. Ces considérations qui orientent les règles du droit interne gardent toute leur valeur sur le plan international et peuvent donc déterminer la compétence internationale autant que la compétence territoriale interne.

Toutefois, les cas dans lesquels, aux termes des articles 626 et suivants du Code judiciaire, un autre tribunal que celui du domicile du défendeur doit ou peut être saisi sont devenus aujourd'hui beaucoup plus nombreux qu'ils ne l'étaient en 1876 et même qu'en 1967. Et cependant, l'article 635 du Code judiciaire n'a pas subi de modification de sorte que la liste des critères qu'on y lit aujourd'hui n'est plus aussi clairement qu'elle a pu l'être

(12) Pasinomie, 1876, p. 160.

autrefois, le reflet de la liste donnée par les articles précédents. Certes, tout laisse penser que le parallélisme ne s'est trouvé détruit que par inadvertance, mais il n'en reste pas moins vrai que les textes en vigueur ne font plus apparaître aussi clairement qu'autrefois que la compétence dite internationale et la compétence territoriale interne sont liées. C'est sans doute ce qui a inspiré aux auteurs du projet l'idée de rompre avec la tradition qui s'est établie en Belgique dès 1876.

Cette rupture tient en ceci que si le projet commence toujours par énoncer, dans l'article 5, § 1er, le principe selon lequel "les juridictions belges sont compétentes si le défendeur est domicilié ou réside habituellement en Belgique", il complète ou écarte ensuite ce principe par toute une série d'autres règles. Celles-ci énoncent, en tête de chacun des chapitres concernant un grand domaine du droit privé, les critères d'après lesquels se trouvent déterminés les procès qui doivent ou peuvent relever de la compétence judiciaire de la Belgique. Ces règles sont toutes écrites au pluriel; elles établissent que "les juridictions" belges, envisagées indistinctement comme constituant toutes ensemble le pouvoir juridictionnel du souverain belge, sont compétentes pour une catégorie déterminée de procès à la condition, - exprimée par la conjonction "si" -, que tel des éléments du rapport litigieux ou tel trait des personnes que ces litiges opposent se réalisent en Belgique.

Ces règles ne se "rapportent" plus comme par le passé aux règles de compétence territoriale interne; elles ne désignent d'ailleurs, à proprement parler, aucun tribunal compétent puisqu'elles envisagent "les juridictions" de la

.../...

Belgique indistinctement. Le projet s'abstient de formuler quelque règle que ce soit sur la question de savoir quelle est parmi "les juridictions" globalement désignées comme compétentes celle qui l'est réellement, c'est-à-dire celle qui doit ou peut être amenée à juger. Cette abstention n'est pas du tout le fruit d'une distraction : l'exposé des motifs (p. 9) explique que les auteurs du projet considèrent que

"... préciser l'autorité belge à laquelle il y a lieu de s'adresser ... relève de la compétence interne et reste réglée par le Code judiciaire ou, le cas échéant, par le Code civil."

Il s'agit cependant d'une compétence qui, quoiqu'"interne", va devoir s'exercer sur un "procès international".

Le projet met ainsi en oeuvre la distinction doctrinale entre la compétence dite souvent générale ou internationale et la compétence spéciale ou interne. Cette distinction décompose la question de compétence en deux phases logiquement et chronologiquement différentes. Ce n'est que dans les cas où la question de compétence générale a été tranchée en affirmant la compétence du pouvoir judiciaire belge, qu'apparaît la nécessité de résoudre un second problème, celui de savoir quelle est la juridiction à saisir au double point de vue de la compétence d'attribution et de la compétence territoriale.

Le projet ne se laisse pas seulement inspirer par cette doctrine, il la pousse jusqu'à ses conséquences les plus extrêmes; il va même jusqu'à la manifester dans les instruments législatifs puisque les textes de compétence

.../...

internationale devraient désormais, selon le projet, être déposés dans un Code de droit international privé distinct du Code judiciaire, code où chacun s'attend à trouver les solutions à toutes les questions de compétence des tribunaux belges.

Cette option poussée jusqu'à l'extrême est d'autant plus regrettable que la distinction sur laquelle elle repose est discutable et fragile. Elle a d'ailleurs été frontalement contestée par certains des meilleurs spécialistes de la matière, notamment en France par Jean Foyer (13) et Dominique Holleaux (14) et en Allemagne par Hubert Bauer (15). Ils ont montré qu'elle procède du souci de rendre compte d'un ancien état du droit qui comportait un principe d'incompétence des tribunaux d'un Etat dans les litiges entre étrangers ou établissait des privilèges de juridiction fondés sur la nationalité. Or, un tel principe et de tels privilèges ont disparu du droit belge depuis la loi de compétence de 1876. Les mêmes auteurs ont aussi reproché à cette distinction d'être inutilement compliquée et, le plus souvent, inadaptée.

(13) Note sous Cass. civ., 11 octobre 1967, *Revue critique de droit international privé*, 1968, p. 105, spéc. p. 110.

(14) *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, notamment n° 238 et n° 411.

(15) *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands. Etude comparative*, Paris, 1965.

L'examen des dispositions du projet confirme que les défauts ainsi dénoncés sont bien réels. Ils apparaissent en observant, d'une part, qu'il existe bien des hypothèses dans lesquelles le dispositif en projet ne peut pas fonctionner (a) et en identifiant, d'autre part, les difficultés que les auteurs du projet éprouvent pour justifier leur décision d'utiliser, beaucoup plus que ce n'est le cas aujourd'hui, la nationalité belge comme critère de la compétence dite générale (b).

(a) Il peut arriver que le critère de compétence générale attribue un litige aux tribunaux belges mais qu'aucun des critères de compétence territoriale interne ne permette d'identifier lequel de ces tribunaux peut effectivement juger. Cela se produit inévitablement chaque fois que le critère de compétence générale n'est par nature celui d'aucun lieu, comme c'est le cas de la nationalité, mais cela peut aussi se produire quand le critère de compétence générale, quoique consistant bien en un lieu, n'est cependant pas utilisé comme tel par les règles de compétence territoriale.

Il en est ainsi, par exemple, du critère de la situation d'un meuble; l'article 84 du projet en fait un critère de compétence générale pour toute demande concernant des droits réels sur un bien corporel situé en Belgique. Mais le lieu de situation d'un meuble n'est pas un critère de compétence territoriale et il est donc possible que, dans certains cas, faciles à imaginer, aucun autre élément, ni du litige, ni du rapport litigieux ne soit situé en Belgique. Dans ces cas la méthode du projet est mise en échec car la réponse attendue et recherchée dans les règles de compétence territoriale n'y est pas donnée. On est conduit à cette

.../...

situation étrange qu'un critère de compétence "internationale", pourtant propre à désigner spécialement un juge, ne le désigne cependant pas avec, finalement, cette conséquence que le texte en projet appelle "les juridictions" belges à juger alors cependant que le Code judiciaire ne permet à aucune de le faire.

Une difficulté du même ordre se manifeste encore si le critère belge de compétence territoriale interne est "exclusif", mais se trouve à l'étranger. Ainsi, par exemple, dans un divorce, le système du projet s'enraye si la compétence internationale ("générale") belge ne repose que sur la résidence habituelle du demandeur (article 40, § 1er, 3°, du projet) et que cette résidence se trouve être le seul élément belge du litige. La compétence des tribunaux belges aura été affirmée mais aucun tribunal ne pourra être saisi puisqu'il est prévu à l'article 628 du Code judiciaire, que, seuls, le juge de la dernière résidence conjugale et celui du domicile du défendeur sont compétents en matière de divorce pour cause déterminée et que cette résidence et ce domicile sont à l'étranger.

Pour remédier à une telle impasse dont sont convenus les représentants du ministre (16), il est nécessaire de revoir l'ensemble de la façon dont le projet a conçu les solutions des problèmes de compétence dans les litiges comportant un élément d'extranéité. Il ne suffit

(16) Interpellés sur cette importante question, les représentants du ministre ont admis que, vu cette difficulté, il sera nécessaire de modifier le texte. Sans formuler de proposition aboutie, ils ont fait état de plusieurs approches nécessitant une étude complémentaire. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat ne formulera aucune observation au sujet de ces solutions.

évidemment pas de recourir à ce qui s'est fait pour mettre en oeuvre la compétence prévue par l'article 15 du Code civil et qui consistait à permettre au demandeur de choisir sans fraude le tribunal belge devant lequel il assignerait. La révision doit certainement être plus radicale; il est vrai qu'elle est aussi plus malaisée parce que le projet a multiplié les cas dans lesquels la nationalité d'une ou des deux parties constitue le critère de compétence générale.

(b) Il a déjà été fait ci-dessus allusion au fait que le projet a été conduit à recourir à la notion de compétence générale pour construire l'ensemble de ses dispositions de compétence, parce qu'il a pris le parti d'utiliser la nationalité belge pour fonder la compétence judiciaire belge dans de nombreux cas concernant l'état des personnes. Le bien-fondé de ce choix doit être réexaminé.

Une jurisprudence récente des juridictions de fond montre qu'en matière de divorce surtout, s'est manifestée une tendance à revenir à l'idée, abandonnée par la loi de 1876, de permettre aux Belges de plaider en Belgique, quelle que soit la localisation des autres éléments du litige. Cette tendance a été analysée et encouragée par certains auteurs au motif explicite que le recours à ce critère de compétence judiciaire était indispensable pour rendre effective la volonté exprimée par le législateur belge, notamment dans la loi du 27 juin 1960, de soumettre à la loi belge tout divorce de Belge quelle que soit sa position procédurale, de demandeur ou de défendeur. Ainsi s'expriment, par exemple, MM. Rigaux et Fallon; après avoir relaté la jurisprudence rappelée ci-dessus, ces auteurs la commentent en écrivant :

.../...

"... il n'est pas douteux que la solution n'est guère compatible avec l'intention du législateur, qui a consacré l'abandon du critère (de la nationalité) par l'abrogation de l'article 14 du Code civil en 1949. L'adoption ultérieure par le même législateur d'une règle de rattachement qui, en matière de divorce, assure spécialement au ressortissant belge la possibilité de divorcer alors qu'il ne pourrait le faire à l'étranger n'exige pas moins que l'accès à cette faculté soit également assuré. La saisine des tribunaux belges paraît donc cohérente chaque fois qu'elle contribue à la réalisation d'une politique précise exprimée par le législateur dans la matière des conflits de lois." (17).

On voit ainsi que l'extension du critère de la nationalité pour décider de la compétence judiciaire en matière d'état des personnes est clairement liée par ces auteurs à l'idée qu'il faut réunir, comme il est dit parfois, compétence judiciaire et compétence législative. C'est d'ailleurs en ce sens que s'expriment encore les mêmes auteurs en écrivant dans le même traité, un peu plus haut :

"Aussi longtemps que, conformément à l'article 3, alinéa 3, du Code civil, cette matière (de l'état des personnes) est régie par la loi nationale, il paraît indispensable de maintenir une règle de compétence juridictionnelle permettant de soumettre aux juridictions belges toute question relative à l'état ou à la capacité d'un belge." (18).

Logiquement, ce raisonnement aurait dû détourner les auteurs du projet de l'idée d'introduire dans la compétence judiciaire le critère de la nationalité puisque, précisément, loin de reprendre l'ancienne règle de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, ils renoncent à la nationalité comme critère de la compétence législative dans de

(17) Droit international privé, op. cit., t. II, p. 345.

(18) Droit international privé, op. cit., t. II, p. 375.

nombreux cas. Si, comme l'écrivaient les auteurs cités ci-dessus, l'extension de la compétence judiciaire fondée sur la nationalité peut se recommander du souci de garantir l'effectivité d'une volonté d'application de la loi belge, cette extension manque de fondement puisqu'elle se manifeste précisément quand la loi nationale belge ne régit plus l'ensemble du statut personnel et que son application se restreint à la capacité, au nom des personnes et à la filiation biologique. On constate d'ailleurs que l'exposé des motifs justifie à peine le recours au critère de la nationalité; il allègue, s'agissant de l'article 30 du projet, "le droit d'une personne d'accéder à son juge naturel", et, venant à l'article 40 du projet, "qu'une nationalité commune suffit à créer une proximité suffisante." L'erreur est double : le juge naturel d'une personne est celui de son domicile et non celui de sa nationalité; et la nationalité est un critère qui, comme l'a souligné Paul Lagarde, qui est l'auteur auquel est due l'invention de la théorie de la proximité, exprime non du tout la proximité mais bien l'"impérieuse souveraineté" d'un Etat sur un rapport juridique.

La notion même de compétence générale, conçue notamment pour permettre de rendre compte de règles se servant d'un critère comme la nationalité, par nature indépendant de toute espèce de lieu, exploite et exprime l'idée selon laquelle certains procès peuvent, par un de leurs éléments, toucher si étroitement les intérêts généraux d'un Etat que celui-ci est conduit à adopter une règle telle que, indépendamment de tous les autres éléments dudit procès, un tribunal de l'Etat doit pouvoir s'en saisir. Il est étrange de voir apparaître cette idée dans un projet

.../...

dont ses auteurs affirment qu'ils se sont laissés inspirer par un principe de proximité de préférence à celui selon lequel les critères de compétence judiciaire doivent rendre compte de la volonté des Etats d'exercer leur empire sur leurs sujets. Mais, s'il est certain que certaines compétences doivent être admises dans les relations internationales pour des raisons propres à ces relations, il est tout aussi certain que cette spécificité ne doit pas porter atteinte à une "égalité de traitement des plaideurs sans discrimination de nationalité, principe fondamental introduit par le législateur de 1876", et explicitement mis en avant par le sénateur Dupont dans le rapport cité ci-dessus (19).

L'article 30 du projet, en consacrant la compétence des juridictions belges lorsque l'état d'une personne belge est en cause, même si cette personne est demanderesse, ainsi que l'article 40, § 1er, 4°, du projet en recourant au critère de la nationalité belge commune des parties pour les affaires matrimoniales, et enfin l'article 59, 3°, du projet en matière de filiation en retenant la nationalité de l'enfant qu'il soit demandeur ou défendeur, font bien dépendre la compétence belge de la nationalité belge d'une partie qui n'est pas défenderesse. Ces dispositions réservent donc un sort distinct aux Belges et aux étrangers et constituent des exceptions au principe établi par l'article 191 de la Constitution; c'est pourquoi, elles méritent d'être explicitées et justifiées dans leur fondement.

(19) Voir aussi à propos de ce principe : Rigaux et Fallon, Droit international privé, op. cit., t. II, p. 211.

Observation IV : L'efficacité des décisions judiciaires étrangères

L'intitulé de la section 5 du chapitre premier du projet annonce qu'elle est consacrée à l'efficacité des décisions judiciaires et des actes authentiques étrangers. Toutes les règles importantes en cette matière n'y sont cependant pas déposées, - ce qui, soit dit en passant, est du point de vue légistique assez fâcheux -, puisque l'effet des jugements étrangers rendus en matière de famille, notamment le mariage, le divorce ou la filiation, est réglé par des dispositions qui ont pris place dans le chapitre II du projet consacré aux personnes physiques.

Quoiqu'il en soit de cette inadvertance légistique, le projet paraît confirmer l'état actuel du droit belge tel qu'il a été progressivement élaboré par la Cour de cassation en partant de l'article 10 de la loi du 25 mars 1876, repris en substance par l'article 570 du Code judiciaire. Voici, dans ses grandes lignes, cet état.

Une décision étrangère ne peut avoir en Belgique une efficacité substantielle et elle ne peut pas non plus y constituer le fondement d'un acte d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes si elle n'a pas fait l'objet d'une procédure préalable, dite procédure d'exequatur, au cours de laquelle doit être examinée ce qui peut être appelé la régularité internationale, c'est-à-dire sa conformité à quelques critères de forme et de fond qui sont énumérés par l'article 570, 1° à 5°, du Code judiciaire. Cette procédure préalable nécessaire doit se dérouler devant un tribunal de première instance. Au cours de cette

.../...

procédure, celui-ci peut examiner à tous égards la décision qui lui est présentée et refuser la reconnaissance ou l'exécution dès que sur un point quelconque, de droit ou de fait, il estime que l'affaire a été mal jugée à l'étranger : c'est là, pour le juge de l'exequatur, disposer de ce que l'on appelle le pouvoir de révision. L'article 570 du Code judiciaire attribue ce pouvoir au tribunal de première instance en disposant que "le juge vérifie, outre le fond du litige, ..." la régularité dont il vient d'être question.

Dès 1882, la Cour de cassation a apporté d'importantes exceptions aux règles énoncées dans les textes législatifs pour arriver à construire un régime spécial applicable aux décisions rendues en matière d'état des personnes. Ces décisions peuvent être substantiellement efficaces sans procédure préalable; si celle-ci doit être menée pour autoriser la mise à exécution de ces décisions, le juge qui l'effectue ne dispose pas du pouvoir de révision. Il n'en reste pas moins que la décision rendue en matière d'état des personnes doit, pour être efficace ou être mise à exécution, être une décision régulière, donc respecter les critères de régularité qui sont ceux que l'article 570 énumère (20).

Si, comme il a déjà été dit, le projet consolide ce système, il y apporte cependant deux amendements d'importance. Il supprime le pouvoir de révision pour tous les jugements quelle que soit la matière dans laquelle ils ont

(20) Voir arrêt Defontaine du 29 mars 1973 de la Cour de cassation, Pas., 1973, I, 735.

décidé. Il aménage un système spécial, non judiciaire, de "vérification" de la décision en matière d'état lorsque cette décision doit être l'objet d'une inscription ou d'une transcription. Une observation s'impose sur l'une et l'autre de ces nouveautés.

(a) La suppression du pouvoir de révision est une mesure attendue; ce pouvoir est aujourd'hui généralement considéré comme une marque de suspicion excessive qui détériore les relations internationales sans réel profit pour l'Etat qui s'arroge un tel pouvoir. Mais il est paradoxal de constater que le projet maintient certaines solutions qui ne sont justifiées dans le système actuel que par le fait qu'il comporte ce pouvoir de révision.

C'est, en effet, le pouvoir de révision qui a conduit les juridictions belges à considérer que le jugement étranger n'était rien tant que ne s'était pas déroulée la procédure d'exequatur au cours de laquelle le juge belge avait eu l'occasion de vérifier à tous égards le bien-jugé de la décision de son collègue étranger. Cette analyse aboutissait fatalement à exclure qu'un autre juge que celui de l'exequatur puisse, incidemment, contrôler la régularité internationale du jugement étranger au regard de la Belgique. Un juge de tribunal de commerce, par exemple, ne pouvait donc admettre une exception de chose jugée fondée sur une décision étrangère en contrôlant lui-même la régularité et en procédant lui-même à sa révision.

La suppression du pouvoir de révision devrait permettre de modifier cette solution. Or, le projet ne la modifie pas; il la maintient au contraire explicitement,

.../...

empêchant ainsi une reconnaissance sans exequatur préalable même de décisions patrimoniales constitutives comme celles qui, par exemple, nomme des administrateurs de succession ou des liquidateurs de société. Les titulaires de ces fonctions sont ainsi empêchés de les exercer tant qu'ils n'ont pas recouru à une procédure principale d'exequatur. Situation peu heureuse que beaucoup s'accordent à regretter. L'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1981 (21) peut être lu en ce sens qu'une juridiction quelconque, par exemple un juge de paix ou un tribunal de commerce, peut procéder à un contrôle incident de la régularité d'une décision étrangère. Il est regrettable que le projet ne consolide pas cette solution et relance une controverse en train de s'éteindre.

(b) L'article 33, § 1er, alinéa 2, du projet établit qu'une décision judiciaire étrangère ne peut faire l'objet d'une mention en marge d'un acte de l'état civil ou être transcrit sur un registre de l'état civil, qu'après avoir fait l'objet d'une "vérification" des conditions visées à l'article 24 du projet, c'est-à-dire des conditions de régularité internationale de la décision en cause. Le texte ne laisse aucun doute sur le fait que cette vérification doit être préalable à la mention ou à la transcription. Le même article 33 du projet, au paragraphe 2, confie cette "vérification" au dépositaire de l'acte ou du registre qui est un officier de l'état civil, c'est-à-dire un rouage de l'administration communale, en précisant que si cette autorité doute de la régularité du jugement dont l'émargement ou la transcription lui est demandée, il doit le transmettre au Parquet et que celui-ci, après avoir procédé

(21) Pas, 1981, I, 547.

aux vérifications qu'il croit nécessaires, "décide" de la question si la mention ou la transcription peut être effectuée.

Le même article 33, § 2, alinéa 2, du projet prévoit que le Ministre de la Justice peut donner aux dépositaires des actes et des registres des "directives" permettant d'apprécier si les conditions de régularité internationale des jugements étrangers sont remplies. Le mot "directives" ne suffit pas à déterminer la portée exacte du pouvoir ainsi attribué au Ministre de la Justice; faut-il le considérer comme une instruction obligatoire ou comme une simple indication interprétant les règles de l'article 24 du code en projet ?

Quoiqu'il en soit de cette dernière difficulté, le dispositif prévu par le projet pour assurer un contrôle préalable mais non judiciaire de la régularité des jugements étrangers d'état, consiste à placer les officiers d'état civil sous l'emprise du ministère public qui décide en cas de doute et, dans une certaine mesure, sous celle du Ministre de la Justice qui leur donne des "directives".

Le système mis sur pied par l'article 33, § 2, du projet ne peut être admis pour les raisons qui suivent.

En ce qui concerne l'alinéa 1er portant sur le contrôle du ministère public en cas de "doute" de l'officier de l'état civil, il y a lieu de constater non seulement que le projet fait référence à une notion particulièrement floue, mais aussi que le texte confère un véritable pouvoir de décision à des magistrats n'exerçant pas et ne pouvant

.../...

d'ailleurs pas exercer la fonction juridictionnelle réservée aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire dans une matière - la matière civile - qui leur est réservée en vertu de l'article 144 de la Constitution.

Le même article s'oppose, par ailleurs, à ce que le Ministre de la Justice donne des injonctions en matière civile aux officiers de l'état civil par l'intermédiaire du ministère public. L'officier de l'état civil jouit d'une totale indépendance, il agit sous sa responsabilité personnelle et n'a d'ordre à recevoir, ni du Ministre de la Justice, ni du Procureur du Roi. Telle est d'ailleurs expressément la solution consacrée par l'article 53 du Code civil qui ne confère à ce dernier que le pouvoir de vérifier des registres déjà établis. C'est pourquoi, seuls les tribunaux peuvent trancher les conflits qui opposent les particuliers à l'officier de l'état civil, dont la responsabilité peut être mise en cause tant au plan civil que pénal, administratif et disciplinaire (22).

*

* *

En conclusion, le système de l'article 21, § 1er, du projet imposant une instance préalable pour la reconnaissance et l'exequatur des décisions patrimoniales par le tribunal de première instance, doit être fondamentalement

(22) Voir sur ce point : Manuel de droit communal, sous la direction de Pierre Lambert, 1992, t. I, p. 177.

repensé. Quant au système particulier de l'article 33 du projet pour les décisions en matière d'état et de capacité des personnes, il doit être abandonné.

Observation V : Les conflits de lois

La section 4 du chapitre Ier du projet a pour titre "Droit applicable"; il pourrait laisser penser que les règles de cette section formulent les critères à l'aide desquels est déterminé le droit applicable à une catégorie déterminée de relations juridiques. Il n'en est rien; la section 4 réunit seulement quelques règles qui, de façon plus ou moins générale, gouvernent le fonctionnement des règles qui, elles, désignent bien le droit applicable et sont couramment appelées règles de rattachement ou règles de conflit de lois. Le titre de la section 4 doit donc être modifié pour correspondre effectivement à son contenu.

L'article 14 ainsi que les articles 18 à 20 du projet n'innovent guère par rapport au droit actuel; en revanche, les articles 15, 16 et 17 du projet constituent des changements importants par rapport au droit international privé actuel; ils seront l'objet essentiel des observations qui vont suivre.

Toutefois, avant de les formuler il convient de faire observer que cette section n'aborde pas certains problèmes épineux qui peuvent entraver une bonne mise en oeuvre des règles de conflit. C'est pourquoi il serait utile que certaines règles au moins servent de guides.

.../...

Une observation à propos des silences de la section 4 du projet (I), précèdera donc celle relative aux règles nouvelles que cette section comporte (II).

I. Les silences

1. Aucune règle, ni directive générale, n'est énoncée à propos du problème dit de la qualification.

La question de la qualification est notamment celle de savoir comment il faut raisonner pour classer une demande en justice dans une catégorie déterminée de rapports juridiques. Un tel classement est indispensable puisque, d'une part, il se peut que la demande soit d'emblée formulée en se référant à une loi étrangère et que, d'autre part, c'est en fonction de catégories préconstituées que les critères de rattachement sont fixés et que peuvent être ainsi découvertes les lois applicables.

Les auteurs du projet ont pris la peine de détailler quelles sont, à leur avis, les questions plus précises qui doivent être rangées sous une appellation générique. Cette initiative est, à coup sûr, heureuse. Il n'en reste pas moins que face à une partie qui sollicite l'application d'une loi étrangère déterminée, le juge devra commencer par identifier la question de droit qui lui est posée et la ranger dans l'une des catégories de rapports juridiques isolées par le catalogue des règles de conflit. Ce rangement doit s'effectuer en fonction de la ressemblance que la règle étrangère alléguée présente avec les concepts utilisés par le catalogue des règles belges et non en fonction de la

.../...

dénomination qu'elle a reçue dans le système de droit de l'Etat étranger auquel elle appartient ou du champ d'application qui lui est attribué par ce système. Il serait bon dans une perspective de sécurité juridique que dans une codification dont l'ambition est d'être exhaustive, une disposition explicite le précise. Elle favoriserait la possibilité de faire prendre conscience de ces questions de base par des juridictions qui en sont fatalement éloignées.

2. Le projet prend souvent soin de résoudre le problème du conflit dit mobile en précisant dans le texte le moment auquel il faut se placer pour envisager le critère permettant de choisir la loi applicable. C'est ainsi que l'article 45 du projet précise que la résidence habituelle des époux déterminant la loi applicable aux effets du mariage est celle du moment où "les effets sont invoqués"; une précision du même type est donnée par l'article 86, § 2, du projet où on lit :

"... la constitution ou l'extinction des droits réels sur un bien corporel sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de la survenance des actes ou des faits nécessaires à la constitution ou à l'extinction."

La précision temporelle fournie par de tels textes, quoique très utile, ne suffit cependant pas toujours à résoudre la question; il peut même parfois compliquer la solution.

Il ne faut, en effet, pas perdre de vue que, par exemple, il n'est pas simple de déterminer le moment auquel une personne "invoque" un effet de son mariage, car le mot

.../...

"invoque" est lui-même ambigu. Un époux qui exige d'une manière plus ou moins explicite que son conjoint accomplisse ce à quoi le mariage l'oblige "invoque"-t-il l'effet de celui-ci ? Ou faut-il estimer qu'il ne l'"invoque" pas tant qu'il ne le fait pas valoir en justice ? Le moment auquel les effets du mariage sont invoqués peut donc varier selon que l'on adopte la première ou la deuxième branche de cette alternative d'interprétation du verbe "invoquer"; on voit ainsi que la précision qui aurait dû servir à résoudre le conflit mobile ne le résout pas en réalité.

Certes, il est à penser que le juge aura une certaine tendance à considérer que l'effet n'est "invoqué" que lorsque l'époux fait valoir son droit en justice, comme le prévoit d'ailleurs explicitement l'article 70 du projet sur l'obligation alimentaire selon lequel le moment à retenir pour le rattachement est celui de "l'introduction de la demande". Mais, on peut douter de la pertinence d'une telle solution si l'on songe à la nécessité où les époux se trouvent de savoir exactement, et sans devoir plaider, quelles sont les obligations de chacun d'eux envers l'autre et même parfois envers les tiers.

L'article 86, § 1er, du projet qui précise qu'un droit réel sur un bien corporel est régi par le droit de l'Etat sur le territoire duquel ce bien est situé "au moment où il est invoqué" appelle une observation du même ordre. S'en tenir à une interprétation étroitement judiciaire du mot "invoqué" peut détruire le sens même du rattachement à la loi du lieu si cette interprétation conduit à apprécier la substance d'un droit réel d'après une loi qui n'est pas celle où le bien se trouve effectivement au moment où la

.../...

prérogative attachée au droit réel est ou doit pouvoir être exercée.

Il faut aussi, dans des textes tendant à résoudre le conflit mobile, éviter de s'engager dans des raisonnements circulaires irritants. Ainsi, par exemple, l'article 86, § 2, du projet précise que la loi du lieu à retenir est celle de l'Etat sur le territoire duquel le bien se trouve au moment de la survenance des actes et faits nécessaires à la constitution ou à l'extinction (d'un droit réel). Ceci oblige à déterminer de quels actes ou faits il s'agit; or, cette détermination n'est possible qu'en se référant à la loi en vertu de laquelle la constitution ou l'extinction seront appréciées car c'est elle seule qui peut indiquer les actes ou faits propres à constituer ou éteindre le droit réel en cause. Il faudrait donc connaître ladite loi pour pouvoir identifier les actes ou faits constitutifs ou extinctifs, et pouvoir observer le moment auquel ils se sont produits, moment qui est d'ailleurs aussi celui auquel il faudra se placer pour déterminer le lieu de situation du bien qui permettra d'identifier la loi applicable. On voit ainsi qu'il faut connaître la loi applicable pour pouvoir trancher la question de savoir si elle est applicable. Un tel raisonnement circulaire doit être évité.

II. Les articles 17, 15 et 16 du projet

L'article 17 du projet, rompant en cela avec la jurisprudence actuelle, écarte le principe de l'admission du renvoi qui consiste à appliquer le critère de rattachement retenu par le droit du pays à la place de celui choisi par

.../...

la règle belge de conflit de lois. Le "mécanisme" du renvoi n'est plus admis par le projet que dans certains cas particuliers qu'il fixe. Le projet s'écarte ainsi de la toute récente résolution de l'Institut de droit international sur la prise en compte du droit international privé étranger; on peut lire dans cette résolution des 17 - 25 août 1999 notamment la suggestion suivante:

"... la prise en compte du droit international privé étranger ne devrait pas être exclue d'emblée, qu'elle implique ou non un renvoi au premier ou au second degré."

L'article 17 du projet pourrait laisser croire que, hormis les quelques cas de renvoi prévus par ce texte, le seul critère identifiant le droit applicable pour la Belgique est toujours et uniquement celui que retient la règle belge de rattachement. Cette conclusion serait toutefois trop rapide et inexacte, puisque les articles 15 et 16 du projet apportent au principe de l'application du facteur de rattachement retenu par la règle de conflit belge, des exceptions générales dont les conséquences pourraient être nombreuses et importantes.

Ces deux textes constituent bien l'un et l'autre des exceptions à presque toutes les règles de rattachement du projet; mais à cela s'arrête leur ressemblance, car les considérations qui inspirent l'un et l'autre diffèrent profondément entre elles. Tandis que l'article 15, § 1er, du projet écarte le fonctionnement de toute règle de conflit de lois pour permettre l'application de certaines lois belges dotées d'une impérativité particulière, l'article 16 du projet, pour sa part, prévoit une correction du critère

.../...

choisi par les règles de conflit, correction qui peut aboutir à l'application d'une loi belge aussi bien qu'étrangère. Quant à l'article 15, § 2, du projet il ressortit à un mécanisme particulier qui permet l'application d'une loi étrangère dont l'identification s'effectue par une méthode toute différente de celle suivie par l'ensemble des règles de conflit de lois du projet.

1. L'article 15, § 1er, du projet prévoit la mise à l'écart du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois au profit de règles du droit belge qui "régissent impérativement la situation, en vertu de la loi ou en raison de leur but manifeste".

Le projet désigne ces règles par l'expression "règles d'applicabilité". Cette terminologie est peu courante; on ne la rencontre jamais hors de Belgique. Comme le texte de l'article 15 en projet est très directement et visiblement inspiré de celui de l'article 7 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, mieux vaut lui laisser l'intitulé "lois de police" qui lui est donné dans cette Convention qui est en vigueur en Belgique.

Ce raisonnement qui conduit à une application préférentielle de la loi belge, *lex fori*, est apparu dans la doctrine et dans la jurisprudence de droit international privé de quelques pays depuis une bonne trentaine d'années. Il s'est répandu grâce à quelques arrêts célèbres comme l'arrêt Boll rendu par la Cour internationale de justice de La Haye le 28 novembre 1958; il figure aussi dans la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux

.../...

obligations contractuelles, plus particulièrement à l'article 7, dont le texte a d'ailleurs très directement inspiré celui du projet.

Si les règles de conflit de lois tracent le domaine d'application des lois substantielles belges, ces règles de conflit - fussent-elles consignées dans un code - ne se situent pourtant pas dans la hiérarchie des normes belges sur un échelon supérieur à celui qu'occupent les règles de droit matériel. C'est pourquoi, si le législateur estime qu'une loi substantielle doit avoir un champ d'application différent de celui qu'elle aurait eu en vertu de la règle de conflit de lois, il lui est loisible d'attribuer lui-même à la loi qu'il fait le domaine d'application qui, selon lui, correspond le mieux à ce que cette loi commande et à l'objectif qu'elle poursuit. Si le législateur en a ainsi disposé, et si donc une loi se trouve, selon ses propres termes, applicable à des hypothèses auxquelles elle ne l'aurait pas été en l'absence d'une volonté spéciale de sa part, ce serait évidemment violer cette loi que de faire prévaloir la règle de conflit en dépit d'une volonté explicite de la mettre à l'écart. Cette solution, évidente, est expressément énoncée par le début du texte de l'article 15, § 1er, du projet. En disposant que les règles de conflit de lois "ne portent pas atteinte à l'application des règles du droit belge qui régissent impérativement la situation en vertu de la loi ...", ce texte se borne donc à rappeler qu'une loi spéciale, même antérieure, déroge à une loi générale.

.../...

Le texte toutefois ne s'arrête pas aux mots qui viennent d'être cités; il y ajoute, en effet, que certaines règles du droit belge peuvent aussi l'emporter sur les normes de conflit de lois, non seulement lorsque la loi même qui porte ses règles en prévoit la prééminence mais encore lorsque celle-ci résulte "de leur but manifeste". Ces derniers mots autorisent donc le juge à considérer qu'une loi, même en dehors de toute précision explicite quant à son champ d'application, poursuit un objectif tel que ce champ doit être différent de celui que la règle de conflit de lois assigne à la loi en cause. Il s'agit donc bien d'une permission donnée au juge non d'interpréter une règle belge de conflit de lois mais d'interpréter toute loi substantielle belge pour en déduire un domaine particulier d'application et restreindre d'autant la portée explicite de la règle de conflit de lois. Le domaine particulier aura en effet été tracé sans recourir à la médiation de la règle de conflit de lois pertinente.

Il est grave de conséquence et peu cohérent dans la perspective de prévisibilité de toute oeuvre de codification d'attribuer ainsi au juge un pouvoir d'interpréter une loi pour en identifier le but et de trouver ensuite dans ce but la liberté de méconnaître une règle explicite qui est la règle de conflit prévue par le code. La portée d'un tel pouvoir est d'autant plus grave que le juge qui s'autorise de cette exception générale pour écarter la règle de conflit devra du même coup déterminer aussi lui-même le critère servant à tracer le champ d'application de la loi en cause et donc être substitué au critère retenu par la règle de conflit de lois pertinente. Les principes inspirateurs de l'exception, c'est-à-dire la nécessité de la dérogation

.../...

comme aussi sa mise en oeuvre, à savoir la détermination des contours exacts du domaine d'application de la loi dérogeante, ne peuvent manquer de donner lieu à toute une casuistique.

Cette casuistique pourrait même en arriver à subvertir des dispositions essentielles du projet : un juge pourrait-il, par exemple, estimer que dans des cas où le projet prévoit l'application de la loi de la résidence habituelle, la loi belge doit cependant être appliquée à des citoyens belges parce que le but de celle-ci est tel que la nationalité belge commune des parties en requiert l'application préférentielle ? Cette substitution du critère de la nationalité commune à celui de la résidence habituelle pourrait être fondé sur l'idée que le but manifeste de telle loi belge sur tel effet du mariage par exemple, est de gouverner la vie conjugale des Belges même résidant en pays étranger. Et l'on pourrait même faire valoir en faveur de cette solution l'opinion d'un auteur très écouté selon laquelle "la loi nationale s'apparente en matière de statut personnel à une loi d'application nécessaire" (23).

Il est d'ailleurs à remarquer que les textes qui ont le plus directement inspiré les auteurs du projet, celui de l'article 7.2 de la Convention de Rome et celui de l'article 16 de la loi suisse, ne laissent pas au juge une liberté du même ordre pour lui permettre de découvrir dans le but d'une règle qu'elle doit régir impérativement une situation quel que soit le droit désigné par les règles de

(23) Voir Pierre Mayer, Droit international privé, op. cit., n° 508.

conflit de lois. Ces textes inspireurs se bornent à réserver l'application de lois dérogatoires; ils ne précisent pas que la dérogation peut ne résulter que d'une opération interprétative entreprise par le juge à partir du but de celles-ci. Si le texte suisse se réfère au "but particulier" des lois dérogatoires, cette référence sert à décrire les lois en cause et non à lancer une casuistique peu conforme aux objectifs généraux de "transparence" que poursuit la codification en projet.

La disposition de l'article 15, § 1er, du projet gagnerait donc à être revue pour se rapprocher du texte qui en est la source et conjurer les incertitudes interprétatives que la rédaction actuelle pourrait facilement engendrer.

2. L'article 15, § 2, du projet établit une méthode qui est sans précédent en droit international privé belge. Il reproduit presque mot à mot les textes de l'article 7.1 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Il serait bon que le commentaire en explique soigneusement le fonctionnement avec des exemples tirés non de la matière des contrats mais des autres matières auxquelles le projet cherche à l'étendre.

Il est à penser que l'utilisation judiciaire de cette méthode sera assez rare. Elle devrait l'être d'autant plus que l'inspiration générale du projet consistant à rechercher une loi proche ménage peu de place à l'idée que l'application d'une loi étrangère peut aussi représenter un appui fourni à la volonté d'un Etat étranger pour lui permettre de faire aboutir la politique qui est la sienne.

.../...

3. L'intitulé de l'article 16 du projet, - "clause d'exception" -, indique sans équivoque que la règle qu'il porte est une exception. Sa portée est grande puisque cette exception peut atteindre presque toutes les règles de conflit que contient le projet.

L'article 16 donne, en effet, au juge un véritable pouvoir de correction. Ce pouvoir lui est accordé sans aucune limite ni quant à la matière en cause, ni quant à la nature du critère de rattachement. Le juge peut exercer ce pouvoir tant pour écarter la loi du for, loi belge, et lui préférer une loi étrangère, que pour favoriser la loi belge en la substituant à une loi étrangère. Seules comptent la force ou l'étroitesse du lien existant entre, d'une part, la loi désignée par la règle de conflit et, d'autre part, celle que le juge estime devoir lui être préférée.

Le commentaire de ce texte est pourtant aussi général que succinct. Il nous apprend seulement que l'exception en cause "traduit un principe de justice" en ce que "les règles de rattachement expriment une volonté de saisir la situation internationale en fonction de la proximité de celle-ci avec un ordre juridique étatique". Plusieurs précisions sont nécessaires, qui, d'ailleurs, ouvrent plusieurs questions.

Le passage cité n'est pas le seul à alléguer un "principe de proximité" qui, en d'autres occasions, est présenté comme celui qui sert de fondement aux règles de conflit. Ce principe peut, selon les termes de l'auteur qui en a répandu l'usage, Monsieur Paul Lagarde, professeur à l'Université de Paris I, être énoncé comme suit :

.../...

"Un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits."

Ce critère inspire l'auteur de la règle de conflit; il lui indique que le critère de rattachement à retenir est celui par lequel s'établit entre un rapport juridique et une loi un "lien" qui justifie que ce soit cette loi plutôt qu'une autre qui doit être appliquée à ce rapport. Les auteurs, en affirmant que leur projet est dominé par le principe de proximité, expliquent simplement le raisonnement qu'ils ont suivi pour choisir le critère qui allait déterminer la loi applicable : ils ont procédé à une sorte de "pesée" de toutes les attaches pouvant exister entre une catégorie de rapports juridiques et un pays et avoir parmi toutes ces attaches possibles, retenu comme critère de désignation de la loi applicable celle qui leur paraissait "relier" plus étroitement que toute autre, la catégorie en question à un pays.

Si tel est bien ce qui inspire les règles de conflit de lois du projet, cela signifie que le critère choisi doit être considéré comme étant celui qui établit ou manifeste le lien le plus étroit entre le rapport de droit considéré et un Etat. Ainsi lorsque l'article 45 du projet énonce que "les effets du mariage sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel les époux résident habituellement", il faut comprendre que le projet estime que, de toutes les circonstances propres à faire naître une relation entre un Etat et un rapport juridique né du mariage, c'est la résidence habituelle des époux qui est la plus significative. Il s'ensuit donc qu'entre le rapport juridique matrimonial et un Etat le lien le plus étroit est établi ou,

.../...

si l'on préfère, manifesté par la résidence habituelle des époux.

L'exception portée par l'article 16 du projet annonce pourtant que le critère retenu par le projet ne constitue, somme toute, qu'une première approximation qui, lors d'une instance judiciaire, peut se trouver démentie par les faits propres à chaque espèce. La diversité des situations individuelles est telle qu'un juge saisi d'une affaire de contribution aux charges du ménage peut, par exemple, observer que les époux ont des résidences séparées dans le même pays mais que tous deux s'y sont établis dans un passé récent, et que ces résidences pour assurément réelles qu'elles soient, sont encore assez précaires; le même juge peut, d'autre part, observer que ces époux ont, longtemps, résidé habituellement et ensemble dans un autre pays par les usages ou les règles duquel leur vie matrimoniale a déjà été marquée à de nombreuses reprises, et que ce pays, qu'ils ont quitté, est aussi celui dont l'un d'eux, la femme, avait la nationalité avant son mariage, qu'ils ont l'un et l'autre conservé des relations nombreuses avec leurs amis et leur famille restés dans ce pays, où d'ailleurs vivent encore certains de leurs enfants auxquels ils rendent régulièrement de longues et fréquentes visites. Le texte de l'article 16 semble permettre au juge placé devant un tel tableau de considérer que le lien retenu par la règle de conflit de l'article 45, § 1er, 1°, du projet est un lien "très faible", alors que les liens antérieurs sont encore très étroits. Le commentaire de l'article 16 du projet engage d'ailleurs le juge à raisonner de cette manière puisqu'on y lit que "la clause peut aider à nuancer le caractère parfois excessivement mécanique de la mise en oeuvre d'une règle de

.../...

rattachement". Ce passage du commentaire de l'article 16 du projet peut d'ailleurs être renforcé par un autre, plus général, qui apparaît dans la partie de l'exposé des motifs consacrée au statut personnel, où il est affirmé que "le facteur de la résidence habituelle permet de rendre compte d'une intégration de la personne dans (son) milieu" social. Le juge, en se laissant guider par cette dernière assertion, pourrait donc introduire dans son raisonnement que des deux milieux où vivent et ont vécu les époux, celui dans lequel ils ont vécu ensemble jusqu'il y a peu et avec lequel ils ont eu et gardé de nombreux liens, même s'ils n'y résident plus, est cependant celui auquel ils sont restés le plus intégrés, et que, par conséquent, la loi du pays où se situe ce milieu doit, en définitive, être tenue pour la loi applicable.

Un tel exemple montre que l'article 16 du projet invite le juge à se reporter en amont du choix de la loi applicable et à se livrer en quelque sorte, sur le seul cas qui lui est soumis, cas qui est nécessairement spécial, au travail consistant à choisir le critère de la loi applicable, travail que, par la force des choses, la loi, pour sa part, n'a pu effectuer autrement que sur la base de données générales qui, fatalement, ne correspondent jamais exactement à celles d'une espèce particulière.

La clause d'exception aurait une portée encore bien plus grande si elle devait conduire le juge à corriger le rattachement légal en s'écartant de l'inspiration même de la loi en projet. Le texte de l'article 16 du projet ne l'exclut pas. Ainsi, par exemple, on peut se demander si, là où la règle de conflit prévoit l'application de la loi

.../...

nationale de la personne, en matière de nom par exemple, un juge pourrait estimer que la nationalité est un lien "faible" si on le compare à la "force" ou à l'"étroitesse" de celui qu'établit la résidence habituelle. Le motif invoqué pour justifier cette "exception" pourrait être que, la résidence étant un fait matériel alors que la nationalité pour sa part, n'est que spirituelle ou juridique, le lien le plus étroit est celui "qui s'inscrit dans le réel" et ainsi, préserve de toute tentation "idéologique".

Le texte du projet, l'exposé de ses motifs, et certains commentaires d'articles fournissent de quoi étayer un tel raisonnement. Mais les mêmes documents fournissent aussi de quoi le contredire.

On constate, en effet, que l'exposé des motifs insiste sur le fait qu'une des grandes innovations du projet est de considérer que le critère de rattachement par la résidence habituelle des époux est dicté par l'objectif de soumettre ceux-ci à la loi du milieu social auquel ils s'intègrent. Aussi le texte prévoit-il que ce n'est qu'à défaut d'une résidence habituelle - au sens qui a été précisé et discuté ci-dessus, à propos de l'article 4 du projet - que la nationalité des époux peut, à la condition qu'elle leur soit commune, retrouver son rôle de facteur de rattachement. Le fait que la nationalité constitue ainsi un critère de rattachement mais qu'il ne soit qu'un critère subsidiaire par rapport à la résidence habituelle, permet de penser que cette dernière doit bien être tenue comme la circonstance qui indique la loi qui est la plus proche des parties et que la nationalité pour sa part indique une loi toujours moins proche même s'il peut arriver qu'elle le soit

.../...

suffisamment pour pouvoir être la loi applicable. Telle est, semble-t-il, la raison pour laquelle l'exposé des motifs et le commentaire de divers articles du projet insistent si souvent sur ce que la source de ses dispositions se trouve dans un "principe de proximité" et présentent la nationalité d'un individu comme un simple "indice d'intégration à un milieu" social. Le projet considère que la résidence habituelle et la nationalité ne sont l'une comme l'autre que les signes plus ou moins forts de la "proximité" en question, le signe le plus fort étant celui que fait la résidence habituelle. Le projet exprime la différence entre les forces respectives de la résidence et de la nationalité dans la façon dont ont été aménagées les échelles de rattachement des articles 45, 48 et 53 du projet.

Ce raisonnement, qui a sa cohérence, peut toutefois être combattu par d'autres données qui constituent tout autant que ces échelles de rattachement, des dispositions significatives du projet. On peut ainsi se prévaloir d'un texte destiné à résoudre l'un des aspects du problème dit du conflit de nationalités. Selon les articles 3, § 2, et 18, du projet, lorsqu'une personne a la nationalité de deux pays dont l'un est la Belgique, les tribunaux belges doivent considérer que cette personne est belge; la nationalité belge de cette personne doit donc être préférée à l'étrangère, même s'il est démontré que cette dernière est la plus effective et qu'elle désigne donc davantage le pays au "milieu social" auquel la personne en cause est la plus intégrée. Cette solution du conflit de nationalités est certes classique mais elle n'est pas en harmonie avec la perspective qui vient d'être décrite et qui est celle dans

.../...

laquelle le projet affirme vouloir se placer : l'application de la loi la plus proche.

La solution du conflit de nationalités belge et étrangère prévue par l'article 3, § 2, du projet montre de façon certaine que le fait de l'intégration à un milieu social n'est pas le guide de tous les rattachements; elle montre qu'au contraire la loi belge s'impose à une personne à laquelle la nationalité belge a été attribuée même s'il se trouve que cette personne est plus intégrée au milieu social d'un pays autre que la Belgique et qui a, lui aussi, attribué sa nationalité à cette personne. On peut donc soutenir que l'application de la loi belge à certains éléments du statut personnel d'un Belge n'est pas principalement motivée par son intégration à un milieu social belge mais seulement par la circonstance que le pouvoir souverain belge impose à cette personne de respecter la loi de l'Etat belge dont elle est citoyen. Le pouvoir lui impose ce respect sans se préoccuper de savoir si cette personne est ou non plus ou moins intégrée, en fait, à un autre pays que la Belgique dont elle se trouverait avoir aussi la nationalité. C'est bien après avoir rappelé la solution du conflit de nationalités signalée ci-dessus que, comme il a déjà été indiqué, M. Pierre Mayer écrit dans la dernière édition de son Manuel de droit international privé :

"... par sa volonté d'application, la loi nationale s'apparente, en matière de statut personnel, à une loi d'application nécessaire bien que son mode de désignation (par une règle de conflit bilatérale classique) empêche de la classer effectivement dans cette catégorie." (24).

(24) Op. cit., n° 508, p. 334.

Le meilleur théoricien du principe de proximité explique d'ailleurs de façon très convaincante que l'application de la loi nationale à la personne ou au couple, loin d'être une application du principe de proximité manifeste une inspiration inverse, celle du principe de souveraineté, principe qui conduit à estimer qu'il faut appliquer au statut personnel en particulier la loi du souverain de la personne en cause. Si l'on peut comprendre que ce dernier principe puisse céder lorsque les nationalités sont multiples ou ne sont pas communes aux membres d'un couple, et qu'il faille donc dans de tels cas délaisser le principe de souveraineté pour se contenter d'appliquer une loi proche, il semble étrange que le principe de proximité puisse prévaloir dans des cas où le principe de souveraineté peut sans difficulté déployer ses effets, la nationalité des époux leur étant commune. Il est en tout cas remarquable que les récentes législations allemande et italienne ont établi des échelles de rattachements dont la subsidiarité est dans le sens contraire de celui que le projet adopte. C'est ainsi que l'article 14 de l'EGBGB, les articles 29 et 30 de la loi italienne du 31 mai 1995, prévoient l'application aux effets du mariage de la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune, et ne choisissent d'appliquer la loi de la résidence habituelle que lorsque la diversité de nationalité des époux oppose une sorte d'obstacle logique à l'application d'une loi nationale.

La liberté dont disposera le juge du fond pour adapter à chaque espèce la détermination du lien dépendra bien sûr du contrôle que la Cour de cassation pourra exercer dans une semblable occurrence. A cet égard, il peut être observé que la Cour ne pourra sans doute exercer qu'un

.../...

contrôle marginal et qu'elle se bornera vraisemblablement à contrôler si le juge n'a pas violé la notion de lien et "si, notamment, il n'a pas déduit des faits constatés par lui des conséquences qui ne seraient susceptibles, sur leur fondement, d'aucune justification" (25). On sait combien la Cour répugne, à juste titre, à pénétrer dans une appréciation de pur fait à laquelle elle serait fatalement menée si elle entreprenait un contrôle strict de la "faiblesse" ou de l'"étroitesse" d'un lien, dont d'ailleurs la nature exacte n'est ni directement, ni indirectement exprimée par le projet. Quoiqu'il en soit d'ailleurs de l'ampleur du contrôle que la Cour de cassation déciderait d'exercer sur l'usage de la clause d'exception, il reste que cette clause ébranle si gravement la fermeté des règles du projet qu'elle en compromet l'utilité.

Les antinomies irréductibles qui opposent l'une à l'autre des dispositions centrales du projet risquent donc de se retrouver dans les antinomies entre les décisions rendues par les juges qui, cherchant un principe pouvant servir de guide à l'interprétation dont le texte les charge, découvriront dans l'exposé des motifs généraux inspirant les dispositions du projet en matière de statut personnel par exemple, des affirmations aussi ambiguës que celle-ci : "le code confirme le principe du rattachement de la personne au droit de l'Etat dont elle possède la nationalité, tout en tenant également compte de la tendance moderne à considérer le rôle du facteur de la résidence habituelle de la personne. Il se garde à cet égard de tout présupposé d'ordre

(25) Voir notamment l'arrêt du 16 mars 1995, Pas. 1995, I, 319.

idéologique pour préférer des solutions commandées par un double objectif d'équité et de praticabilité". Renvoyer le juge à l'équité et à la praticabilité serait le renvoyer à lui-même, entrer dans une justice du cas particulier.

L'article 16 du projet introduirait donc inévitablement une assez redoutable insécurité dans l'ensemble des raisonnements de conflit de lois. M. Paul Lagarde, auteur pourtant assez favorable à des règles de ce genre n'hésite, d'ailleurs, pas à écrire du texte suisse dont s'est inspiré le projet, qu'

"... il ne manquera pas de susciter l'objection, à coup sûr considérable, de l'incertitude et de l'imprévisibilité des solutions, vice majeur pour les juristes."

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le paragraphe 2 du même article 16 du projet retire heureusement au juge le pouvoir de corriger le rattachement légal, que lui confie le paragraphe 1er, dans les hypothèses où les parties auront exercé la faculté que leur donne le projet de désigner elles-mêmes le droit applicable. Dans ces cas, le juge qui s'écarterait du choix fait par les parties déjouerait, en quelque sorte, leur calcul et priverait d'une bonne part de son utilité la règle qui leur attribue le droit de choisir.

Cette exception au jeu de la "clause d'exception" ne suffit pourtant pas à conjurer tous les risques d'insécurité et à assurer une correcte et nécessaire prévisibilité. Certes, on peut prétendre que l'impérieux besoin de prévisibilité peut être lui-même d'une intensité variable; ainsi, on ne peut pas soutenir sérieusement qu'il est indispensable

.../...

que les époux puissent, dès leur mariage, savoir selon quelle loi ils pourront divorcer. Il n'empêche qu'à un époux qui s'interroge sur l'opportunité de lancer une assignation en divorce et hésite entre les juridictions également compétentes de deux pays, il importe de savoir avec la plus grande certitude possible quelle sera la loi d'après laquelle le juge appréciera son comportement et celui de son conjoint. Il est donc nécessaire que la règle de rattachement lui permette d'identifier cette loi.

*

* *

En conclusion la diversité des façons dont les conflits de lois peuvent se présenter est assurément si grande qu'il est sans doute nécessaire de prévoir que dans certains cas, le facteur de rattachement "normal" doit faire place à un autre. Mais il faut, au risque de perdre une bonne partie du bénéfice attendu de la codification du droit international privé, encadrer législativement les exceptions car il n'est guère possible de penser que la liberté laissée au juge par le texte de l'article 16 du projet puisse être suffisamment contenue et dirigée grâce au contrôle de la Cour de cassation. Du reste ce contrôle serait-il plus étroit que la liberté de déroger ainsi laissée au juge est en son principe excessive et qu'il est donc nécessaire que la loi pose elle-même les limites des exceptions qu'elle admet.

.../...

Dans la perspective de cet encadrement, il est utile de s'arrêter à l'allusion faite par le commentaire de l'article 16 du projet à ce qu'il appelle la "problématique des droits acquis à l'étranger", allusion que les représentants du ministre ont un peu développée dans une réponse qu'ils ont faite à une question sollicitant des précisions sur la notion de "lien". Cette réponse signale l'existence de cas qu'elle qualifie de "conflits mobiles extrêmes". Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles un juge belge est amené à déterminer une situation juridique qui a été créée à l'étranger et qui n'avait, au moment de cette création, aucune attache, d'aucune espèce, avec la Belgique. De telles questions ont été aperçues depuis plus d'un demi-siècle; certains projets législatifs ainsi que certains auteurs éveillés à ce type de problèmes ont fait, pour le résoudre, des propositions intéressantes. Elles ont l'intérêt de resserrer l'hypothèse et de ne pas abandonner le juge à la possibilité, dans toutes les matières et dans tous les cas, de se libérer, s'il l'estime nécessaire, de son premier devoir qui est de juger selon la loi.

Une suggestion intéressante se trouve, par exemple, dans l'article 25, alinéa 2, du projet de loi uniforme de droit international privé pour les pays du Benelux; voici ce texte :

"Lorsqu'un rapport juridique est né ou s'est éteint hors de Belgique conformément à la loi applicable suivant le droit international privé des pays que ce rapport juridique concernait essentiellement au moment de sa naissance ou de son extinction, cette naissance ou cette extinction sont également reconnues en Belgique même par dérogation à la loi applicable en vertu des dispositions de la présente loi."

.../...

Observation VI : Le statut personnel ou les personnes physiques

Le chapitre II, intitulé "Personnes physiques" est, de beaucoup, le plus long du projet (45 articles sur 131); il rassemble, outre les règles relatives à l'existence de l'individu, à son identification ou à sa capacité, les règles qui concernent la famille : le mariage et ses effets, la filiation et le divorce, et, enfin, les règles relatives à l'adoption et à la protection des incapables. Il s'agit du vaste groupe d'institutions que la tradition du droit international privé désigne depuis plusieurs siècles par l'expression "statut personnel". Le projet l'utilise encore pour désigner une partie de l'exposé de ses motifs mais il y renonce dans le texte même. A juste titre, puisque le projet, en effet, rompt l'unité qui expliquait que la même expression "statut personnel" puisse servir pour désigner indifféremment, aussi bien la loi de la personne que l'ensemble des matières qui, précisément parce qu'elles touchent à la personne, doivent être soumises à cette même loi. Puisque, selon le projet, il n'y a plus de statut personnel au sens d'une loi régissant l'ensemble des questions qui concernent la personne, il n'y a plus non plus de raison de maintenir une unité formelle entre ces matières en les réunissant toutes dans un même chapitre alors que le projet les tient pour si différentes les unes des autres qu'il ne les soumet plus à une même loi.

Le projet gagnerait en clarté si son plan concordait avec l'esprit qui a présidé à sa rédaction. Du reste, l'intitulé du chapitre "personnes physiques" n'est guère adapté à son contenu; on comprend difficilement, par

.../...

exemple, qu'il contienne les règles applicables au régime matrimonial tandis qu'il ne contient pas celles régissant les successions, ces dernières ne concernent pas moins que les premières les biens des personnes physiques et ne sont applicables qu'à elles et non aux personnes morales. Le plan du projet à partir du chapitre II doit donc être revu pour éviter les confusions autant que les regroupements artificiels et faire apparaître les changements fondamentaux que le projet entend réaliser.

Les observations qui suivent envisagent successivement les matières qui touchent à la famille : le mariage et la filiation. Les matières concernant la personne physique envisagée individuellement seront examinées ensuite.

I. Le mariage

1. La formation

a) L'article 43 du projet reprend la règle actuellement déposée dans l'article 170ter du Code civil selon lequel les mariages célébrés à l'étranger ne sont tenus pour valables en Belgique que si les parties ont satisfait aux conditions prescrites à peine de nullité par leur statut personnel pour pouvoir contracter mariage.

Cette règle n'est facile à mettre en oeuvre que lorsque les parties ont la même nationalité ou lorsque les règles d'"aptitude" au mariage ne concernent qu'un seul des époux. En revanche, la même règle fait difficulté lorsqu'il s'agit de l'appliquer à des mariages unissant des personnes

.../...

qui n'ont pas la même nationalité et que les lois en cause établissent des empêchements dits "bilatéraux". Ceux-ci reposent, non sur un trait propre à l'un des deux futurs époux, mais sur un lien existant entre eux; l'exemple type est celui des règles qui, pour prévenir l'inceste, interdisent le mariage entre oncle et nièce. Le commentaire de l'article 43 du projet précise qu'il faut dans de tels cas appliquer la loi la plus restrictive, solution qui conduit à empêcher le mariage. Une telle prédilection pour la loi la plus sévère ou, si l'on préfère, pour la prohibition plutôt que pour la liberté, est difficilement justifiable. Une critique analogue, quoiqu'inverse, pourrait d'ailleurs être faite à un système qui, privilégiant la liberté, admettrait la validité du mariage réalisé en violation d'une loi nationale qui interdit à l'un des époux de s'y engager.

Une telle impasse pourrait être évitée par une règle qui, au lieu de résoudre la question de la formation du mariage en termes de validité et en partant, comme le fait le projet, de l'aptitude de chaque époux à se marier, désignerait une loi, par exemple celle de la nationalité commune des époux ou, à défaut, celle du pays où ils résident habituellement après le mariage, qui serait en quelque sorte la loi configurant la substance du lien matrimonial à laquelle les époux adhèrent en se mariant. Le raisonnement classique consistant à partir de l'"aptitude" pouvait jusqu'ici difficilement être écarté puisque l'ensemble de la matière était dominé par le respect dû à la loi nationale. Le parti pris par le projet de rompre avec cette perspective ouvre la voie à une règle visant la formation du mariage envisagée globalement. Cette règle pourrait recourir à un critère qui ne vise plus distinctement chaque futur

.../...

époux. Une telle méthode donnerait l'occasion d'apporter une réponse claire à la question de la polygamie et permettrait aussi de rapprocher l'une de l'autre la loi sur la formation du mariage et celle qui en régit la substance. Rapprochement à coup sûr heureux.

b) Le projet conduit à permettre aux juridictions belges d'annuler les mariages qui ont violé les lois rendues applicables par le droit international privé belge. Il n'y a rien de surprenant à ce que les tribunaux belges annulent des mariages célébrés en Belgique en application des lois étrangères qui en régissaient la formation selon les règles belges de conflit de lois. La question de la sanction qu'est la nullité se présente différemment lorsque le mariage en cause a été célébré à l'étranger. Si la juridiction belge annule purement et simplement le mariage, elle anéantit le lien unissant les époux mais aussi, et du même coup, un acte accompli par une autorité publique étrangère qui a établi ce lien. Il y a là une ingérence de l'autorité judiciaire belge dans le fonctionnement des autorités publiques étrangères, qui pourrait paraître d'autant moins admissible par l'Etat étranger en cause que l'initiative de l'annulation pourrait avoir été prise en Belgique par le ministère public agissant sur la base de l'article 41 du projet. Il est même possible, à suivre la réponse des représentants du ministre à une question qui leur a été faite, que la nullité soit prononcée par un tribunal belge en se fondant sur un défaut de publicité en Belgique requise par l'article 44, § 3, du projet pour un mariage célébré à l'étranger. On se trouverait ainsi devant une situation où les autorités publique et judiciaire belges ont combiné leurs activités pour faire annuler un acte public étranger au motif que cet acte a

.../...

violé les règles belges sur les formalités préalables au mariage.

Les représentants du ministre, interrogés à ce sujet, ont, en s'inspirant de l'ouvrage de MM. Rigaux et Fallon (26), fait valoir que le jugement belge d'annulation ne porte que sur l'acte privé qu'ont accompli les époux et que l'intégrité de l'acte public étranger est ainsi sauvegardée. Cette dissociation entre l'acte public et l'acte privé de mariage, à la supposer compatible en droit belge avec l'article 21, alinéa 2, de la Constitution, ne peut en tout cas pas être généralisée; et il se pourrait donc que les lois de l'Etat étranger en cause connaissent un système matrimonial qui ne permet pas cette dissociation et qu'il considère que c'est bien l'autorité qui marie les époux, certes avec le consentement de ceux-ci, mais sans que l'on puisse distinguer la volonté des époux et celle de l'autorité qui "célèbre" le mariage. Un tel Etat pourrait s'estimer lésé par une décision belge qui aurait mis à néant l'activité de ses autorités publiques. Mieux vaut donc éviter un tel heurt; il n'y a là aucune timidité mais seulement un respect strict des souverainetés étrangères. Il suffit pour le sauvegarder que la juridiction belge se borne à déclarer que le mariage célébré à l'étranger est inopposable en Belgique. Un tel dispositif entraîne en Belgique toutes les conséquences qu'aurait produites une déclaration de nullité.

(26) Droit international privé, op. cit., t. II, pp. 824 et 993.

La révision du texte en projet pourrait prendre pour modèle la loi fédérale suisse sur le droit international privé dont les auteurs du projet examiné se sont, d'ailleurs souvent inspirés en d'autres occasions. Cette loi ne formule aucune règle de conflit de lois relative aux mariages célébrés hors de Suisse; elle se contente, pour ceux-ci, d'énoncer à l'article 45 qu'"un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse". Toute question de validité en Suisse d'un mariage célébré à l'étranger se pose alors en termes de reconnaissance et les juridictions suisses ne sont jamais amenées à annuler d'autres mariages que ceux célébrés en Suisse.

2. Les effets du mariage

a) le principe de l'article 45 : sa nouveauté

Les représentants du ministre ont déclaré à ce sujet que la règle déposée dans l'article 45 du projet constitue "l'une des modifications fondamentales introduites par le projet", et qu'elle innove en ce qu'elle fait "apparaître le principe moderne de proximité". On ne peut, en effet, minimiser l'importance de cette partie du projet puisqu'il s'agit de la règle de conflit fixant la loi applicable à la substance même du lien matrimonial c'est-à-dire aux droits et aux devoirs des époux en ce compris les répercussions que ces droits peuvent avoir sur les tiers en relation avec les époux.

.../...

Cette modification fondamentale consiste à substituer à la loi nationale, qui était normalement applicable au mariage jusqu'aujourd'hui, non plus une loi nationale, même pas celle qui leur serait commune, mais la loi "de l'Etat sur le territoire duquel les époux résident habituellement" (article 45 du projet). Une réponse des représentants du ministre précise qu'il faut entendre par là, non pas nécessairement l'Etat où les époux résident habituellement ensemble, mais aussi l'Etat où chacun des époux a fixé sa propre résidence habituelle, distincte de celle de son conjoint. Cette précision est très importante et il est indispensable qu'elle figure dans le texte même du projet.

La règle ainsi conçue est une règle multilatérale; ce qui signifie qu'elle s'applique à toutes les personnes mariées et quelle que soit la loi conformément à laquelle elles se sont mariées. Elle s'applique aux conjoints de nationalité commune, belge ou étrangère, aussi bien qu'aux époux de nationalité différente. La loi de la nationalité commune des époux ne reprend son empire sur les effets du mariage que subsidiairement, c'est-à-dire à défaut de résidence habituelle, commune ou séparée, des époux dans le même pays. Ainsi, des époux tous deux Belges mais résidant habituellement aux Etats-Unis en Californie, l'un à San Francisco et l'autre à San Diego, peuvent en vertu de l'article 40, § 1er, 4°, du projet soumettre le litige qui les divise sur la contribution aux charges du ménage à un tribunal belge; ce tribunal devra trancher ce litige en application du droit californien auquel renvoient les articles 45, § 1er, et 18, § 1er, du projet. Le même tribunal ne peut appliquer la loi belge que si l'un des époux réside à San Francisco tandis que l'autre réside à

.../...

Carson City, plus proche de San Francisco mais situé dans l'état du Nevada, voisin et donc distinct de la Californie.

b) la question des effets personnels

Une première observation doit être faite sur cet article 45 du projet; elle concerne son domaine d'application. Le paragraphe 2 en projet précise la catégorie générale des "effets du mariage" en détaillant une série de questions qui concernent toutes les relations pécuniaires des époux. Cette énumération est précédée de l'adverbe "notamment" qui en assure le caractère exemplatif; toutefois, ni le texte, ni le commentaire de cet article 45 du projet, ne font allusion aux effets personnels du mariage, tels que le devoir de fidélité ou d'assistance; le commentaire commence même par affirmer que la règle générale de l'article 45 du projet "ne vise que ce qu'il est convenu d'appeler le régime primaire". La raison de ce silence est, selon les représentants du ministre, que le projet "tente de minimiser l'importance de cette distinction (entre effets personnels et effets pécuniaires) pour le conflit de lois, afin de limiter les conflits de qualifications"; les représentants du ministre ont ajouté que le commentaire de l'article précité serait revu.

Le texte du projet doit préciser de façon explicite ce qu'il faut entendre par "effets du mariage". L'adverbe "notamment" qui figure dans la proposition introductive du paragraphe 2 de l'article 45 du projet ne suffit pas pour lever l'ambiguïté sur la portée du texte qui, comme il a été dit ci-dessus, ne désigne explicitement que des effets

.../...

pécuniaires et laisse ainsi croire que les effets personnels n'y sont pas compris.

c) les rapports entre la loi des effets et celle du "patrimoine"

Le domaine exact de la loi désignée, tel que l'article 45 du projet le décrit, est aussi rendu problématique par les mots "sans préjudice" qui ouvrent le texte du paragraphe 1er en projet. En précisant que la loi de la résidence habituelle n'est applicable que "sans préjudice des articles 46 à 52", le texte oblige à restreindre le domaine de la loi de la résidence habituelle aux questions qui ne sont pas réglées en application de la loi rendue applicable par lesdits articles 46 à 52 du projet. Il en résulterait, par exemple, que lorsque la loi "du patrimoine" des époux règle la contribution aux charges du ménage, la loi de la résidence habituelle ne la règle que dans la mesure où la loi "du patrimoine" n'en a pas disposé autrement.

Ce résultat ne ferait aucune difficulté si le commentaire de l'article 45 du projet ne précisait pas à plusieurs reprises que cet article vise le régime matrimonial primaire. Or, cette expression désigne normalement cette partie des règles portant sur leurs relations patrimoniales qui s'imposent aux époux quel que soit le régime matrimonial proprement dit. Il y a donc une contradiction entre le texte de l'article 45, § 1er, du projet, en particulier les mots "sans préjudice" de son incipit, et le commentaire qui explique la portée de cet article en se

.../...

servant de la notion de "régime primaire", notion qui implique une primauté et non une subsidiarité par rapport à une autre loi réglant, elle aussi, les relations pécuniaires des époux.

3. La loi applicable au "patrimoine des époux" : différence entre la notion d'un tel patrimoine et le régime matrimonial

La sous-section 3 de la section 4 consacrée au mariage sous tous ses aspects, des fiançailles au divorce, a pour intitulé : droit applicable au "patrimoine des époux". Les sept articles assez longs, que la sous-section comporte, mettent en place un système dont il est difficile d'apercevoir aussi bien les lignes directrices que le fonctionnement exact.

a) Une des causes - et, probablement, la principale -, de cette difficulté tient à la confusion engendrée par l'usage, à coup sûr impropre et peu ordonné, qui est fait, en l'occurrence, du mot "patrimoine". Celui-ci désigne dans le vocabulaire juridique belge, l'ensemble des droits et des obligations, appréciables en argent, qui ont pour sujet actif ou passif une même personne. L'intérêt de faire ainsi de l'ensemble des biens et des obligations d'une personne une entité unique se présente à deux points de vue principaux. Les créanciers ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur; la mort de la personne fixe son patrimoine pour passer aux héritiers et se fondre dans le leur. En ce sens, il n'y a pas de "patrimoine" des époux sauf dans les cas rarissimes où le mariage immerge la

.../...

personnalité de la femme dans celle de son mari, qui devient ainsi le seul titulaire "du" patrimoine des époux. Ce n'est évidemment pas pour ce cas que sont écrits les articles 46 à 52 du projet.

Les représentants du ministre ont expliqué que "le terme "patrimoine" utilisé au singulier était utilisé dans un sens neutre ou générique (au sens "la question du patrimoine") et que l'exposé des motifs pourrait comporter une précision à cet égard". Il n'est pas possible qu'une loi recoure à un terme juridique aussi clairement technique que le mot "patrimoine" en le prenant dans un sens qui est - et encore ! - celui qu'il revêt dans le langage courant.

Le commentaire de l'article explique pour sa part que le terme patrimoine a été préféré à l'expression classique "régime matrimonial" pour éviter que dans certains cas la règle de l'article 46 du projet ne débouche en quelque sorte sur le vide lorsque le droit désigné "ne connaît pas à proprement parler d'institution du "régime" matrimonial". Il explique encore que le projet recourt à ce terme pour pouvoir viser la mutation. Ce dernier souci n'est cependant pas justifié car la mutation est une question qui relève sans aucun doute du régime matrimonial. Quant à l'absence dans certains systèmes juridiques, par exemple les systèmes islamiques, de la notion même de régime matrimonial, elle signifie que dans ces systèmes, le mariage n'influe en rien sur les droits patrimoniaux des personnes qui se sont mariées; ce peut être compris comme une séparation absolue des biens et constitue un système de relations pécuniaires entre époux. Il s'agit donc d'un régime matrimonial.

.../...

Il peut d'ailleurs être relevé que les rédacteurs du projet ne sont pas eux-mêmes parvenus à se tenir à la terminologie qu'ils avaient adoptée. C'est ainsi, en effet, que le commentaire de l'article 51 du projet porte pour titre "domaine du droit applicable au régime matrimonial" alors que la disposition commentée a pour titre "Domaine du droit applicable" et que le début du texte précise qu'il s'agit du domaine du droit applicable au patrimoine.

Cette confusion terminologique doit être évitée. Il faut donc que les auteurs du projet revoient fondamentalement les textes proposés et clarifient la question, qui leur a d'ailleurs déjà été posée, de savoir si, lorsque les époux ont fait choix d'une loi que le projet appelle la loi du patrimoine, ils se sont ou non nécessairement obligés à n'établir entre eux d'autre régime matrimonial que l'un de ceux que cette loi autorise.

Il est aussi nécessaire de clarifier les règles de l'article 47, § 1er, in fine, et de l'article 49, § 1er, du projet. La première dispose que "le choix (du droit applicable au patrimoine) peut modifier un choix antérieur", tandis que la seconde de ces deux règles dispose que "la faculté pour les époux de changer de régime matrimonial est régie par le droit applicable au patrimoine des époux lors du changement". Si le choix du droit applicable au patrimoine est implicitement mais sûrement le choix d'un régime matrimonial, la faculté que l'article 47 lui-même attribue aux époux de changer le choix de la loi du patrimoine emporte nécessairement à son tour la possibilité de changer de régime matrimonial. Mais cette faculté, accordée par l'article 47 du projet n'est pas compatible avec le texte de

.../...

l'article 49 du projet qui, de son côté, fait régir la possibilité de changer de régime matrimonial par la loi du patrimoine en vigueur au moment où les époux désirent changer.

La confusion entre patrimoine des époux et régime matrimonial rend encore difficile à comprendre la portée de la règle de l'article 51, § 1er, 5°, du projet, où on lit que "la loi applicable au patrimoine des époux détermine la dissolution et la liquidation du patrimoine des époux, ainsi que les règles du partage", puisque comme il a été dit ci-dessus, dans la plupart des cas, pour ne pas dire dans tous, il n'y aura pas de patrimoine des époux à dissoudre ni à liquider. Ce qui peut se présenter et se présentera sans doute assez souvent, c'est la dissolution d'un régime matrimonial et, par conséquent, le partage de ce qui est appelé une communauté, masse de biens non personnalisée et qui, comme chacun sait, ne constitue donc pas un patrimoine à proprement parler. Du reste, on voit mal comment une autre loi que celle régissant le régime matrimonial pourrait s'appliquer à la dissolution du régime et, le cas échéant, à la liquidation de certains biens ou masses de biens.

b) Le projet renverse le principe suivi jusqu'aujourd'hui par la jurisprudence belge selon lequel le régime matrimonial est un effet du mariage et que la loi qui lui est applicable ne peut donc pas être à la disposition des époux. La Belgique se distingue en cela de la France qui a depuis longtemps adopté le principe inverse et permis aux futurs époux de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial.

.../...

Le projet rejoint donc cette dernière solution. Il y apporte toutefois une importante correction. Car il limite assez étroitement le nombre de lois que les futurs époux ou les époux peuvent choisir. Leur choix ne peut, en effet, se porter que sur le droit du pays où l'un d'eux a sa résidence habituelle ou dont il est le national. Quatre droits au maximum composent donc la liste des droits qui restent en permanence à la disposition des époux qui n'ont pas la même nationalité et ne résident pas tous deux habituellement dans le même pays : ceux de la nationalité de l'un et de l'autre et ceux du pays de la résidence habituelle de chacun.

Outre ces droits qui peuvent être choisis pendant tout le cours de la vie conjugale, l'article 46 du projet offre aussi au choix des époux "le droit de l'Etat sur le territoire duquel ils fixeront pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage." Il s'agit bien d'un choix qui précède le mariage et le droit qui peut être choisi doit leur permettre de se soumettre anticipativement à un droit avec lequel ils n'auraient encore ni l'un ni l'autre, au moment où ils le décident, le moindre contact, mais qui est celui du pays dans lequel l'un au moins d'entre eux compte s'établir.

A propos de cette possibilité de se soumettre à la loi d'une résidence simplement projetée, plusieurs questions surgissent.

Que se passe-t-il si cette résidence future ne devient jamais effective parce que les époux trouvent l'un et l'autre plus expédient de rester là où ils étaient établis avant leur mariage ? Faut-il considérer alors que

.../...

leur choix n'est pas valide et que le régime matrimonial des époux est soumis à la loi désignée par la règle de rattachement objectif de l'article 48 ? Une autre question en rapport avec cette première est celle de savoir quel est le régime matrimonial des époux pendant tout le temps, qui peut être plus ou moins long, qui s'écoulera entre la date du mariage et celle à laquelle les époux "fixeront pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage". Ces questions, et bien d'autres d'ailleurs, sont toutes d'autant plus malaisées à résoudre que le rôle exact de l'intention dans la détermination de la résidence habituelle restant incertain, la date à laquelle la résidence est prise reste elle-même incertaine (voir à cet égard l'observation sur l'article 4 du projet).

II. La répudiation

L'article 55 du projet tente de régler la position de la Belgique à l'endroit d'un mode de dissolution du mariage qui reste répandu dans les Etats dont le droit est encore inspiré par la religion islamique : la répudiation de sa femme par le mari. Sur ce point déjà, le titre donné à cet article 55 peut être critiqué car la caractéristique de l'institution en cause ne réside pas essentiellement dans le fait que la dissolution se produit par la volonté d'un seul des époux, elle tient surtout à ce que le seul époux qui puisse ainsi rompre le mariage est le mari et que la dissolution ne peut donc pas dépendre de la volonté de la femme. Quant au texte même de l'article 55 du projet, il s'exprime en parlant de "l'époux auquel l'acte est opposé" et aussi de "l'acte accepté par cet époux" là où cependant

.../...

il est certain qu'il s'agit et qu'il ne peut s'agir que de la femme. Pour sa part, le commentaire de l'article 55 nomme franchement l'institution en cause : la répudiation avec ou sans compensation. Le souci de "transparence" qui est l'une des raisons pour lesquelles le projet a été entrepris appelle donc la correction de l'intitulé de l'article 55 et la rédaction explicite du texte.

Le projet ne comprend bien sûr aucune règle en vue de permettre à un juge belge de prononcer un divorce en se fondant sur une loi étrangère autorisant le mari à répudier sa femme. La répudiation restera donc une institution inconnue du droit belge. Toutefois, l'article 55 du projet tend à permettre qu'une répudiation intervenue à l'étranger produise en Belgique des effets, en particulier l'effet essentiel d'opérer la rupture d'un mariage, éventuellement célébré en Belgique.

Le projet détermine donc les conditions d'une réception d'une répudiation intervenue à l'étranger. Le projet ayant réservé le terme de "reconnaissance" pour désigner les cas dans lesquels une décision judiciaire produit des effets substantiels, il n'utilise dans l'article 55 ni le terme de reconnaissance, ni celui de réception; il se borne à parler d'un "acte" qui "produit ses effets" en Belgique.

Le texte de l'article en projet ne manque cependant pas de faire dépendre la "production" des effets en question, à commencer par celui de rupture, de conditions qui sont empruntées au régime de la reconnaissance de décisions judiciaires au sens le plus propre, tel que le décrit

.../...

l'article 32 du projet, qui renvoie, lui-même, pour le cas particulier des jugements rendus en matière d'état des personnes, à l'article 24.

C'est d'ailleurs en raison du fait que l'article 55 du projet mêle ainsi acte et jugement de répudiation, d'une part, et, d'autre part, ajoute les unes aux autres des conditions relatives à l'acte et des conditions relatives au jugement, que le texte encourt le plus de critiques. Voici pourquoi.

Les auteurs qui ont le plus sérieusement cherché à caractériser la répudiation islamique, et notamment les professeurs Carlier, Erauw et Foblets (27), auxquels se réfère le commentaire de l'article 55 du projet, montrent qu'elle repose essentiellement sur un acte juridique solennel accompli par le mari qui déclare, en prononçant des paroles sacramentelles, qu'il répudie sa femme, ou qu'il la renvoie chez ses parents. Cet acte solennel est ensuite revêtu d'une enveloppe procédurale exigée dans un but probatoire par les diverses législations positives d'inspiration islamique.

On pouvait déjà lire dans un arrêt de la Cour suprême d'Algérie du 27 mars 1968 que

"... la répudiation n'est que l'expression de la volonté unilatérale de l'époux de mettre un terme à la vie conjugale, et, lorsque les juges la valident, ils ne

(27) Etude sur la situation juridique des femmes marocaines, initiée par le Centre pour l'égalité des chances. Voyez M.-C. Foblets (ed.), Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration, Anvers, Maklu, 1998.

peuvent qu'en donner acte et la prononcer sans avoir à rechercher si les faits invoqués par le demandeur sont fondés ou ne le sont pas."

Des législations récentes comme le code de la Famille algérien de 1984 ou la loi égyptienne de 1985 laissent apparaître que l'acte de répudiation est bien une prérogative maritale mettant fin au mariage du seul fait de son exercice par son titulaire, et montrent en même temps le souci d'organiser par une intervention étatique la preuve de la dissolution du lien conjugal. Plus récemment encore, le Dahir marocain du 10 septembre 1993 dispose en son article 48 que la répudiation est attestée par deux témoins instrumentaires et qu'elle n'est enregistrée qu'en présence des deux parties et après autorisation du juge. Ainsi donc ces Etats prennent une précaution probatoire en confiant à un juge le soin d'"entériner" la déclaration de volonté du mari.

Si tel est bien le rôle du juge lorsqu'il intervient à propos de la répudiation même, son rôle est différent lorsqu'il procède au règlement des effets de la répudiation, ou plus exactement lorsqu'il fixe les conséquences que doit entraîner la rupture du mariage provoquée par la prononciation de la formule répudiaire. Le juge veille à l'application des engagements pécuniaires, notamment ceux relatifs à la dot, il évalue le montant de l'obligation d'entretien, comme aussi celui du "don de consolation" ("mut'a") accordé à la femme répudiée. Dans ce rôle, il n'est pas douteux que le juge est actif; il n'est plus le témoin public d'une déclaration de volonté maritale mais il accomplit lui-même un véritable acte de juridiction fondé sur les appréciations et les vérifications auxquelles

.../...

il se livre. Cet acte est une décision judiciaire, éventuellement gracieuse, au sens que ce mot revêt à l'article 21 du projet et de son commentaire.

L'analyse des droits étrangers d'origine coranique révèle ainsi clairement ce que vise au juste le projet lorsqu'en son article 55, il fixe les conditions auxquelles "un acte passé à l'étranger constatant la volonté d'un époux de dissoudre le mariage produit ses effets en Belgique". La formule est nette; les conditions énoncées concernent l'acte et non la décision qui homologue l'acte puisque d'ailleurs la première condition qu'énumère l'article 55 du projet est précisément que l'acte soit homologué. Il ne s'agit donc pas dans ce texte de recevoir une décision d'homologation mais seulement l'acte homologué par la décision; il n'est pas question non plus de reconnaître la décision qui, après avoir homologué, a déterminé les conséquences d'une rupture que le juge étranger, fût-il juge, n'a pas plus le pouvoir de décider qu'il n'a celui de l'empêcher.

En prenant appui sur cette distinction entre l'acte de rupture et la décision éventuelle sur les conséquences de cette dernière, l'article 55 reste d'ailleurs fidèle à la manière dont le projet envisage en général le règlement du divorce. Son inspiration globale à cet égard se marque, en effet, dans la façon dont l'article 54 restreint le domaine de la loi applicable au divorce; il le limite au divorce même, à ses causes ou conditions, à son effet dissolutif et à la date à laquelle il se produit. Le commentaire de l'article 54 du projet précise cela de la façon la plus certaine. On y lit que "selon le code (en projet), les effets du divorce ne relèvent pas du domaine du droit

.../...

applicable au divorce, mais de celui du droit qui régit chacune des institutions concernées" comme, par exemple, les aliments. Il est donc conforme à l'article 54 du projet d'interpréter l'article 55 en le limitant à l'effet du divorce proprement dit c'est-à-dire à l'acte de rupture du lien et d'envisager distinctement celui-ci et la décision, gracieuse ou contentieuse, qui en a déterminé les conséquences.

Il s'ensuit que l'article 55, 4°, du projet qui n'admet les effets en Belgique de l'acte répudiaire que si "les conditions de l'article 32 sont remplies" est aussi insolite qu'inadéquat. Car cet article 32 du projet renvoyant lui-même à l'article 24 du projet, est le siège de la matière des effets en Belgique des décisions judiciaires en matière d'état des personnes. La référence à l'article 32 du projet comme condition de réception de l'acte ne peut manquer de provoquer de nombreuses difficultés car plusieurs conditions de reconnaissance des jugements tombent à faux lorsqu'il faut tenter de les mettre en oeuvre à propos d'actes qui ne sont pas des jugements mais simplement des "actes publics" constitutifs accomplis par un juge.

La plus redoutable de ces difficultés a trait au respect de l'ordre public procédural, c'est-à-dire au principe contradictoire et au respect des droits de la défense comme condition de reconnaissance du jugement étranger en matière d'état des personnes (article 24, § 1er, 2°, du projet auquel renvoie l'article 32). Comment soumettre un acte de répudiation homologué par un juge "passif" à un contrôle du respect des droits de la défense ? Un tel contrôle sur un acte de ce type n'est-il pas simplement

.../...

dépourvu d'objet ? Il se pourrait même, si l'on tente de lui en donner un à tout prix, qu'il aboutisse à un rejet systématique et inconditionnel de l'acte, car la présence au moins possible de la femme répudiée lors de l'exécution de la formalité décrite ci-dessus, voire même son "acceptation" de la résolution maritale contre laquelle ni le juge, ni elle, ne peuvent rien, amène à conclure que rien de cette procédure n'est "contradictoire" car l'idée même qu'elle pourrait l'être n'y revêt aucune signification.

Du reste, quoiqu'il en soit de cette discussion sur la possibilité de contrôler un acte homologué par un juge, c'est-à-dire un acte public, de la même manière et selon les mêmes critères que ceux utilisés pour contrôler une décision judiciaire, il faut encore prendre en considération le principe d'égalité en général et entre l'homme et la femme, en particulier lorsqu'ils sont mariés. Ce principe constitutionnel permet-il au législateur d'établir des règles de droit international privé en vue de permettre à un acte de répudiation de produire ses effets en Belgique ? Sans doute est-il utile de signaler que c'est sur la base de ce principe, tel que l'énonce l'article 5 du 7e protocole à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, que la Cour de cassation de France a récemment estimé qu'une répudiation intervenue au Maroc entre époux marocains ne pouvait pas produire d'effet en France (28).

(28) Arrêt du 11 mars 1997, Dalloz, 1997, p. 400, note M.-L. Niboyet.

Il est certes possible de considérer qu'une règle étrangère organisant la rupture du mariage fondée sur la volonté d'un seul époux n'est pas contraire à l'ordre public international belge puisque l'article 232 du Code civil permet le divorce pour séparation prolongée et que celle-ci peut être le fait d'un seul époux. Il n'est pas pour autant possible de raisonner de la même manière s'agissant d'un cas de divorce qui, fût-il étranger, établit la discrimination la plus évidente entre l'homme et la femme puisqu'elle réserve au mari l'initiative de la rupture.

Sans doute l'article 55, § 1er, 3°, du projet, qui fait dépendre la production des effets en Belgique de l'acceptation par "l'autre époux" de l'acte qui le répudie, a-t-il été introduit pour réserver le bénéfice de la reconnaissance aux répudiations qui paraîtraient se rapprocher de la figure du divorce par consentement mutuel. Cette précaution est évidemment aussi insuffisante qu'illusoire. Le juge étranger, en effet, n'ayant pas à vérifier, lors de l'homologation, l'"acceptation" de la femme ni non plus, a fortiori, à mesurer la liberté et l'indépendance de celle-ci, on ne voit pas comment le juge belge, pour sa part, pourrait entreprendre de le faire après coup, plus ou moins longtemps après l'acte de répudiation et son homologation. Ce juge ne pourrait en fait que s'en remettre aux déclarations de la femme sur sa propre volonté à l'époque où la répudiation s'est produite; ce serait laisser à la femme la faculté de disposer d'une procédure.

L'altérité radicale de la répudiation par rapport au divorce tel qu'il existe dans les Etats qui se sont constitués sur la base de l'égalité des sujets de droit et,

.../...

en particulier, de l'homme et de la femme, même mariée, tient au fait que, comme il vient d'être dit ci-dessus, l'initiative de la rupture est, dans tous les cas, et quelle que soit l'attitude de la femme, réservée au mari.

Il appartient aux auteurs du projet de démontrer que le dispositif prévu par l'article 55 du projet est conforme au principe d'égalité.

Quant à la deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 55 qui, comme l'ont précisé les représentants du ministre, peut aboutir à laisser se produire en Belgique les effets d'un acte de répudiation accompli à l'étranger par un Belge ou vis-à-vis d'une Belge, il n'est pas utile d'en signaler longuement la gravité tant elle est évidente. La raison pour laquelle, selon ces représentants, il serait possible de considérer que la nationalité belge d'un des époux ne fait pas toujours obstacle à la réception d'une répudiation, est qu'il y a des cas dans lesquels cette nationalité belge n'établit pas nécessairement un lien significatif entre la situation et la Belgique car il se peut que la nationalité belge étant devenue "tout à fait passive", le lien qu'elle établit avec la Belgique soit lui-même devenu "tout à fait théorique". Introduire ainsi dans la législation la possibilité pour les juges d'apprécier le caractère significatif du lien d'allégeance entre la Belgique et ses sujets, conduit à les inviter à distinguer parmi les Belges ceux qui éprouvent plus ou moins intensément la nationalité qui est la leur. Une telle distinction est évidemment inadmissible. Il a d'ailleurs déjà été observé ci-dessus dans l'observation consacrée à l'article 16 du projet, qu'une appréciation sur l'effectivité de

.../...

la nationalité belge est explicitement écartée par l'article 3, § 2, du projet dans l'hypothèse du conflit de nationalités belge et étrangère.

III. La cohabitation et le partenariat

La section 5 du chapitre II du projet est intitulée "la cohabitation et le partenariat". Ces deux mots se retrouvent, toujours ainsi associés, deux fois dans le texte même du projet, au paragraphe 1er des articles 57 et 58 du projet. Dans les autres dispositions de ces articles qui composent à eux deux la section 5, c'est par les expressions "une telle relation" ou "la relation en cause" que le texte désigne ce dont il parle, c'est-à-dire ce qui peut être conclu ou dissous.

Selon l'article 1475 introduit dans le Code civil par la loi belge du 23 novembre 1998, la "cohabitation légale" s'entend de "la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration au sens de l'article 1476"; et cet article détaille soigneusement le contenu de la déclaration en question.

C'est pourquoi les représentants du ministre ont été interrogés sur le sens qu'il fallait attribuer à l'expression double qui associe indissolublement "cohabitation et partenariat" ou au mot "la relation" qui la remplace. La question qui leur a été posée soulignait le caractère vague de l'expression.

.../...

Ils ont répondu en ces termes :

"... La section 5 entend couvrir toute relation de vie commune, quelle qu'en soit la nature ou la qualification, à l'exception de celle du mariage, tout en tendant, quant au contenu, à rapprocher autant que possible les rattachements respectifs de ce type de relation et du mariage afin d'éviter les problèmes épineux de qualification. ... Il est très difficile, à l'heure actuelle, de donner une définition précise et figée du "partenariat". Il s'agit en réalité d'un terme générique, susceptible de recevoir des sens variables d'un système juridique à l'autre. En revanche, le terme "cohabitation" paraît propre au droit belge. ... L'on pourrait songer, dans l'article 57, à remplacer les termes "la cohabitation ou le partenariat" par l'expression "une relation de vie commune autre que le mariage.".

Ils ont ajouté que

"... cette nouvelle catégorie de rattachement ... est purement fonctionnelle, étant indépendante de la nature exacte que le législateur belge de droit matériel a attribuée à cette variété de relation de vie commune qu'est la "cohabitation.".

Il faut examiner comment les règles du projet peuvent être appliquées en tenant compte des précisions qui ont été données par les représentants du ministre sur la manière dont le projet entend "éviter les problèmes épineux de qualification".

Cet examen peut être mené tant du point de vue de la conclusion de la "relation" (A), que de sa dissolution (B).

.../...

A. Le paragraphe 2 de l'article 57 en projet fixe les cas dans lesquels "une telle relation" peut être conclue en Belgique. Sans doute faut-il comprendre qu'il s'agit des cas dans lesquels l'officier de l'état civil peut prêter son concours à la déclaration de volonté prévue par l'article 1476 nouveau du Code civil; ce concours consiste à donner récépissé et "acter" la déclaration dans le registre de la population. Ce dernier article indique aux 4°, 5° et 6° du paragraphe 1er, alinéa 2 que les déclarants doivent vouloir "cohabiter légalement", avoir pris connaissance des articles 1475 à 1479 du Code civil, et, le cas échéant, avoir conclu une convention visée à l'article 1478. Ces précisions se référant toutes étroitement à la substance de la loi du 23 novembre 1998, la question se pose de savoir si l'officier de l'état civil peut, tout en respectant le principe selon lequel il doit se soumettre à la loi qui organise sa fonction, recevoir, donner récépissé et "acter" une déclaration d'un autre contenu.

Une réponse négative à cette question paraît s'imposer en vertu du principe selon lequel l'autorité publique belge ne peut accomplir d'autres actes que ceux prévus par la loi qui lui confère sa fonction. Mais cette réponse priverait de sens le paragraphe 3 du même article 57 du projet qui dispose que "la conclusion ne peut avoir lieu en Belgique que si le droit belge "organise la catégorie de relation en cause" car cette phrase semble bien prendre pour hypothèse que "la relation en cause" (à savoir celle de la conclusion de laquelle il est question) peut être régie par une loi étrangère différente de la loi belge mais doit toutefois demeurer dans la "catégorie" dont la loi belge relève.

.../...

Pour donner un sens et rendre compatibles l'un avec l'autre l'alinéa 1er du paragraphe 2, et le paragraphe 3 de l'article 57 du projet, il faut donc, d'une part, admettre une exception au principe "auctor regit actum" et, d'autre part, découvrir la règle de conflit de lois permettant d'identifier la loi qui détermine la configuration de la relation de "cohabitation ou partenariat" dont la conclusion est envisagée. C'est alors seulement que peut s'effectuer la comparaison grâce à laquelle il est possible de décider si la relation à conclure relève ou non d'une "catégorie" organisée par le droit belge.

On voit ainsi que l'officier de l'état civil, à le supposer libéré de la sujétion où le tient la règle "auctor regit actum", doit identifier la loi de "la relation en cause", à savoir la loi de la relation pour la conclusion de laquelle les personnes en cause sollicitent son concours. Il devra ensuite confronter la relation telle que cette loi la configure et le droit belge afin de vérifier si ce dernier "organise la catégorie de relation en cause". Cette identification (a) et le travail subséquent de comparaison (b) ne sont ni l'un ni l'autre simples.

(a) L'identification de "la loi de la relation" n'est pas chose facile. Car l'article 58, § 1er, du projet prévoit l'application par analogie des règles de conflit de lois en matière de mariage (articles 43 à 54 du projet); or, ces règles se réfèrent à des critères de rattachement distincts pour la validité du mariage, ses effets, le patrimoine des parties, et le divorce. On ne voit pas quel est, de ces quatre critères de rattachement, celui qui "par analogie" conviendrait le mieux pour déterminer "la" loi

.../...

qui, dès le moment de la conclusion, doit être considérée comme celle dont relève "la relation" à conclure.

"Cette" loi est d'autant moins facile à déterminer que l'article 58, § 2, du projet attribue pour sa part un rôle prépondérant à un critère de rattachement qui n'est pas retenu par les articles 43 à 54 du projet et qui est le lieu de conclusion. La loi du pays de la conclusion, si ce pays est la Belgique, est en effet celle qui d'après cet article 58, § 2, du projet s'applique à tous les aspects de la relation, à ses effets comme à sa dissolution.

Ce rôle du lieu de conclusion apparaît encore d'une réponse faite par les représentants du ministre à une question qui sollicitait des précisions sur l'article 57, § 3, du projet; ces représentants ont, en effet, suggéré de simplifier ce dernier texte en disposant qu'à titre subsidiaire ce soit toujours le droit de l'Etat sur le territoire duquel la relation a été conclue qui en régit les effets ou la dissolution. Cette suggestion est le signe que, dans leur esprit, la loi du lieu de conclusion présente des titres sinon prépondérants, du moins suffisants, à s'appliquer à une relation de cohabitation ou de partenariat. Il est intéressant de le relever parce que cela fait voir que la seule piste à suivre pour construire le droit international privé en vue de l'intégration de ces rapports juridiques n'est sans doute pas de les assimiler au mariage, comme le fait l'article 58, § 1er, du projet.

(b) La comparaison exigée par l'article 57, § 3, du projet soulève pour sa part la question de savoir ce qu'il faut entendre par "catégorie".

.../...

A suivre les représentants du ministre dans la réponse citée au début de cette observation, la catégorie en question pourrait bien être celle dont ils ont dit eux-mêmes qu'elle était "générique" et "fonctionnelle", celle dont les contours ont été tracés dans les généralités de l'exposé des motifs du projet. On y lit que "ces relations connaissent deux modes d'organisation selon que le législateur leur attribue ou non un effet sur l'état de la personne. Il y a donc lieu de couvrir non seulement la cohabitation au sens visé par la loi belge, mais encore un partenariat enregistré, conclu entre personnes de sexes différents ou de même sexe, organisé par un droit étranger, avec le cas échéant, un effet sur l'état de la personne."

Il semble résulter de ce texte que le projet entend régler et donc "admettre" les deux modes. Dans ce cas comment pourrait-il se faire que le droit belge n'organise pas la "catégorie" de relation en cause ? Le droit étranger configurant la relation de la conclusion de laquelle il est question l'aura inévitablement considérée soit comme une relation sans effet sur l'état des personnes, soit comme une relation qui comporte certains effets d'état. Le droit international privé belge organise donc toutes les catégories et la restriction de l'article 57, § 3, du projet est sans portée.

Si cette restriction doit avoir une portée, il faut alors estimer que "le droit belge" au sens de ce texte n'est pas le droit international privé belge mais le droit substantiel tel que l'a récemment établi la loi du 23 novembre 1998. Dans ce cas l'article 57, § 3, du projet revient à interdire de conclure en Belgique une "relation de vie

.../...

commune autre que le mariage" toutes les fois que cette relation, quoique soumise à une loi étrangère, n'est pas configurée par cette dernière de la même façon que celle prévue par la loi belge sur la cohabitation légale.

L'analyse qui précède fait voir que la combinaison du texte du projet qui concerne la conclusion de la relation avec l'exposé des motifs et avec les explications données par les représentants du ministre est pour le moins difficile. Cette difficulté résulte du fait que le parti n'est pas clairement pris sur la question de savoir quelle est exactement la figure juridique à propos de laquelle le projet entend établir des règles. La notion "générique" ou "fonctionnelle" exposée par les représentants du ministre ne suffit ni au fonctionnement, inévitablement un peu rigide, d'une administration, ni à une correcte combinaison des règles du projet.

B. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 57 du projet ne précisent pas l'autorité publique ou judiciaire à laquelle est attribuée la compétence internationale de dissoudre la relation de cohabitation ou de partenariat.

La loi du 23 novembre 1998, pour sa part, n'attribue à aucune juridiction la compétence de dissoudre une cohabitation légale. L'article 1476 nouveau du Code civil prévoit seulement des causes légales de "cessation" de la relation; il indique aussi comment les deux parties peuvent y mettre fin de commun accord ou comment une partie peut unilatéralement la faire cesser. La question se pose donc de savoir si ce que le projet appelle la dissolution de la

.../...

relation doit s'entendre comme ce que, de son côté, le Code civil appelle la cessation.

A cette question les représentants du ministre ont répondu que

"... le commentaire devrait être plus explicite en spécifiant, lorsqu'il est question de "cessation", qu'elle concerne la cohabitation. Le terme "dissolution" est plus générique."

Cette réponse ne permet pas de résoudre la question de savoir si la volonté des auteurs du projet est d'attribuer aux juridictions belges la compétence de dissoudre une relation de "cohabitation-partenariat", en vertu d'une loi étrangère désignée par l'article 53 du projet et appliquée par analogie comme le prévoit l'article 58, § 1er, du projet.

Le commentaire de l'article 57 du projet, pour sa part, nie qu'il existe une compétence des tribunaux belges à cet égard; il le fait en ces termes :

"... lorsque le droit applicable à la dissolution d'un partenariat ayant un effet sur l'état des personnes prévoit que la dissolution intervient par l'intervention d'une autorité juridictionnelle, les juridictions belges sont sans compétence pour en connaître tant que le droit belge n'organise pas une telle compétence."

Toutefois les représentants du ministre ont corrigé ce passage du commentaire en écrivant que :

"... le texte de l'exposé des motifs explicitant l'incompétence du tribunal pour dissoudre une relation dont l'institution est inconnue en droit belge ne soulève pas

.../...

une question de compétence, comme le laisse entendre le commentaire, mais découle plutôt de l'inexistence de l'institution.".

Cette réponse plus énigmatique encore que le commentaire qu'elle corrige atteste que la question de la dissolution de la relation de cohabitation ou de partenariat doit, comme d'ailleurs aussi celle de sa conclusion, être fondamentalement repensée. Elle ne pourra l'être que sur des bases de réflexion précises par des règles spécifiques et non par des règles étendues par analogie à une institution dont la substance n'aura été déterminée que de façon "générique" et "fonctionnelle".

IV. La filiation

Contrairement à ce que fait le projet à propos d'autres institutions, il ne précise pas le domaine de la loi applicable à la filiation.

Ce domaine n'est cependant pas peu problématique et il l'est d'autant plus que dans bien des cas la loi nationale du parent recherché n'est ni la même que celle de l'autre parent, ni non plus celle du pays où les deux parents ont vécu ensemble ou séparément, ni la loi nationale de l'enfant, ni celle du lieu où l'enfant a vécu avec ou sans ce parent; la loi nationale du parent recherché peut encore n'être pas non plus celle du pays où l'action en recherche de parenté est engagée, ni non plus celle où a été dressé l'acte de naissance de l'enfant.

.../...

Or, toutes ces lois et singulièrement les deux dernières, la lex fori et la loi du lieu de l'acte, sont normalement applicables à des aspects décisifs du droit de la filiation, à savoir les questions de preuve. Il est généralement admis que, dans la matière de la filiation, ces questions tiennent de tellement près au fond qu'il est raisonnable de les soumettre à la loi de la filiation plutôt qu'à la loi du juge ou à celle du lieu de l'acte, la première devant cependant s'appliquer à la procédure et la seconde à la force probante. Le texte doit donc être complété pour affirmer explicitement le domaine de la loi applicable à la filiation.

Une raison supplémentaire de le faire tient à ce que la loi des effets du mariage est, selon le projet, déterminée, non plus par la nationalité mais par la résidence habituelle. Or, le devoir de fidélité est le fondement de la règle "Pater is est ..." souvent décisive. Comment faut-il décider si la loi nationale du père ne lui impose pas ce devoir de fidélité alors que la loi des effets de son mariage le lui impose ? Quant à la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance, il est difficile de lui attribuer la valeur parfois décisive que lui attribue la loi de la mère, lorsque l'acte a été dressé dans un pays pour lequel cette mention ne revêtant pas la même importance, les précautions prises pour s'assurer de sa véracité sont par conséquent assez faibles. Il est judicieux aussi de penser au fait que la possession d'état est souvent un fait qui résout bon nombre de questions de filiation qui, sans cela, seraient très épineuses. La possession d'état et ses effets dépendent étroitement du milieu dans lequel l'enfant est

.../...

élevé. La loi nationale de l'un ou de l'autre des parents est-elle la loi de ce milieu ?

A la question de savoir comment seraient résolus les conflits de filiation qui naîtront inmanquablement du fait que la filiation paternelle et maternelle ne sont pas nécessairement soumises à la même loi, les représentants du ministre ont répondu en disant qu'en effet cette difficulté incontournable était difficile à surmonter; ce qui est exact compte tenu des critères de rattachement choisis.

Observation V : Les biens

1. L'article 84 du projet a servi d'exemple pour une observation générale destinée à montrer les difficultés résultant du parti pris par le projet d'établir les règles de compétence internationale indépendamment de celles de compétence territoriale, sans avoir égard à la nécessité de concilier les unes avec les autres.

Il a été signalé (p. 39) que l'article 84 du projet fait du lieu de situation en Belgique d'un meuble corporel un critère de compétence générale pour toute demande concernant des droits réels sur un tel bien corporel. Il s'ensuit que "les juridictions" belges sont toutes compétentes pour connaître d'une telle demande. Mais le lieu de situation d'un meuble n'est pas un critère de compétence territoriale et il est possible que, dans certains cas, faciles à imaginer, aucun autre élément du litige ou du rapport litigieux ne soit situé en Belgique. Dans cette

.../...

situation, la question se pose de savoir quel est le tribunal belge qui peut ou doit se déclarer compétent.

Les représentants du ministre ont déclaré qu'il était nécessaire que le règlement de la compétence internationale du projet soit revu pour porter remède à cette anomalie.

2. A propos de l'article 86 du projet la question a été soumise aux représentants du ministre de savoir si la distinction faite par les paragraphes 1er et 2 en projet, entre les "droits réels", d'une part, et "la constitution et l'extinction de ces droits", d'autre part, correspond à celle souvent faite entre le contenu des droits réels, c'est-à-dire les prérogatives qu'ils confèrent à leur titulaire et l'acquisition ou la perte de ces droits. La question ajoutait que l'article 100 de la loi suisse sur le droit international privé, par exemple, qui a souvent inspiré le projet, utilise cette terminologie.

Les représentants du ministre ont répondu à cette question qu'ils considéraient cette observation comme pertinente. Ils n'ont pas fait de commentaire. Sans doute se proposent-ils de corriger le texte du projet dans le sens de l'observation qui ajoutait à la question ci-dessus décrite sur la distinction et la terminologie suggérées qu'elles servent à résoudre le conflit mobile qui surgit souvent en matière de meubles quand ceux-ci sont transportés d'un pays dans un autre et qu'il faut donc départager l'empire des lois de situation successives auxquelles le meuble s'est trouvé soumis.

.../...

De toute façon, et même si cette correction n'était pas entreprise, il est nécessaire de mettre en harmonie les articles 86 et 93 du projet. Ce dernier, en effet, ne reprend pas la distinction faite par les deux alinéas de l'article 86 du projet. Or, la description "du" domaine du droit applicable ne s'adapte pas aux deux paragraphes de l'article 86 du projet.

3. A la question de savoir si l'article 89 du projet devait s'appliquer à la revendication entreprise par une personne privée ou seulement à un Etat, les représentants du ministre ont répondu ce qui suit :

"L'article 89 traite d'une question délicate qui, suite à des décisions de jurisprudence retentissantes à l'étranger, a donné lieu à un débat doctrinal abondant. Il ressort de ce débat une tendance à admettre l'application de la loi d'origine du bien par dérogation à l'application de la loi de situation actuelle. Mais comme le montrent des travaux récents, notamment ceux de K. Kreuzer (La propriété mobilière en droit international privé, Recueil des cours de l'Académie de droit international, La Haye, Nijhoff, 1996, t. 259, p. 183 à 229), les conditions précises de mise en œuvre de ce principe font l'objet de discussions, notamment quant à l'opportunité d'en faire bénéficier le particulier.

La tendance est à limiter le domaine de la règle spéciale qui concerne le retour d'un bien exporté illicitement, à l'action de l'Etat propriétaire, ce qui exclut le cas du propriétaire privé. Ainsi, la Convention Unidroit de 1995 organise un droit de revendication comparable à un droit d'expropriation. Quant au particulier, le cas du bien volé fait l'objet de l'article 91 du projet, qui tend à lui offrir une protection comparable à celle offerte à l'Etat. En dehors de cette hypothèse, s'il agit en restitution, ce pourrait être en liaison avec l'exécution d'un contrat (un prêt par exemple) ou en raison d'un fait illicite : la demande

.../...

se situerait alors dans le cadre du chapitre V du projet.

On peut donc comprendre l'observation du Conseil d'Etat comme portant sur la raison d'être de l'article 89, § 1er, du projet. De fait, cette disposition pourrait être supprimée.

Quant au § 2, l'on pourrait y introduire une condition d'ordre matériel, que posent la plupart des travaux en la matière, à savoir que l'application de la loi de l'Etat d'origine serait soumise à une indemnisation équitable du détenteur de bonne foi.

L'article 89 pourrait être libellé comme suit :

"Lorsqu'un bien qu'un Etat inclut dans son patrimoine culturel a quitté le territoire de cet Etat de manière illicite au regard du droit de cet Etat au moment de son exportation, sa revendication par cet Etat est régie par le droit dudit Etat ou, au choix de celui-ci, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé lors de sa revendication.

Aux fins de l'action en revendication, le droit désigné est applicable pour autant qu'il assure une indemnisation équitable du détenteur de bonne foi".

La révision du texte en projet pourrait être utilement entreprise sur la base de ces explications.

4. A la question de savoir quel était le raisonnement qui avait conduit à appliquer au titre dématérialisé la règle déposée dans l'article 90, § 1er, du projet consacré au titre négociable, les représentants du ministre ont répondu :

"En matière de titres représentatifs d'un patrimoine, par exemple les parts de capital d'une société, l'application de la loi de localisation du patrimoine devrait constituer le principe. En d'autres termes,

.../...

l'application de la loi du lieu de situation du titre au porteur constitue une exception, commandée par les besoins de la sécurité juridique des transactions.

En ce sens, il est normal de considérer que chaque fois que la transaction ne concerne pas un titre constitué d'un support physique mobile négociable, l'on revient à la règle générale. De fait, le titre dématérialisé se présente d'une manière analogue à un titre nominatif en ce sens qu'il ne donne pas lieu à délivrance d'un meuble corporel négociable. La société qui a émis les titres en tient une liste - en Belgique, dans le registre des titres nominatifs selon l'art. 468 C. soc. - faisant apparaître le nombre de titres en circulation sans identification de chaque titre par son numéro. Une liste des noms des propriétaires ou des détenteurs des titres avec mention de leur nombre, ou des noms d'intermédiaires financiers, lesquels, à leur tour, possèdent une liste analogue, est tenue par un intermédiaire financier - appelé teneur de comptes agréé dans l'art. 468 C. soc. Une différence importante subsiste certes entre le titre dématérialisé et le titre nominatif, puisque la liste qui contient le premier n'identifie pas le propriétaire au regard d'un titre numéroté. Toutefois, lors d'une cession, l'un et l'autre ont en commun de donner lieu uniquement à une inscription dans un registre, sans transfert d'un support mobilier corporel.

Pour les titres dématérialisés, une localisation par le lieu de situation d'un support corporel n'a donc pas de raison d'être. Il faut alors s'en tenir à un lieu d'inscription, comme pour les titres nominatifs. Il est vrai que ce lieu pourrait différer du lieu d'émission. Une référence au lieu d'enregistrement pourrait être plus adéquate. Dans le cas de titres dématérialisés, ce lieu pourrait être celui où se situe l'inscription en compte au nom du propriétaire ou du détenteur.

Cette règle pourrait être étendue aux cas où un titre au porteur fait aussi l'objet d'une telle inscription, au sein d'un organisme de compensation. Dans ce cas, la règle qui se réfère à la localisation d'un titre au porteur dans l'article 90 du projet pourrait recevoir une place subsidiaire, ne jouant que dans le cas où le titre ne fait pas l'objet d'une inscription en compte auprès d'un intermédiaire financier."

.../...

La nécessaire révision de cet article pourrait être entreprise sur cette nouvelle base.

5. Quant à l'article 91 du projet, qui concerne le bien volé, il est nécessaire de ne pas perdre de vue le fait qu'il est possible que le bien soit au moment de la revendication situé dans un pays dont le droit ménage au possesseur de bonne foi une protection. Celle-ci doit être tenue pour un droit réel. C'est pourquoi le choix offert au propriétaire revendiquant, et qui pourrait conduire à priver le possesseur de la protection dont il bénéficie, n'est pas justifiable si ce n'est par un principe matériel a priori de préférence du propriétaire revendiquant par rapport au possesseur de bonne foi.

L'article 91 du projet doit en conséquence être revu.

Observation VI : Le trust

Le chapitre VIII que le projet consacre au trust se compose de quatre articles dont les trois derniers (118 à 120) règlent successivement la compétence internationale, le droit applicable et le domaine de ce droit; ils sont précédés d'un article (117) intitulé "caractéristiques du trust". La présence de cet article dans le projet peut surprendre; en effet, celui-ci ne précise jamais ce qu'il faut entendre par les mots employés pour désigner les grandes institutions comme le mariage, la filiation, le divorce, les successions, les obligations contractuelles ou

.../...

quasi-contractuelles, etc. S'il a paru nécessaire d'énoncer légalement dans le projet même la notion de ce qu'est un "trust" avant de poser les règles de droit international privé qui le concernent, c'est parce que cette institution ne fait pas partie du système juridique belge de droit privé et que, par conséquent, aucun mot, aucune expression du lexique juridique en usage dans le droit substantiel belge n'est propre à désigner cette institution qui, en quelque sorte, est inconnue de lui. Le commentaire de l'article 119 précise, d'ailleurs, que le code en projet "n'a pas pour ambition d'introduire l'institution du trust dans le droit matériel belge".

Cette précision est d'une importance capitale. Elle signifie qu'aucune loi, aucune règle inconnue en droit belge jusqu'aujourd'hui, ne doit, par le fait de la mise en vigueur du code en projet, venir s'ajouter aux règles de droit privé belge et en particulier à celles qui, conformément à l'article 86 du projet, régissent l'emprise que les personnes peuvent exercer sur les biens situés en Belgique. Ces règles sont au premier chef celles qui définissent et gouvernent les droits réels, à savoir le droit de propriété, et les autres droits réels principaux ou accessoires. Ce sont aussi les règles qui gouvernent la composition active de ce qui est appelé le patrimoine des personnes physiques ou morales. Conformément aux articles 7 et 8 de la loi hypothécaire, un bien, à moins qu'il soit "sans maître", fait nécessairement partie du patrimoine de son propriétaire sur lequel s'exerce le droit de gage général de tous ses créanciers.

.../...

L'article 119 du projet, - dont le commentaire vient d'être cité ci-dessus -, a pour fonction de désigner la loi d'après laquelle un juge belge doit décider de la validité d'un trust. Toutefois ce texte, ni aucun autre texte du projet, n'indiquent ce qui doit se produire si un trust, valide selon la loi désignée par l'article 119, a pour objet un bien situé en Belgique.

Aussi la question a-t-elle été posée aux représentants du ministre de savoir quelle est, dans le cas d'un trust dont l'objet est en Belgique, la loi à appliquer pour déterminer à qui appartient le bien, dans le patrimoine de qui le bien se trouve, et, par conséquent, de quelles dettes le bien répond.

La question faite aux représentants du ministre était formulée en ces termes :

"... les règles en projet sur le trust doivent-elles rester sans répercussion sur l'article 86 qui soumet à la loi belge les droits réels sur un objet situé en Belgique, et fait donc ainsi régir par la loi belge la question de savoir quel est le patrimoine dans lequel se trouve le bien en cause et quels sont les droits réels, notamment les sûretés, qui peuvent être constitués sur lui.".

La réponse des représentants a été la suivante :

"Les dispositions sur le trust n'affectent pas le jeu des dispositions relatives aux droits réels. La solution résulte de l'article 120 du projet, qui limite le domaine de la loi du trust. De fait, le paragraphe 2 de cette disposition concerne les aspects de droit réel du droit de propriété, qui relèvent de l'article 86.".

.../...

Les termes de cette réponse surprennent : que signifie l'expression "les "aspects" de droit réel du droit de propriété"? Pourquoi s'intéresser en particulier aux actes de transfert pour répondre à la question bien plus générale de la propriété elle-même ?

Mais surtout, indépendamment des incertitudes de ses termes, cette réponse ne montre même pas une voie par où s'avancer pour résoudre le problème. En effet, s'il est vrai que l'article 120 décrit, - d'ailleurs succinctement, comme le précise le commentaire du texte -, le domaine de la loi applicable, il le décrit sans aborder explicitement la question de la détermination du propriétaire du bien; cette question doit cependant inévitablement être résolue pour tout bien situé en Belgique.

Du reste, l'article 117 du projet qui, comme il a été expliqué plus haut, décrit la notion de trust, désigne comme étant la première des caractéristiques de cette institution le fait que "les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee". L'article ajoute encore que : "le trustee est investi du pouvoir ... de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi".

Si un bien situé en Belgique est objet de trust, il y aura donc une personne, le trustee, qui, sans être le propriétaire du bien, sera cependant titulaire du droit de disposer de celui-ci; or, ce droit de disposition appartient cependant aussi au propriétaire du bien selon l'article 544 du Code civil, rendu applicable par l'article 86 du projet.

.../...

La question se pose donc de savoir si une règle vient limiter le droit du propriétaire et si oui, laquelle. S'il est répondu à cette question que c'est la loi, nécessairement étrangère, gouvernant le trust, cela signifie que la loi du trust entrave plus ou moins gravement l'application de la loi belge, "lex rei sitae", sans être elle-même une loi applicable à un droit réel. Si, au contraire, il est répondu que l'article 544 s'applique sans limitation du fait de l'existence du trust, alors c'est l'institution du trust et son fonctionnement sur un bien situé en Belgique qui devient problématique. Car l'article 117 du projet affirme que le pouvoir du trustee de disposer des biens objets du trust n'est limité que "selon les termes du trust et les règles imposées au trustee par la loi". Il faut sans doute penser que la loi dont il est ainsi question est la loi gouvernant le trust, c'est-à-dire la loi nécessairement étrangère du trust, car la loi réelle belge ignore par hypothèse l'institution. C'est d'ailleurs pourquoi elle n'accorde aucun droit au trustee, envisagé comme tel. La loi belge applicable au droit de disposer du bien considérant le trustee comme une personne dépourvue du droit de propriété et qui n'est investie d'aucun pouvoir de représentation du propriétaire, elle peut seulement dénier à la personne dite "trustee" le droit de disposer du bien.

L'article 120, § 2, auquel la réponse des représentants se réfère ne suffit évidemment pas pour déterminer comment pourra être organisée la coexistence, sur un même bien situé en Belgique, de la loi réelle belge applicable d'après l'article 86 du projet avec la loi applicable au trust d'après les articles 119 et 120 du projet, tout en tenant compte de la restriction qu'y apporte l'article 120,

.../...

§ 2, du projet, le tout dans le respect de l'article 117, 3°, du projet. Ce dernier texte affirme que le trustee dispose du bien et, comme on vient de le montrer, les limites de ce pouvoir de disposer doivent être compatibles avec l'essence du trust; il est donc fatal que ce ne soit pas la loi belge du lieu de situation qui les établisse.

La lacune du projet qui vient d'être décrite tient sans doute au fait que ses auteurs ont cru pouvoir régler les problèmes épineux que posent les trusts dont l'objet est en Belgique, en ne raisonnant qu'en termes de conflit de lois. Le parti ainsi pris a conduit les auteurs à exclure du projet tout texte conçu sur le modèle des articles 11, 12 et 13 de la Convention de La Haye de 1985, dont ils déclarent cependant s'être inspirés. Toutes les règles ainsi exclues sont celles qui organisent dans cette Convention ce qui y est explicitement appelé la "reconnaissance" du trust. Ces règles de reconnaissance sont celles dont l'objet propre est précisément d'organiser ce que l'on pourrait aussi appeler la "réception" du trust dans un Etat dont le droit substantiel ignore cette institution. De telles règles doivent prendre en compte les questions de droit matériel que pose cette réception. C'est la raison pour laquelle les articles 11, 12, et 13 de la Convention de La Haye ont une allure matérielle qui atteste que tel est bien le point de vue auquel il faut se placer pour comprendre l'exacte nature des problèmes à résoudre par qui entreprend d'introduire une institution dans un système qui ne la connaît pas. Il est inévitable que cette introduction modifie le domaine d'application des autres institutions parmi lesquelles la nouvelle devra fonctionner.

.../...

Ce point de vue doit guider la reconstruction qui doit être entreprise tant du chapitre V sur les biens que du chapitre VI sur le trust, si du moins le projet entend régler le droit international privé du trust et veut le faire, comme il le déclare, "sans l'introduire dans le droit matériel belge", c'est-à-dire sans modifier le Code civil sur la propriété, les autres droits réels principaux ou accessoires, les règles du patrimoine, ainsi que celles régissant la détermination du contenu et des titulaires des patrimoines.

Voorafgaande opmerking

Bij het onderzoek van het ontwerp, waarbij grondig te werk is kunnen worden gegaan via mondelinge en schriftelijke contacten met de gemachtigden van de minister, zijn een aantal vraagstukken aan het licht gekomen die in globaal algemene opmerkingen behoeven. Die vraagstukken worden behandeld in de hiernavolgende opmerkingen.

De hiernavolgende opmerkingen zijn bedoeld als leidraad om enige kernproblemen grondig opnieuw te bekijken, problemen zowel in verband met de doelstellingen van het ontwerp, als met de vraag welk gerechtelijk college bevoegd is, met de gevolgen van buitenlandse vonnissen, of met collisie in het algemeen, en inzonderheid met betrekking tot de staat van personen en met betrekking tot goederen.

Aangezien die vraagstukken van wezenlijk belang zijn, heeft de Raad van State afgezien van een artikelsgewijs onderzoek.

Algemene opmerkingen

I. Codificatie in verhouding tot nationale en internationale wetgeving, alsook wetgeving van de Europese Unie

1. Doelstelling en gevolg van de geplande codificatie

Tot op heden is het internationaal privaatrecht in België een aangelegenheid die slechts geregeld wordt door enkele wetsbepalingen, waarvan de meeste vervat zijn in de

.../...

grote wetboeken : het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Koophandel of het Gerechtelijk Wetboek. Zo komt het dat thans een groot deel van de regels van het Belgische internationaal privaatrecht bestaat uit voorschriften van een jurisprudentie die de hoven en rechtbanken onder het toezicht van het Hof van Cassatie, hebben weten uit te bouwen op de smalle basis van de zeldzame en niet altijd samenhangende wetgeving waarover ze beschikten.

Met het onderzochte wetsontwerp willen de initiatiefnemers een kentering teweegbrengen in die situatie. Het is de bedoeling een echt wetboek van internationaal privaatrecht tot stand te brengen, dat wil zeggen een wet, niet ingebed in een andere wet of een ander wetboek, met eigen begrippen, die een geleed bestel van regels invoert die, dank zij hun - althans verhoopte - bestendigheid, het stramien zullen vormen van de handelwijze van al wie betrekkingen onderhoudt die onder het internationaal privaatrecht vallen, of van al wie in België ten aanzien van dezen als bestuurlijke overheid of rechter moet optreden. De voorschriften van het ontwerp, die vaak vrij gedetailleerd zijn, bestrijken de drie belangrijkste domeinen van het internationaal privaatrecht, ze geven aan welke wet, Belgische of buitenlandse, van toepassing is op de privaatrechtelijke betrekkingen, ze bepalen de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken in geschillen die, wegens hun onderwerp of de partijen die daarin tegenover elkaar staan, een buitenlands element bevatten, en ze stellen, ten slotte, de voorwaarden vast waaronder buitenlandse rechterlijke beslissingen uitwerking kunnen hebben in België.

.../...

De ontworpen codificatie is geenszins een louter consolideringsinitiatief met de bedoeling de regels die thans in die drie domeinen gelden vaster te maken en ervoor te zorgen dat ze gemakkelijker terug te vinden of bevatterlijker zijn. Ze strekt er tevens toe die regels op talrijke punten om te vormen en soms de grondbeginselen ervan te wijzigen. De voornaamste reden die in de memorie van toelichting wordt aangegeven om die omvorming te wettigen, is dat talrijke, zowel feitelijke als juridische aspecten van de betrekkingen die onder het internationaal privaatrecht vallen en die de Belgische overheid thans moet organiseren of beoordelen, fors verschillend zijn geworden sedert het tijdstip waarop het huidige recht zijn beslag heeft gekregen.

Het lijdt bijvoorbeeld immers geen twijfel dat de vreemdelingen die zich in België vestigen, tegenwoordig vaak tot minder vertrouwde beschavingen en culturen behoren, zodat "hun wetgeving" in vergelijking met vroeger soms in schriller contrast staat met het Belgische recht van het geadieerde rechtscollege. Tevens staat vast dat in België, zoals in de andere Staten, de regels voor de toekenning en het verlies van nationaliteit, die burgerschapsband hebben veranderd en hem moeilijker te gebruiken hebben gemaakt als criterium om te bepalen welk recht van toepassing is. Opmerkelijk is ook dat de Europese wetgevingen, die vroeger, toch zeker op bepaalde punten, zoals bijvoorbeeld echtscheiding, wezenlijk van elkaar verschilden, thans veel nauwer bij elkaar aansluiten en dat de kwestie van de keuze die moet worden gemaakt tussen de toepassing van deze of gene wetgeving des te minder prangend is geworden.

.../...

Het nut, en zelfs de noodzaak, van een modernisering van het Belgische internationaal privaatrecht kan bezwaarlijk ter discussie worden gesteld. Sommigen, zoals professor François Rigaux, zijn evenwel van oordeel dat deze aangelegenheid overgelaten moet worden aan de rechterlijke macht en dat de wetgever zich ertoe moet bepalen een klein aantal basisbeginselen vast te stellen ("Codification of private international law", nog niet verschenen). Anderen, zoals de stellers van het ontwerp, en vele anderen, zijn dan weer de mening toegedaan dat jurisprudentierecht niet meer voldoende is, en wetgevend dient te worden opgetreden. Wel kan de vraag gesteld worden welk wetgevend instrument daarvoor het geschiktste is : Staatswetten of internationale verdragen en akten ? Dient de methode, die sedert het einde van de 19e eeuw bijvoorbeeld in Italië of in Duitsland wordt toegepast, waarbij iedere Staat voor eigen rekening en in zijn eigen belang zijn eigen internationaal privaatrecht uitwerkt, gehandhaafd te worden ? Of dient openlijk gebroken te worden met dit dikwijls als verouderd beschouwde particularisme en des te meer werk te worden gemaakt van een echt internationale wetgeving ?

De recentste verdragen over collisie die inzonderheid door de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht zijn uitgewerkt, een conferentie die sedert 1951 een vaste internationale organisatie is geworden waarvan België lid is, maken duidelijk de weg vrij voor zulk een wetgeving, aangezien de verdragen die ze uitwerkt van universele aard zijn. Dat betekent dat ze regels geven die niet alleen van toepassing zijn op de verhoudingen in het geval van wederzijdse betrekkingen tussen de Staten die de verdragen

.../...

ondertekenen en bekrachtigen, maar ook op alle rechts-verhoudingen waarvan de overheden of rechters van die Staten mogelijk kennis hebben te nemen; die regels kunnen dus tot gevolg hebben dat het recht van onverschillig welke Staat ter wereld toegepast wordt. De verdragen van 's Gravenhage die door België ondertekend zijn, bestaan tegenwoordig meestal uit zulke regels; zo kan het internationaal privaatrecht een echt internationaal recht worden in alle landen die ze bekrachtigen.

België heeft zijnerzijds talrijke verdragen van die aard ondertekend, maar bijna nooit bekrachtigd. De gemachtigden van de minister hebben een nota bezorgd waarin ze van oordeel zijn dat vele van die verdragen te ingewikkeld zijn dan dat ze tegemoetkomen aan de eigen noden van België. De goedkeuring van het ontworpen wetboek moet er dan ook voor zorgen dat reeds ondertekende verdragen die nog niet bekrachtigd zijn, ook nooit bekrachtigd zullen worden. Er kan bovendien redelijkerwijs van uit worden gegaan dat toekomstige verdragen ook niet bekrachtigd zullen worden, aangezien alles erop wijst dat die verdragen, waarover in hetzelfde verband wordt onderhandeld en die tegen dezelfde achtergrond worden opgemaakt, binnen dezelfde organisatie, onvermijdelijk even ingewikkeld zullen zijn als de vorige.

Dat België thans werk maakt van het ontworpen wetboek betekent bijgevolg impliciet, maar vrijwel zeker, dat het voor altijd, of op zijn minst voor lang, ervan afziet niet alleen verdragen te bekrachtigen die, hoewel ze ondertekend zijn, nog niet de instemming hebben gekregen van de wetgevende kamers, maar ook toekomstige verdragen die,

.../...

door op te duiken in de Belgische rechtsorde, onvermijdelijk de samenhang en de stelselmatige opbouw van eigentijdse oplossingen die wenselijk zijn voor België en die, volgens de stellers van het wetboek, door dat wetboek voor die rechtsorde worden geboden, in het gedrang zullen brengen. De heer Paul Lagarde, een eminent Frans specialist op het gebied van internationaal privaatrecht en van de verdragen van 's Gravenhage, heeft reeds in 1971 geschreven :

"(il est) bien certain qu'une codification du droit international privé français rendrait très difficile l'adoption par la France, dans un proche avenir, de conventions d'unification qui seraient ressenties comme autant de brèches lézardant la codification."

Het staat uiteraard aan de wetgever een keuze te maken. Ofwel besluit hij zich ten aanzien van de beweging tot "internationale codificatie", die voornamelijk door de Haagse Conferentie op gang is gebracht, afzijdig te houden, ofwel besluit hij daaraan actief mee te werken en de doeltreffendheid van die verdragen te vergroten door de verdragen die door de Conferentie worden opgemaakt, te ondertekenen en te bekrachtigen.

De voordelen van eenvoud en samenhang die men met de goedkeuring van een eigen Belgisch wetboek hoopt te verkrijgen, moeten afgewogen worden tegen de nadelen. Die hebben voornamelijk hiermee te maken dat België, door een wetboek aan te nemen zoals het wetboek dat thans voorligt, zich onvermijdelijk en steeds meer verwijderd van een harmoniseringsproces dat enkele van zijn naaste burens doormaken. Nederland en Frankrijk bijvoorbeeld hebben gekozen voor bekrachtiging van de verdragen van

.../...

's Gravenhage inzake aangelegenheden uit het dagelijkse leven, zoals huwelijksvermogensregimes of onderhoudsplicht.

De eigen Belgische regels van een wetboek kunnen wel worden afgestemd op die van de verdragen van 's Gravenhage, of daarop gebaseerd worden - dat is zelfs soms duidelijk de bedoeling geweest van de stellers van het onderzochte ontwerp - maar dat neemt niet weg dat de Belgische regels zullen verschillen van die van de buurlanden. Hoe kan het ook anders, ze zullen immers gemaakt zijn om daarvan af te wijken. Een "louter" op elkaar afstemmen benadrukt alleen maar de afstand die België wil bewaren; die afstand verzwakt onvermijdelijk de positie van België in de Conferentie. Bovendien zou België, wanneer het die afstand bewaart, de mogelijkheid kunnen verliezen voordeel te trekken van een zeer waardevolle rechterlijke ervaring, die onze buurlanden opgedaan zullen hebben en die de Belgische jurisprudentie moeilijk op haar eentje kan opbouwen, vermits de gelegenheden die daartoe aan onze rechtbanken worden geboden uiteraard minder talrijk en minder afwisselend zijn.

2. Wat met de internationale verdragen : het vraagstuk van de overgang

Indien evenwel voor codificatie gekozen wordt, is de beslissing om de verdragen van 's Gravenhage niet te bekrachtigen, een beslissing die het logische gevolg is van de verwerkelijking van het ontwerp, uit juridisch oogpunt goed te noemen. Het zou immers onredelijk zijn het Belgische

.../...

internationaal privaatrecht inzake belangrijke aangelegenheden tweemaal om te vormen, een eerste keer door de inwerkingstelling van een wetboek, en een tweede keer door verdragen te bekrachtigen waarin onvermijdelijk andersluidende regels zullen zijn vastgelegd. Twee opeenvolgende omvormingen vrij kort na elkaar zouden de rechtszekerheid ernstig in het gedrang brengen, doordat ze onvermijdelijk talrijke overgangsproblemen in het leven zouden roepen, die altijd bijzonder heikel zijn en bijna onoplosbaar wanneer ze het resultaat zijn van een verandering van collisieregels.

Het komt er namelijk op aan in te zien en te peilen wat de gevolgen zijn van zulk een verandering voor de burger, en zich te realiseren dat de wetgever, hoe talentrijk en inventief hij ook moge zijn, over bijzonder weinig middelen beschikt om de last die hij particulieren berokkent, te verlichten. Wanneer het aanknopingspunt verandert, verandert meteen ook de wet die op die particulieren van toepassing was, en voor hen is het als men binnen eenzelfde rechtsorde een grondige hervorming tot stand gebracht van het huwelijksrecht, het erfrecht, het eigendomsrecht of van de waarborgen van de kredietverstrekker. Maar terwijl in het geval van zulke ingrijpende hervormingen de nieuwe wet kan voorzien in overgangsregels, zodat de burgers zonder al te veel problemen kunnen overgaan van de situatie waarin ze verkeerden ten gevolge van de vroegere regels naar de toestand zoals die geschikt wordt door de nieuwe regels, gaat het bij verandering van wet als gevolg van verandering van collisiebepalingen onvermijdelijk om een bruuske ommekeer, waarbij de rechtssubjecten eerst onder deze dan onder gene regeling vallen, zonder dat die overgang

.../...

van de ene naar de andere regeling voor hen enigszins vergemakkelijkt kan worden door middel van een overgangsbepaling die aangepast is aan de soort van verandering die hun wordt opgelegd.

Vanwege het niet-bepaald zijn van de materiële voorschriften die volgen uit het hele gamma van rechtstelsels die zowel vóór als na de wijziging van de collisie-bepaling van toepassing zijn verklaard, is het in bijna alle gevallen voor de wetgever de facto onmogelijk om zulk een wijziging gepaard te laten gaan met overgangsbepalingen zoals hij dat kan doen wanneer binnen zijn eigen rechtsorde een bepaalde materiële regel veranderd wordt in een andere.

Dat onvermijdelijke onvermogen van de wetgever heeft tot gevolg dat alleen de rechter, via een "billijke" beslissing, individuele situaties kan aanpassen, waarbij hij een onvermijdelijk gebrek van de wetgeving ondervangt. Hij kan die delicate taak echter alleen vervullen indien het proces hem daartoe de gelegenheid geeft; de partijen zullen overigens nooit goed weten welke beslissing hij zal nemen. Bovendien hebben de overige burgers - zij die niet procederen of elders procederen - geen enkele waarborg dat ze op dezelfde wijze behandeld zullen worden.

Een probleem dat ontstaan is door een eerste wijziging, wordt onvermijdelijk dubbel zo groot en ernstiger wanneer die eerste wijziging vrij snel gevolgd wordt door een tweede. Zo kan het zijn dat een echtpaar achtereenvolgens aan drie opeenvolgende huwelijksvermogensregimes onderworpen wordt, waarbij het van het klassieke stelsel van

.../...

gemeenschap van aanwinsten overgaat naar het stelsel van uitgestelde gemeenschap, en ten slotte naar scheiding van goederen, louter en alleen doordat collisiebepalingen tweekeer gewijzigd worden, waarbij naar aanleiding van de eerste wijziging de gewone verblijfplaats in de plaats zou zijn gesteld van de nationaliteit als aanknopingspunt voor het huwelijksvermogensregime en waarbij naar aanleiding van de tweede het begrip gewone verblijfplaats alleen maar ingrijpend zou zijn veranderd.

Het is dus duidelijk dat een wijziging van collisiebepalingen een grotere schok teweegbrengt dan de wijziging van een gewone materiële wet; het is tevens duidelijk waarom iedere ingrijpende verandering op dat gebied de rechtszekerheid dermate op de helling zet dat ze absoluut niet ijdel mag worden doorgevoerd, en vooral voorkomen moet worden dat ze dubbelop is. Daarom is het op zich een goede zaak dat samen met het besluit om het Belgische internationaal privaatrecht te codificeren, het besluit genomen is dat België zich wat de huidige en toekomstige internationale verdragen betreft, in het bijzonder die van 's Gravenhage, zoals de gemachtigden van de minister hebben meegedeeld, afzijdig zal houden.

3. De toekomstige Europese wetgeving : opnieuw het vraagstuk van de overgang

Er mag niet uit het oog worden verloren dat de Koning en de wetgever weliswaar, zowel feitelijk als rechtelijk, over een vrij ruime bewegingsvrijheid beschikken om internationale verdragen, zoals die van 's Gravenhage, al dan niet te bekrachtigen en goed te keuren, ook al zijn ze

.../...

ondertekend, maar dat die vrijheid een stuk beperkter is wanneer het gaat om verdragen waartoe de Europese Unie het initiatief genomen heeft, a fortiori voor de specifiek Europese rechtsinstrumenten, zoals de verordeningen die uitgaan van de instellingen zelf van de Unie. Het middel dat erin bestaat gewone verdragen niet te bekrachtigen, vormt stellig een maximale waarborg voor de rechtszekerheid, aangezien aldus wijzigingen tegengehouden worden die nog eens bovenop de wijzigingen komen die noodzakelijkerwijs door de inwerkingstelling van het ontworpen wetboek zouden ontstaan : België beschikt echter zo goed als niet over dat middel wanneer het gaat om verdragen of verordeningen die een "Europese wetgeving" inzake internationaal privaatrecht vormen, daar deze bindend is voor België, of het dat nu wil of niet. Zulk een wetgeving is echter in opkomst; dat is nieuw en daarvan was nog nauwelijks sprake toen de werkzaamheden voor het ontwerp van wetboek zijn aangevat; die zijn pas echt aan het licht gekomen toen ze afgerond waren, en zelfs nadat de Raad van State het onderzoek van de eindversie van het thans voorliggende ontwerp heeft kunnen aanvatten.

Tot op heden hebben de instellingen van wat de Europese Unie is geworden, de Europese lidstaten immers aangemoedigd om verdragen af te sluiten teneinde een aantal zaken te vereenvoudigen om de betrekkingen onder de verschillende economische actoren te stimuleren. Het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, en het verlengde daarvan, het Verdrag van Lugano nopens dezelfde aangelegenheid en het

.../...

Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, zijn reeds door België gesloten en bekrachtigd. Naast die verdragen zijn er nog tal van bepalingen verspreid over verschillende verordeningen en richtlijnen, waarin wordt aangegeven welke wet van toepassing is in verschillende, meer specifieke materies, zoals bijvoorbeeld verzekeringen.

Het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997 heeft de Raad van Ministers recentelijk de bevoegdheid verleend om maatregelen uit te vaardigen voor aangelegenheden van internationaal privaatrecht, die genoemd worden in een nieuwe titel van het EG-verdrag, met als opschrift : "Visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen". De precieze grenzen van deze nieuwe bevoegdheid die onlangs aan de Raad van Ministers is toegekend, zijn moeilijk af te bakenen en het staat vast dat het moeilijk zal zijn nauwkeurig te bepalen wat voortaan onder de bevoegdheid van de Raad valt en wat nog tot de traditionele intergouvernementele samenwerking behoort, die leidt tot verdragen. Vast staat in ieder geval dat er voortaan ook in brede domeinen van het internationaal privaatrecht Europese wetgeving kan komen door middel van verordeningen.

Enkele recente voorbeelden. In het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 30 juni 2000 is een verordening nr. 1346/2000 van de Raad van de Europese Unie van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures

.../...

gepubliceerd (29), een verordening nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000, die betrekking heeft op de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen (30), een verordening nr. 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (31), en in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen van 16 januari 2001, is een verordening nr. 44/2001 van de Raad van de Europese Unie van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken gepubliceerd (32).

Het is dus duidelijk dat de werkzaamheid van de Raad van Ministers al is begonnen op het stuk van het internationaal privaatrecht, en dat hij van oordeel is dat aangelegenheden die ontegensprekelijk familieaangelegenheden zijn, zoals de ontbinding van een huwelijk en de verantwoordelijkheid van de ouders voor de gemeenschappelijke kinderen, onder het vrije verkeer van personen vallen. Het

-
- (² Publicatieblad, nr. L 160 van 30⁹ juni 2000, blz. 1.)
- (³ Publicatieblad, nr. L 160 van 30⁰ juni 2000, blz. 19.)
- (³ Publicatieblad, nr. L 160 van 30¹ juni 2000, blz. 37.)
- (³ Publicatieblad, nr. L 21/1 van 16² januari 2001, blz. 1.)

.../...

begrip vrij verkeer, dat een soort doelstelling is, op grond waarvan de Raad mag optreden, is aldus op weg om zeer ruim geïnterpreteerd te worden. Het is dan ook niet uitgesloten, en alles lijkt er zelfs op te wijzen, dat een deel van het internationaal privaatrecht voortaan tot stand gebracht en opgelegd zal kunnen worden door de organen van de Europese Unie. Nu de eenmaking van de regels omtrent de rechterlijke bevoegdheid, alsook van de regels voor de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen bijna voltooid is, is de weg vrij om de volgende fase, de eenmaking van de collisiebepalingen, aan te vatten met een behoorlijke kans op slagen.

Wat is in die omstandigheden de geschikste houding die een Staat als België kan aannemen ?

België staat voor de bijzondere moeilijkheid dat overgangsproblemen, die in het internationaal privaatrecht bijzonder netelig zijn - we hebben gezien waarom - ter wille van de rechtszekerheid zoveel mogelijk beperkt zouden moeten worden. Dat de problemen die verband houden met de betrokken overgang dubbelop zijn moet, zoals we ook reeds gezien hebben, nog meer worden voorkomen. Dat betekent geenszins dat ter zake moet worden afgezien van alle wetgeving, maar men moet er zich alleen aan wagen wanneer er dringende zaken geregeld dienen te worden die geen uitstel dulden. Voor de regering en het parlement komt het er dus thans op aan uit te maken of ze internationaalprivaatrechtelijke regels moeten uitvaardigen dan wel daarvan moeten afzien, nu bekend is dat in dezen op een ander niveau en binnen een vermoedelijk redelijke termijn wetgevend zal worden opgetreden en

.../...

dat die wetgeving dwingend zal zijn voor België. Een louter Belgische wetgeving blijft noodzakelijk indien het huidige recht dringend gewijzigd moet worden en die noodzaak dermate groot is dat men, om deze noodzaak te ondervangen, uiteindelijk toch het risico moet lopen een zeer groot overgangsprobleem te creëren en in dezelfde mate te raken aan de rechtszekerheid van de burgers, in plaats van het Belgische internationaal privaatrecht te laten zoals het nu is.

Op vragen omtrent dat probleem hebben de gemachtigden van de minister erop gewezen dat er een brede stroming tot codificatie bestaat; ze noemen, wat de laatste vijftien jaar betreft, de Duitse wet van 25 juli 1986 tot hervorming van de wet houdende inleiding tot het Burgerlijk Wetboek, de Zwitserse wet van 18 december 1987 betreffende het internationaal privaatrecht, de wet van het Vorstendom Liechtenstein van 19 september 1996, en ten slotte, de Italiaanse wet van 31 mei 1995 tot opheffing van de inleidende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek.

De voorbeelden van de Zwitserse wet en van die van het Vorstendom Liechtenstein zijn niet echt relevant voor het vraagstuk waarmee een Staat als België wordt geconfronteerd, aangezien het gaat om voorbeelden van Staten - waarvan één overigens uiterst klein is - die, aangezien ze geen deel uitmaken van de Europese Unie, zich ook geen zorgen hoeven te maken over wetgevende initiatieven die door haar genomen worden. De context daarentegen waarin de Duitse en zeer recentelijk de Italiaanse wet tot stand zijn gebracht, kan gegevens opleveren voor de studie van het vraagstuk dat hierboven aan de orde is gesteld.

.../...

Italië en Duitsland hebben beide al zeer vroeg in hun wetgevingsgeschiedenis het internationaal privaatrecht gecodificeerd, waarvan de regels een inleidend deel van hun respectieve Burgerlijk Wetboek hebben gevormd : in Italië dat van 1865, gevolgd door dat van 1942, en in Duitsland dat van 1896-1900. Zowel de Italiaanse als de Duitse bepalingen zijn uiteraard achterhaald ten gevolge van de ontwikkeling van de ideeën en de nieuwe voorschriften waartoe die nieuwe ideeën hebben geleid op andere rechtsgebieden. Zo bijvoorbeeld viel het beginsel van de gelijkheid van mannen en vrouwen, en dus van echtgenoten, niet te rijmen met de collisiebepalingen waarin, in het geval de echtelieden niet dezelfde nationaliteit hadden, de nationaliteit van de echtgenoot verkozen werd als aanknopingspunt. In de beide landen hadden de grondwettelijke hoven arresten gewezen waarin zulke collisiebepalingen veroordeeld werden wegens strijdigheid met de nieuwe Grondwetten die, na de tweede wereldoorlog, de democratie in de beide landen hadden hersteld.

Het Duitse en Italiaanse wetgevingsinitiatief waren noodzakelijk om de samenhang binnen het nationale regelbestand te herstellen, en regels die impliciet of expliciet waren opgeheven, maar niet vervangen, te doen verdwijnen. In Duitsland noch in Italië is de codificatie er in de eerste plaats gekomen om het internationaal privaatrecht te laten overgaan van de toestand van grotendeels jurisprudentierecht naar de toestand van door de wetgever vastgelegd recht. Het internationaal privaatrecht was in die twee landen, die - dat mag niet vergeten worden - eerst dateren van het einde van de 19e eeuw, bijna immer een gecodificeerd recht geweest, aangezien het een onderdeel vormde van hun Burger-

.../...

lijk Wetboek en van hun Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

De huidige situatie van België is dus niet vergelijkbaar, in ieder geval niet op het stuk van collisie. De situatie komt meer overeen waar het gaat om jurisdictiegeschillen, zowel wat het aspect bevoegdheid als wat het aspect werkbaarheid van buitenlandse rechterlijke beslissingen betreft, hetgeen in het Belgisch Gerechtelijk Wetboek van 1967 wellicht nauwkeuriger tot uiting had kunnen worden gebracht.

Er kan nog een laatste opmerking worden gemaakt. Twee van de buurlanden van België, Frankrijk en Nederland, hebben nooit een stelselmatige wetgeving inzake het internationaal privaatrecht gehad, noch een zelfstandige wetgeving, noch een wetgeving die een onderdeel vormde van een ruimer instrument. Frankrijk heeft het opgegeven een aantal pogingen tot een goed einde te brengen; in dat land is het vraagstuk niet langer aan de orde.

Opmerking II : Algemene bepalingen over de begrippen die als maatstaf voor de rechterlijke bevoegdheid worden genomen of als aanknopingsfactoren

1. Nationaliteit

De artikelen 3 en 4, die afdeling 2 van hoofdstuk I van het ontwerp vormen, hebben volgens het opschrift van die afdeling betrekking op de "begrippen nationaliteit, woonplaats en verblijfplaats"; die drie begrippen worden vaak als criterium gebruikt in de bepalingen waarin de bevoegd-

.../...

heid van de Belgische rechtscolleges of wetsconflicten worden geregeld.

In tegenstelling met wat dat opschrift aangeeft, worden in die bepalingen in werkelijkheid alleen de begrippen woonplaats en verblijfplaats omschreven, want artikel 3 van het ontwerp, dat betrekking heeft op de nationaliteit, omschrijft niet het eigenlijke begrip. Dat begrip behoorde overigens niet in het ontwerp te worden omschreven, want het valt onder het volkenrecht. In artikel 3, § 1, van het ontwerp wordt louter vermeld welke werkwijze wordt gevolgd om de nationaliteit van een natuurlijke persoon te bepalen. Het artikel zou duidelijker zijn als het als volgt was gesteld :

"Art. 3, § 1. De vraag of een natuurlijke persoon de nationaliteit van een bepaalde Staat heeft, wordt opgelost door toepassing van de wetgeving van die Staat."

2. Woonplaats en gewone verblijfplaats

A. Voorafgaande opmerking

Artikel 4 van het ontwerp bevat weliswaar bepalingen waarin de begrippen woonplaats en gewone verblijfplaats worden omschreven, maar met de precisering dat dit geldt "voor de toepassing van deze wet", namelijk voor alle gevallen waarin een rechter of enige andere Belgische autoriteit die begrippen moet gebruiken om een of ander voorschrift van het ontworpen wetboek toe te passen.

.../...

De stellers van het ontwerp worden erop attent gemaakt dat die precisering tot gevolg heeft dat de ontworpen bepaling geen weerslag heeft op de overige regels van het Belgische internationaal privaatrecht die niet in het ontworpen wetboek worden of zouden worden opgenomen en die ook werken of zouden werken met die klassieke begrippen. De stellers van het ontwerp moeten zich afvragen of het wel hun bedoeling is in het internationaal privaatrecht verschillende begrippen van woonplaats in België of van gewone verblijfplaats in België of elders, te laten bestaan, naargelang de bepalingen waarin naar die begrippen wordt verwezen al dan niet in het ontworpen wetboek zijn opgenomen.

Zo is de woonplaats de maatstaf die in het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 en in het Verdrag van New York van 28 september 1954 aangelegd wordt om de persoonlijke status van vluchtelingen en staatlozen te bepalen. Het is niet uitgesloten dat twijfel rijst omtrent de regel die een Belgische rechter moet toepassen om de woonplaats van een vluchteling of staatloze te bepalen. Die aangelegenheid is des te deliquer daar de woonplaats van een staatloze bijvoorbeeld achtereenvolgens kan worden gebruikt om eerst te bepalen welke overheid bevoegd is om een akte van erkenning van afstamming op te maken (artikel 62, 1°, van het ontwerp) en vervolgens te bepalen welke wet op die erkenning van toepassing is (artikelen 60 en 61 van het ontwerp). Moet in zulk een geval artikel 4, § 1, 1°, van het ontwerp worden toegepast om de bevoegde overheid aan te wijzen (een aangelegenheid die niet onder het personeel statuut valt) en artikel 102 van het Burgerlijk Wetboek om te bepalen welke wet van toepassing is, zelfs als de woonplaats zich in België bevindt ?

.../...

Voorts rijst de vraag of het begrip gewone verblijfplaats, dat in het ontworpen wetboek wordt ingevoerd, alleen geldt voor de toepassing van dat wetboek, dan wel of het de bedoeling is dat het ook wordt gebruikt voor de toepassing van regels zoals die welke vervat zijn in de Europese verordeningen, inzonderheid in verordening 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. In verband met die verordening hebben de gemachtigden van de minister op een aan hen gestelde vraag het volgende geantwoord : "... l'interprétation de la loi par rapport aux termes du règlement sera ... autonome ... parce que la loi comportera une définition propre de la résidence habituelle"; vervolgens hebben ze gepreciseerd dat het begrip gewone verblijfplaats, dat in het ontwerp wordt gebezigd, heel goed zou kunnen verschillen van het begrip dat in de verordening met dezelfde woorden wordt weergegeven. Zij gaan ervan uit dat een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt, namelijk "la différence entre les spécificités arrêtées dans un contexte international particulier, tel le contexte de l'Union européenne, et le droit commun".

Dat neemt niet weg dat rechters en trouwens alle andere rechtsbeoefenaars heel wat moeilijkheden dreigen te ondervinden bij het onderscheiden en blijven onderscheiden van nuances in begrippen, die weliswaar op zichzelf staan, maar noodzakelijkerwijze dicht bij elkaar aanleunen aanzien ze op overeenkomstige wijze worden gebruikt. Een

.../...

goede wetgeving vereist dat geen misbruik wordt gemaakt van het recht dat België uiteraard heeft om begrippen te hanteren die woordelijk dezelfde zijn maar "zelfstandig" ten opzichte van die welke in de Europese rechtsorde worden gebruikt.

B. Woonplaats

Op te merken valt dat het begrip woonplaats dat in artikel 4, § 1, 1°, van het ontwerp wordt gedefinieerd, alleen de mogelijkheid biedt om een woonplaats in België te bepalen en dus niet het middel aan de hand doet om een buiten België gelegen woonplaats vast te stellen. In het ontworpen wetboek wordt de woonplaats immers bepaald op basis van een administratief vormvoorschrift, namelijk de inschrijving in registers. Daarbij gaat het natuurlijk alleen om inschrijving in de registers die de gemeenten volgens de Belgische wet moeten bijhouden. Niets wijst er overigens op dat alle andere landen ter wereld zulk een vormvoorschrift opleggen en niets stelt in staat om daar waar het bestaat, er dezelfde betekenis als in België aan te geven. In de bespreking van artikel 4 van het ontwerp wordt dan ook vermeld dat het begrip woonplaats in het ontworpen wetboek uitsluitend wordt aangewend met het oog op de vaststelling van de internationale bevoegdheid en dus alleen acht moet worden geslagen op de woonplaats in België. Dat is wellicht de reden waarom het begrip woonplaats in het ontwerp aan artikel 36 van het Gerechtelijk Wetboek wordt ontleend. Daarbij valt evenwel op te merken dat de voorschriften van de artikelen 44, § 3, 57, § 2, eerste lid,

.../...

en 62, 1°, van het ontwerp geen betrekking hebben op de bevoegdheid van een rechter, maar wel op die van een ambtenaar van de burgerlijke stand of van een notaris.

Het ontworpen wetboek moet zo worden verbeterd dat uitdrukkelijk tot uiting komt dat het enige begrip dat aan de hand wordt gedaan het begrip woonplaats in België is, en niet elders. Zoals de gemachtigden van de minister overigens hebben beaamd, is het immers op zijn minst ondeugdelijk en in het slechtste geval misleidend de begrippen woonplaats van een natuurlijk persoon, woonplaats van een rechtspersoon, gewone verblijfplaats van een natuurlijk persoon of gewone verblijfplaats van een rechtspersoon in één en hetzelfde artikel op te nemen en ze in hetzelfde artikel alle vier op gelijke voet te plaatsen, terwijl het begrip woonplaats van een natuurlijk persoon zich van de andere drie begrippen onderscheidt omdat het in het ontworpen wetboek alleen slaat op zijn situatie in België.

C. Gewone verblijfplaats

De gewone verblijfplaats is een als aanknopingspunt dienende omstandigheid die in het ontwerp niet alleen wordt gebruikt om in bepaalde gevallen de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken te bepalen, maar ook om uit te maken of de Belgische dan wel de buitenlandse wetgeving toepasselijk is, want de stellers van het ontwerp staan erop om de traditie van multilaterale collisieregels te handhaven, een traditie waarbij de werkingssfeer van het Belgische recht en van het buitenlandse recht op basis van hetzelfde criterium wordt afgebakend.

In artikel 4 van het ontwerp, waarin de gewone verblijfplaats wordt gedefinieerd, wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de gewone verblijfplaats zich in België dan wel in het buitenland bevindt. De vraag rijst echter of die gevallen niet van elkaar behoren te worden onderscheiden.

Daar het gaat om de gewone verblijfplaats in België, rijst immers de vraag in hoeverre de Belgische interne rechtsregels waarin wordt bepaald dat vreemdelingen die in België verblijven, zich moeten laten inschrijven in registers die door de Belgische overheid worden bijgehouden (a), alsook de regels waarin wordt verwezen naar het begrip hoofdverblijfplaats om de administratieve vormvoorschriften betreffende de inschrijving te regelen (b), invloed kunnen hebben op het bepalen van die verblijfplaats en op de gevolgen die daaraan verbonden zijn. Noch in artikel 4, § 2, 1°, van het ontwerp, noch in de memorie van toelichting bij dat artikel wordt op die regels gealludeerd.

(a) Het gaat in het bijzonder om artikel 12 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen. Volgens dat artikel moeten vreemdelingen, om toegelaten of gemachtigd te kunnen worden tot een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk, zich laten inschrijven in het vreemdelingenregister van het gemeentebestuur van hun verblijfplaats. Het tweede lid van datzelfde artikel 12 bepaalt dat vreemdelingen die zich aanmelden als vluchteling of vragen als zodanig te worden erkend, zich in een wachtregister moeten laten inschrijven. Het is dus

.../...

mogelijk dat een vreemdeling over een verblijfplaats in België beschikt, maar er niettemin onregelmatig verblijft, omdat hij in geen enkel register is ingeschreven. De vraag rijst of die onregelmatigheid in aanmerking mag of moet worden genomen voor de toepassing van de voorschriften van het ontwerp, wanneer deze rechtstreeks of zijdelings de Belgische rechterlijke bevoegdheid of de toepassing van de Belgische wetgeving laten afhangen van de omstandigheid dat de gewone verblijfplaats van een vreemdeling zich in België bevindt.

Sommige auteurs hebben de bewoordingen van die vraag geformuleerd en de inzet ervan bepaald; ze hebben ook bepaalde meningen vertolkt zonder evenwel te kunnen stellen dat uit het huidige Belgische positieve recht werkelijk een oplossing in deze of gene zin kan worden afgeleid (33). De Raad van Europa van zijn kant heeft in regel 7 van zijn resolutie van 18 januari 1972 gesteld dat de verblijfplaats van een persoon alleen bepaald wordt door feitelijke criteria en niet afhangt van een machtiging tot verblijf. In de bespreking van artikel 4 van het ontwerp staat uitdrukkelijk dat artikel 4 van het ontwerp gedeeltelijk op die resolutie gebaseerd is. Op te merken valt evenwel dat de stellers van het ontwerp het niet nodig hebben geacht om dit deel van het voorstel van de Raad van Europa, dat vervat is in de tweede zin van regel 7 en dat ertoe strekt het feit van het verblijf en de machtiging tot verblijf van elkaar los te koppelen, in het ontwerp of de bespreking op te

(³ Zie Rigaux en Fallon, ³ Droit international privé, Brussel, Larcier, 1993, deel II, nrs. 358 tot 363.)

nemen. Uit het feit dat in het ontwerp en de bespreking niets over die delicate aangelegenheid wordt gezegd - terwijl de stellers van het ontwerp over een gezaghebbend model beschikten waarin wordt voorgesteld om de twee van elkaar los te koppelen - kan worden opgemaakt dat de stellers van het ontwerp niet voor die oplossing te vinden zijn. Er dreigt dus een hele controverse te ontstaan over een zeer gevoelige en zeer praktische vraag, want de gewone verblijfplaats is een vaak gebezigd criterium in het ontwerp. In het ontwerp moet uitdrukkelijk een standpunt ter zake worden ingenomen en dat standpunt moet in de tekst worden vertolkt.

(b) Artikel 7 van het koninklijk besluit van 16 juli 1992 betreffende de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister bepaalt dat eenieder - Belg of vreemdeling -, die zijn hoofdverblijfplaats wil vestigen in een gemeente van het Rijk, dit moet aangeven bij het gemeentebestuur zodat het hem kan inschrijven. Artikel 9 van dat besluit is een aanvulling daarop, aangezien het gemeentebestuur bij dat artikel wordt opgedragen de personen op te sporen die zich in de gemeente hebben gevestigd zonder zich te laten inschrijven, ze op hun aangifteplicht te wijzen en ze tot slot, voor het geval ze geen gevolg geven aan die oproep, van ambtswege in te schrijven. Bovendien wordt in artikel 16, tweede lid, van dat besluit vrij nauwkeurig bepaald wat onder "hoofdverblijfplaats" moet worden verstaan.

De hoofdverblijfplaats wordt volgens het dispositief van het besluit van 16 juli 1992 vastgesteld op basis

.../...

van verschillende gegevens "met name de plaats waarheen de betrokkene gaat na zijn beroepsbezigheden, de plaats waar de kinderen naar school gaan, de arbeidsplaats, het energieverbruik en de telefoonkosten, het gewone verblijf van de echtgenoot of van andere leden van het huishouden". Die verschillende gegevens specificeren wat in de tekst van artikel 4, § 2, 1°, van het ontwerp wordt aangegeven met de vagere bewoordingen : "omstandigheden van persoonlijke of professionele aard die wijzen op het bestaan van duurzame banden" tussen een persoon en een plaats. In de bespreking in de memorie van toelichting wordt beklemtoond dat de gewone verblijfplaats een feitelijke situatie is, wat ook wordt gestaafd door het eerste lid van artikel 16 van het voornoemde besluit. In diezelfde bespreking, waarin overigens de daarnet genoemde resolutie van de Raad van Europa van 1972 wordt vermeld, staat voorts dat "de duur van het verblijf samen met een concentratie van de belangen van de persoon (...) doorslaggevende beoordelingselementen (vormen)".

Daaruit blijkt dat het verschil tussen de hoofdverblijfplaats in de zin van de regelingen betreffende het bijhouden van de bevolkingsregisters en de regeling omtrent de gewone verblijfplaats in de zin van het ontwerp gering, om niet te zeggen niet-bestaande is. Is het derhalve denkbaar dat iemand, wiens inschrijving in de registers bewijst dat hij zijn hoofdverblijfplaats in België heeft, niettemin kan worden beschouwd als iemand die daar niet zijn "gewone verblijfplaats" in de zin van het ontwerp heeft? Omgekeerd, is het denkbaar dat iemand geacht wordt gewoonlijk in België te verblijven hoewel hij zich er niet heeft

.../...

laten inschrijven en niet is ingeschreven, of dat het niet doenbaar is geweest of niet doenbaar zou zijn geweest hem in te schrijven ? Dat zijn de vragen die opkomen wanneer men de regels van het ontwerp en de belangrijkste Belgische regels omtrent dat thema gewone verblijfplaats of hoofdverblijfplaats, naast elkaar tracht te leggen om ze met elkaar te verzoenen.

Die vragen zijn des te crucialer, daar het mogelijk is dat in vele gevallen dezelfde rechter in een zelfde zaak eerst de woonplaats van een partij moet bepalen om na te gaan welke rechter bevoegd is en vervolgens de gewone verblijfplaats van diezelfde partij moet vaststellen om te weten welke wetgeving van toepassing is. Zoals hierboven al is opgemerkt, hangt die woonplaats echter af van de inschrijving, die op haar beurt weer afhangt van de hoofdverblijfplaats. Zal de rechter, nadat hij in voorkomend geval een inschrijving heeft vastgesteld en dus een woonplaats heeft bepaald - waarmee de Belgische rechterlijke bevoegdheid kan worden bevestigd - nog afzonderlijk moeten onderzoeken of de gewone verblijfplaats van die partij in België of in het buitenland is ? Mag die rechter, zonder tegenspraak, tot de slotsom komen dat hij bevoegd is, maar niettemin een buitenlandse wet toepassen die hij aanmerkt als de wet waaronder de gewone verblijfplaats van die partij valt ?

In tegenstelling met wat op het eerste gezicht zou kunnen worden gedacht, vermag uit de omstandigheid dat in artikel 5 van het ontwerp als algemeen criterium voor het bepalen van de rechterlijke bevoegdheid de woonplaats of de

.../...

gewone verblijfplaats van de verweerder wordt gehanteerd, niet te worden afgeleid dat in het ontwerp ervan uitgegaan wordt dat de woonplaats zich in België zou kunnen bevinden, terwijl de gewone verblijfplaats in het buitenland zou kunnen zijn. Het alternatief vervat in dat artikel lijkt alleen te zijn ingegeven door de zorg om de Belgische rechterlijke bevoegdheid te bevestigen voor een persoon die, door nalatigheid van een gemeentebestuur of door eigen nalatigheid, bij gebrek aan een inschrijving geen woonplaats in België heeft, maar daar niettemin over een gewone verblijfplaats beschikt. Als dat werkelijk de bedoeling van artikel 5, § 1, van het ontwerp is, moet worden opgemerkt dat artikel 36 van het Gerechtelijk Wetboek, waarvan het begrip "woonplaats" is overgenomen in artikel 4, § 1, 1°, van het ontwerp, is geschreven om elke discussie omtrent de territoriale bevoegdheid uit te sluiten. Uit de toelichting die in het verslag van koninklijk commissaris Van Reepinghen bij de artikelen 32 tot 47 van het Gerechtelijk Wetboek wordt gegeven, blijkt zelfs dat alleen de woonplaats, zoals die in de nieuwe wetgeving wordt omschreven, in aanmerking mag worden genomen om de territoriale bevoegdheid te bepalen (34).

Door de tekst van artikel 5, § 1, van het ontwerp zou dus een hinderlijk probleem, dat men in het Gerechtelijk Wetboek uitdrukkelijk uit de weg heeft proberen te ruimen, weer in de rechtsbedeling worden ingevoerd.

*

(³ Pasinomie, 1967 (Code ⁴ judiciaire et son annexe), blz. 328 en 401.)

* *

Wat er ook zij van die gevallen waar de vraag opkomt of een persoon zijn gewone verblijfplaats in België heeft, er moet ook worden gelet op het probleem van het bepalen van de gewone verblijfplaats in het algemeen, die zich niet noodzakelijk of niet stellig in België bevindt, maar in onverschillig welk ander land.

Noch het ontwerp, noch de uitleg in de bespreking, noch de uitleg van de gemachtigden van de minister maken het mogelijk alle twijfel weg te nemen. Die twijfel blijft in het bijzonder bestaan, omdat voortdurend wordt beweerd dat de verblijfplaats een feitelijk en "concreet" begrip is, waardoor het geen definitie zou behoeven. Zo begint het gedeelte van de bespreking van artikel 4 van het ontwerp, dat aan de gewone verblijfplaats is gewijd, als volgt :

"Op het eerste zicht is een definitie voor de gewone verblijfplaats niet noodzakelijk omdat het een concreet begrip betreft en de term gepaard gaat met een adjectief dat wijst op duurzaamheid.".

Uit die bewering zou kunnen worden opgemaakt dat het bestaan van een gewone verblijfplaats in het een of ander land altijd en uitsluitend het resultaat is van een bijzondere beoordeling van een rist van feiten en gedragingen waarin iemand vastzit. Het is echter moeilijk die visie volledig te delen. Er mag immers niet worden vergeten dat de werkingssfeer van wetten en inzonderheid van de Belgische wetgeving wordt afgebakend op basis van een aanknopingspunt : het zou dus strijdig zijn met de rechtszekerheid en met het gelijkheidsbeginsel als die werkingssfeer niet objectief wordt afgebakend op basis van een

.../...

begrip dat voor iedereen op dezelfde manier wordt beoordeeld. Het begrip gewone verblijfplaats moet dus beslist abstract worden gedefinieerd en een gerechtelijke of andere overheid moet dus altijd over een zaak kunnen nadenken, gelijk dat dient te geschieden om een rechtsregel toe te passen, namelijk door zich af te vragen of de concrete gegevens van een geval overeenstemmen met de noodzakelijkerwijze abstracte gegevens van het begrip dat in de rechtsregel wordt gebruikt om aan te geven in welke gevallen hij van toepassing is.

Door te beklemtonen dat het begrip verblijfplaats altijd concreet is, willen de stellers van het ontwerp wellicht alleen aangeven dat dit begrip alleen op materiële gegevens steunt. Zo komt men tot een andere - en zeker de meest geduchte - onduidelijkheid van het begrip gewone verblijfplaats : de onduidelijkheid die samenhangt met de vraag hoeveel belang moet worden gehecht aan de bedoeling van de betrokkene, die geen materieel feit, maar een feit van de geest is.

Aangezien een gewoonte een vaak herhaalde wijze van zich gedragen is, moet, om te kunnen nagaan of een gewoonte is aangenomen, onvermijdelijk rekening worden gehouden met een tijdspanne die voldoende lang is om te kunnen natrekken of een gedrag zich herhaalt. In de bespreking van artikel 4 van het ontwerp wordt echter, na verschillende toespelingen op de tijd die nodig is om een verblijfplaats te kunnen vaststellen, op enigszins vreemde en paradoxale wijze vermeld dat "de duur (...) geen betrekking (moet) hebben op een verlopen periode". In de bespreking wordt vervolgens

.../...

opgemerkt dat iemand een gewone verblijfplaats verkrijgt, wanneer hij ergens gaat vertoeven "met de bedoeling zich daar te vestigen".

Volgens die bewering kan de bedoeling om zich ergens te vestigen dus het feit ondervangen dat er geen tijd is om te kunnen vaststellen of iemand de gewoonte heeft aangenomen op een bepaalde plaats te verblijven en daar dus zijn "gewone" verblijfplaats heeft "gevestigd". Onder een gewoon verblijf mag dus niet alleen een voortgezet verblijf worden verstaan gedurende de tijd die nodig is om een gewoonte te kunnen constateren, maar ook een verblijf gevestigd door een persoon die de bedoeling te kennen geeft enige tijd op die plaats te blijven ook al is die persoon daar pas gaan vertoeven. Als dat de redenering van de stellers van het ontwerp is, moet dat uitdrukkelijk in de wet zelf worden vermeld. Die redenering komt nu alleen tot uiting door het gebruik van het werkwoord "zich vestigt", dat de connotatie, maar alleen de connotatie heeft dat betrokkene van zins is ergens enige tijd te blijven. In de tekst moet uitdrukkelijk worden vermeld dat rekening wordt gehouden met het voornemen van de betrokkene, want het feit dat dit voornemen ingecalculeerd wordt, druist in tegen wat doorgaans wordt aangenomen : namelijk dat de bedoeling zich te vestigen kenmerkend is voor de woonplaats en dat het precies die bedoeling is die, in de traditie ter zake, het kenmerk is dat de woonplaats van de verblijfplaats onderscheidt - en in staat stelt om de woonplaats niet te verwarren met de verblijfplaats. Het kan natuurlijk zijn dat het de bedoeling is in het ontwerp dat van een lange traditie wordt afgestapt, maar dat moet dan zeer duidelijk

.../...

uit het ontwerp blijken en de noodzaak om kleur te bekennen omtrent de kwestie van het "animus revertendi" mag niet worden omzeild. Die kwestie wordt in de bespreking eventjes aangevoerd, waar het voorbeeld van de studenten wordt aangehaald. Het voorbeeld van internationale of Europese ambtenaren, die in België vrij talrijk zijn, is minder eenvoudig, maar waarschijnlijk bruikbaar.

Tot slot moet in het ontwerp ook duidelijk worden vermeld wat precies met de zinsnede "gewone verblijfplaats van de echtgenoten" of "... de Staat op het grondgebied waarvan de echtgenoten hun gewone verblijfplaats hebben" wordt bedoeld. Toen de gemachtigden van de minister om uitleg daaromtrent zijn gevraagd, hebben zij het volgende geantwoord : "ces termes visent tout cas où les personnes résident dans le même pays, même séparément" en "lorsque le projet exige la résidence commune, le qualificatif apparaît au texte".

*

* *

Al die onduidelijkheid omtrent het begrip "gewone verblijfplaats" heeft overigens geleid tot een vrij algemeen verbreid scepticisme over het plan om dat begrip als basis criterium van de gekozen wetgeving te hanteren in belangrijke aangelegenheden van het personeel statuut zoals het huwelijk, gelijk in het ontwerp wordt gedaan.

.../...

Zo hebben de meest gezaghebbende Franse auteurs, de heren Batiffol en Lagarde, in de 7e editie van hun "traité de droit international privé" geschreven :

"... la notion de résidence habituelle est un facteur encore moins stable que le domicile. Elle n'échappe guère à l'objection que si l'habitude n'implique pas une intention de permanence, elle se réduit à un fait fragile et peu significatif." (7).

Het opvallende succes dat dit begrip in sommige recente oorkonden van de Conferentie van Den Haag voor Internationaal Privaatrecht heeft gehad, mag ons niet uit het oog laten verliezen dat het daar alleen ingang heeft gevonden om situaties te regelen waarvoor snel een oplossing moet worden geboden, zoals aanvragen om alimentatie en bescherming van minderjarigen, aangelegenheden waarvoor het begrip overigens terecht in het onderhavige ontwerp is overgenomen. Die aanknopingsfactor is in het Verdrag van 's Gravenhage over het huwelijksvermogensregime (in de klassieke en strikte betekenis van "geldelijke" regeling) kunnen worden gebruikt, omdat het in dat verdrag in de plaats leek te kunnen komen van het criterium woonplaats, dat al heel lang wordt gebezigd, in het bijzonder in de Franse jurisprudentie.

Zelfs in de Haagse verdragen blijft de geschiktheid van het criterium gewone verblijfplaats overigens omstreden. Dat criterium is in die verdragen alleen behouden omdat het de mogelijkheid biedt - zo dacht men - om in het kader van een internationale overeenkomst uiteenlopende interpretaties

(7) Deel II, nr. 385, blz. 11.

van het begrip woonplaats te voorkomen (8). De onduidelijkheden van het begrip gewone verblijfplaats komen nog regelmatig tot uiting gedurende de werkzaamheden van de Conferentie van Den Haag; in die werkzaamheden drukken sommige vertegenwoordigers zich vrij streng uit; zo bijvoorbeeld heeft de heer Goldman, professor aan de "Faculté de Paris II", advocaat en vertegenwoordiger van Frankrijk op de 13e zitting van de Conferentie verklaard :

"... la notion de résidence habituelle est une question de fond qu'il est extrêmement hasardeux de préciser. Chaque Etat a en effet une certaine idée de ce concept. Cette notion n'a, à mon avis, pas supprimé les difficultés d'interprétation provoquées par le choix du mot "domicile". La pratique enseigne que s'il était impossible de définir de manière univoque l'expression "domicile", l'usage de l'expression "résidence habituelle" n'a pas pu apporter de solution satisfaisante. A cet égard, l'évolution n'a pas été celle qui avait été envisagée lors des sessions antérieures de la Conférence de la Haye." (9).

Zo twisten sommige gezaghebbende deskundigen bijvoorbeeld ook nog over een andere, zeer belangrijke vraag, namelijk of één persoon verscheidene gewone verblijfplaatsen kan hebben, dan wel of hij er hoe dan ook maar één kan hebben (10).

(8) Zie Pierre Mayer, Droit international privé, 5e editie, 1994, nr. 510, blz. 335.

(9) Notulen van de 13e zitting van de Conferentie van Den Haag, blz. 215.

(10) Zie genoemde notulen, passim, in het bijzonder blz. 235.

Dat is ook de reden waarom de toekomstige gewone verblijfplaats moeilijk kan worden gebruikt om de wet aan te geven waaromtrent personen een keuze kunnen maken. In dat geval moet immers worden bepaald welke gevolgen verbonden zijn aan het feit dat de persoon die de keuze heeft gemaakt, zich niet werkelijk vestigt op de plaats die hij heeft opgegeven (11).

Opmerking III : Internationale rechterlijke bevoegdheid

De hoofdlijnen van de huidige regeling van de rechterlijke bevoegdheid in zaken die een buitenlands element bevatten, zijn vastgelegd in artikel 52 van de wet van 25 maart 1876. Die beginselbepaling is nog altijd van kracht, aangezien ze woordelijk is overgenomen in artikel 635 van het Gerechtelijk Wetboek van 1967. In het ontwerp wordt die regeling overhoopgehaald, doordat in het bijzonder de regels die daarin worden gesteld alleen betrekking hebben op wat de internationale bevoegdheid wordt genoemd en omdat ze die in sommige gevallen afhankelijk stellen van de Belgische nationaliteit van één van de partijen, soms van degene die de vordering instelt, of van de beide partijen.

Om de draagwijdte van die wijziging te meten, moet worden herinnerd aan de bevoegdheidsregeling die bij artikel 52 van de wet van 25 maart 1876 is ingesteld, waarvan de bewoordingen in 1967 in het Gerechtelijk Wetboek zijn overgenomen.

(11) Zie de opmerking die over artikel 46 van het ontwerp wordt gemaakt.

In het verslag van senator Dupont uit 1873 wordt die regeling zeer goed samengevat :

"Le principe qu'il faut admettre et que l'on a cherché à appliquer, c'est que l'étranger peut (sic) être poursuivi en Belgique non seulement quand il y est domicilié, mais encore chaque fois qu'un Belge peut être, à raison de circonstances spéciales, distrait de son juge naturel. L'étranger ne peut réclamer une position plus favorable que le Belge lui-même. Si, par des motifs d'intérêt général, la loi impose à ce dernier l'obligation de se soumettre à la compétence d'un autre tribunal que celui de son domicile, elle ne peut se montrer moins exigeante vis-à-vis de l'étranger. Partant de cette idée, le rédacteur du projet a, dans son article 52, soumis l'étranger à la compétence des tribunaux belges dans les diverses hypothèses prévues par les articles précédents." (12)

De criteria die werden gehanteerd in de eerste artikelen van hoofdstuk II van de wet, gewijd aan de territoriale bevoegdheid, werden aldus overgenomen in artikel 52 van hetzelfde hoofdstuk om aan te geven in welke gevallen, volgens de bewoordingen van de inleidende zin, "vreemdelingen (...) hetzij door een Belg, hetzij door een vreemdeling, voor de rechtbanken van het Rijk (kunnen) worden gedagvaard".

Er zij aan herinnerd dat dit systeem volledig terug te vinden is in het huidige Gerechtelijk Wetboek. Het is gebaseerd op het eenvoudige idee dat de territoriale bevoegdheid zo moet worden geregeld dat rechtsingang zoveel mogelijk wordt vergemakkelijkt voor de belanghebbenden en dat het in het belang van alle partijen is dat het proces

(12) Pasinomie, 1876, blz. 160.

plaatsheeft daar waar de bewijsmiddelen en de informatie zich bevinden, die een goede rechtsbedeling waarborgen. Die overwegingen, die richting geven aan de voorschriften van het nationale recht, gelden onverminderd op internationaal gebied en kunnen dus evengoed de internationale bevoegdheid als de nationale territoriale bevoegdheid bepalen.

De gevallen waarin volgens de artikelen 626 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek een zaak bij een andere rechtbank dan die van de woonplaats van de verweerder aanhangig moet of kan worden gemaakt, zijn nu echter veel talrijker dan in 1876 en zelfs dan in 1967. Artikel 635 van het Gerechtelijk Wetboek is echter niet gewijzigd, zodat de verscheidene criteria die daar nu in worden opgesomd, niet meer een zo duidelijke weerspiegeling is als vroeger het geval was van de in de vorige artikelen vervatte criteria. Alles wijst er voorzeker op dat dit parallellisme alleen bij vergissing verloren is gegaan, maar het is daarom niet minder waar dat uit de geldende bepalingen niet meer zo duidelijk als vroeger blijkt dat de zogenaamde internationale bevoegdheid en de nationale territoriale bevoegdheid verbonden zijn. Dat is wellicht wat de stellers van het ontwerp op het idee heeft gebracht om te breken met dit traditionele beginsel, dat al sinds 1876 in België wordt gehuldigd.

Die breuk met de traditie houdt in dat in het begin van het ontwerp, in artikel 5, § 1, weliswaar nog altijd het principe wordt gehuldigd dat "de Belgische rechters bevoegd (zijn) indien de verweerder (...) zijn woonplaats of gewone verblijfplaats in België heeft", maar dat dit principe

.../...

verderop in het ontwerp met een hele reeks andere regels wordt aangevuld of onderuitgehaald. In die regels worden, in het begin van alle hoofdstukken over een groot domein van het privaat recht, de criteria opgesomd op basis waarvan wordt bepaald welke processen tot de rechterlijke bevoegdheid van België moeten of kunnen behoren. Die regels zijn allemaal in het meervoud geschreven; ze bepalen dat de Belgische "rechters", die allen zonder onderscheid geacht worden tezamen het rechterlijk apparaat van de Belgische soevereine Staat te vormen, bevoegd zijn voor een bepaalde categorie van processen op voorwaarde dat - uitgedrukt met het voegwoord "indien" - een welbepaald aspect van de omstreden rechtsverhouding of een welbepaald kenmerk van de procespartijen in België wordt gelocaliseerd.

Anders dan vroeger het geval was, haken die regels niet meer aan bij de voorschriften omtrent de nationale territoriale bevoegdheid; in die regels wordt overigens eigenlijk niet aangegeven welke rechtbank bevoegd is, aangezien daarin zonder onderscheid alleen sprake is van de "rechters" van België. In het ontwerp wordt niets bepaald in verband met de vraag wie van de in het algemeen als competent aangewezen "rechters" werkelijk bevoegd is, namelijk wie moet oordelen of te oordelen kan hebben. Dat dit niet wordt gedaan is helemaal niet de consequentie van onoplettendheid, want op bladzijde 10 van de memorie van toelichting staat :

"... bepalen om welke Belgische autoriteit het gaat (...) behoort tot de nationale bevoegdheid en wordt dan ook voort geregeld door het Gerechtelijk Wetboek of, in voorkomend geval, door het Burgerlijk Wetboek."

.../...

Het gaat evenwel om een bevoegdheid die weliswaar "nationaal" is, maar op "internationale" processen zal moeten worden uitgeoefend.

Zodoende brengt het ontwerp een rechtswetenschappelijk onderscheid in praktijk tussen wat vaak de algemene of internationale bevoegdheid wordt genoemd en de bijzondere of nationale bevoegdheid. Door dat onderscheid wordt de bevoegdheidskwestie opgesplitst in twee fasen, die qua logica en chronologie verschillend zijn. Alleen in de gevallen wanneer de bevoegdheidskwestie is beslecht door te bevestiging dat de Belgische rechterlijke macht bevoegd is, doet zich de noodzaak voor een tweede probleem op te lossen, namelijk de vraag welke rechter geadieerd moet worden uit het dubbele oogpunt van de volstreckte bevoegdheid en de territoriale bevoegdheid.

De stellers van het ontwerp laten zich niet alleen door die leer inspireren, maar trekken ze door tot het uiterste. Ze gaan zelfs zo ver dat ze die leer tot uiting willen brengen in wetgevende instrumenten, aangezien de bepalingen over de internationale bevoegdheid volgens het ontwerp voortaan moeten worden vastgelegd in een Wetboek van internationaal privaatrecht, dat losstaat van het Gerechtelijk Wetboek en waarin iedereen het antwoord verwacht te vinden op alle vragen over de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken.

Die tot het uiterste doorgedreven keuze valt des te meer te betreuren, daar ze gebaseerd is op een aanvechtbaar en broos onderscheid. Ze wordt trouwens volledig

.../...

op de helling gezet door enkele van de beste deskundigen, inzonderheid in Frankrijk door Jean Foyer (13) en Dominique Holleaux (14) en in Duitsland door Hubert Bauer (15). Die deskundigen hebben aangetoond dat die keuze steunt op het streven om uiting te geven aan een oude staat van het recht, die een principe van onbevoegdheid van de rechtbanken van een Staat bevatte voor geschillen tussen buitenlanders of die voorrang van rechtsmacht instelde die stoelden op de nationaliteit. Zulk een principe en zulke voorrang zijn echter sinds de bevoegdheidswet van 1876 uit het Belgische recht verdwenen. Dezelfde auteurs vonden dat onderscheid ook onnodig ingewikkeld en doorgaans ongeschikt.

Uit het onderzoek van de bepalingen van het ontwerp blijkt dat de aldus gewraakte gebreken echt zijn. Ze blijken enerzijds uit de ondervinding dat er gevallen zijn waarin de ontworpen regeling niet vermog te functioneren (a) en anderzijds uit de constatering van de moeilijkheden die de stellers van het ontwerp ondervinden om te rechtvaardigen waarom ze de Belgische nationaliteit, veel meer dan nu het geval is, als criterium voor de zogenaamde algemene bevoegdheid willen gebruiken (b).

(13) Noot onder Cass. civ., 11 oktober 1967, *Revue critique de droit international privé*, 1968, blz. 105, in het bijzonder blz. 110.

(14) *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, inzonderheid nr. 238 en nr. 411.

(15) *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands. Etude comparative*, Parijs, 1965.

(a) Het kan voorkomen dat een geschil op basis van het criterium algemene bevoegdheid aan de Belgische rechtbanken wordt toegewezen, maar dat op de voet van geen enkel criterium van nationale territoriale bevoegdheid kan worden bepaald welke rechtbank werkelijk uitspraak mag doen. Dat doet zich onvermijdelijk voor, telkens wanneer het criterium algemene bevoegdheid van nature niet dat van een plaats is, zoals het geval is met de nationaliteit, maar dat kan ook gebeuren wanneer het criterium algemene bevoegdheid weliswaar op een plaats slaat, maar in de regels inzake territoriale bevoegdheid niet als zodanig wordt gebezigd.

Dat is bijvoorbeeld het geval met het criterium plaats waar een roerend goed zich bevindt. Volgens artikel 84 van het ontwerp is dat een criterium van algemene bevoegdheid in geval van vorderingen betreffende zakelijke rechten op een lichamelijk goed dat zich in België bevindt. De plek waar een roerend goed zich bevindt, is echter geen criterium van territoriale bevoegdheid en het is dus mogelijk dat, in sommige gevallen, die gemakkelijk te bedenken zijn, geen enkel ander aspect, noch van het geschil, noch van de omstreden rechtsverhouding, in België is gelocaliseerd. In die gevallen wordt de werkwijze waarvoor in het ontwerp wordt gekozen schaakmat gezet, aangezien het antwoord dat in de regels inzake territoriale bevoegdheid wordt gezocht en verwacht, daarin niet te vinden is. Dat leidt tot de vreemde situatie dat op basis van het criterium internationale bevoegdheid, dat nochtans geschikt is om een specifieke rechter aan te wijzen, echter geen rechter wordt aangewezen, wat uiteindelijk tot gevolg heeft dat volgens het ontwerp de Belgische "rechters" bevoegd zijn

.../...

om uitspraak te doen, terwijl het Gerechtelijk Wetboek geen enkele rechter dat toestaat.

Een soortgelijke moeilijkheid duikt nog op wanneer het Belgische criterium nationale territoriale bevoegdheid "exclusief" is, maar in het buitenland gelocaliseerd is. Zo is bijvoorbeeld bij echtscheiding het systeem van het ontwerp niet werkbaar als de Belgische internationale ("algemene") bevoegdheid uitsluitend gebaseerd is op de gewone verblijfplaats van degene die de vordering instelt (artikel 40, § 1, 3°, van het ontwerp) en als die verblijfplaats het enige Belgische aspect van het geschil blijkt te zijn. De bevoegdheid van de Belgische rechtbanken zal zijn bevestigd, maar geen enkele rechtbank zal geadieerd kunnen worden, aangezien in artikel 628 van het Gerechtelijk Wetboek staat dat alleen de rechter van de plaats van de laatste echtelijke verblijfplaats of van de woonplaats van de verweerder, bevoegd is wanneer het gaat om een vordering tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten en die verblijfplaats en die woonplaats zich in het buitenland bevinden.

De gemachtigden van de minister (16) hebben toegegeven dat ze in een impasse geraakt zijn. Om daar uit te

(16) Toen dat belangrijke probleem aan de gemachtigden van de minister is voorgelegd, hebben ze beaamd dat de tekst in het licht van die moeilijkheid moet worden gewijzigd. Ze hadden geen pasklaar voorstel, maar hebben gewag gemaakt van verschillende benaderingen die nog verder moeten worden onderzocht. Om die reden maakt de Raad van State geen enkele opmerking over die voorgestelde oplossingen.

raken, moet de manier waarop in het ontwerp oplossingen worden aangereikt voor problemen inzake bevoegdheid voor geschillen die een buitenlands element bevatten, helemaal worden herzien. Het is natuurlijk niet voldoende gebruik te maken van wat is gedaan om de bevoegdheid aan te wenden waarin artikel 15 van het Burgerlijk Wetboek voorziet, namelijk degene die een vordering instelt de kans bieden om zonder bedriegelijke benadeling te kiezen voor welke Belgische rechtbank hij de zaak wil brengen. De herziening moet zeker radicaler zijn; ze is weliswaar ook moeilijker, omdat het ontwerp het aantal gevallen heeft opgevoerd waarin de nationaliteit van één partij of van beide partijen het criterium van algemene bevoegdheid vormt.

(b) Hierboven is er reeds op gewezen dat de stellers van het ontwerp alle bevoegdheidsbepalingen daarvan op het begrip algemene bevoegdheid hebben gebaseerd, omdat ze ervoor gekozen hebben om de Belgische nationaliteit te gebruiken voor het wettigen van de Belgische rechterlijke bevoegdheid voor vele gevallen rakende staat van personen. Er moet opnieuw worden onderzocht of die keuze gegrond is.

Uit recente rechtspraak van de feitenrechters blijkt dat vooral op het gebied van echtscheidingen zich een tendens heeft afgetekend om zich wederom aan te sluiten bij het idee, waarvan bij de wet van 1876 was afgestapt, om Belgen de mogelijkheid te geven hun zaak voor een Belgische rechter te brengen, ongeacht waar de overige aspecten van het geschil zijn gelocaliseerd. Die trend is door sommige auteurs onderzocht en aangemoedigd om de uitdrukkelijke reden dat het aanwenden van dat criterium van rechterlijke

.../...

bevoegdheid onontbeerlijk is om te verwezenlijken wat de Belgische wetgever zich inzonderheid in de wet van 27 juni 1960 tot doel had gesteld, namelijk ervoor zorgen dat alle echtscheidingen van Belgen, ongeacht hun procedurele positie van verzoeker of verweerder, onder de Belgische wetgeving vallen. Zo drukken de heren Rigaux en Fallon zich bijvoorbeeld uit. Die auteurs vermelden eerst de hiervoren genoemde jurisprudentie en becommentariëren ze dan als volgt :

"... il n'est pas douteux que la solution n'est guère compatible avec l'intention du législateur, qui a consacré l'abandon du critère (de la nationalité) par l'abrogation de l'article 14 du Code civil en 1949. L'adoption ultérieure par le même législateur d'une règle de rattachement qui, en matière de divorce, assure spécialement au ressortissant belge la possibilité de divorcer alors qu'il ne pourrait le faire à l'étranger n'exige pas moins que l'accès à cette faculté soit également assuré. La saisine des tribunaux belges paraît donc cohérente chaque fois qu'elle contribue à la réalisation d'une politique précise exprimée par le législateur dans la matière des conflits de lois." (17).

Daaruit blijkt dat die auteurs de uitbreiding van het criterium nationaliteit om te beslissen welke rechter op het stuk van de staat van personen bevoegd is, duidelijk koppelen aan het idee dat, zoals soms wordt gezegd, rechterlijke bevoegdheid en wetgevende bevoegdheid moeten worden verbonden. Het is trouwens in die zin dat die auteurs iets vroeger in dezelfde verhandeling schrijven :

(17) Droit international privé, op. cit., deel II, blz. 345.

"Aussi longtemps que, conformément à l'article 3, alinéa 3, du Code civil, cette matière (de l'état des personnes) est régie par la loi nationale, il paraît indispensable de maintenir une règle de compétence juridictionnelle permettant de soumettre aux juridictions belges toute question relative à l'état ou à la capacité d'un belge." (18).

Logischerwijze had die redenering de stellers van het ontwerp moeten doen afzien van het idee om in de rechterlijke bevoegdheid het criterium nationaliteit te introduceren, daar ze precies de oude regel van artikel 3, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek helemaal niet overnemen, maar in vele gevallen afzien van de nationaliteit als criterium voor de wetgevende bevoegdheid. Zoals de genoemde auteurs hebben geschreven, kan voor uitbreiding van de rechterlijke bevoegdheid op basis van de nationaliteit weliswaar het streven worden aangevoerd ervoor te zorgen dat de wil om de Belgische wet toe te passen effectief is, maar die uitbreiding is niet gegrond, aangezien ze zich precies voordoet wanneer de Belgische nationale wet niet meer het volledige personele statuut regelt en alleen nog geldt voor de bekwaamheid, de naam van personen en de biologische afstamming. Bovendien blijkt het gebruik van het criterium nationaliteit in de memorie van toelichting nauwelijks te worden gewettigd. In de memorie wordt in verband met artikel 30 van het ontwerp "het recht van personen om zich tot hun natuurlijke rechter te kunnen wenden" aangevoerd en wordt in verband met artikel 40 van het ontwerp betoogd dat "de gemeenschappelijke nationaliteit (volstaat) om een voldoende duidelijke verwantschap tot stand te brengen". Die be-

(18) Droit international privé, op. cit., deel II, blz. 375.

weringen bevatten twee fouten. Ten eerste is de natuurlijke rechter van een persoon die van zijn woonplaats en niet die van zijn nationaliteit en ten tweede is nationaliteit een criterium dat niet verwantschap, maar de "imperieuze soevereiniteit" van een Staat ter zake van rechtsverhoudingen uitdrukt, zoals Paul Lagarde, de auteur die de verwantschapstheorie heeft uitgevonden, heeft onderstreept.

In het begrip algemene bevoegdheid zelf, dat in het bijzonder is uitgedacht om te kunnen doen blijken van regels waarin een criterium als nationaliteit wordt gebruikt, dat van nature losstaat van iedere soort plaats, wordt het idee aangewend en vertolkt dat sommige processen, door een aspect ervan, de algemene belangen van een Staat zo sterk kunnen raken dat deze een zodanige regel moet aannemen dat die processen, los van alle andere aspecten ervan, voor een rechtbank van die Staat moeten kunnen worden gevoerd. Het is eigenaardig dat dit idee opduikt in een ontwerp dat volgens de stellers ervan gebaseerd is op een proximateitsbeginsel in plaats van op het beginsel dat de criteria van rechterlijke bevoegdheid blijf moeten geven van de wil van de Staten om over hun onderdanen te heersen. Hoewel vaststaat dat sommige bevoegdheden in de internationale betrekkingen moeten worden toegestaan om redenen die eigen zijn aan die betrekkingen, is het echter even zeker vast dat die specificiteit geen afbreuk mag doen aan een gelijke behandeling van de procespartijen, zonder onderscheid op grond van hun nationaliteit, een grondbeginsel dat de

.../...

wetgever in 1876 heeft ingevoerd en dat senator Dupont in het voornoemde verslag uitdrukkelijk heeft benadrukt (19).

Artikel 30 van het ontwerp, waarin de bevoegdheid van de Belgische rechters wordt bevestigd als de staat van een Belg in het geding is, zelfs als die Belg eisende partij is, alsook artikel 40, § 1, 4°, van het ontwerp, waarin het criterium van de gemeenschappelijke Belgische nationaliteit van de partijen in huwelijkszaken wordt gebruikt, en tot slot artikel 59, 3°, van het ontwerp inzake afstamming, waarin de nationaliteit van het kind, ongeacht of het eisende of verwerende partij is, als maatstaf wordt aangelegd, verbinden de Belgische bevoegdheid aan de Belgische nationaliteit van een partij die geen verweerster is. Die bepalingen bevatten dus een andere voorziening voor Belgen als voor buitenlanders en vormen een uitzondering op het principe van artikel 191 van de Grondwet. Bijgevolg moet de grondslag van die bepalingen worden verduidelijkt en gerechtvaardigd.

(19) In verband met dat principe, zie ook : Rigaux en Fallon, Droit international privé, op. cit., deel II, blz. 211.

Opmerking IV : Uitwerking van buitenlandse rechterlijke beslissingen

Het opschrift van hoofdstuk I, afdeling 5, van het ontwerp geeft aan dat die afdeling handelt over de uitwerking van buitenlandse rechterlijke beslissingen en dito authentieke akten. In die afdeling zijn evenwel niet alle belangrijke regels ter zake opgenomen, - wat, terloops gezegd, uit wetgevingstechnisch oogpunt vrij betreurenswaardig is -, aangezien de gevolgen van buitenlandse vonnissen geveld in familie-aangelegenheden, inzonderheid huwelijk, echtscheiding of afstamming, geregeld worden door bepalingen die ondergebracht zijn in hoofdstuk II van het ontwerp, dat over natuurlijke personen handelt.

Wat van deze veronachtzaming van de regels van de wetgevingstechniek ook zij, het ontwerp lijkt de huidige stand van het Belgische recht te bekrachtigen zoals dat recht geleidelijk aan door het Hof van Cassatie is uitgewerkt, uitgaande van artikel 10 van de wet van 25 maart 1876, welk artikel grotendeels is overgenomen in artikel 570 van het Gerechtelijk Wetboek. Hierna volgen de grote lijnen van die stand van het Belgische recht.

Een buitenlandse beslissing kan in België geen echte uitwerking hebben en kan daar evenmin de grondslag zijn voor een handeling tot tenuitvoerlegging ervan op goederen of tot uitoefening van dwang op personen, als daaromtrent niet vooraf een procedure is gevolgd, die exequaturprocedure wordt genoemd. Tijdens die procedure wordt onderzoek gedaan naar wat de internationale regel-

.../...

matigheid van die beslissing kan worden genoemd, dat wil zeggen de overeenstemming ervan met enkele formele en inhoudelijke criteria die opgesomd worden in artikel 570, 1° tot 5°, van het Gerechtelijk Wetboek. Die noodzakelijke voorafgaande procedure dient voor een rechtbank van eerste aanleg te verlopen. Tijdens die procedure kan de rechtbank van eerste aanleg de aan haar voorgelegde beslissing in elk opzicht onderzoeken en weigeren ze te erkennen of uit te voeren zodra zij, op wat voor punt ook, in rechte of in feite, van oordeel is dat de zaak in het buitenland slecht is berecht : daar beschikt de exequaturrechter over wat de herzieningsbevoegdheid wordt genoemd. Bij artikel 570 van het Gerechtelijk Wetboek wordt die bevoegdheid opgedragen aan de rechtbank van eerste aanleg, aangezien daarin staat dat "de rechter, behalve het geschil zelf" de voormelde regelmatigheid onderzoekt.

Sedert 1882 heeft het Hof van Cassatie voorzien in grote uitzonderingen op de in wetteksten gegeven regels, zodat uiteindelijk een speciale regeling is ontstaan die van toepassing is op beslissingen die inzake de staat van personen worden geveld. Ook wanneer geen voorafgaande procedure is gevolgd, kunnen die beslissingen een grote uitwerking hebben. Die procedure moet dan weliswaar nog steeds worden gevolgd opdat de uitvoering van die beslissingen kan worden toegestaan, maar de rechter die de procedure toepast, beschikt niet over een herzieningsbevoegdheid. Desondanks kan een beslissing die inzake de staat van personen is geveld, alleen dan uitwerking hebben of ten uitvoer worden gelegd wanneer die beslissing

.../...

regelmatig is en dus voldoet aan de criteria van regelmatigheid die in artikel 570 worden opgesomd (20).

Zoals reeds gezegd is, wordt die regeling in dit ontwerp weliswaar bekrachtigd, maar er worden tegelijk twee belangrijke aanpassingen in aangebracht. Bij het ontwerp wordt de herzieningsbevoegdheid afgeschaft voor alle vonnissen, ongeacht de aangelegenheid waarin ze gevelde zijn. Het ontwerp voorziet in een bijzondere regeling van niet-gerechtelijk "onderzoek" van de beslissing inzake de staat van personen wanneer die beslissing moet worden ingeschreven of overgeschreven. Over elk van deze beide nieuwigheden behoort een opmerking te worden gemaakt.

(a) De afschaffing van de herzieningsbevoegdheid is een maatregel die verwacht werd. Die bevoegdheid wordt vandaag de dag algemeen beschouwd als de uiting van een te groot wantrouwen, wat de internationale betrekkingen schade berokkent zonder echt voordeel voor de Staat die zich zulk een bevoegdheid aanmatigt. Het is echter paradoxaal te moeten vaststellen dat het ontwerp bepaalde oplossingen behoudt die in de huidige regeling alleen verantwoord zijn doordat deze die herzieningsbevoegdheid omvat.

Het is immers de herzieningsbevoegdheid die de Belgische gerechten ertoe gebracht heeft ervan uit te gaan dat een buitenlands vonnis niets voorstelt zolang de exequaturprocedure niet is afgewikkeld waarin de Belgische

(20) Zie arrest Defontaine van 29 maart 1973 van het Hof van Cassatie, Arresten van het Hof van Cassatie, 1973, p. 763-766.

rechter de gelegenheid heeft gehad om het rechtskundig verantwoorde van de beslissing van zijn buitenlandse collega in alle opzichten na te gaan. Die opvatting leidde onvermijdelijk tot de stelling dat geen enkele andere rechter dan de exequaturrechter in het kader van een tussengeschied de internationale regelmatigheid mag nagaan van het buitenlandse vonnis ten aanzien van België. Een rechter in een rechtbank van koophandel bijvoorbeeld, mocht dus geen exceptie van gewijsde aannemen die gegrond was op een buitenlandse beslissing en niet zelf de regelmatigheid ervan toetsen en zelf die beslissing herzien.

De afschaffing van de herzieningsbevoegdheid zou het mogelijk moeten maken die regeling te veranderen. Die regeling wordt in het ontwerp evenwel niet gewijzigd. Ze wordt daarin integendeel uitdrukkelijk behouden, waardoor een erkenning zonder voorafgaande uitvoerbaarverklaring onmogelijk wordt gemaakt, zelfs van vermogensrechtelijke constitutieve beslissingen zoals, bijvoorbeeld, die waarbij beheerders van nalatenschappen of vereffenaars van vennootschappen worden aangesteld. De titularissen van zulke functies worden aldus belet ze uit te oefenen zolang zij de procedure van uitvoerbaarverklaring ten principale niet hebben ingeleid. Dat is een weinig bevredigende toestand die door velen wordt betreurd. Uit het arrest van het Hof van Cassatie van 23 januari 1981 (21) kan de conclusie worden getrokken dat welk gerecht ook, bijvoorbeeld een vredegerecht of een rechtbank van koophandel, een

(21) Arresten van het Hof van Cassatie, 1980(81), I, p. 563-565.

incidentele toetsing van de regelmatigheid van een buitenlandse beslissing mag uitvoeren. Dat het ontwerp die regeling niet bekrachtigt en een uitdovende controverse weer doet opflakkeren, is te betreuren.

(b) In artikel 33, § 1, tweede lid, van het ontwerp wordt gesteld dat een buitenlandse rechterlijke beslissing op de kant van een akte van de burgerlijke stand mag worden vermeld of in een register van de burgerlijke stand mag worden overgeschreven, doch alleen na "onderzoek" van de voorwaarden gesteld in artikel 24 van het ontwerp, dat wil zeggen van de voorwaarden voor de internationale regelmatigheid van de beslissing in kwestie. De tekst laat er geen enkele twijfel over bestaan dat dit onderzoek aan de vermelding of overschrijving moet voorafgaan. In paragraaf 2 van datzelfde artikel 33 van het ontwerp wordt dat "onderzoek" opgedragen aan de bewaarder van de akte of het register, die een ambtenaar van de burgerlijke stand is, dat wil zeggen een onderdeel van het gemeentebestuur, waarbij gesteld wordt dat deze bewaarder, als hij twijfelt aan de regelmatigheid van het vonnis waarvan de genoemde vermelding of de overschrijving hem wordt gevraagd, dat vonnis aan het parket moet bezorgen en dat het parket, na het uitvoeren van het onderzoek dat het nodig acht, "beslist" of de vermelding of overschrijving mag plaatsvinden.

In paragraaf 2, tweede lid, van datzelfde artikel 33 van het ontwerp wordt bepaald dat de Minister van Justitie aan de bewaarders van akten en registers "richtlijnen" kan verstrekken die hen de mogelijkheid bieden na te gaan of de voorwaarden voor de internationale regel-

.../...

matigheid van buitenlandse vonnissen zijn vervuld. Het woord "richtlijnen" volstaat niet om de juiste reikwijdte te bepalen van de bevoegdheid die aldus aan de Minister van Justitie wordt opgedragen. Moeten die richtlijnen worden gezien als een bindende instructie of als een gewone aanwijzing tot interpretatie van de regels van artikel 24 van het ontworpen wetboek ?

Wat er van laatstgenoemde moeilijkheid ook zij, het ontwerp voorziet met het oog op een voorafgaande, doch niet-rechterlijke toetsing van de regelmatigheid van buitenlandse vonnissen betreffende de staat van personen, in een systeem dat erin bestaat de ambtenaren van de burgerlijke stand afhankelijk te maken van het openbaar ministerie, dat in geval van twijfel beslist, en in zekere mate van de Minister van Justitie, die hun "richtlijnen" verstrekt.

De regeling die bij artikel 33, § 2, van het ontwerp wordt ingevoerd, kan om de volgende redenen niet worden aanvaard.

In verband met het eerste lid, dat betrekking heeft op de controle door het openbaar ministerie wanneer de ambtenaar van de burgerlijke stand "twijfels" heeft, valt niet alleen op te merken dat in het ontwerp met een bijzonder vaag begrip wordt gewerkt, maar ook dat in de tekst een echte beslissingsbevoegdheid wordt opgedragen aan magistraten door wie niet wordt uitgeoefend en trouwens niet mag worden uitgeoefend de rechtsprekende functie van de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde in een aangelegenheid - burgerlijke zaken - welke krachtens

.../...

artikel 144 van de Grondwet alleen aan die hoven en rechtbanken is opgedragen.

Datzelfde Grondwetsartikel staat er overigens aan in de weg dat de Minister van Justitie via het openbaar ministerie aan ambtenaren van de burgerlijke stand bevelen geeft in burgerlijke zaken. De ambtenaar van de burgerlijke stand is volledig onafhankelijk, handelt op eigen verantwoording en moet noch van de Minister van Justitie, noch van de Procureur des Konings bevelen aannemen. Dat is trouwens de gedragslijn die in artikel 53 van het Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk wordt gehuldigd, aangezien daarin aan de Procureur des Konings alleen de bevoegdheid wordt opgedragen om registers die reeds opgemaakt zijn, na te zien. Om die reden zijn alleen de rechtbanken bevoegd voor het beslechten van geschillen die rijzen tussen particulieren en de ambtenaar van de burgerlijke stand, die zowel uit burgerlijk oogpunt als uit strafrechtelijk, administratief en tuchtrechtelijk oogpunt aansprakelijk kan worden gesteld (22).

*

*

*

Kortom, de regeling vervat in artikel 21, § 1, van het ontwerp, waarbij gesteld wordt dat de rechtbank van eerste aanleg in het kader van een voorafgaande procedure uitspraak moet doen in verband met de erkenning en de

(22) Zie, wat dit punt betreft : Manuel de droit communal, onder de leiding van Pierre Lambert, 1992, deel I, blz. 177.

uitvoerbaarverklaring van vermogensrechtelijke beslissingen, behoort grondig te worden herzien. Van de bijzondere regeling in artikel 33 van het ontwerp voor beslissingen betreffende de staat en de bekwaamheid van personen, moet worden afgestapt.

Opmerking V : Wetsconflicten

Hoofdstuk I, afdeling 4, van het ontwerp heeft als opschrift "Toepasselijk recht". Dat opschrift zou de indruk kunnen wekken dat de in die afdeling vervatte regels criteria formuleren met behulp waarvan wordt vastgesteld welk recht van toepassing is op een bepaalde categorie van rechtsbetrekkingen. Dat is evenwel niet het geval. In afdeling 4 zijn alleen enkele regels samengebracht die op min of meer algemene wijze de werkwijze bepalen van de regels waarin wordt gesteld welk recht van toepassing is en die doorgaans verwijzingsregels of conflictenregels worden genoemd. Het opschrift van afdeling 4 behoort dan ook te worden gewijzigd teneinde werkelijk overeen te stemmen met de bepalingen ervan.

Artikel 14 en de artikelen 18 tot 20 van het ontwerp vormen nauwelijks een vernieuwing ten opzichte van het bestaande recht. De artikelen 15, 16 en 17 van het ontwerp daarentegen zijn ingrijpende veranderingen ten opzichte van het huidige internationaal privaatrecht. De hiernavolgende opmerkingen hebben vooral op die artikelen betrekking.

.../...

Alvorens die opmerkingen te maken, behoort evenwel te worden opgemerkt dat in deze afdeling niet wordt ingegaan op enkele netelige problemen die de goede toepassing van de conflictenregels in het gedrang kunnen brengen. Daarom zou het nuttig zijn op zijn minst bepaalde regels als leidraad te laten fungeren.

Wetshalve zal een opmerking over de zaken die in afdeling 4 van het ontwerp niet worden geregeld (I), dan ook voorafgaan aan die betreffende de nieuwe regels die deze afdeling bevat (II).

I. Niet-geregelde aangelegenheden

1. Voor het zogeheten probleem van de kwalificatie wordt geen enkele regel, noch enige algemene richtlijn gegeven.

De kwestie van de kwalificatie is inzonderheid de vraag welke redenering dient te worden gevolgd om een rechtsvordering bij een welbepaalde categorie van rechtsbetrekkingen in te delen. Dat indelen bij categorieën is onontbeerlijk doordat enerzijds de mogelijkheid bestaat dat de vordering van meet af aan wordt ingesteld onder verwijzing naar een buitenlandse wet en doordat anderzijds de aanknopingscriteria in het licht van vooraf bepaalde categorieën worden bepaald en op die wijze kan blijken welke wetten van toepassing zijn.

.../...

De stellers van het ontwerp hebben zich de moeite getroost in detail aan te geven welke kwesties precies, volgens hen onder één generieke noemer moeten worden gebracht. Dat initiatief is zeker toe te juichen. Zulks neemt echter niet weg dat wanneer een partij om de toepassing van een welbepaalde buitenlandse wet verzoekt, de rechter eerst zal moeten nagaan welke rechtsvraag aan hem wordt voorgelegd en ze zal moeten indelen bij een van de categorieën van rechtsbetrekkingen, gelijk die categorieën onderscheiden worden in het bestand van conflictenregels. Dat indelen bij categorieën moet geschieden naargelang van de gelijkenis die de aangevoerde buitenlandse regel vertoont met de concepten die in het bestand van Belgische regels worden gebruikt en niet naargelang van de naam die deze regel draagt in het rechtsbestel van de andere Staat waartoe die behoort of naargelang van de werkingssfeer die in dat rechtsbestel aan die regel is toegewezen. In het licht van de rechtszekerheid zou het goed zijn dat zulks wordt aangegeven in een uitdrukkelijke bepaling van deze codificatie, die de bedoeling heeft uitputtend te zijn. Door zulk een bepaling zouden rechtscolleges die uiteraard zelden of nooit in aanraking komen met die fundamentele kwesties daarvan gemakkelijker bewust gemaakt kunnen worden.

2. In het ontwerp wordt vaak getracht een oplossing te vinden voor het probleem van de zogeheten verandering van aanknopingspunt, door in de tekst aan te geven op welk ogenblik men zich moet plaatsen om het criterium toe te passen waarmee kan worden bepaald welke wet van toepassing is. Zo wordt in artikel 45 van het ontwerp voorgeschreven

.../...

dat de gewone verblijfplaats van de echtgenoten, die bepalend is voor de wet die van toepassing is op de gevolgen van het huwelijk, de verblijfplaats is die zij "hebben op het ogenblik dat die gevolgen worden ingeroepen". Een soortgelijke precisering komt voor in artikel 86, § 2, van het ontwerp, waar te lezen staat :

"... het ontstaan en het tenietgaan (van zakelijke rechten op een lichamelijk goed) worden beheerst door het recht van de Staat op het grondgebied waarvan het goed zich bevindt op het tijdstip dat de handelingen of feiten noodzakelijk voor het ontstaan of het tenietgaan ervan, plaatsvinden."

De door zulke teksten opgeleverde precisering van de tijd is weliswaar zeer nuttig, maar daarmee kan de kwestie niet altijd worden opgelost en soms wordt de oplossing daardoor zelfs bemoeilijkt.

Er mag immers niet uit het oog worden verloren dat het bijvoorbeeld niet makkelijk is vast te stellen op welk ogenblik een persoon een gevolg van zijn huwelijk "inroept", aangezien het werkwoord "inroepen" zelf onduidelijk is. Wanneer een echtgenoot min of meer uitdrukkelijk eist dat zijn wederhelft datgene doet waartoe deze door het huwelijk verplicht is, "roept" hij dan het gevolg van dat huwelijk "in" ? Of moet ervan uit worden gegaan dat hij dat gevolg pas "inroept" wanneer hij dat voor de rechter doet ? Het ogenblik waarop men zich op de gevolgen van het huwelijk beroept, kan dan ook verschillen naargelang er gekozen wordt voor de eerste dan wel de tweede van deze beide mogelijke interpretaties van het werkwoord "inroepen". Het is dan ook apert dat de precisering die had moeten bijdragen tot het

.../...

oplossen van het probleem van de verandering van aanknopingspunt, in feite tekort schiet.

Er kan weliswaar worden gedacht dat de rechter enigszins geneigd zal zijn te oordelen dat het gevolg pas wordt "ingeroepen" wanneer de echtgenoot zijn recht voor de rechtbank doet gelden, zoals trouwens uitdrukkelijk bepaald wordt in artikel 70 van het ontwerp, wat de onderhoudsverplichting betreft, naar luid van welke bepaling het tijdstip dat voor de aanknopng van belang is datgene is waarop de echtgenoot zijn vordering heeft ingesteld. Of die oplossing relevant is, kan evenwel worden betwijfeld wanneer men bedenkt dat de echtgenoten zonder een rechtsgeding te hoeven voeren precies dienen te weten welke verplichtingen elk van hen tegenover de andere en soms zelfs tegenover derden heeft.

Een soortgelijke opmerking dient te worden gemaakt over artikel 86, § 1, van het ontwerp, waarin bepaald wordt dat zakelijke rechten op een lichamelijk goed geregeld worden door het recht van de Staat op het grondgebied waarvan dit goed zich bevindt "op het ogenblik dat zij worden ingeroepen". Vasthouden aan een strikt juridische interpretatie van het werkwoord "inroepen" kan aanknopng bij de wet van de plaats zinloos maken, als die interpretatie ertoe leidt de essentie van een zakelijk recht te beoordelen op basis van een wet die niet die is van de plaats waar het goed zich werkelijk bevindt op het tijdstip dat het aan dat zakelijk recht verbonden prerogatief wordt uitgeoefend of moet kunnen worden uitgeoefend.

.../...

In teksten die ertoe strekken het probleem van de verandering van aanknopingspunt op te lossen, moeten ook vervelende cirkelredeneringen worden vermeden. Zo bijvoorbeeld bepaalt artikel 86, § 2, van het ontwerp dat de wetgeving van de plaats waarvoor moet worden geopteerd, die is van de Staat op het grondgebied waarvan het goed zich bevindt op het tijdstip dat de handelingen of feiten noodzakelijk voor het ontstaan of het tenietgaan (van een zakelijk recht) plaatsvinden. Daarom moet worden bepaald om welke handelingen en/of feiten het gaat. Dat kan echter alleen door af te gaan op de wet krachtens welke het ontstaan of tenietgaan van het zakelijk recht zal worden beoordeeld, aangezien alleen die wet vermog aan te geven welke handelingen of feiten het zakelijk recht in kwestie kunnen doen ontstaan of tenietdoen. Er moet dus geweten zijn welke wet van toepassing is om te kunnen uitmaken welke handelingen of feiten het recht doen ontstaan of tenietdoen en om vervolgens te kunnen nagaan op welk ogenblik die feiten of handelingen zich hebben voorgedaan. Dat ogenblik is trouwens ook het tijdstip waarop men zich moet plaatsen om te bepalen waar het goed zich bevindt, wat het mogelijk moet maken vast te stellen welke wet van toepassing is. Kortom, men moet weten welke wet van toepassing is om te kunnen antwoorden op de vraag of ze van toepassing is. Zulk een cirkelredenering moet worden vermeden.

II. De artikelen 17, 15 en 16 van het ontwerp

Artikel 17 van het ontwerp breekt hierin met de huidige jurisprudentie dat het afstapt van het principe dat kan worden ingestemd met renvoi, dat erin bestaat het door

.../...

het recht van het land gekozen aanknopingscriterium te hanteren in plaats van het criterium dat gangbaar is in de Belgische conflictenregel. Het "mechanisme" renvoi is volgens het ontwerp alleen nog toegestaan in enkele specifieke gevallen die in het ontwerp worden bepaald. Het ontwerp wijkt dan ook af van de vrij recente resolutie van het Instituut voor internationaal recht betreffende het in aanmerking nemen van het buitenlandse internationaal privaatrecht. In die resolutie van 17 - 25 augustus 1999 staat onder meer de volgende suggestie te lezen :

"... la prise en compte du droit international privé étranger ne devrait pas être exclue d'emblée, qu'elle implique ou non un renvoi au premier ou au second degré."

Door artikel 17 van het ontwerp zou de indruk kunnen ontstaan dat, afgezien van de weinige gevallen van renvoi waarin deze tekst voorziet, het enige criterium tot bepaling van het recht dat op België van toepassing is, altijd en uitsluitend het in de Belgische verwijzingsregel gebezigde criterium is. Die conclusie zou echter te overhaast zijn en onjuist, aangezien de artikelen 15 en 16 van het ontwerp voorzien in algemene uitzonderingen op het principe dat de uit de Belgische conflictenregel voortkomende aanknopingsfactor moet worden gebezigd, welke algemene uitzonderingen vele en grote gevolgen zouden kunnen hebben.

Elk van deze beide bepalingen zijn uitzonderingen op bijna alle verwijzingsregels van het ontwerp. Daar houdt hun gelijkenis evenwel op, aangezien de overwegingen die aan

.../...

elk van beide artikelen ten grondslag liggen onderling sterk verschillen. In artikel 15, § 1, van het ontwerp wordt de gelding van elke collisieregels uitgesloten om de toepassing mogelijk te maken van bepaalde Belgische wetten die een bijzondere dwingende kracht bezitten, terwijl artikel 16 van het ontwerp, zijnerzijds, voorziet in een correctie van het in de conflictenregels gehanteerde criterium, welke correctie er even goed toe kan leiden dat een Belgische wet van toepassing is als dat een buitenlandse wet van toepassing vindt. Artikel 15, § 2, van het ontwerp evenwel ziet op een bijzonder mechanisme dat de mogelijkheid biedt toepassing te geven aan een buitenlandse wet die wordt bepaald volgens een heel andere methode dan die welke door de gezamenlijke collisieregels van het ontwerp wordt gevolgd.

1. Artikel 15, § 1, van het ontwerp bepaalt dat het door de collisieregels aangewezen buitenlandse recht terzijde wordt geschoven ten voordele van Belgische rechtsregels die, "krachtens de wet of wegens hun kennelijke strekking, het geval dwingend beheersen".

.../...

In de Franse tekst van het ontwerp worden die regels als "règles d'applicabilité" bestempeld. Die term is vrij ongebruikelijk; men komt die buiten België nooit tegen. Aangezien voor de tekst van artikel 15 van het ontwerp duidelijk en uitermate rechtstreeks gesteund is op artikel 7 van het Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, is het beter om als opschrift daarvoor "Bepalingen van bijzonder dwingend recht" te gebruiken zoals in dat Verdrag dat in België van kracht is.

Die redenering, die ertoe leidt bij voorkeur de Belgische wet toe te passen, *lex fori*, is zowat dertig jaar geleden opgedoken in de rechtsleer en de rechtspraak inzake internationaal privaatrecht van een aantal landen. De redenering heeft ruimere ingang gevonden dankzij enkele beroemde arresten, zoals het arrest Boll, dat door het Internationale Gerechtshof van Den Haag op 28 november 1958 is gewezen. De redenering komt ook voor in het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, meer bepaald in artikel 7 van dat Verdrag, waarvan de tekst trouwens rechtstreeks model heeft gestaan voor die van het ontwerp.

Hoewel de conflictenregels de werkingssfeer schetsen van de materiële Belgische wetten, staan die conflictenregels - zelfs wanneer zij in een Wetboek vervat zijn - in de hiërarchie van de Belgische rechtsregels daarom nog niet hoger dan de regels van materieel recht. Als de wetgever van oordeel is dat een materiële wet een andere werkingssfeer dient te hebben dan die welke ze krachtens de

.../...

conflictenregel zou hebben gehad, staat het de wetgever dan ook vrij om zelf aan de wet die hij opstelt een werkingssfeer toe te kennen die volgens hem het beste overeenstemt met hetgeen deze wet vergt en met de doelstelling die daarmee wordt nagestreefd. Als de wetgever aldus heeft beslist en wanneer een wet dus, volgens de bewoordingen van die wet, van toepassing is op gevallen waarop ze zonder een bijzondere wilsuiting van zijnentwege niet van toepassing zou zijn geweest, zou die wet uiteraard geschonden worden als men de conflictenregel toch zou laten primeren ondanks de expliciete wilsuiting die terzijde te schuiven. Die vanzelfsprekende oplossing wordt uitdrukkelijk aangereikt in het begin van de tekst van artikel 15, § 1, van het ontwerp. Doordat in deze tekst wordt gesteld dat "de bepalingen van deze wet geen afbreuk doen aan de toepassing van de bepalingen van het Belgische recht die (het geval dwingend beheersen) krachtens de wet ...", herhaalt die tekst dan ook alleen dat een specifieke wet, zelfs van oudere datum, afwijkt van een algemene wet.

In de tekst wordt evenwel niet stilgestaan bij de net geciteerde woorden; er wordt immers eveneens in gesteld dat sommige Belgische rechtsregels ook kunnen primeren op de collisieregels, niet alleen wanneer de wet zelf die haar eigen regels bevat, bepaalt dat ze voorrang hebben, maar ook wanneer die voorrang voortvloeit uit de "kennelijke strekking" ervan. Op grond van die laatste woorden mag de rechter dus stellen dat met een wet, zelfs ongeacht enige uitdrukkelijke vermelding wat de werkingssfeer ervan betreft, een oogmerk nagestreefd wordt dat van die aard is dat die werkingssfeer verschillend moet zijn van de

.../...

werkingssfeer die door de verwijzingsregel aan de bewuste wet toegekend wordt. Het wordt de rechter dus duidelijk toegestaan, niet een Belgische materiële verwijzingsregel, maar elke Belgische materiële wet uit te leggen om daaruit een bijzonder toepassingsgebied af te leiden en de uitdrukkelijke strekking van de verwijzingsregel op overeenkomstige wijze te beperken. Het bijzondere toepassingsgebied zal immers afgebakend zijn zonder dat een beroep is gedaan op de relevante verwijzingsregel.

Aan de rechter aldus de bevoegdheid verlenen om een wet uit te leggen teneinde de strekking ervan te bepalen en om zich vervolgens op grond van die strekking de vrijheid toe te eigenen een uitdrukkelijke regel te schenden die de in het wetboek vervatte conflictenregel is, heeft ernstige gevolgen en is weinig logisch in het vooruitzicht van een voorspelbare codificatie. De strekking van zulk een bevoegdheid is des te ernstiger daar de rechter die zich op die algemene uitzondering beroept om de conflictenregel af te wijzen, tegelijkertijd ook zelf het criterium moet bepalen dat dient om de werkingssfeer van de bewuste wet af te bakenen en om dus in de plaats te worden gesteld van het criterium dat vervat is in de relevante conflictenregel. De beginselen die aan de uitzondering ten grondslag liggen, d.w.z. zowel de noodzaak van de afwijking als de toepassing ervan, namelijk het vastleggen van de precieze grenzen van het toepassingsgebied van de afwijkende wet, geven onvermijdelijk aanleiding tot een uitgebreide casuïstiek.

Deze casuïstiek kan zelfs leiden tot ontwrichting van de essentiële bepalingen van het ontwerp : kan een

.../...

rechter bijvoorbeeld oordelen dat in gevallen waarin het ontwerp bepaalt dat de wet van de gewone verblijfplaats van toepassing is, toch de Belgische wet dient te worden toegepast op Belgische burgers omdat haar oogmerk zodanig is dat ze bij voorrang dient te worden toegepast als beide partijen de Belgische nationaliteit bezitten ? Dat het criterium van de gelijke nationaliteit in de plaats komt van dat van de gewone verblijfplaats, kan steunen op bijvoorbeeld het idee dat het kennelijke doel van een bepaalde Belgische wet ten aanzien van een bepaald gevolg van het huwelijk, erin bestaat het huwelijksleven van Belgen te regelen, zelfs indien ze in het buitenland verblijven. Ten gunste van deze regeling kan zelfs de opvatting van een zeer gewaardeerd auteur worden geciteerd, die stelt : "la loi nationale s'apparente en matière de statut personnel à une loi d'application nécessaire" (23).

Er dient trouwens te worden opgemerkt dat de bepalingen die de stellers van het ontwerp het meest rechtstreeks geïnspireerd hebben, namelijk artikel 7.2 van het Verdrag van Rome en artikel 16 van de Zwisterse wet, de rechter geen soortgelijke vrijheid laten om hem in de opzet van een regel te laten ontdekken dat hij op een bepaalde situatie dient te worden toegepast, ongeacht het recht dat in de conflictenregels wordt aangewezen. Die inspirerende bepalingen beperken er zich toe ruimte te laten voor de toepassing van afwijkende wetten; er wordt niet in gepreciseerd dat het kan voorkomen dat de afwijking alleen

(23) Zie Pierre Mayer, *Droit international privé*, op. cit., nr. 508.

voortkomt uit een uitlegging door de rechter op grond van de strekking van die afwijkende wetten. In de Zwitserse wet wordt gewag gemaakt van de "bijzondere strekking" van de afwijkende wetten om de bewuste wetten te beschrijven, niet om een casuïstiek op gang te brengen die weinig overeenkomt met de algemene oogmerken van "doorzichtigheid" die met de ontworpen codificatie nagestreefd worden.

De bepaling van artikel 15, § 1, van het ontwerp dient dus te worden herzien om aan te sluiten bij de tekst die eraan ten grondslag ligt en om de interpretatiemoeilijkheden te voorkomen waartoe de huidige redactie gemakkelijk aanleiding kan geven.

2. In artikel 15, § 2, van het ontwerp wordt een methode bepaald die zonder precedent is in het Belgische internationaal privaatrecht. De bepalingen van artikel 7.1 van het Verdrag van Rome inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst worden nagenoeg woordelijk overgenomen. In de bespreking van de artikelen zou zorgvuldig moeten worden uitgelegd hoe te werk wordt gegaan, aan de hand van voorbeelden die niet ontleend worden aan overeenkomsten, maar aan de andere aangelegenheden waartoe het ontwerp die manier van werken poogt uit te breiden.

Er kan van worden uitgegaan dat de gerechtelijke instanties deze methode zeer zelden zullen hanteren. Dit zal des te meer het geval zijn daar de algemene strekking van het ontwerp, die erin bestaat een verwante wet te zoeken,

.../...

weinig plaats inruimt voor het idee dat de toepassing van een buitenlandse wet ook een houvast kan betekenen voor een vreemde Staat die zijn beleid tot een goed einde wil brengen.

3. Het opschrift van artikel 16 van het ontwerp - "uitzonderingsclausule" - geeft ondubbelzinnig aan dat de regel die het geeft, een uitzondering is. De reikwijdte van het artikel is groot, aangezien deze uitzondering zich kan uitstrekken tot nagenoeg alle in het ontwerp vervatte verwijzingsregels.

Artikel 16 geeft immers aan de rechter een echte correctiebevoegdheid. Deze bevoegdheid wordt hem zonder beperking toegekend, noch wat de bewuste aangelegenheid betreft, noch wat de aard van het aanknopingscriterium aangaat. De rechter kan die bevoegdheid uitoefenen, zowel om de *lex fori*, de Belgische wet, af te wijzen, en een buitenlandse wet te verkiezen boven de Belgische wet, als om aan de Belgische wet de voorkeur te geven door haar in de plaats te stellen van een buitenlandse wet. Alleen de kracht of de nauwheid van de band tussen enerzijds de in de conflictenregel aangewezen wet en anderzijds de wet die de rechter meent boven die wet te moeten verkiezen, komen in aanmerking.

De bespreking van deze bepaling is nochtans even algemeen als beknopt. Er staat alleen in dat de bewuste uitzondering "uiting geeft aan een rechtsbeginsel", namelijk dat "de verwijzingsregels uitdrukking geven aan de wil de

.../...

internationale toestand te beschouwen op grond van de verwantschap ervan met de nationale rechtsorde". Verschillende verduidelijkingen, die trouwens verschillende vragen doen rijzen, zijn noodzakelijk.

Niet alleen in de geciteerde passage wordt gewag gemaakt van het "proximateitsbeginsel". Elders wordt het voorgesteld als het beginsel dat aan de conflictenregels ten grondslag ligt. Dat beginsel kan, volgens de woorden van de auteur die verspreiding gegeven heeft aan het gebruik ervan, de heer Paul Lagarde, hoogleraar aan de "Université de Paris I", als volgt worden uitgedrukt :

"Un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits."

Op dit criterium heeft de auteur van de verwijzingsregel gesteund; het geeft hem aan dat het in aanmerking te nemen aanknopingscriterium datgene is waarbij tussen een rechtsbetrekking en een wet een "band" gelegd wordt die wettigt dat deze wet, veeleer dan een andere, op die rechtsbetrekking dient te worden toegepast. Door erop te wijzen dat het proximateitsbeginsel in het ontwerp een centrale plaats inneemt, leggen de stellers van het ontwerp gewoon de redenering uit die ze gevolgd hebben bij de keuze van het criterium dat de toepasselijke wet zou bepalen : ze hebben een soort "weging" gemaakt van alle denkbare punten van aanhaking van een categorie van rechtsbetrekkingen bij een land en hebben uit die mogelijke aanhakingspunten als maatstaf voor de aanwijzing van de toepasselijke wet die wet overgehouden die naar hun inzicht de bewuste categorie met een bepaald land het nauwst verbindt.

.../...

Als dit de grondslag van de conflictenregels van het ontwerp vormt, betekent dit dat het gekozen criterium moet worden beschouwd als dat waarbij de nauwste band tussen de bewuste rechtsbetrekking en een Staat tot stand wordt gebracht of tot uiting komt. Zo dienen de bewoordingen van artikel 45 van het ontwerp, namelijk dat "de gevolgen van het huwelijk beheerst worden door het recht van de Staat op het grondgebied waarvan de echtgenoten hun gewone verblijfplaats hebben", zo te worden verstaan dat volgens het ontwerp, van alle omstandigheden die een verbinding tot stand kunnen brengen tussen een Staat en een rechtsbetrekking ontstaan uit het huwelijk, de gewone verblijfplaats van de echtgenoten de belangrijkste is. Hieruit volgt dus dat tussen de huwelijkse rechtsbetrekking en een Staat de nauwste band tot stand wordt gebracht of, als men er de voorkeur aan geeft, tot uiting wordt gebracht door de gewone verblijfplaats van de echtgenoten.

Met de uitzondering waarin artikel 16 van het ontwerp voorziet, wordt evenwel aangegeven dat het criterium dat in het ontwerp in aanmerking genomen wordt eigenlijk alleen een eerste benadering is, die bij een rechtsgeding kan worden tegengesproken door de specifieke toedracht van elk geval. Individuele situaties zijn zo verscheiden dat een rechter die geadieerd wordt omtrent een zaak van bijdrage in de gezinslasten, bijvoorbeeld kan opmerken dat de echtgenoten in hetzelfde land elk een verschillende verblijfplaats hebben, maar dat beiden zich er in een recent verleden gevestigd hebben, en dat deze verblijfplaatsen weliswaar stellig reële verblijfplaatsen zijn, maar nog vrij precair zijn; dezelfde rechter kan voorts opmerken dat deze

.../...

echtelieden lange tijd samen hun gewone verblijfplaats hebben gehad in een ander land, waarvan de gebruiken of de regels hun huwelijksleven herhaaldelijk bepaald hebben, en dat dit land, dat ze verlaten hebben, ook het land is waarvan een van hen, de vrouw, vóór haar huwelijk de nationaliteit bezat, dat ze beiden menige band hebben bewaard met hun vrienden en familie die in dat land gebleven zijn, waar trouwens nog sommigen van hun kinderen wonen bij wie ze regelmatig lang gaan vertoeven. De bepaling van artikel 16 lijkt de rechter die met zulk een situatie wordt geconfronteerd, in staat te stellen te oordelen dat de band die gekozen wordt in de verwijzingsregel van artikel 45, § 1, 1°, van het ontwerp, een "zeer zwakke band" is, terwijl de vorige banden nog zeer nauw zijn. In de bespreking van artikel 16 van het ontwerp wordt de rechter er trouwens toe aangezet zo'n redenering toe te passen : "De clause kan bijdragen tot de nuancering van het soms excessief mechanische karakter van de toepassing van een verwijzingsregel". Deze passage uit de bespreking van artikel 16 van het ontwerp kan trouwens kracht worden bijgezet met een andere, meer algemene, passage uit het deel van de memorie van toelichting over het personeel statuut, waar gesteld wordt dat "op grond van de factor van de gewone verblijfplaats (kan) worden gekozen voor het rechtskader waarin die persoon is geïntegreerd". Als de rechter zich door deze laatste bewering laat leiden, kan hij dus in zijn redenering stellen dat van de twee milieus waarin de echtgenoten leven en hebben geleefd, het milieu waar ze samen tot voor kort hebben geleefd en waarmee ze talrijke banden hebben gehad en bewaard, zelfs als ze er niet meer verblijven, toch het milieu is waarin ze het meest

.../...

geïntegreerd zijn gebleven, en dat bijgevolg de wet van het land waar dat milieu zich bevindt uiteindelijk als toepasselijke wet dient te worden beschouwd.

Zulk een voorbeeld toont aan dat artikel 16 van het ontwerp de rechter ertoe aanzet terug te grijpen naar de fase vóór de keus van de toepasselijke wet en als het ware, voor het enige hem voorgelegde geval, dat noodzakelijkerwijs een bijzonder geval is, het werk te verrichten bestaande in het kiezen van het criterium toepasselijke wet, een werk dat uit de aard der zaak door de wet niet anders gedaan is kunnen worden dan op grond van algemene gegevens, die onvermijdelijk nooit precies overeenstemmen met die van een bijzonder geval.

De uitzonderingsclausule zou een nog ruimere strekking hebben indien ze de rechter ertoe zou aanzetten de aanknoping bij de wet bij te sturen door af te wijken van de opzet zelf van de ontworpen wet. De bepaling van artikel 16 van het ontwerp sluit dit niet uit. Zo bijvoorbeeld rijst de vraag of, in de gevallen waarin de verwijzingsregel bepaalt dat de nationale wet van de persoon toepasselijk is, bijvoorbeeld inzake de naam, een rechter vermog te oordelen dat de nationaliteit een "zwakke" band is, vergeleken bij de "kracht" of de "nauwheid" van de band die door de gewone verblijfplaats ontstaat. Als motief om die "uitzondering" te wettigen kan worden aangevoerd dat, doordat de verblijfplaats een materieel feit is, terwijl de nationaliteit alleen een onstoffelijk of juridisch gegeven is, de band "die reëel is" de nauwste band is en aldus behoedt voor iedere "ideologische" verleiding.

.../...

De tekst van het ontwerp, de memorie van toelichting en bepaalde besprekingen van artikelen leveren een basis op die toereikend is om zulk een redenering te onderbouwen. Maar diezelfde geschriften leveren ook genoeg stof op om diezelfde redenering te weerspreken.

De bevinding is immers dat in de memorie van toelichting beklemtoond wordt dat een van de grote nieuwigheden van het ontwerp erin bestaat te beschouwen dat het aanknopingspunt gewone verblijfplaats van de echtgenoten ingegeven wordt door het oogmerk om de echtgenoten te onderwerpen aan de wet van het sociaal milieu waarin ze geïntegreerd zijn. Er wordt derhalve bepaald dat alleen bij gebreke van gewone verblijfplaats - in de zin als hierboven gepreciseerd en besproken is in verband met artikel 4 van het ontwerp - de nationaliteit van de echtgenoten, op voorwaarde dat ze dezelfde nationaliteit hebben, weer de rol van aanknopingsfactor kan vervullen. Doordat de nationaliteit aldus een aanknopingscriterium vormt, maar slechts een bijkomend criterium is tegenover de gewone verblijfplaats, kan ervan uitgegaan worden dat net de gewone verblijfplaats dient te worden beschouwd als de omstandigheid waaruit blijkt met welke de partijen de nauwste band hebben en dat de nationaliteit duidt op een wet waarmee ze in ieder geval een minder nauwe band hebben, ook al kan het gebeuren dat laatstgenoemde wet hun voldoende na is om de toepasselijke wet te kunnen zijn. Dit lijkt de reden te zijn waarom in de memorie van toelichting en in de bespreking van verschillende artikelen van het ontwerp zo dikwijls beklemtoond wordt dat de bepalingen van het ontwerp gegrond zijn op een "proximiteitsbeginsel" en de

.../...

nationaliteit van een persoon voorgesteld wordt als een gewone aanwijzing voor "integratie in een (sociaal) milieu". In het ontwerp wordt aangenomen dat zowel de gewone verblijfplaats als de nationaliteit niets meer dan de min of meer sterke tekens zijn van de bewuste "proximiteit", terwijl de gewone verblijfplaats het sterkste teken vormt. In het ontwerp wordt het verschil weergegeven tussen de respectieve betekenis van de verblijfplaats en de nationaliteit in de manier waarop de rangordes van aanknopingspunten worden gepresenteerd in de artikelen 45, 48 en 53 van het ontwerp.

Deze redenering, waar logica in zit, kan evenwel worden bestreden met andere gegevens die evenzeer als die rangordes van aanknopingspunten belangrijke bepalingen van het ontwerp vormen. Zo kan men zich beroepen op een bepaling die ertoe strekt een van de aspecten van het zogenaamde conflict van nationaliteiten te regelen. Volgens de artikelen 3, § 2, en 18, van het ontwerp dienen de Belgische rechtbanken ervan uit te gaan dat een persoon die de nationaliteit van twee landen heeft waaronder België, Belg is; voor deze persoon dient dus de voorkeur te worden gegeven aan de Belgische nationaliteit, zelfs indien aangetoond wordt dat de buitenlandse nationaliteit de meest effectieve is en dus beter aanhaakt bij het land waar de bewuste persoon het best in het "sociaal milieu" geïntegreerd is. Deze oplossing van het conflict van nationaliteiten is weliswaar klassiek, doch niet overeen te brengen met het net beschreven perspectief, in welk perspectief naar in het ontwerp beweerd had het ontwerp wil

.../...

staan : de toepassing van de wet waarmee de zaak de nauwste banden heeft.

De in artikel 3, § 2, van het ontwerp uitgewerkte regeling van het conflict van de Belgische en de buitenlandse nationaliteit, toont duidelijk aan dat de integratie in een sociaal milieu niet richtinggevend is voor alle aanknopingen, maar dat daarentegen de Belgische wet dient te worden toegepast op een persoon aan wie de Belgische nationaliteit is toegekend, zelfs indien blijkt dat deze persoon meer in het sociaal milieu van een ander land dan België is geïntegreerd, en dat aan die persoon ook zijn nationaliteit heeft toegekend. Meer kan dus stellen dat de toepassing van de Belgische wet op bepaalde aspecten van het personeel statuut van een Belg niet hoofdzakelijk ingegeven is door zijn integratie in een Belgisch sociaal milieu, maar alleen door de omstandigheid dat wegens het Belgische soevereine gezag die persoon de wet van de Belgische Staat waarvan hij burger is, dient na te leven. Het gezag legt hem dit op, ongeacht of hij in feite al dan niet min of meer geïntegreerd is in een ander land dan België, waarvan hij ook de nationaliteit blijkt te hebben. Na te hebben herinnerd aan de bovenvermelde oplossing van het conflict van nationaliteiten heeft Pierre Mayer, zoals reeds aangegeven is, in de laatste editie van zijn Handboek van internationaal privaatrecht het volgende geschreven :

"... par sa volonté d'application, la loi nationale s'apparente, en matière de statut personnel, à une loi d'application nécessaire bien que son mode de désignation (par une règle de conflit bilatérale

.../...

classique) empêche de la classer effectivement dans cette catégorie." (24).

De beste theoreticus van het proximateitsbeginsel legt trouwens op zeer overtuigende wijze uit dat de toepassing van de nationale wet op een persoon of paar geenszins een toepassing van het proximateitsbeginsel is, maar ingegeven is door het omgekeerde, het soevereiniteitsbeginsel, een beginsel dat leidt tot de mening dat op het personeel statuut in het bijzonder de nationale wet van de betrokken persoon dient te worden toegepast. Hoewel het te verstaan is dat van het laatstgenoemde beginsel kan worden afgeweken wanneer het om meerdere nationaliteiten gaat of wanneer beide partners niet dezelfde nationaliteit hebben, en dat dus in zulke gevallen het soevereiniteitsbeginsel dient te worden opgegeven om gewoon een wet toe te passen waarmee de zaak nauwe banden heeft, lijkt het vreemd dat het proximateitsbeginsel primeert in gevallen waarin het soevereiniteitsbeginsel gemakkelijk uitwerking kan hebben, doordat de echtgenoten dezelfde nationaliteit hebben. Het is in ieder geval merkwaardig dat in de recente Duitse en Italiaanse wetgeving rangordes van aanknopingspunten opgemaakt zijn waarvan de subsidiariteit omgekeerd is ten opzichte van de regeling in het ontwerp. Zo wordt in artikel 14 van het EGBGB en in de artikelen 29 en 30 van de Italiaanse wet van 31 mei 1995 bepaald dat de nationale wet van de echtgenoten toepasselijk is op de gevolgen van het huwelijk wanneer ze die wet gemeen hebben, en wordt in die bepalingen voor toepassing van de wet van de gewone verblijfplaats alleen geopteerd wanneer het verschil in

(24) Op. cit., nr. 508, blz. 334.

nationaliteit van de echtgenoten een soort logische belemmering vormt om een nationale wet toe te passen.

De vrijheid waarover de feitenrechter zal beschikken om voor elk geval de toepasselijke band te bepalen, zal vanzelfsprekend afhangen van de toetsing die het Hof van Cassatie in een soortgelijk geval zal kunnen verrichten. In dit verband kan worden opgemerkt dat het Hof wellicht slechts een marginale toetsing zal kunnen verrichten en dat het waarschijnlijk enkel zal nagaan of de rechter het begrip band niet heeft miskend en "meer bepaald, of hij uit de door hem vastgestelde feiten geen gevolgtrekkingen heeft afgeleid die op grond van die feiten geenszins kunnen worden verantwoord" (25). Het is bekend hoezeer het Hof, terecht, opziet tegen een zuiver feitelijke beoordeling die het onvermijdelijk zou dienen te maken indien het strikt zou toetsen hoe "zwak" of "nauw" een band is, waarvan de precieze aard trouwens noch rechtstreeks noch onrechtstreeks in het ontwerp wordt weergegeven. Wat er trouwens ook zij van de omvang van de toetsing die het Hof van Cassatie zou besluiten uit te oefenen op het gebruik van de uitzonderingsclausule, dit neemt niet weg dat die clausule zo zwaar afbreuk doet aan het houvast dat de voorschriften van het ontwerp bieden, dat de clausule het nut ervan op de helling zet.

De niet-reduceerbare onderlinge tegenspraak tussen de kernbepalingen van het ontwerp zal zich dus mogelijk

(25) Zie inzonderheid het arrest van 16 maart 1995, Arr. Cass; 1995, blz. 319.

weerspiegelen in de onderlinge tegenspraak tussen beslissingen van rechters die, bij het zoeken naar een beginsel dat kan dienen als leidraad voor de uitlegging die ze op grond van de tekst moeten geven, in het algemene gedeelte van de memorie van toelichting waarop bijvoorbeeld de bepalingen van het ontwerp inzake personeel statuut steunen, onduidelijke beweringen als deze zullen aantreffen : "Het wetboek huldigt het beginsel inzake aanknoping van de persoon aan het recht van de Staat waarvan het individu de nationaliteit bezit, waarbij evenwel ook rekening wordt gehouden met de moderne strekking die erin bestaat de rol van de gewone verblijfplaats van de persoon in aanmerking te nemen. In dit opzicht hoedt het wetboek zich voor iedere vorm van vooroordeel van doctrinaire aard en geeft het de voorkeur aan oplossingen ingegeven door het dubbele streven naar billijkheid en praktische toepassing". De rechter verwijzen naar billijkheid en praktische toepassing, is hem verwijzen naar zichzelf, komen tot een rechtspraak van beslechting van bijzondere gevallen.

Artikel 16 van het ontwerp leidt dus onvermijdelijk tot een nogal te duchten onzekerheid in alle redeneringen in verband met wetsconflicten. De heer Paul Lagarde, een auteur die zulke regels nochtans vrij gunstig gezind is, aarzelt trouwens niet om over de Zwitserse wet waarop het ontwerp gesteund is, het volgende te schrijven :

"... il ne manquera pas de susciter l'objection, à coup sûr considérable, de l'incertitude et de l'imprévisibilité des solutions, vice majeur pour les juristes."

.../...

Om deze reden trouwens wordt gelukkig in paragraaf 2 van hetzelfde artikel 16 van het ontwerp aan de rechter de bevoegdheid onttrokken om de aanknoping bij de wet bij te sturen, een bevoegdheid die hem verleend wordt in paragraaf 1, in de gevallen dat de partijen gebruik hebben gemaakt van de hen door het ontwerp geboden mogelijkheid om zelf het toepasselijke recht te kiezen. In die gevallen zou de rechter die zou afwijken van de door de partijen gemaakte keuze in zekere zin hun plannen vrijdelen en zou hij grotendeels het nut uithollen van de regel waarbij hen het recht om te kiezen wordt toegekend.

Deze uitzondering op de werking van de "uitzonderingsclausule" is echter niet voldoende om alle gevaar van onzekerheid te bezweren en te zorgen voor een correcte en noodzakelijke voorspelbaarheid mogelijk zelf. Men kan weliswaar stellen dat de dwingende nood aan voorspelbaarheid mogelijk zelf niet altijd even groot is; zo kan niet ernstig beweerd worden dat het absoluut noodzakelijk is dat de echtgenoten, vanaf hun huwelijk, kunnen weten volgens welke wet ze kunnen scheiden. Dit neemt niet weg dat een echtgenoot die zich beraadt over de wenselijkheid om met het oog op echtscheiding te dagvaarden en twijfelt tussen de gelijkelijk bevoegde rechtbanken van twee landen, met de grootst mogelijke zekerheid dient te weten volgens welke wet de rechter zijn gedrag en dat van zijn wederhelft zal beoordelen. Het is dus noodzakelijk dat de verwijzingsregel hem in staat stelt die wet te bepalen.

*

* *

.../...

De slotsom is dat wetsconflicten zich stellig op zoveel verschillende manieren kunnen voordoen dat het wellicht noodzakelijk is te bepalen dat in sommige gevallen de "normale" aanknopingsfactor het veld dient te ruimen voor een andere. Maar, ook al kan het voordeel dat van de codificatie van het internationaal privaatrecht verwacht wordt daardoor grotendeels verloren gaan, toch dienen de uitzonderingen wettelijk te worden vastgelegd, omdat er nauwelijks van kan worden uitgegaan dat door de toetsing van het Hof van Cassatie de vrijheid die de bepaling van artikel 16 van het ontwerp aan de rechter laat genoegzaam aan banden kan worden gelegd en in goede banen kan worden geleid. Voorts, zou die toetsing strikter zijn, dan nog is de vrijheid om af te wijken die de rechter aldus gelaten wordt, wat het principe ervan betreft te groot, en is het dus nodig dat de wet zelf de grenzen bepaalt van de uitzonderingen die ze toestaat.

In het vooruitzicht dat die uitzonderingen wettelijk worden vastgelegd, is het nuttig stil te staan bij de bewoordingen van de bespreking van artikel 16 van het ontwerp, namelijk "de problematiek betreffende de rechten verworven in het buitenland", bewoordingen waarover de gemachtigden van de minister enige uitleg hebben verstrekt in een antwoord op een verzoek om verduidelijking over het begrip "band". In dat antwoord wordt gewezen op het bestaan van zogenaamde gevallen van "extreme veranderingen van aanknopingspunt". Het gaat om gevallen waarin een Belgisch rechter een juridische situatie dient te bepalen die in het buitenland geschapen is en die, op het ogenblik waarop dat geschied is, op geen enkele wijze aanhaakte bij België. Sinds meer dan een halve eeuw worden zulke kwesties opgemerkt; in sommige wetsontwerpen en door bepaalde auteurs

.../...

die aandacht hadden voor dat soort problemen zijn interessante voorstellen gedaan om die op te lossen. Ze bieden het voordeel dat het geval scherper omlijnd wordt en dat de rechter niet de mogelijkheid wordt gelaten om in alle aangelegenheden en in alle gevallen, indien hij dat nodig acht, zich te onttrekken aan zijn voornaamste plicht het oordelen volgens de wet.

Een interessant voorstel is bijvoorbeeld vervat in artikel 25, tweede lid, van het ontwerp van eenvormige wet betreffende het internationaal privaatrecht voor de landen van de Benelux, waarvan de tekst als volgt luidt :

"Is buiten België een rechtsbetrekking ontstaan of teniet gegaan in overeenstemming met de wet, die toepasselijk was volgens het internationaal privaatrecht der landen, die op het ogenblik van dit ontstaan of teniet gaan der rechtsbetrekking daarbij wezenlijk betrokken waren, dan wordt dit ontstaan of teniet gaan ook in België erkend, al mocht het in strijd zijn met de krachtens de vorige voorschriften toepasselijke wet.".

Opmerking VI : Het personeel statuut of de natuurlijke personen

Hoofdstuk II, met als opschrift "Natuurlijke personen", is verreweg het langste van het ontwerp (45 van de 131 artikelen); het bevat, naast de regels betreffende het bestaan van de persoon, diens identificatie of diens bekwaamheid, de regels betreffende het gezin : het huwelijk en de gevolgen ervan, de afstamming en de echtscheiding, en ten slotte de regels betreffende adoptie en de bescherming van onbekwamen. Die omvangrijke groep rechtsfiguren wordt in het internationaal privaatrecht reeds verscheidene eeuwen gewoonlijk met de woorden "personeel statuut" aangeduid. In het ontwerp wordt die term ("persoonlijk statuut") nog gebezigd om een gedeelte van de memorie van toelichting aan te duiden, maar in de tekst zelf komt hij niet meer voor. Dit is terecht, want het ontwerp verbreekt de eenheid op grond waarvan kon worden verklaard dat de uitdrukking "personeel statuut" zowel op de wetten kan slaan die op de persoon zelf toepasselijk zijn, als op het geheel van aangelegenheden waarop diezelfde wetten van toepassing moeten zijn, bepaaldelijk omdat die aangelegenheden betrekking hebben op de persoon. Aangezien er volgens het ontwerp geen personeel statuut meer is in de zin van een wet die alle kwesties met betrekking tot de persoon regelt, bestaat er ook geen grond meer om een formele eenheid onder die aangelegenheden te handhaven en ze alle in een enkel hoofdstuk samen te brengen; het ontwerp beschouwt die kwesties immers als zijnde dermate verschillend van elkaar dat het ze niet meer in een enkele wet regelt.

.../...

Het ontwerp zou aan duidelijkheid winnen indien het stramien ervan overeenstemt met de geest waarin dat ontwerp is uitgewerkt. Bovendien gaat het opschrift van het hoofdstuk "Natuurlijke personen" zo goed als niet samen met de inhoud ervan; het is bij voorbeeld moeilijk te begrijpen dat het wel de regels bevat die toepasselijk zijn op het huwelijksvermogensstelsel, doch niet die toepasselijk op de nalatenschap, daar deze en gene evenzeer betrekking hebben op de goederen van natuurlijke personen en alleen op hen toepasselijk zijn, met uitsluiting dus van de rechtspersonen. Het stramien van het ontwerp moet worden herzien vanaf hoofdstuk II, waarbij zowel onduidelijkheden als het kunstmatig samenbrengen van bepalingen moet worden voorkomen en waarbij duidelijk moet blijken welke fundamentele wijzigingen het ontwerp beoogt in te voeren.

De hiernavolgende opmerkingen slaan achtereenvolgens op de aangelegenheden betreffende het gezin : het huwelijk en de afstamming. De aangelegenheden betreffende de natuurlijke persoon individueel beschouwd worden daarna besproken.

I. Het huwelijk

1. Totstandkoming

a) Artikel 43 van het ontwerp neemt de regel over die thans vervat is in artikel 170ter van het Burgerlijk Wetboek, naar luid waarvan een in het buitenland voltrokken huwelijk in België alleen geldig is indien de partijen

.../...

voldaan hebben aan de voorwaarden die hun personeel statuut op straffe van nietigheid voorschrijft om een huwelijk te kunnen aangaan.

Die regel kan slechts gemakkelijk worden toegepast indien de partijen dezelfde nationaliteit hebben of indien de regels inzake de "geschiktheid" om te huwen slechts op een van de echtgenoten betrekking hebben. Het is echter veel moeilijker diezelfde regel toe te passen op een huwelijk tussen personen die niet dezelfde nationaliteit hebben en de desbetreffende wetten zogeheten "bilaterale" beletsels bevatten. Die beletsels zijn niet te wijten aan de specifieke hoedanigheid van een van de twee toekomstige echtgenoten, doch aan een band tussen hen beiden; een standaardvoorbeeld vormen de regels die ter voorkoming van incest het huwelijk tussen oom en nicht verbieden. In de bespreking van artikel 43 van het ontwerp wordt gepreciseerd dat in zo een geval de meest beperkende wet moet worden toegepast, een oplossing die tot gevolg heeft dat het huwelijk niet kan plaatshebben. Een zodanige voorkeur voor de strengste wet of, indien men verkiest, voor het verbieden eerder dan voor de vrijheid van handelen, kan bezwaarlijk worden gerechtvaardigd. Een soortgelijke kritiek zou overigens kunnen worden gemaakt ten aanzien van een regeling die integendeel de vrijheid van handelen huldigt en aldus de geldigheid aanvaardt van een huwelijk dat is aangegaan met schending van een nationale wet die een van de echtgenoten verbiedt te huwen.

Een zodanige impasse kan worden vermeden door te voorzien in een regel die, veeleer dan het vraagstuk van de

.../...

totstandkoming van het huwelijk op te lossen op grond van de geldigheid ervan, en bijgevolg, zoals in het ontwerp wordt voorgesteld, op grond van de geschiktheid van iedere echtgenoot om te huwen, een wet aanwijst, bij voorbeeld die van de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten of, bij ontstentenis daarvan, van het land waar ze hun gewone verblijfplaats hebben na het huwelijk, die in zekere zin de wet is die het wezen uitdrukt van de huwelijksband waarbij de echtgenoten zich als gevolg van hun huwelijk aansluiten. De klassieke gedachtengang die erin bestaat dat uitgegaan wordt van de "geschiktheid" om te huwen, kon tot dusver moeilijk terzijde worden geschoven, daar aan de materie in haar geheel de eerbied voor de nationale wet ten grondslag lag. Doordat het ontwerp ervoor kiest te breken met dat perspectief, kan een regeling worden uitgewerkt die de totstandkoming van het huwelijk in haar geheel beschouwt. Die regeling zou kunnen uitgaan van een criterium dat niet meer op onderscheidenlijk iedere toekomstige echtgenoot betrekking heeft. Zo een werkwijze zou het mogelijk maken het vraagstuk van de polygamie eenduidig te benaderen en de wetgeving betreffende de totstandkoming van het huwelijk en de wetgeving die het wezen ervan bevat, nader op elkaar af te stemmen, wat ongetwijfeld een goede zaak is.

b) Het ontwerp brengt mee dat Belgische rechtscolleges een huwelijk nietig kunnen verklaren dat de wetten schendt die bij het Belgische internationaal privaatrecht toepasselijk zijn verklaard. Het hoeft niet te verbazen dat een Belgische rechtbank een huwelijk nietig verklaart dat in België voltrokken is met toepassing van buitenlandse wetten die de totstandkoming ervan regelden volgens de Belgische

.../...

collisieregels. De kwestie van de nietigheid als sanctie dient zich anders aan als het huwelijk in het buitenland is voltrokken. Indien het Belgische rechtscollege het huwelijk zonder meer vernietigt, doet het niet alleen de band tussen de echtgenoten teniet, maar tevens een handeling van de buitenlandse overheid die die band tot stand heeft gebracht. Dit is een inmenging van de Belgische justitie in de werkwijze van een buitenlandse overheid, die de buitenlandse Staat in kwestie des te minder aanvaardbaar kan achten daar het initiatief tot vernietiging in België kan zijn genomen door het openbaar ministerie, optredend op basis van artikel 41 van het ontwerp. Het is zelfs mogelijk, blijkens het antwoord van de gemachtigden van de minister op een vraag die hen is gesteld, dat een Belgische rechtbank de nietigheid uitspreekt op de grond dat het huwelijk in België niet is afgekondigd, een vereiste dat artikel 44, § 3, van het ontwerp voorschrijft voor een huwelijk voltrokken in het buitenland. Aldus zou zich de situatie voordoen waarin de Belgische overheid en de Belgische justitie er samen toe bijgedragen hebben om een buitenlandse bestuurshandeling te laten vernietigen, op de grond dat de Belgische regels betreffende de formaliteiten voorafgaand aan een huwelijk, niet zijn nageleefd bij het stellen van de handeling.

De gemachtigden van de minister hebben, daarover om uitleg gevraagd, zich gebaseerd op het werk van de rechtsgeleerden Rigaux en Fallon (26) om aan te voeren dat het Belgische vonnis waarbij tot vernietiging wordt besloten

(26) *Droit international privé*, op. cit., deel II, blz. 824 en 993.

alleen betrekking heeft op de privaatrechtelijke handeling gesteld door de echtgenoten en dat aldus niet geraakt wordt aan de gelding van de buitenlandse bestuurshandeling. Het los van elkaar beschouwen van de bestuurshandeling en de privaatrechtelijke handeling die het huwelijk is, gesteld dat zulks in het Belgische recht bestaanbaar is met artikel 21, tweede lid, van de Grondwet, mag in ieder geval niet worden veralgemeend; het is dan ook mogelijk dat de desbetreffende wetten van de vreemde Staat een huwelijksregeling kennen waarin die twee handelingen niet los van elkaar kunnen worden beschouwd en dat volgens die Staat de echtgenoten wel degelijk door de overheid in de echt worden verbonden, weliswaar met hun toestemming, maar zonder dat de wilsuiting van de echtgenoten kan worden onderscheiden van de wilsuiting van de overheid die het huwelijk "voltrekt". Die Staat zou zich benadeeld kunnen achten door een Belgische beslissing waarbij het handelen van zijn overheid teniet zou zijn gedaan. Het verdient dan ook aanbeveling te voorkomen dat zo een conflictsituatie zich voordoet; dit is geen teken van schroom, doch getuigt alleen van een strikte eerbied voor de buitenlandse - soevereiniteit. Om daarop toe te zien, is het voldoende dat het Belgische rechtscollege zich ertoe beperkt te verklaren dat het in het buitenland voltrokken huwelijk in België niet aan anderen kan worden tegengeworpen. Een zodanig dictum brengt in België alle rechtsgevolgen mee van een nietig-verklaring.

Bij het herzien van de ontworpen tekst zou de federale wet van Zwitserland inzake het internationaal privaatrecht model kunnen staan, waarop de stellers van het

.../...

onderzochte ontwerp overigens vaak hebben teruggegrepen met betrekking tot andere aangelegenheden. Die wet bevat geen enkele regel inzake collisie in zoverre het gaat om huwelijken voltrokken buiten Zwitserland; artikel 45 van die wet beperkt zich ertoe in dat verband te stellen dat een buiten Zwitserland op geldige wijze voltrokken huwelijk, erkend wordt in Zwitserland. De vraag of een buiten Zwitserland voltrokken huwelijk geldig is in Zwitserland, wordt aldus herleid tot de kwestie van de erkenning ervan, en het staat dus aan de Zwitserse gerechten alleen huwelijken te vernietigen die in Zwitserland zijn voltrokken.

2. Rechtsgevolgen van het huwelijk

a) nieuwheid van het principe gesteld in artikel 45

De gemachtigden van de minister hebben in dat verband verklaard dat de regel vastgelegd in artikel 45 van het ontwerp een van de fundamentele wijzigingen is waarin het ontwerp voorziet en dat die regel in die zin een innovatie is dat het moderne proximateitsbeginsel aldus wordt ingevoerd. De belangrijkheid van dit gedeelte van het ontwerp staat immers buiten kijf, daar het de regel bevat die in geval van een wetsconflict bepaalt welke wet toepasselijk is op het wezen zelf van de huwelijksband, te weten op de rechten en plichten van de echtgenoten, daaronder begrepen de gevolgen die deze rechten kunnen hebben voor derden in hun contacten met de echtgenoten.

.../...

Die fundamentele wijziging bestaat erin dat de nationale wet, die tot dusver normalerwijs toepasselijk was op het huwelijk, niet door een andere nationale wet wordt vervangen, zelfs niet een gemeenschappelijke wet, maar door de wet "van de Staat op het grondgebied waarvan de echtgenoten hun gewone verblijfplaats hebben" (artikel 45 van het ontwerp). De gemachtigden van de minister hebben daaromtrent gepreciseerd dat daaronder niet noodzakelijk de Staat dient te worden verstaan waar de echtelieden gewoonlijk samen verblijven, doch ook de Staat waar elk van de echtelieden zijn eigen gewone verblijfplaats heeft gevestigd, verschillend van die van de huwelijkspartner. Die precisering is zeer belangrijk, en het is onontbeerlijk dat ze in de tekst zelf van het ontwerp wordt opgenomen.

De aldus ontworpen regel is multilateraal : hij is toepasselijk op alle gehuwden, ongeacht de wet volgens welke ze in het huwelijk getreden zijn. Hij is toepasselijk op echtgenoten met dezelfde nationaliteit, ongeacht of het de Belgische dan wel een vreemde nationaliteit is, alsook op echtgenoten met een verschillende nationaliteit. Het is slechts subsidiair, d.w.z. als de echtgenoten geen gewone verblijfplaats, gemeenschappelijk of afzonderlijk, hebben in hetzelfde land, dat de regeling toepasselijk op echtgenoten met dezelfde nationaliteit wederom gelding krijgt ten aanzien van de gevolgen van het huwelijk. Zo kunnen de beide echtgenoten van Belgische nationaliteit, doch die hun gewone verblijfplaats in de Verenigde Staten - Californië, hebben, de ene in San Francisco en de andere in San Diego, krachtens artikel 40, § 1, 4°, van het ontwerp het geschil dat tussen hen gerezen is in verband met ieders bijdrage in de

.../...

gezinslasten, vóór een Belgische rechtbank brengen; die rechtbank zal dat geschil beslechten overeenkomstig het recht in Californië waarnaar verwezen wordt in de artikelen 45, § 1, en 18, § 1, van het ontwerp. Diezelfde rechtbank kan de Belgische wet alleen toepassen als een van de echtgenoten in San Francisco verblijft, en de andere in Carson City, een stad die dichterbij San Francisco ligt doch in de staat Nevada gelegen is, een buurstaat van Californië en dus een andere staat.

b) de kwestie van de gevolgen voor de persoon

In de eerste plaats moet in verband met artikel 45 van het ontwerp een opmerking worden gemaakt over de werkingssfeer ervan. De ontworpen paragraaf 2 somt een aantal aangelegenheden op die onder de noemer "gevolgen van het huwelijk" vallen en die alle betrekking hebben op de geldelijke aspecten van de huwelijksband. Die opsomming wordt voorafgegaan door de woorden "met name" (lees : onder meer), waardoor aangegeven wordt dat ze bij wijze van voorbeeld genoemd worden; noch in de tekst, noch in de commentaar op artikel 45 van het ontwerp wordt evenwel gealludeerd op de gevolgen van het huwelijk op het personele niveau, zoals de plicht van echtelijke trouw of de bijstandsplicht; vooraan in de bespreking van artikel 45 van het ontwerp wordt zelfs gesteld dat de algemene regel van dat artikel "alleen betrekking heeft op wat over het algemeen het primaire stelsel wordt genoemd". De gemachtigden van de minister hebben het feit dat het ontwerp daarover niet verder uitwijdt als volgt verantwoord : "[le projet] tente

.../...

de minimiser l'importance de cette distinction (entre effets personnels et effets pécuniaires) pour le conflit de lois, afin de limiter les conflits de qualifications"; de gemachtigden van de minister hebben daaraan toegevoegd dat de commentaar op het voornoemde artikel zou worden herzien.

In de tekst van het ontwerp moet expliciet worden aangegeven wat dient te worden verstaan onder "gevolgen van het huwelijk". De woorden "met name" in de inleidende zin van artikel 45, § 2, van het ontwerp volstaan niet om de dubbelzinnigheid omtrent de draagwijdte van de tekst weg te werken, een tekst die - zoals hierboven reeds is gesteld - alleen geldelijke gevolgen expliciet noemt en aldus de indruk wekt dat de personele gevolgen daar niet onder begrepen zijn.

.../...

c) Verband tussen de regeling inzake de gevolgen en de regeling inzake het "vermogen"

De precieze werkingssfeer van de aangewezen wet, zoals omschreven wordt in artikel 45 van het ontwerp, is tevens onduidelijk vanwege het woord "onverminderd", waarmee de ontworpen paragraaf 1 aanvangt. Doordat in de tekst gepreciseerd wordt dat de wetgeving van de gewone verblijfplaats slechts toepasselijk is "onverminderd de artikelen 46 tot 52", wordt de werkingssfeer van de wetgeving van de gewone verblijfplaats beperkt tot de aangelegenheden die niet worden geregeld met toepassing van de wet die bij de genoemde artikelen 46 tot 52 van het ontwerp toepasselijk wordt verklaard. Daaruit zou bij voorbeeld voortvloeien dat als de wetgeving op "het vermogen" van de echtgenoten de bijdrage in de gezinslasten regelt, de wetgeving van de gewone verblijfplaats zulks slechts regelt in zoverre de wetgeving op "het vermogen" geen andersluidende bepalingen in die zin bevat.

Dat zou geen enkel probleem opleveren indien in de bespreking van artikel 45 van het ontwerp niet meermaals gesteld werd dat dat artikel betrekking heeft op het primaire huwelijksvermogensstelsel. Onder die uitdrukking wordt echter normaal dat gedeelte van de regels met betrekking tot de vermogensrechtelijke banden verstaan die op de echtgenoten van toepassing zijn, ongeacht het eigenlijke huwelijksvermogensstelsel. Er is dus een discrepantie tussen de tekst van artikel 45, § 1, van het ontwerp, inzonderheid het beginwoord "onverminderd", en de bespreking, waarin de draagwijdte van dat artikel wordt verklaard met de woorden

.../...

"primaire stelsel", een begrip dat erop wijst dat de regeling primeert op - en dus niet subsidiair is aan - een andere wet die eveneens de geldelijke betrekkingen tussen de echtgenoten vastlegt.

3. Wet toepasselijk op het "vermogen van de echtgenoten" : onderscheid tussen dat begrip en het huwelijksvermogensstelsel

Het opschrift van afdeling 4, onderafdeling 3, gewijd aan het huwelijk in al zijn aspecten, gaande van verloving tot echtscheiding, luidt als volgt : "Recht toepasselijk op het vermogen van de echtgenoten". Deze onderafdeling telt zeven vrij lange artikelen, die een regeling invoeren waarvan zowel de hoofdlijnen als de precieze werkwijze moeilijk te vatten zijn.

a) Dit is - wellicht hoofdzakelijk - te wijten aan de verwarring omtrent het woord "vermogen", dat hier allicht oneigenlijk en onoordeelkundig wordt gebruikt. In het Belgische rechtswocabularium wordt daaronder het geheel van de in geld uitdrukbare rechten en plichten verstaan die actief of passief eenzelfde persoon betreffen. Het belang om aldus de goederen en verplichtingen van een persoon als één enkel geheel te beschouwen, is hoofdzakelijk van tweeërlei aard. De schuldeisers bezitten een recht van algemeen pand op het vermogen van hun schuldenaar; bij het overlijden van de persoon wordt zijn vermogen vastgesteld, gaat het over naar de erfgenamen en gaat het erin op. In die zin is er geen sprake van "vermogen" van de echtgenoten, behalve in het

.../...

zeer zeldzame geval dat als gevolg van het huwelijk de persoon van de vrouw opgaat in die van haar echtgenoot, die aldus de enige houder wordt van "het" vermogen van de echtgenoten. Dit is uiteraard niet het geval dat beoogd wordt met de artikelen 46 tot 52 van het ontwerp.

De gemachtigden van de minister hebben daaromtrent verklaard dat de term "vermogen", die in het enkelvoud gebruikt wordt in het ontwerp, in een neutrale betekenis of als verzamelterm wordt gebezigd (in de betekenis "aangelegenheid van het vermogen") en dat het wenselijk is dat de memorie van toelichting een precisering in dat verband zou bevatten. Het gaat niet aan dat een juridische term die dermate uitgesproken technisch is als het woord "vermogen", in een wet gebezigd wordt in een betekenis die hij - en dan nog ! - in het courante taalgebruik heeft.

In de bespreking van het artikel wordt daaromtrent verklaard dat de term "vermogen" verkozen is boven de klassieke term "huwelijksvermogensstelsel", om te voorkomen dat in sommige gevallen de regel vervat in artikel 46 van het ontwerp in zekere zin doelloos wordt als het aangewezen recht "de rechtsfiguur van het "huwelijksvermogensstelsel" niet kent". Daarin wordt tevens uitgelegd dat die term gebruikt wordt in het ontwerp om ook te voorzien in het geval van wijziging van het huwelijksvermogensstelsel. Deze laatste bedoeling gaat echter niet op, omdat de wijziging duidelijk een onderdeel is van het huwelijksvermogensstelsel. Dat in sommige rechtssystemen, bij voorbeeld de islamitische systemen, het begrip "huwelijksvermogensstelsel" niet voorkomt, betekent voorts

.../...

dat in die systemen het huwelijk in geen enkel opzicht inwerkt op de vermogensrechten van de gehuwden; dit kan worden begrepen als een absolute scheiding van goederen en vormt een regeling van geldelijke betrekkingen tussen echtgenoten. En dus vormt dit een huwelijksvermogensstelsel.

Bovendien valt op te merken dat de stellers van het ontwerp er zelf niet in geslaagd zijn zich te houden aan de door hen overeengekomen terminologie. Zo heeft de bespreking van artikel 51 van het ontwerp immers als opschrift "Toepassingsgebied van het huwelijksvermogensstelsel", terwijl de bepaling zelf het opschrift "Toepassingsgebied" draagt en in het begin van die bepaling gepreciseerd wordt dat "het op het vermogen van de echtgenoten toepasselijke recht" bedoeld wordt.

Die onduidelijkheid in de terminologie moet worden weggewerkt. Daartoe moeten de stellers van het ontwerp de voorgestelde teksten grondig herzien en een duidelijk antwoord geven op de vraag, die hen trouwens reeds is gesteld, of de echtgenoten, wanneer ze gekozen hebben voor een wet die in het ontwerp de wet van het vermogen wordt genoemd, al dan niet verplicht zijn alleen een van de huwelijksvermogensstelsels aan te nemen die deze wet toestaat.

Tevens moet het bepaalde in artikel 47, § 1, in fine, en in artikel 49, § 1, van het ontwerp worden verduidelijkt. De eerste bepaling schrijft voor dat "de rechtskeuze (te weten de keuze van het op het vermogen toepasselijke recht) een eerdere keuze kan wijzigen",

.../...

terwijl volgens de tweede bepaling "de mogelijkheid voor de echtgenoten om hun huwelijksvermogensstelsel te wijzigen, wordt beheerst door het recht dat op het tijdstip van de wijziging op het vermogen van de echtgenoten van toepassing is". De keuze van het op het vermogen toepasselijke recht veronderstelt weliswaar impliciet doch onomstotelijk de keuze van een huwelijksvermogensstelsel, doch de mogelijkheid die artikel 47 zelf aan de echtgenoten toekent om hun keuze van de wet op het vermogen te wijzigen, brengt noodzakelijkerwijs op zijn beurt de mogelijkheid mede om van huwelijksvermogensstelsel te veranderen. Die bij artikel 47 van het ontwerp geboden mogelijkheid is echter niet bestaansbaar met de tekst van artikel 49 van het ontwerp, dat de mogelijkheid om een ander huwelijksvermogensstelsel te kiezen, afhankelijk stelt van de wet op het vermogen die van kracht is op het tijdstip waarop de echtgenoten wensen te veranderen.

De verwarring tussen het vermogen van de echtelieden en hun huwelijksvermogensstelsel maakt het bovendien moeilijk de draagwijdte te vatten van artikel 51, § 1, 5°, van het ontwerp, waarin te lezen staat : "het op het vermogen van de echtgenoten toepasselijke recht (bepaalt) de ontbinding en de vereffening van het vermogen van de echtgenoten, alsmede de regels voor de verdeling". Zoals hierboven is gesteld, zal er immers in de meeste, om niet te zeggen in alle gevallen, geen vermogen van de echtgenoten zijn om ontbonden of vereffend te worden. Wat zich kan en wellicht vrij vaak zal voordoen, is de ontbinding van een huwelijksvermogensstelsel, en bijgevolg de verdeling van wat de gemeenschap wordt genoemd, de niet-gepersonaliseerde

.../...

massa van goederen, die - zoals eenieder weet - dus geen eigenlijk vermogen vormt. Bovendien is het niet duidelijk hoe een andere wet dan die op het huwelijksvermogensstelsel toepassing zou kunnen vinden op de ontbinding van dat stelsel en, in voorkomend geval, op de vereffening van sommige goederen of goederenmassa's.

b) Het ontwerp betekent een volledige ommezwaai ten opzichte van het beginsel dat de Belgische jurisprudentie - tot dusver heeft gehuldigd, te weten dat het huwelijksvermogensstelsel een gevolg is van het huwelijk en dat de echtgenoten dus niet kunnen beschikken over de daarop toepasselijke wetgeving. België onderscheidt zich in dezen van Frankrijk, dat reeds lang geleden het omgekeerde principe heeft aangenomen en toekomstige echtgenoten de mogelijkheid geboden heeft de op hun huwelijksvermogensstelsel toepasselijke wetgeving te kiezen.

Het ontwerp opteert dus voor die laatste oplossing. Het brengt er evenwel een belangrijke correctie in aan : het beperkt in aanzienlijke mate het aantal wetten dat toekomstige echtgenoten of reeds gehuwden kunnen kiezen. Ze kunnen immers alleen kiezen voor het recht van het land waar een van beide zijn gewone verblijfplaats heeft of waarvan een van beide een onderdaan is. Er zijn dus maximaal vier rechtsstelsels waaruit echtgenoten die niet dezelfde nationaliteit hebben en niet allebei hun gewone verblijfplaats in hetzelfde land hebben, permanent kunnen kiezen : die van de nationaliteit van de ene en van de andere, en die van het land waar elk van beide zijn gewone verblijfplaats heeft.

.../...

Benevens die rechtsstelsels waaruit gekozen kan worden tijdens de gehele duur van het huwelijk, biedt artikel 46 van het ontwerp tevens de mogelijkheid aan de echtgenoten om "het recht van de Staat op het grondgebied waarvan zij na de voltrekking van het huwelijk hun eerste gewone verblijfplaats vestigen" te kiezen. Het betreft wel een keuze voorafgaand aan het huwelijk, die het hen mogelijk moet maken vooraf te beslissen dat ze wensen dat op hen een regeling wordt toegepast waarmee geen van beide ook maar enigszins te maken heeft gehad op het ogenblik waarop ze daartoe besluiten, maar die de regeling is van het land waar ten minste een van beide voornemens is zich te vestigen.

In verband met die mogelijkheid om de wet van de louter geplande verblijfplaats als de toepasselijke wet te kiezen, rijzen verscheidene vragen.

Wat gebeurt er als die toekomstige verblijfplaats nooit de effectieve verblijfplaats wordt omdat de echtgenoten het allebei verkieslijk achten te verblijven waar ze vóór hun huwelijk gevestigd waren ? Moet er dan van worden uitgegaan dat hun keuze ongeldig is en dat het huwelijksvermogensstelsel van de echtelieden valt onder de wetgeving aangewezen volgens de in artikel 48 vervatte regel van het objectief toepasselijk recht ? Een andere, daarbij aansluitende vraag is onder welk huwelijksvermogensstelsel de echtgenoten vallen in het tijdvak, dat vrij lang kan zijn, tussen de datum van het huwelijk en de dag waarop de echtgenoten "na de voltrekking van het huwelijk hun eerste gewone verblijfplaats vestigen". Die vraagstukken, en tal van andere trouwens, zijn des moeilijker op te lossen, want

.../...

terwijl de precieze rol van het voornemen bij het bepalen van de gewone verblijfplaats nog onzeker is, blijft ook de datum waarop de verblijfplaats effectief wordt betrokken onzeker (zie in dat verband de opmerking bij artikel 4 van het ontwerp).

II. Verstoting

Artikel 55 van het ontwerp poogt de positie van België te regelen ten aanzien van een vorm van ontbinding van het huwelijk die nog steeds wijd verspreid is in de Staten waar het rechtstelsel nog door de islamitische godsdienst wordt beheerst : de verstoting van de vrouw door haar echtgenoot. Om te beginnen kan het opschrift van artikel 55 worden gelaakt, want de eigenheid van die rechtsfiguur ligt niet hoofdzakelijk in het feit dat de ontbinding geschiedt op basis van de wilsverklaring van slechts een van de echtgenoten, maar ze heeft vooral te maken met het feit dat de man de enige van beide echtgenoten is die het huwelijk aldus kan verbreken en dat de ontbinding dus niet kan afhangen van de wilsuiting van de vrouw. In de tekst zelf van artikel 55 van het ontwerp is echter sprake van "de echtgenoot aan wie de akte wordt tegengesteld" en van "(de echtgenoot die) de akte heeft aanvaard", terwijl vaststaat dat met deze echtgenoot alleen de vrouw wordt en kan worden bedoeld. In de bespreking van artikel 55 wordt de desbetreffende rechtsfiguur zonder meer bij name genoemd : verstoting met of zonder vergoeding. Het streven naar "transparantie", een van de doelstellingen waarop het ontwerp gebaseerd is, vereist dus dat het opschrift van

.../...

artikel 55 wordt aangepast en dat de rechtsfiguur expliciet wordt genoemd in de tekst van het ontwerp.

Het ontwerp bevat uiteraard geen enkele regel op grond waarvan een Belgische rechter de echtscheiding kan uitspreken op de voet van een buitenlandse wet die de man toestaat zijn vrouw te verstoten. Verstoting blijft dus een onbekende rechtsfiguur in het Belgische recht. Artikel 55 van het ontwerp strekt er echter toe ervoor te zorgen dat een in het buitenland uitgesproken verstoting gevolgen heeft in België, inzonderheid het essentiële gevolg van het verbreken van een in voorkomend geval in België voltrokken - huwelijk.

Het ontwerp bepaalt dus de voorwaarden voor de aanvaarding van een in het buitenland uitgesproken verstoting. In het ontwerp wordt de term "erkenning" uitsluitend gebezigd om de gevallen aan te duiden waarin een rechterlijke beslissing substantiële gevolgen heeft; in artikel 55 wordt noch de term "erkenning" gebruikt, noch de term "aanvaarding", er is in dat artikel alleen sprake van een "akte" die in België "gevolgen heeft".

.../...

De tekst van het ontworpen artikel verbindt de gevolgen in kwestie, te beginnen met het verbreken van de huwelijksband, evenwel aan voorwaarden ontleend aan het stelsel van de erkenning van rechterlijke beslissingen in de meest eigenlijke zin, zoals wordt bepaald in artikel 32 van het ontwerp, dat op zijn beurt verwijst naar artikel 24 wat het bijzondere geval van de vonnissen uitgesproken met betrekking tot de staat van personen betreft.

De belangrijkste kritiek die kan worden gemaakt in verband met de tekst, heeft trouwens te maken met het feit dat artikel 55 van het ontwerp aldus enerzijds de akte van verstoting en het vonnis van verstoting verwart met elkaar, en anderzijds voorwaarden inzake de akte samenvoegt met voorwaarden inzake het vonnis, en wel om de hierna uiteenzette redenen.

De juristen die de islamitische verstoting het grondigst hebben onderzocht, onder wie de hoogleraren Carlier, Erauw en Foblets (27), naar wie verwezen wordt in de bespreking van artikel 55 van het ontwerp, tonen aan dat de verstoting voornamelijk steunt op een plechtige rechtshandeling gesteld door de man, waarbij hij door het uitspreken van sacramentele woorden verklaart dat hij zijn vrouw verstoot of dat hij haar terugzendt naar haar ouders. Die plechtige handeling wordt vervolgens aan een procedure

(27) Studie inzake de rechtstoestand van Marokkaanse vrouwen, uitgevoerd op initiatief van het Centrum voor gelijke kansen. Zie M.-C. Foblets (uitg.) Marokkaanse migrantenvrouwen in gezinsgeschillen, Antwerpen, Maklu, 1998.

onderworpen die door de verschillende positieve wetgevingen geïnspireerd door de islam bij wijze van bewijs wordt voorgeschreven.

In een arrest van het Hoog Gerechtshof van Algerije van 27 maart 1968 staat het volgende te lezen :

"... la répudiation n'est que l'expression de la volonté unilatérale de l'époux de mettre un terme à la vie conjugale, et, lorsque les juges la valident, ils ne peuvent qu'en donner acte et la prononcer sans avoir à rechercher si les faits évoqués par le demandeur sont fondés ou ne le sont pas."

Recente wetgevingen, zoals de Algerijnse "Code de la Famille" van 1984 of de Egyptische wet van 1985, tonen aan dat verstoting een prerogatief van de man is, waarmee hij aan het huwelijk een eind maakt door het enkele feit dat degene die het prerogatief daartoe bezit, dat recht effectief uitoefent, en dat de overheid het bewijs van de ontbinding van de echtelijke band wenst te organiseren. Van nog recentere datum is artikel 48 van de Marokkaanse Dahir van 10 september 1993, dat bepaalt dat de verstoting bevestigd wordt door twee instrumentaire getuigen en dat ze slechts wordt opgetekend in aanwezigheid van de twee partijen en na verlof van de rechter. Aldus nemen die Staten een voorzorgsmaatregel op het gebied van het bewijs, doordat ze het aan een rechter overlaten om de wilsverklaring van de man te "bekrachtigen".

De hierboven omschreven rol die de rechter vervult bij de eigenlijke verstoting, verschilt echter van zijn taak bij het regelen van de gevolgen van de verstoting, meer

.../...

bepaald bij het vaststellen van de gevolgen van het verbreken van het huwelijk door het uitspreken van de formule van verstoting. De rechter waakt erover dat de geldelijke verbintenissen, onder meer die met betrekking tot het huwelijksgoed, worden uitgevoerd, hij bepaalt het bedrag van de onderhoudsplicht en van het smartengeld ("mut'a"), dat aan de verstoten vrouw wordt toegekend. Het is duidelijk dat hij bij de uitvoering van de laatstgenoemde taken een actieve rol vervult; hij is niet meer de met gezag beklede getuige van een wilsverklaring van de man, maar hij stelt zelf een volwaardige rechtsprekende handeling gegrond op de door hem gedane beoordelingen en verificaties. Die handeling is een rechterlijke beslissing, eventueel een willige beslissing, in de betekenis die dat woord heeft in de tekst en de bespreking van artikel 21 van het ontwerp.

Uit het onderzoek van de buitenlandse rechtstelsels gebaseerd op de koran blijkt dus duidelijk de bedoeling van het ontwerp, bepaaldelijk van artikel 55, dat de voorwaarden bepaalt waaronder "een in het buitenland opgestelde akte die de wilsverklaring van een echtgenoot om het huwelijk te ontbinden vaststelt, in België gevolgen heeft". De tekst is duidelijk; de gestelde voorwaarden betreffen de akte, en niet de beslissing waarbij de akte wordt gehomologeerd, aangezien trouwens de eerste voorwaarde opgesomd in artikel 55 van het ontwerp bepaaldelijk stelt dat de akte moet worden gehomologeerd. In de tekst is er dus geen sprake van het aanvaarden van een beslissing tot homologatie, maar alleen van het aanvaarden van de bij de beslissing gehomologeerde akte; er is evenmin sprake van de erkenning van de beslissing waarbij de gevolgen van het ver-

.../...

breken van de huwelijksband - dat de buitenlandse rechter, ook al heeft deze de bevoegdheid van een rechter, kan uitspreken noch beletten - eerst zijn gehomologeerd en vervolgens vastgelegd.

Op de voet van het onderscheid dat artikel 55 maakt tussen de akte van verbreking en de eventuele beslissing betreffende de gevolgen van de verbreking van de huwelijksband, volgt deze bepaling overigens getrouw de algemene zienswijze die het ontwerp huldigt met betrekking tot de afhandeling van de echtscheiding. De algemene grondslag van het ontwerp wordt immers weerspiegeld in de manier waarop artikel 54 het domein van de op de echtscheiding toepasselijke wet beperkt; dit artikel bepaalt zich tot de echtscheiding zelf, de oorzaken of voorwaarden ervan, het ontbindende karakter en de datum waarop ze plaatsheeft. Zulks wordt des te duidelijker gesteld in de bespreking van artikel 54 van het ontwerp, waarin te lezen staat : "Volgens het (ontworpen) wetboek behoren de gevolgen van de echtscheiding niet tot het toepassingsgebied van het recht toepasselijk op de echtscheiding maar tot dat van het recht dat elk van de betrokken juridische instellingen beheerst", zoals bij voorbeeld de uitkeringen tot onderhoud. Derhalve is het conform artikel 54 van het ontwerp artikel 55 aldus te interpreteren dat het zich bepaalt tot de eigenlijke - weerslag van de echtscheiding, d.w.z. tot de akte van verbreking van de band, en duidelijk het onderscheid te maken tussen die akte en de beslissing, willig of in het kader van geschillenberechting, die de gevolgen ervan heeft bepaald.

.../...

Daaruit volgt dat artikel 55, 4°, van het ontwerp, dat de gevolgen in België van de akte van verstoting alleen aanvaardt als "de voorwaarden gesteld in artikel 32 zijn vervuld", niet alleen ongewoon is, maar tevens inadequaat. Artikel 32 van het ontwerp, dat op zijn beurt verwijst naar artikel 24 van het ontwerp, vormt immers de grondslag van de regeling van de gevolgen in België van rechterlijke beslissingen op het gebied van de staat van personen. De verwijzing naar artikel 32 van het ontwerp als voorwaarde voor de aanvaarding van de akte zal ongetwijfeld tal van problemen doen rijzen, daar verscheidene voorwaarden voor de erkenning van vonnissen onwerkzaam zijn wanneer gepoogd wordt ze toe te passen op akten die geen vonnis vormen, doch eenvoudigweg constitutieve "openbare handelingen" gesteld door een rechter.

Het voornaamste probleem betreft de eerbiediging van de procedurele openbare orde, d.w.z. het beginsel van de tegenspraak en van de eerbiediging van de rechten van verdediging als voorwaarde voor erkenning van het buitenlandse vonnis in het kader van de staat van personen (artikel 24, § 1, 2°, van het ontwerp, waarnaar verwezen wordt in artikel 32). Hoe kan men een akte van verstoting, gehomologeerd door een "passief" optredende rechter, toetsen op de eerbiediging van de rechten van verdediging ? Is de toetsing van een zodanige akte echter niet gewoon doelloos ? Het is zelfs mogelijk dat indien men er per se wil voorzien, die akten systematisch en onvoorwaardelijk worden verworpen, daar zelfs indien de verstoten echtgenote mogelijk aanwezig is bij de tenuitvoerlegging van de hierboven omschreven formaliteit, of zelfs "instemt" met het besluit van haar

.../...

man, waartegen de rechter noch zij kunnen optreden, zulks leidt tot de slotsom dat de procedure niet-contradictoir is, daar het enkele idee dat ze dat wel kan zijn, van generlei betekenis is.

Wat ook de uitkomst is van de discussie over de mogelijkheid om een door een rechter gehomologeerde akte, en dus een openbare akte, te toetsen op dezelfde wijze en volgens dezelfde criteria als die welke gehanteerd worden bij de toetsing van een rechterlijke beslissing, moeten voorts ook het gelijkheidsbeginsel in het algemeen en het beginsel van de gelijkheid van man en vrouw, inzonderheid wanneer ze met elkaar gehuwd zijn, in aanmerking worden genomen. Kan de wetgever op basis van dat grondwettelijk beginsel regels van internationaal privaatrecht vastleggen om een akte van verstoting rechtsgevolgen te verlenen in België ? Het is wellicht nuttig erop te wijzen dat het op basis van dat principe is, dat is vastgelegd in artikel 5 van het 7e protocol bij het Europees Verdrag betreffende de bescherming van de rechten van de mens, dat het Hof van Cassatie van Frankrijk onlangs geoordeeld heeft dat een verstoting, in Marokko, tussen Marokkaanse echtgenoten geen gevolgen kon hebben in Frankrijk (28).

Weliswaar kan worden beschouwd dat een buitenlandse rechtsregel die de verbreking van het huwelijk gegrond op de wilsverklaring van een enkele echtgenoot organiseert, niet strijdig is met de Belgische internationaalrechtelijke openbare orde, aangezien artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek

(28) Arrest van 11 maart 1997, Dalloz, 1997, blz. 400, noot M.-L. Niboyet.

echtscheiding toestaat op grond van scheiding gedurende lange tijd, die eventueel aan slechts een van de echtgenoten te wijten is. Het is evenwel niet mogelijk eenzelfde redenering te volgen in het geval van een echtscheiding die, ook al is ze in het buitenland uitgesproken, een duidelijke discriminatie tussen man en vrouw huldigt, aangezien het initiatief voor de scheiding uitsluitend aan de man wordt overgelaten.

Artikel 55, § 1, 3°, van het ontwerp, dat bepaalt dat de akte houdende verstoting gevolgen heeft in België als de "andere echtgenoot" de akte aanvaardt waarbij deze verstoten wordt, is wellicht ingevoerd om het mogelijk te maken dat alleen de wijzen van verstoting die gelijkenis vertonen met de rechtsfiguur van de echtscheiding door onderlinge toestemming, erkend kunnen worden. Die voorzorgsmaatregel is echter niet alleen ontoereikend, hij is tevens een illusie. De buitenlandse rechter behoeft bij de homologatie immers niet na te gaan of de vrouw ermee "instemt", noch, a fortiori, in welke mate die instemming vrijelijk en onafhankelijk is geschied, zoals het evenmin duidelijk is hoe de Belgische rechter zijnerzijds ertoe kan besluiten die toetsing achteraf te doen, soms lange tijd na de akte van verstoting en de homologatie ervan. De rechter kan zich in feite alleen verlaten op de verklaring van de vrouw omtrent haar eigen wil op het ogenblik dat de verstoting heeft plaatsgehad; aldus zou aan de vrouw de mogelijkheid geboden worden een bepaalde procedure in rechte te volgen.

Het grote verschil tussen verstoting en echtscheiding, zoals deze bestaat in de Staten die ontstaan zijn uit de idee van de gelijkheid van de rechtssubjecten, inzonderheid van man en vrouw, ook in het huwelijk, ligt in het feit

.../...

dat, zoals hierboven is gezegd, het initiatief tot de verbreking van het huwelijk in alle gevallen uitsluitend aan de man toebehoort, ongeacht het standpunt van de vrouw.

Het staat aan de stellers van het ontwerp om aan te tonen dat het dispositief vastgelegd in artikel 55 van het ontwerp conform het gelijkheidsbeginsel is.

Zoals de gemachtigden van de minister hebben uiteengezet, kan de tweede zin van artikel 55, paragraaf 2, met zich brengen dat een akte van verstoting, door of ten aanzien van een Belg gesteld in het buitenland, in België gevolgen heeft. Het is onnodig lang over de ernst ervan uit te weiden, daar die voor de hand ligt. Volgens de gemachtigden van de minister kan worden beschouwd dat de Belgische nationaliteit van een van de echtgenoten er niet steeds aan in de weg staat dat de verstoting wordt aanvaard, om reden dat in sommige gevallen de Belgische nationaliteit niet noodzakelijk een duidelijk verband vormt tussen die situatie en de Belgische staat, daar de Belgische nationaliteit "zeer passief" kan zijn geworden en de band tussen de Belgische nationaliteit en België "ten enenmale theoretisch" is geworden. Indien aldus in de wet de mogelijkheid voor de rechter wordt ingevoerd om te oordelen of de verbondenheid tussen België en zijn onderdanen duidelijk is, kan zulks hen ertoe brengen een onderscheid te maken onder de Belgen, naargelang ze hun nationaliteit in mindere of meerdere mate ervaren. Zo een onderscheid is uiteraard onaanvaardbaar. In de opmerking die hierboven gewijd is aan artikel 16 van het ontwerp, is er trouwens reeds op gewezen dat artikel 3, § 2, van het ontwerp een beoordeling van de effectiviteit van de Belgische nationaliteit uitdrukkelijk uitsluit indien een conflict ontstaat tussen de Belgische en de vreemde nationaliteit.

III. Samenwoning en partnerschap

Hoofdstuk II, afdeling 5, van het ontwerp heeft als opschrift "Samenwoning en partnerschap". Die twee woorden komen tweemaal in de tekst van het ontwerp voor, steeds samen, te weten in de artikelen 57, § 1, en 58, § 1, van het ontwerp. In de overige bepalingen van die artikelen, die met hun tweeën afdeling 5 vormen, wordt het onderwerp ervan aangeduid met de woorden "dergelijke relaties" en "de betrokken categorie van relatie", d.w.z. wat kan worden aangegaan of ontbonden.

Artikel 1475 van het Burgerlijk Wetboek, ingevoegd bij de Belgische wet van 23 november 1998, bepaalt : "Onder "wettelijke samenwoning" wordt verstaan de toestand van samenleven van twee personen die een verklaring hebben afgelegd overeenkomstig artikel 1476"; dat laatste artikel omschrijft nauwkeurig de inhoud van een zodanige verklaring.

Daarom is de gemachtigden van de minister gevraagd welke betekenis moest worden gegeven aan de tweeledige uitdrukking "samenwoning en partnerschap", die twee begrippen onlosmakelijk met elkaar verbindt, of aan het woord "relatie", dat in de tekst de vorige begrippen vervangt. Het is er in dat verband op gewezen dat de uitdrukking vaag is.

Ze hebben daarop het volgende geantwoord :

"... La section 5 entend couvrir toute relation de vie commune, quelle qu'en soit la nature ou la qualification, à l'exception de celle du mariage, tout en tendant, quant au contenu, à rapprocher autant que

.../...

possible les rattachements respectifs de ce type de relation et du mariage afin d'éviter les problèmes épineux de qualification. ... Il est très difficile, à l'heure actuelle, de donner une définition précise et figée du "partenariat". Il s'agit en réalité d'un terme générique, susceptible de recevoir des sens variables d'un système juridique à l'autre. En revanche, le terme "cohabitation" paraît propre au droit belge. ... L'on pourrait songer, dans l'article 57, à remplacer les termes "la cohabitation ou le partenariat" par l'expression "une relation de vie commune autre que le mariage."

Ze hebben daaromtrent voorts het volgende gesteld :

"... cette nouvelle catégorie de rattachement ... est purement fonctionnelle, étant indépendante de la nature exacte que le législateur belge de droit matériel a attribuée à cette variété de relation de vie commune qu'est la "cohabitation."

Er dient te worden onderzocht hoe de bepalingen van het ontwerp toegepast kunnen worden, rekening houdend met de preciseringen die de gemachtigden van de minister verstrekt hebben over de wijze waarop het ontwerp de netelige problemen inzake kwalificatie wenst te vermijden.

Dat onderzoek kan zowel betrekking hebben op het aangaan van de "relatie" (A), als op de ontbinding ervan (B).

A. Het ontworpen artikel 57, § 2, bepaalt de gevallen waarin "dergelijke relaties" in België kunnen worden aangegaan. Wellicht moet ervan uitgegaan worden dat het gaat om de gevallen waarin de ambtenaar van de burgerlijke stand zijn medewerking kan verlenen aan de wilsverklaring waarvan sprake is in het nieuwe artikel 1476 van

.../...

het Burgerlijk Wetboek; die medewerking bestaat erin dat een ontvangsbewijs wordt afgegeven bij de overhandiging van die verklaring en dat "melding ervan gemaakt wordt" in het bevolkingsregister. In de onderdelen 4°, 5° en 6° van paragraaf 1, tweede lid, van het laatstgenoemde artikel wordt bepaald dat de declaranten de wil moeten te kennen geven om "wettelijk samen te wonen", dat ze kennis moeten hebben genomen van de inhoud van de artikelen 1475 tot 1479 van het Burgerlijk Wetboek en dat ze in voorkomend geval de overeenkomst bedoeld in artikel 1478 moeten hebben gesloten. Aangezien al die preciseringen nauw verband houden met het wezen van de wet van 23 november 1998, rijst de vraag of de ambtenaar van de burgerlijke stand gerechtigd is een verklaring met een verschillende inhoud te ontvangen, er een ontvangsbewijs voor af te geven en "melding ervan te maken", met inachtneming van het beginsel dat hij de wet dient na te leven die zijn ambt regelt.

Het antwoord op die vraag lijkt ontkennend te zijn, op grond van het beginsel dat de Belgische overheid geen andere handelingen mag verrichten dan die waarin de wet voorziet die haar die bevoegdheid verleent. In dat geval is artikel 57, § 3, van het ontwerp, naar luid waarvan "het aangaan (...) in België (...) slechts (kan) plaatsvinden indien het Belgische recht de betrokken categorie van relatie regelt", evenwel doelloos, daar die bepaling er van uit lijkt te gaan dat op de betrokken relatie (te weten die welke aldus wordt aangegaan) een buitenlandse wet van toepassing kan zijn die verschilt van de Belgische wet, maar dat die relatie niettemin moet vallen binnen de "categorie" die door het Belgische recht wordt geregeld.

.../...

Om paragraaf 2, eerste lid, en paragraaf 3 van artikel 57 van het ontwerp zin te geven en deze bepalingen onderling bestaanbaar te maken, moet dus enerzijds voorzien worden in een uitzondering op het beginsel "auctor regit actum", en moet anderzijds de regel geïdentificeerd worden die dit wetsconflict oplost, zodat de wet kan worden aangewezen die de aan te gane relatie van "samenwoning of partnerschap" vastlegt. Alleen dan kan worden overgegaan tot een vergelijking, op grond waarvan kan worden beslist of de aan te gane relatie al dan niet valt onder een "categorie" geregeld door het Belgische recht.

We zien aldus dat de ambtenaar van de burgerlijke stand, gesteld dat hij niet meer onderworpen is aan de regel "auctor regit actum", de wet toepasselijk op de betrokken relatie moet identificeren, te weten de wet toepasselijk op de relatie die de betrokkenen wensen aan te gaan en waarvoor ze om zijn medewerking verzoeken. Vervolgens dient hij de relatie zoals ze bij de wet geregeld wordt, te toetsen aan het Belgische recht teneinde na te gaan of het "de betrokken categorie van relatie regelt". Het identificeren (a) en het daaropvolgende vergelijken (b) zijn geen van beide eenvoudig.

(a) Het identificeren van de wet toepasselijk op die "relatie" is geen sinecure. Artikel 58, § 1, van het ontwerp voorziet immers in de toepassing, bij analogie, van de collisieregels in huwelijkszaken (artikelen 43 tot 54 van het ontwerp); die regels refereren echter aan onderscheiden aanknopingscriteria voor de geldigheid van het huwelijk, voor de gevolgen, voor het vermogen van de partijen en voor

.../...

de echtscheiding. Het is niet duidelijk welk van de vier aanknopingscriteria "naar analogie" het meest geschikt lijkt om "de" wet te bepalen die bij het aangaan van "de relatie" beschouwd moet worden als die waaronder de aan te gane relatie valt.

"Die" wet kan des te moeilijker vastgesteld worden daar artikel 58, § 2, van het ontwerp zijnerzijds een beslissende rol toebedeelt aan een aanknopingscriterium waarin de artikelen 43 tot 54 van het ontwerp niet voorzien, te weten de plaats waar de relatie wordt aangegaan. De wet van het land waar de relatie wordt aangegaan, indien dat land België is, is immers de wet die volgens artikel 58, § 2, van het ontwerp toepasselijk is op alle aspecten van de relatie, zowel op de gevolgen ervan als op de ontbinding.

De rol van de plaats waar de relatie is aangegaan blijkt tevens uit een antwoord van de gemachtigden van de minister op een verzoek om preciseringen omtrent artikel 57, § 3, van het ontwerp; de gemachtigden hebben immers voorgesteld deze tekst te vereenvoudigen door erin voor te schrijven dat subsidiair steeds het recht van de Staat op het grondgebied waarvan de relatie is aangegaan, de gevolgen of de ontbinding ervan regelt. Die suggestie toont aan dat volgens hen de wet van de plaats waar de relatie is aangegaan de meest geschikte wet is, of op zijn minst voldoet, om een relatie van samenwoning of partnerschap te regelen. Het is belangwekkend daarop te wijzen, daar aldus blijkt dat het gelijkstellen van die relaties met het huwelijk, zoals artikel 58, § 1, van het ontwerp beoogt, wellicht niet de enige manier is om het internationaal privaatrecht op te bouwen, met het oog op de integratie van die rechtsbetrekkingen.

.../...

(b) De vergelijking voorgeschreven bij artikel 57, § 3, van het ontwerp doet harerzijds de vraag rijzen wat dient te worden verstaan onder "categorie".

Volgens het aan het begin van deze opmerking aangehaalde antwoord van de gemachtigden van de minister kan de categorie in kwestie die categorie zijn waarover ze zelf hebben gezegd dat het om een "verzamelterm" gaat die "functioneel" is en waarvan de contouren omschreven zijn in de algemene overwegingen van de memorie van toelichting bij het ontwerp. Volgens die memorie van toelichting "worden dergelijke relaties op twee wijzen geregeld naargelang de wetgever daaraan al dan niet gevolgen toekent voor de staat van de personen. Er moet derhalve niet alleen voorzien worden in een regeling voor samenwoning in de zin bedoeld in de Belgische wet, maar ook voor geregistreerde partnerschappen gesloten tussen zowel personen van een verschillend geslacht als van hetzelfde geslacht, die worden geregeld door een buitenlands recht dat in voorkomend geval gevolgen heeft voor de staat van personen".

Uit die tekst lijkt voort te vloeien dat het ontwerp de twee wijzen van organisatie beoogt te regelen, en dus te "aanvaarden". Hoe is het in dat geval mogelijk dat het Belgische recht de betrokken "categorie" van relatie niet regelt ? Het buitenlandse recht dat de bedoelde aan te gane relatie vorm geeft, zal ze onvermijdelijk beschouwd hebben, ofwel als een relatie die geen gevolgen heeft voor de staat van personen, ofwel als een relatie die wel een aantal zodanige gevolgen heeft. Het Belgische internationaal privaatrecht regelt dus alle categorieën, zodat de beperking gesteld in artikel 57, § 3, van het ontwerp doelloos is.

.../...

Indien voorondersteld wordt dat die beperking wel zin heeft, moet ervan uitgegaan worden dat "het Belgische recht" in de zin van de tekst niet het Belgische internationaal privaatrecht is, doch het materieel recht zoals het onlangs is ingevoerd bij de wet van 23 november 1998. In dat geval moet artikel 57, § 3, van het ontwerp aldus worden geïnterpreteerd dat het verbiedt in België "andere vormen van samenwonen buiten het huwelijk" aan te gaan telkens als aan die relatie, hoewel ze onder een buitenlandse wet valt, door die buitenlandse wet niet op dezelfde manier vorm wordt gegeven als door de Belgische wet op de wettelijke samenwoning.

Uit de analyse hierboven blijkt dat de tekst van het ontwerp die betrekking heeft op het aangaan van de relatie op zijn minst moeilijk te combineren valt met de memorie van toelichting en met de uitleg verstrekt door de gemachtigden van de minister. Zulks heeft te maken met het feit dat niet duidelijk bepaald wordt welke rechtsfiguur het ontwerp beoogt te regelen. De uitleg dat het om een "functionele verzamelterm" zou gaan, zoals is uiteengezet door de gemachtigden van de minister, voldoet niet in het licht van de onvermijdelijk enigszins strakke werkwijze van een bestuurlijke overheid, noch in het licht van een samenhang in de redactie van de bepalingen van het ontwerp.

B. De paragrafen 2 en 3 van artikel 57 van het ontwerp bepalen niet aan welke bestuurlijke of rechterlijke instantie de internationale bevoegdheid wordt opgedragen om de relatie van samenwoning of partnerschap te ontbinden.

.../...

De wet van 23 november 1998 kent harerzijds aan geen enkel rechtscollege de bevoegdheid toe een relatie van wettelijke samenwoning te ontbinden. Het nieuwe artikel 1476 van het Burgerlijk Wetboek voorziet alleen in wettelijke gronden van "beëindiging" van de relatie; het bepaalt ook hoe de beide partijen die relatie in onderlinge overeenstemming kunnen beëindigen of hoe een partij ze eenzijdig kan beëindigen. De vraag rijst dan ook of wat in het ontwerp de ontbinding van de relatie genoemd wordt, hetzelfde is als wat in het Burgerlijk Wetboek de beëindiging genoemd wordt.

Op die vraag hebben de gemachtigden van de minister het volgende geantwoord :

"... le commentaire devrait être plus explicite en spécifiant, lorsqu'il est question de "cessation", qu'elle concerne la cohabitation. Le terme "dissolution" est plus générique."

Dat antwoord geeft geen antwoord op de vraag of het de bedoeling van de stellers van het ontwerp is om de Belgische rechtscolleges bevoegd te verklaren om een relatie van "samenwoning-partnerschap" te ontbinden, krachtens een buitenlandse wet aangewezen op grond van artikel 53 van het ontwerp, die bij analogie wordt toegepast, zoals wordt bepaald in artikel 58, § 1, van het ontwerp.

In de bespreking van artikel 57 van het ontwerp wordt echter ontkend dat de Belgische rechtbanken op dat gebied bevoegd zijn; de commentaar stelt daaromtrent :

"... wanneer het buitenlandse recht dat toepasselijk is op de ontbinding van een partnerschap dat gevolgen

.../...

heeft voor de staat van personen, erin voorziet dat de ontbinding plaatsvindt door tussenkomst van een gerechtelijke instantie, zijn de Belgische rechters niet bevoegd daarvan kennis te nemen zolang het Belgische recht die bevoegdheid niet regelt."

De gemachtigden van de minister hebben die passage van de bespreking evenwel als volgt nader uitgelegd :

"... le texte de l'exposé des motifs explicitant l'incompétence du tribunal pour dissoudre une relation dont l'institution est inconnue en droit belge ne soulève pas une question de compétence, comme le laisse entendre le commentaire, mais découle plutôt de l'inexistence de l'institution."

Dit antwoord is nog minder duidelijk dan de oorspronkelijke bespreking : het houdt in dat de kwestie van de ontbinding van de relatie van samenwoning of partnerschap, trouwens net zoals de kwestie van het aangaan ervan, fundamenteel herzien dient te worden. Zulks kan alleen geschieden nadat daarover grondig is nagedacht en door middel van specifieke regels, doch niet via regels die bij analogie worden uitgebreid tot een rechtsfiguur waarvan het wezen slechts met een "functionele verzamelterm" wordt aangegeven.

IV. Afstamming

In tegenstelling tot wat in het ontwerp over andere rechtsfiguren bepaald wordt, wordt hier niet de werkingssfeer van de op afstamming toepasselijke wetgeving gepreciseerd.

.../...

Die werkingssfeer geeft nochtans aanleiding tot heel wat problemen, des te meer daar in talrijke gevallen de nationale wet van de gezochte ouder niet dezelfde is als die van de andere ouder, noch als die van het land waar de beide ouders samen of afzonderlijk gewoond hebben, noch als de nationale wet van het kind, noch als die van de plaats waar het kind met of zonder die ouder gewoond heeft; de nationale wet van de gezochte ouder is misschien evenmin die van het land waar de vordering tot onderzoek naar het ouderschap ingesteld wordt, noch als die van het land waar de akte van geboorte van het kind opgemaakt is.

Al deze wetten en vooral de laatste twee, de *lex fori* en de wet van de plaats waar de handeling gesteld wordt, vinden normalerwijze toepassing op doorslaggevende aspecten van het afstammingsrecht, namelijk kwesties in verband met de bewijslast. Er wordt over het algemeen aangenomen dat deze aspecten van afstamming zo nauw met de grond van de zaak verband houden dat het raadzaam is ze te laten regelen door de wetgeving op afstamming, veeleer dan door de wet van de betrokken rechter of door de wet van de plaats waar de handeling gesteld wordt, terwijl de wetgeving op afstamming van toepassing is op de procedure en de wet van de betrokken rechter of de wet van de plaats waar de handeling gesteld wordt op de bewijslast. De tekst dient dus te worden aangevuld om uitdrukkelijk aan te geven wat de werkingssfeer is van de wetgeving op afstamming.

Er is nog een andere reden om dit te doen : de wetgeving die de gevolgen van het huwelijk regelt, wordt volgens het ontwerp niet meer door de nationaliteit, maar

.../...

door de gewone verblijfplaats bepaald. De getrouwheidsplicht vormt echter de grondslag van de regel "Pater is est ...", die dikwijls doorslaggevend is. Hoe moet een beslissing worden genomen als de nationale wet van de vader hem die getrouwheidsplicht niet oplegt, terwijl de wet die de gevolgen van zijn huwelijk regelt dat wel doet. Wat betreft de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte, kan hieraan moeilijk de soms doorslaggevende waarde worden toegekend als in de wet van de moeder, wanneer de akte opgemaakt is in een land waar die vermelding niet hetzelfde belang heeft. De voorzorgsmaatregelen die ertoe strekken zich te vergewissen van de echtheid ervan zijn bijgevolg vrij zwak. Het is eveneens raadzaam te bedenken dat het bezit van staat vaak een feit is dat veel problemen inzake afstamming oplost, die anders zeer netelig zouden zijn. Het bezit van staat en de gevolgen ervan hangen nauw samen met het milieu waarin het kind opgevoed wordt. Is de nationale wet van deze of gene ouder de wet van dat milieu ?

Op de vraag hoe afstammingsconflicten zouden worden beslecht, die onvermijdelijk zullen rijzen doordat de afstamming van vaderszijde en die van moederszijde niet noodzakelijk door dezelfde wetgeving geregeld worden, hebben de gemachtigden van de minister geantwoord dat dat onafwendbare probleem inderdaad moeilijk kan worden weggewerkt. Dit is inderdaad zo, gelet op de gekozen aanknopingspunten.

.../...

Opmerking V : Goederen

1. Artikel 84 van het ontwerp heeft gediend als voorbeeld voor een algemene opmerking om te wijzen op de problemen te wijten aan de in het ontwerp vervatte optie om de regels inzake internationale bevoegdheid te geven los van de regels inzake territoriale bevoegdheid, zonder acht te slaan op de noodzaak om ze met elkaar in overeenstemming te brengen.

Er is op gewezen (blz. 44) dat artikel 84 van het ontwerp van de plaats waar een lichamelijk roerend goed zich in België bevindt een criterium van algemene bevoegdheid vormt voor vorderingen betreffende zakelijke rechten op dat lichamelijk goed. Hieruit volgt dat alle Belgische "rechters" bevoegd zijn om van zo'n vordering kennis te nemen. De plaats waar een roerend goed zich in België bevindt is echter geen criterium van territoriale bevoegdheid en het is mogelijk dat in sommige gevallen, die men zich gemakkelijk kan indenken, geen enkel ander bestanddeel van het geschil of van de omstreden rechtsverhouding in België gelokaliseerd is. In die situatie rijst de vraag welke Belgische rechtbank zich bevoegd mag of moet verklaren.

De gemachtigden van de minister hebben verklaard dat de ontworpen regeling van de internationale bevoegdheid herzien dient te worden om die abnormale situatie te verhelpen.

.../...

2. In verband met artikel 86 van het ontwerp is aan de gemachtigden van de minister gevraagd of het onderscheid dat in de ontworpen eerste en tweede paragraaf gemaakt wordt tussen "zakelijke rechten", enerzijds, en "het ontstaan en het tenietgaan van die rechten", anderzijds, hetzelfde is als datgene dat vaak gemaakt wordt tussen de inhoud van zakelijke rechten, namelijk de prerogatieven die ze aan de houder ervan verlenen en het verkrijgen of verlies van die rechten. In de vraag werd voorts gesteld dat die bewoordingen bijvoorbeeld gebruikt worden in artikel 100 van de Zwitserse wet op het internationaal privaatrecht, die dikwijls als model voor het ontwerp gediend heeft.

De gemachtigden van de minister hebben op die vraag geantwoord dat ze die opmerking relevant achten. Ze hebben geen toelichting gegeven. Wellicht zijn ze van zins de tekst van het ontwerp te verbeteren om rekening te houden met de opmerking naar aanleiding van de bovenvermelde vraag over het onderscheid en de bewoordingen waarvan sprake, namelijk dat ze dienen om de verandering van aanknopingspunt te regelen waartoe roerende goederen die van een bepaald land naar een ander land worden vervoerd vaak aanleiding geven en dat wat de toepasselijkheid betreft van de achtereenvolgende wetten van de plaats die voor het roerend goed hebben gegolden, de kwestie moet worden uitgesplitst volgens de verschillende facetten ervan.

Zelfs indien die verbetering niet geschiedt, is het hoe dan ook noodzakelijk de artikelen 86 en 93 van het ontwerp met elkaar in overeenstemming te brengen. Dat laatste artikel bevat immers niet het onderscheid dat in de

.../...

twee leden van artikel 86 gemaakt wordt. De omschrijving van "het" toepassingsgebied van het recht verdraagt zich echter niet met de twee paragrafen van artikel 86 van het ontwerp.

3. Op de vraag of artikel 89 van het ontwerp van toepassing is op de vordering ingesteld door een particulier of alleen door een Staat, hebben de gemachtigden van de minister het volgende geantwoord :

"L'article 89 traite d'une question délicate qui, suite à des décisions de jurisprudence retentissantes à l'étranger, a donné lieu à un débat doctrinal abondant. Il ressort de ce débat une tendance à admettre l'application de la loi d'origine du bien par dérogation à l'application de la loi de situation actuelle. Mais comme le montrent des travaux récents, notamment ceux de K. Kreuzer (La propriété mobilière en droit international privé, Recueil des cours de l'Académie de droit international, La Haye, Nijhoff, 1996, t. 259, p. 183 à 229), les conditions précises de mise en œuvre de ce principe font l'objet de discussions, notamment quant à l'opportunité d'en faire bénéficier le particulier.

La tendance est à limiter le domaine de la règle spéciale qui concerne le retour d'un bien exporté illicitement, à l'action de l'Etat propriétaire, ce qui exclut le cas du propriétaire privé. Ainsi, la Convention Unidroit de 1995 organise un droit de revendication comparable à un droit d'expropriation. Quant au particulier, le cas du bien volé fait l'objet de l'article 91 du projet, qui tend à lui offrir une protection comparable à celle offerte à l'Etat. En dehors de cette hypothèse, s'il agit en restitution, ce pourrait être en liaison avec l'exécution d'un contrat (un prêt par exemple) ou en raison d'un fait illicite : la demande se situerait alors dans le cadre du chapitre V du projet.

.../...

On peut donc comprendre l'observation du Conseil d'Etat comme portant sur la raison d'être de l'article 89, § 1er, du projet. De fait, cette disposition pourrait être supprimée.

Quant au § 2, l'on pourrait y introduire une condition d'ordre matériel, que posent la plupart des travaux en la matière, à savoir que l'application de la loi de l'Etat d'origine serait soumise à une indemnisation équitable du détenteur de bonne foi.

L'article 89 pourrait être libellé comme suit :

"Lorsqu'un bien qu'un Etat inclut dans son patrimoine culturel a quitté le territoire de cet Etat de manière illicite au regard du droit de cet Etat au moment de son exportation, sa revendication par cet Etat est régie par le droit dudit Etat ou, au choix de celui-ci, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé lors de sa revendication.

Aux fins de l'action en revendication, le droit désigné est applicable pour autant qu'il assure une indemnisation équitable du détenteur de bonne foi".

De ontworpen tekst kan met succes worden herzien op basis van deze uitleg.

4. Op de vraag welke redenering ertoe geleid heeft de regel uit artikel 90, § 1, van het ontwerp betreffende verhandelbare effecten toe te passen op gedematerialiseerde effecten, hebben de gemachtigden van de minister het volgende antwoord verstrekt :

"En matière de titres représentatifs d'un patrimoine, par exemple les parts de capital d'une société, l'application de la loi de localisation du patrimoine devrait constituer le principe. En d'autres termes, l'application de la loi du lieu de situation du titre

.../...

au porteur constitue une exception, commandée par les besoins de la sécurité juridique des transactions.

En ce sens, il est normal de considérer que chaque fois que la transaction ne concerne pas un titre constitué d'un support physique mobile négociable, l'on revient à la règle générale. De fait, le titre dématérialisé se présente d'une manière analogue à un titre nominatif en ce sens qu'il ne donne pas lieu à délivrance d'un meuble corporel négociable. La société qui a émis les titres en tient une liste - en Belgique, dans le registre des titres nominatifs selon l'art. 468 C. soc. - faisant apparaître le nombre de titres en circulation sans identification de chaque titre par son numéro. Une liste des noms des propriétaires ou des détenteurs des titres avec mention de leur nombre, ou des noms d'intermédiaires financiers, lesquels, à leur tour, possèdent une liste analogue, est tenue par un intermédiaire financier - appelé teneur de comptes agréé dans l'art. 468 C. soc. Une différence importante subsiste certes entre le titre dématérialisé et le titre nominatif, puisque la liste qui contient le premier n'identifie pas le propriétaire au regard d'un titre numéroté. Toutefois, lors d'une cession, l'un et l'autre ont en commun de donner lieu uniquement à une inscription dans un registre, sans transfert d'un support mobilier corporel.

Pour les titres dématérialisés, une localisation par le lieu de situation d'un support corporel n'a donc pas de raison d'être. Il faut alors s'en tenir à un lieu d'inscription, comme pour les titres nominatifs. Il est vrai que ce lieu pourrait différer du lieu d'émission. Une référence au lieu d'enregistrement pourrait être plus adéquate. Dans le cas de titres dématérialisés, ce lieu pourrait être celui où se situe l'inscription en compte au nom du propriétaire ou du détenteur.

Cette règle pourrait être étendue aux cas où un titre au porteur fait aussi l'objet d'une telle inscription, au sein d'un organisme de compensation. Dans ce cas, la règle qui se réfère à la localisation d'un titre au porteur dans l'article 90 du projet pourrait recevoir une place subsidiaire, ne jouant que dans le cas où le titre ne fait pas l'objet d'une

.../...

inscription en compte auprès d'un intermédiaire financier.".

De noodzakelijke herziening van dit artikel kan op deze nieuwe basis worden aangevat.

5. Wat artikel 91 van het ontwerp betreft, dat betrekking heeft op gestolen goederen, mag niet uit het oog verloren worden dat het mogelijk is dat het goed zich op het ogenblik van de terugvordering bevindt in een land waarvan het recht de bonafide bezitter beschermt. Die bescherming dient als een zakelijk recht te worden beschouwd. Derhalve is de keuze geboden aan de eigenaar die terugvordert, waardoor de bezitter de genoten bescherming kan verliezen, niet te wettigen, tenzij op de voet van een materieel beginsel dat de eigenaar die terugvordert a priori de voorkeur geniet boven de bonafide bezitter.

Artikel 91 van het ontwerp dient bijgevolg te worden herzien.

Opmerking VI : Trust

Hoofdstuk VIII van het ontwerp, dat betrekking heeft op de trust, bestaat uit vier artikelen waarvan de laatste drie (118 tot 120) achtereenvolgens de internationale bevoegdheid, het toepasselijk recht en het toepassingsgebied van dat recht bepalen; ze worden voorafgegaan door een artikel (117) met het opschrift "kenmerken van de trust". Het feit dat dit artikel in het ontwerp

.../...

opgenomen is, is verrassend; in het ontwerp wordt immers nooit bepaald wat verstaan wordt onder de woorden die gebezigd worden om belangrijke rechtsfiguren aan te geven, zoals het huwelijk, de afstamming, de echtscheiding, de erfopvolging, de verbintenissen uit overeenkomst of de verbintenissen uit oneigenlijke overeenkomst, enz. De noodzaak die gebleken is om in het ontwerp zelf het begrip "trust" wettelijk te omschrijven alvorens de internationaal privaatrechtelijke regels betreffende trusts te geven, hangt samen met de omstandigheid dat die rechtsfiguur geen deel uitmaakt van het Belgische privaatrechtelijk rechtsstelsel, zodat die rechtsfiguur, die in dat rechtsstelsel als het ware onbekend is, met geen enkel woord of geen enkele uitdrukking uit de rechtstaal die in het Belgische materieel recht gebezigd wordt, kan worden aangegeven. In de bespreking van artikel 119 wordt er trouwens op gewezen dat het ontworpen wetboek "niet de ambitie heeft de instelling 'trust' in het Belgisch zakelijk recht in te voeren".

Deze precisering is van kapitaal belang. Ze houdt in dat, ten gevolge van de inwerkingstelling van het ontworpen wetboek, geen enkele wet of regel die tot nu toe in het Belgische recht onbekend zijn, mag komen bovenop de Belgische privaatrechtelijke regels, inzonderheid die welke overeenkomstig artikel 86 van het ontwerp gelden voor de rechten die personen vermogen uit te oefenen op goederen die zich in België bevinden. Deze regels zijn in de eerste plaats die welke zakelijke rechten definiëren en regeren, namelijk het eigendomsrecht, en de andere zakelijke hoofd- of nevenrechten. Het zijn ook de voorschriften op het gebied van de samenstelling in activa van het zogenaamde

.../...

vermogen van natuurlijke personen of rechtspersonen. Overeenkomstig de artikelen 7 en 8 van de hypotheekwet maakt een goed, tenzij niemand er "eigenaar" van is, noodzakelijkerwijs deel uit van het vermogen van de eigenaar, waarop al diens schuldeisers een algemeen pandrecht uitoefenen.

Artikel 119 van het ontwerp, - waarvan de bespreking hiervoren net geciteerd is -, strekt ertoe de wetgeving aan te geven volgens welke een Belgisch rechter over de geldigheid van een trust moet beslissen. Noch in deze tekst, noch in enige andere tekst van het ontwerp wordt evenwel aangegeven wat er dient te gebeuren indien een trust, die volgens het bij artikel 119 aangegeven toepasselijke recht geldig is, betrekking heeft op een goed dat zich in België bevindt.

Aan de gemachtigden van de minister is derhalve gevraagd wat, in het geval een trust betrekking heeft op een goed in België, de wetgeving is die toepassing vindt om te bepalen aan wie het goed toebehoort, tot wiens vermogen het behoort, en, bijgevolg, voor welke schulden het goed tot waarborg strekt.

De vraag aan de gemachtigden van de minister was als volgt gesteld :

"... les règles en projet sur le trust doivent-elles rester sans répercussion sur l'article 86 qui soumet à la loi belge les droits réels sur un objet situé en Belgique, et fait donc ainsi régir par la loi belge la question de savoir quel est le patrimoine dans lequel se trouve le bien en cause et quels sont les droit

.../...

réels, notamment les sûretés, qui peuvent être constitués sur lui.".

Het antwoord van de gemachtigden luidt aldus :

"Les dispositions sur le trust n'affectent pas le jeu des dispositions relatives aux droits réels. La solution résulte de l'article 120 du projet, qui limite le domaine de la loi du trust. De fait, le paragraphe 2 de cette disposition concerne les aspects de droit réel du droit de propriété, qui relèvent de l'article 86.".

De bewoordingen van dat antwoord verbazen : wat betekenen "les 'aspects' de droit réel du droit de propriété"? Waarom wordt in het bijzonder aandacht geschonken aan de akten van eigendomsoverdracht, als antwoord op de vraag over de eigendom zelf, die veel algemener is ?

Los van de onzekerheid die bestaat over de bewoordingen van dat antwoord, biedt het vooral geen uitweg om het probleem gaandeweg op te lossen. Hoewel in artikel 120 - zoals in de bespreking van de tekst aangegeven wordt - het gebied van de toepasselijke wetgeving trouwens in het kort nader wordt omschreven - wordt in dat artikel niet uitdrukkelijk ingegaan op de kwestie van het bepalen van de eigenaar van het goed; deze kwestie dient echter onvermijdelijk te worden geregeld voor alle goederen die zich in België bevinden.

Overigens wordt in artikel 117 van het ontwerp waarin, zoals hierboven aangegeven is, het begrip trust omschreven wordt als eerste kenmerk van deze rechtsfiguur vermeld dat "de goederen van de trust (...) een afzonderlijk

.../...

vermogen (vormen) en (...) geen deel (zijn) van het vermogen van de trustee". In het artikel wordt voorts bepaald : "de trustee heeft de bevoegdheid ... , om in overeenstemming met de bepalingen van de trust en de bijzondere verplichtingen, waaraan hij van rechtswege is onderworpen, (over) de goederen ... te beschikken".

Indien een trust betrekking heeft op een goed dat zich in België bevindt, zal er dus een persoon zijn, de trustee, die toch houder zal zijn van het recht om over het goed te beschikken, al is hij er niet eigenaar van; dat beschikkingsrecht behoort evenwel eveneens toe aan de eigenaar van het goed, overeenkomstig artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek, dat bij artikel 86 van het ontwerp toepasselijk verklaard wordt. De vraag rijst dus of een bepaling het eigendomsrecht komt beperken en zo ja, welke. Indien op die vraag geantwoord wordt dat het de wetgeving is op trusts, die noodzakelijkerwijs buitenlands is, betekent dit dat die trustwetgeving een min of meer ernstige belemmering vormt om de Belgische wet, de "lex rei sitae", toe te passen, al is deze zelf niet toepasselijk op zakelijke rechten. Indien daarentegen geantwoord wordt dat artikel 544 zonder beperking van toepassing is wegens het bestaan van de trust, rijst er een probleem met de rechtsfiguur "trust" en met de werking ervan ten aanzien van een goed dat zich in België bevindt. In artikel 117 van het ontwerp wordt immers gesteld dat de bevoegdheid van de trustee om te beschikken over de goederen waarop de trust betrekking heeft, alleen beperkt wordt door "de bepalingen van de trust en de bijzondere verplichtingen, waaraan hij van rechtswege is onderworpen". Er dient wellicht van te worden uitgegaan dat

.../...

de wet waarvan aldus sprake is, de wet is die van toepassing is op trusts, namelijk de noodzakelijkerwijs buitenlandse wet op trusts, omdat de rechtsfiguur per definitie in de Belgische wetgeving op zakelijke rechten niet bekend is. Om deze reden trouwens wordt in die wetgeving geen enkel recht in die zin aan de trustee toegekend. Doordat in de Belgische wetgeving op het recht om te beschikken over het goed de trustee beschouwd wordt als een persoon die geen eigendomsrecht heeft en die over geen enkele bevoegdheid beschikt om de eigenaar te vertegenwoordigen, kan ze de zogenaamde "trustee" alleen het recht ontzeggen om over het goed te beschikken.

Artikel 120, § 2, waarnaar de gemachtigden van de minister in hun antwoord verwijzen, volstaat vanzelfsprekend niet om te bepalen hoe zal kunnen worden gezorgd voor het samengaan van, ten aanzien van hetzelfde goed dat zich in België bevindt, zowel de Belgische wetgeving op zakelijke rechten die toepasselijk is volgens artikel 86 van het ontwerp, en de wetgeving die op trusts toepassing vindt overeenkomstig de artikelen 119 en 120 van het ontwerp, rekening houdend met de beperking die artikel 120, § 2, van het ontwerp oplegt en met inachtneming van artikel 117, 3°, van het ontwerp. In die laatste bepaling wordt gesteld dat de trustee beschikt over het goed; zoals net aangetoond is, moeten de grenzen van deze beschikkingsbevoegdheid bestaanbaar zijn met de essentie van de trust; dit heeft onvermijdelijk tot gevolg dat niet de Belgische wet van de plaats waar het goed zich bevindt de grenzen van die bevoegdheid bepaalt.

.../...

De net beschreven leemte in het ontwerp houdt wellicht verband met de omstandigheid dat de stellers ervan de netelige problemen in verband met trusts die betrekking hebben op een goed dat zich in België bevindt, menen te kunnen regelen door alleen in termen van wetsconflicten te redeneren. De aldus gemaakte keuze heeft ertoe geleid dat de stellers van het ontwerp geen enkele bepaling hebben opgenomen die opgesteld zou zijn naar het voorbeeld van de artikelen 11, 12 en 13 van het Verdrag van 's Gravenhage van 1985, waarop ze naar hun beweringen nochtans hebben gesteund. Alle aldus uitgesloten bepalingen zijn die welke in dat Verdrag de daar uitdrukkelijk genoemde "erkenning" van trusts regelen. Deze erkenningsregels zijn die welke precies betrekking hebben op wat ook de "opneming" van de trust kan worden genoemd in een Staat waar deze rechtsfiguur in het materieel recht niet bekend is. Zulke voorschriften moeten de materieelrechtelijke kwesties in verband met die opneming regelen. Om deze reden hebben de artikelen 11, 12 en 13 van het Verdrag van 's Gravenhage een materieelrechtelijk voorkomen, wat erop wijst dat dit wel degelijk het standpunt is waarop men zich moet plaatsen om te kunnen begrijpen wat de precieze aard is van de problemen die opgelost moeten worden door degene die een rechtsfiguur probeert in te voeren in een rechtsstelsel waarin die niet bekend is. Door deze invoering wordt het toepassingsgebied van de andere rechtsfiguren, te midden waarvan de nieuwe zal moeten functioneren, onvermijdelijk gewijzigd.

Dit standpunt dient ten grondslag te liggen aan de herwerking, zowel van hoofdstuk V betreffende goederen, als van hoofdstuk VI betreffende trusts, althans indien het

.../...

ontwerp ertoe strekt het internationaal privaatrecht betreffende trusts te regelen en, indien dit, zoals in het ontwerp gesteld wordt, dient te geschieden "zonder de instelling 'trust' in het Belgisch zakelijk recht in te voeren", namelijk zonder het Burgerlijk Wetboek inzake de eigendom, de overige zakelijke hoofd- of nevenrechten, de vermogensrechtelijke regels, alsmede de regels voor het bepalen van de inhoud en de gerechtigden van vermogens, te wijzigen.

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

conseiller d'Etat, président,
staatsraad, voorzitter,

P. QUERTAINMONT,
P. VANDERNOOT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

J. van COMPERNOLLE,

assesseur de la
section de législation,
assessor van de
afdeling wetgeving,

Madame
Mevrouw

B. VIGNERON,

greffier,
griffier.

M. P. GOTHOT, assesseur honoraire au Conseil d'Etat, a été appelé en consultation, en application de l'article 82 des lois sur le Conseil d'Etat coordonnées le 12 janvier 1973.

De H. P. GOTHOT, ere-assessor bij de Raad van State, is bij toepassing van artikel 82 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973 ter raadpleging opgeroepen.

Le rapport a été présenté par Mme P. VANDERNACHT, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme A.-F. BOLLY, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. P. VANDERNACHT, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. A.-F. BOLLY, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. P. LIENARDY, conseiller d'Etat.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIENARDY, staatsraad.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS