

Het toepassingsgebied van artikel 1389 BW.

Luc Van Campenhout

Opgedragen aan de licentie notariaat 1977-78 en aan het flipperwezen.

1. De bepaling, die in dit opstel onderzocht wordt heeft bij weinige commentatoren van de nieuwe Wet Huwelijksvermogensrecht vraagtekens gewekt.

Zij voert nochtans de zekerheid niet in haar bannier, noch wat haar wenselijkheid, noch wat haar interpretatie betreft.

Haar *wenselijkheid* roept twijfel op. De verplichting die ze oplegt heeft ongetwijfeld nut, maar is tevens — althans in sommige gevallen, zij het de meest waarschijnlijke — hinderlijk. Nemen we de volgende hypothese : een Nederlander huwt een Belgische. Zij wensen zich mettertijd in Nederland te vestigen en verlangen dan ook een Nederlands huwelijksvermogensstelsel aan te nemen bij contract te verlijden bij de Belgische notaris van de vrouw. Kan men hier aanvaarden dat zij verplicht zijn het stelsel in extenso in hun contract op te nemen ?

Men kan zich afvragen of het fenomeen van de maxi-akte (bekend van de vennootschapsoprichtingen) wel zo'n ruime toepassing verdient in het huwelijksvermogensrecht. Men heeft dan ook terecht beweerd dat de te bespreken bepaling «critiquable (is) dans la mesure ou elle interdit d'éliminer tout conflit de lois par une clause simple insérée dans leur contrat de mariage» (1).

De grootste wreveld wordt wel gewekt door de beperking tot de hypothese dat minstens een van hen Belg is. Een meer algemene regel waarin ieder die een andere wetgeving dan de zijne wenst aan te nemen, verplicht wordt de essentiële regels in extenso op te nemen, ware beter verdedigbaar. Infra zullen we deze gedachte weer opnemen.

Anderzijds is het onze overtuiging dat de *juiste inhoud* van de te bespreken bepaling niet met zekerheid te achterhalen is. Dit aan te tonen moge het opzet van dit opstel genoemd worden.

2. Zoals reeds gesteld zijn de auteurs, die bij de studie van het nieuw huwelijksvermogensrecht zich diepgaand over deze bepaling hebben gebogen, weinig talrijk (2). Er diende derhalve ook elders naar aanknopingspunten gezocht.

(1) G. VAN HECKE en F. RIGAUX, *Droit international privé et conflits de lois. Examen de jurisprudence (1970-75)*, R.C.J.B., 1976, 231.

(2) Het loont o.i. niet een lijst van auteurs te geven die dit probleem behandelen, daar hun bijdrage tot de hier ondernomen studie dikwijls niet veel verder gaat dat een loutere weergave van de tekst.

Zie toch wel : H. BORN, *Ferments nouveaux d'évolution des conflits de lois, concernant les régimes matrimoniaux*, J.T., 1977, 161, op blz. 168 ; R. VANDER ELST, noot onder Mons, 22 oktober 1975, R.Not.b., 1976, 520.

Vermeldenswaard is vooreerst dat art. 1389 B.W., in zoverre het de echtgenoten verbiedt door eenvoudige verwijzing naar een buitenlandse wetgeving huwelijksvoorwaarden te bedingen, geen originele bepaling is. Zowel Nederland, Duitsland als Italië kenden reeds een dergelijke regel (3). In Zwitserland is het zelfs verboden een buitenlands stelsel bij contract aan te nemen (4).

De commentaar waartoe deze bepalingen aanleiding hebben gegeven is evenwel slechts tot op zekere hoogte dienstbaar. Zij kennen immers niet de nationaliteitsstempel die onze regeling zo typisch maakt. Nergens wordt bepaald dat dit verbod slechts geldt indien een der echtgenoten de nationaliteit bezit van de betrokken wetgever. Het moge nu blijken uit de analyse van het artikel dat dit eigene van de Belgische bepaling een grote struikelsteen is voor het vastleggen van haar inhoud.

Mede in verband hiermee leek er aanleiding te bestaan een bepaling van Nederlands recht, het vermaarde art. 992 Ned. B.W. (5) te bestuderen. De vraag naar de geldigheid van het eigenhandig testament hier te lande gemaakt door een Nederlander is in de Belgische rechtsleer en rechtspraak voorwerp geweest van heel wat discussie (6), die bij de studie van de te bespreken bepaling heel wat bruikbare bouwstenen aanbrengt. Terugkerende naar de wettekst zelf vonden we volgende aanwijzingen in de Voorbereidende Werken (7) :

(3) Nederland : art. 121.4 nieuw (art. 198 oud) BW : «Zij kunnen niet in algemene bewoordingen bepalen dat de verhouding der echtgenoten zal worden geregeld door een buitenlandse wet».

Duitsland : § 1409 BGB : «I Der Güterstand kann nicht durch Verweisung auf ein ausländisches Gesetz bestimmt werden.

II Hat ein Ehegatte zur Zeit der Eheschliessung oder, falls der Vertrag später geschlossen wird, zu dieser Zeit seinen Wohnsitz im Ausland, so kann auf ein an diesem Wohnsitz geltendes Güterrecht verwiesen werden».

Italië : art. 161 Codice civile (tekst van voor de wetswijziging 1975 Huwelijksgoederenrecht) «Riferimento generico a leggi o agli usi — Gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto o in parte regolati da legge alle quali non sono sottoposti...» gecombineerd met art. 19 : Disposizioni sulla legge in generale : «I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati della legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio».

(4) In toepassing van art. 179, 2 : «Les parties sont tenues d'adapter dans leur contrat l'un des régimes prévus par la présente loi ;» Deze bepaling blijft hier onbesproken.

(5) Art. 992 Ned. BW. «Behoudens het in de volgende artikelen van deze afdeling bepaalde kan een Nederlands onderdaan die zich in een vreemd land bevindt, geen andere uiterste wil maken dan bij authentieke akte en met inachtneming van de formaliteiten welke in het land, al waar de akte verleden wordt, gebruikelijk zijn».

(6) Alleen al als losstaande artikelen kunnen vermeld :

G. LAMMERTIJN, Het eigenhandig testament van een Nederlander in België, *R.W.*, 1935-36, 1089 ; L. DE VOS, Nog iets over het eigenhandig testament in België gemaakt door een Nederlander, *T. Not.*, 1937, 177 ; L. HEYVAERT, Het eigenhandig testament van een Nederlander in België, *R.W.*, 1953-54, 513 ; E. VAN DIEVOET, Le testament olographe fait en Belgique par un ressortissant néerlandais et la pratique notariale, *Rev. Prat. Not.*, 1956, 6.

(7) Zoals geciteerd door H. BORN, *o.c.*, 168.

a. Het is de echtgenoten niet verboden in hun overeenkomst een stelsel van een buitenlandse wetgeving te bedingen. Het is hun slechts verboden dit te doen bij eenvoudige verwijzing, zonder verdere expliciteer.

b. Doel van dit verbod is de bescherming van de Belgische echtgenoot : men wou vermijden dat hij contractueel toestemde in een stelsel dat hem onbekend was. Het vereiste het stelsel te expliciteren brengt met zich mee dat de Belg, die een buitenlands stelsel aanvaardt, dit tenminste kent.

3. Men kan ter bepaling van het toepassingsgebied van art. 1389 twee problemen onderscheiden :

1. is de bewuste bepaling al dan niet een bepaling betreffende de vorm van rechtshandelingen ?

2. Is deze norm onderworpen aan de algemene verwijzingsregel of geeft hijzelf zijn toepassingsgebied aan ? Geldt het hier een regel van onmiddellijke toepassing ?

Is art. 1389 B.W. een vormvoorschrift ?

4. De kwalificatie als vormvoorschrift schijnt voor de hand te liggen : «Si les époux ont la possibilité de recopier la loi étrangère mais non de s'y référer, il s'agit certainement d'une pure règle de forme» (8).

Bezwaren tegen dergelijke kwalificatie berusten op het specifieke beschermingsdoel van de norm. Men wijst erop dat de norm voor een deel zijn doel voorbijschiet indien men hem als een vormvoorschrift «internationaalprivaatrechtelijk» behandelt : «Mais on a objecté que cette interprétation ne répond pas au but de la norme» (9).

Vooral in Italië heeft dergelijke beschouwing aanleiding gegeven tot het uitbouwen van o.i. onhoudbare theorieën (10). We pogen ze hier samen te vatten.

De betrokken bepaling is op te vatten als een beperking van de autonomie der partijen bij het bepalen van hun patrimonieelrechtelijke verhouding. Men is er in principe toe gehouden de voor-gebouwde stelsels aan te nemen en men mag daar slechts van afwijken indien men rechtstreeks en concreet de bedingen aanduidt die van deze stelsels afwijken. Het enorme belang van de betrokken bepaling ligt erin de partijen ertoe te verplichten voorafgaandelijk kennis te nemen van de regels die (vermogensrechtelijk) hun huwelijk gaan beheersen. Van deze voorafgaandelijke kennisname kan slechts blijken door deze bepalingen in extenso in het contract op te

(8) G. WIEDERKEHR, *Les conflits de loi en matière de régime matrimonial*, Parijs, 1967, nr. 193 ; in die zin ook H. BORN, *o.c.*, nr. 32.

(9) A. GRECO, *Les rapports patrimoniaux entre époux en droit international privé italien*, in «Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé. Etudes des solutions en vigueur dans les six pays du Marché Commun», Brussel, 1963, blz. 790, nr. 20.

(10) «La doctrine est aujourd'hui concordante pour estimer que ces deux normes ne concernent pas les formes des conventions matrimoniales». : A. GRECO, *ibid.* (Zie ook blz. 759-761, nr. 5).

nemen. Derhalve is het verwijzingsverbod niet als een vormvoorschrift te beschouwen.

Men kan slechts ten volle deze theorie begrijpen indien men de erachter liggende opvatting van het begrip «vorm» kent. Wij meenden een spoor hiervan te vinden bij een Nederlands auteur die bij zijn bepaling van wat als vormvoorschrift te beschouwen valt stelt dat niet als vormvoorschriften te beschouwen zijn normen die een groot maatschappelijk belang dienen (11). Het is met dergelijke opvatting in het achterhoofd dat de Italiaanse theorie enigszins verstaanbaar wordt.

Dergelijke definitie van het begrip vormvoorschrift lijkt ons evenwel niet de juiste te zijn. Onze overtuiging berust op de oplossing in onze rechtsleer en rechtspraak verworven over twee aanverwante problemen :

a) *het Cassatie-arrest van 28 mei 1925* (12)

De vraag die dit arrest te behandelen had was die van de geldigheid van een onderhands huwelijkscontract, aangegaan in een land dat het vereiste van een authentiek huwelijkscontract niet kende. Niettegenstaande de overweging «*que l'article a fait du contrat de mariage un acte solennel en vue... de permettre aux parties de se rendre compte des stipulations qu'il contient grâce à l'intervention d'un officier public*» — een voorschrift derhalve erg vergelijkbaar qua doelstelling met het hier besprokene — besluit het Hof van Cassatie eerst tot het aanvaarden van het karakter van vormvoorschrift. Terecht gaat het Hof daarna onderzoeken of het «*locus regit actum*»-adagium het toepassingsgebied aangeeft of dat daarentegen de wetgever een ander toepassingsgebied heeft willen aanduiden. Het doel van de norm kan wel zijn toepassingsgebied beïnvloeden, niet evenwel zijn kwalificatie.

b) *het eigenhandig testament van de Nederlander hier te lande gemaakt*. Art. 992 Ned. B.W. verbiedt de Nederlander in den vreemde een eigenhandig testament te maken. De vraag naar de geldigheid van zo'n eigenhandig testament heeft dan ook een tijdlang bij de Belgische rechtspraak en rechtsleer (13) de aandacht gaande gehouden. De uiteindelijke oplossing : een vormvoorschrift, maar één dat zijn eigen toepassingsgebied aanduidt, is andermaal een illustratie van het in vorig nummer weergegeven denkpatroon : het doel van de norm kan niet leiden tot diskwalificatie als vormvoorschrift, maar wel tot buiten toepassingverklaring van de klassieke verwijzingsregel «*locus regit actum*».

Drie mogelijke toepassingsgebieden

5. De vraag wordt aldus : heeft de wetgever de toepassing van de «*locus regit actum*»-regel willen opzij zetten ? Vooruitlopend op onze behan-

(11) W.L.G. LEMAIER, *Nederlands internationaal privaatrecht*, Leiden, 1968. Deze auteur bepaalt het begrip «vormregel», vanuit de te verkiezen I.P.R.-behandeling. Zulks is o.i. de logische werkwijze omkeren.

(12) Cass., 28 mei 1925, *Pas.* 1925, I, 264, concl. P.G. TERLINDEN.

(13) zie voetnoot 6.

deling van deze vraagstelling willen we nogmaals onze reeds in de aanhef van deze verhandeling gestelde conclusie herhalen : hoe men de zaak ook draait of keert, men kan zowel voor de ene als voor de andere oplossing argumenten weergeven : een aangepaste redactie van dit artikel lijkt op zijn plaats.

6. *Locus regit actum*. Over de toepasselijkheid — naar Belgisch I.P.R. — van de regel «*Locus regit actum*» wordt niet getwist. Men kan zijn inhoud als volgt weergeven (14) : een rechtshandeling is naar de vorm geldig als zij beantwoordt aan de vormvoorschriften die dienaangaande gelden op de plaats van de handeling of aan de vormvoorschriften van het rechtsstelsel dat de rechtshandeling ten gronde regelt. De regel «*locus regit actum*» heeft derhalve slechts facultatieve werking. Toegepast op art. 1389 B.W. betekent dit dat een verwijzing naar een buitenlands stelsel geoorloofd is telkenmale het contract in het buitenland aangegaan wordt (onder voorbehoud van een gelijkaardige regel aldaar) en telkenmale een ander dan het Belgisch stelsel toepasselijk is op de patrimoniale verhouding der echtgenoten (14 bis).

De vraag is of de wetgever dergelijke tolerantie bedoeld heeft. Dergelijke vraag werd ook gesteld door het Hof van Cassatie in zijn reeds geciteerd arrest betreffende de authentieke vorm van het huwelijkscontract, en positief beantwoord : «qu'on ne saurait toutefois rattacher la condition d'authenticité à la préoccupation prédominante d'atteindre un but social ou d'intérêt général et refuser en conséquence au Belge . . . la faculté de recourir valablement à la loi locale qui permet de passer le contrat par acte sous seing privé».

Is de bedoelde bepaling wel met dergelijke «*préoccupation prédominante*» behept ? Of moet dergelijke impliciete opzijetting van de «*locus regit actum*»-regel niet eens nagegaan worden omdat de wet een voldoende duidelijke expliciete opzijetting zou bieden door te stipuleren «indien een van hen Belg is» ? Om het met de woorden van het arrest te zeggen :

(14) F. RIGAUX, *Droit international privé*, Brussel, 1968, nr. 367 ; R. VANDER ELST, R.P.D.B., *Complément II, tw. conflit de lois*, nr. 139-142.

(14 bis) In Nederland is men de overtuiging toegedaan dat de bepaling van art. 121.4. (ook i.p.-rechtelijk) als een vormvoorschrift behandeld dient te worden.

C.W. DUBBINK, *Huwelijksvermogensrecht in het I.P.R.*, preadvies voor de koninklijke broederschap der notarissen in Nederland, 1969, blz. 35, nr. 5.2. ; P.W. VAN DER PLOEG, zelfde bundel, blz. 87-88, nr. 33 ; E.A.A. LUYTEN, *Het personen- en familierecht in het nieuw B.W.*, Zwolle, 1977, blz. 109 ; H.F.A. VOLLMAR, *Inleiding tot de studie van het Nederlands Burgerlijk recht*, Zwolle 1964, blz. 64, nr. 46 ; E.A.A. LUYTEN, *Huwelijksgoederenrecht*, Zwolle 1964, blz. 208-209 ; CH. PETIT, *Hoofdtrekken van het Nederlands familierecht*, Haarlem 1970, blz. 117-119 ; P.W. VAN DER PLOEG, *Huwelijksgoederen- en erfrecht in het Nederlands I.P.R.*, in de bundel «*Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé*, Brussel 1963, blz. 901, nr. 25. Weifelend : J. KOSTERS en C.W. DUBBINK, *Algemeen deel van het Nederlands I.P.R.*, Haarlem 1962, blz. 441 en blz. 251 ; Rb. MIDDELBURG, 26 juni 1957, *N.J.*, 1957, nr. 637, blz. 1277 ; W.L.G. LEMAIRE, *Nederlands I.P.R.* blz. 122.

«locus regit actum»-regel is slechts toepasselijk indien «une disposition formelle de sa loi personnelle ne lui impose l'observation de celle-ci» (15).

7. *Een niet-synthetische regel* (16). De andere opvatting is dus dat het toepassingsgebied van art. 1389 B.W. niet weergegeven wordt door de algemene verwijzingsregel, maar dat uit het *specifieke doel van de wet*, de min of meer duidelijk erin te vinden richtlijnen een ander toepassingsgebied afgelijnd dient te worden.

Bij gebrek aan een uitdrukkelijke bepaling in de wettekst (vgl. 992 Ned. B.W. : een Nederlander, *die zich in een vreemd land bevindt*) dient de rechter bij interpretatie van een bepaling met uiterste omzichtigheid te werk te gaan en mag hij slechts dan de algemene regel opzij zetten, indien zulks klaar en duidelijk uit het doel van de wet blijkt (17). Voldoet «indien een van hen Belg»-bepaling aan het vereiste van een uitdrukkelijke opzijzetting ? En, zoniet, eist het doel van de wet een andere internationaalprivaatrechtelijke behandeling van de «locus regit actum»-regel ?

8. Een verwijzingsregel in het I.P.R. maakt deel uit van het eigen recht. De wetgever kan dus een bijzonder toepassingsgebied aangeven voor bepaalde regels.

Het is evenwel in het belang van een gezonde rechtsbedeling dat de partijen (en de notarissen) weten waar ze aan toe zijn. Zulks geldt met des te meer reden voor I.P.R.-vraagstukken. Men kan moeilijk volhouden dat partijen eerst een proces zouden moeten beginnen om te weten welk rechtssysteem hun verhouding beheerst. Vandaar dat de verwijzingsregel met voldoende zekerheid en duidelijkheid zou moeten vastliggen. Vandaar ook dat niet lichtzinnig een afwijking van de klassieke verwijzingsregel mag aangenomen worden (18).

9. De oplossing van het reeds geciteerde Cassatie-arrest is niet meer zonder meer toepasselijk. De vraag luidt immers of de mogelijkheid in den vreemde nog bij onderhandse overeenkomst een huwelijkscontract te sluiten niet onrechtstreeks beroerd is geworden door de inlassing van de hier besproken bepaling.

Hier aannemen dat de wetgever een bijzonder maatschappelijk belang hecht aan de bescherming van de landgenoot tegen onwetendheid, heeft zijn implicaties voor de bescherming geboden door de tussenkomst van een ambtenaar, raadsman bij uitstek van de toekomstige echtgenoten.

(15) Cass. 28 mei 1925, *loc. cit.*

(16) De term is van F. RIGAUX, *o.c.*, nr. 83, blz. 116-117.

(17) G. VAN HECKE, *Principes et méthodes en droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1969, blz. 457.

(18) Zie vorige voetnoot.

10. Meer dan een inventaris opmaken van de mogelijke toepassingsgebieden van deze bepaling lijkt ons hier onmogelijk. *Wel is het o.i. mogelijk een toepassingsgebied uit te sluiten* : de echtgenoten zijn o.i. niet verplicht volledige melding te maken van het toepasselijk stelsel wanneer dit stelsel krachtens Belgisch I.P.R. geroepen is de patrimoniale verhouding te regelen bij gebrek aan een contract.

Zulks geldt in ieder geval voor het algemeen stelsel van het toepasselijke recht. De nietigheidssanctie van artikel 1389 B.W. zou enkel kunnen leiden tot hetzelfde resultaat als bij niet optreden van deze sanctie.

Wij wensen echter verder te gaan en aan te nemen dat deze uitzondering geldt voor alle stelsels, voorzien door het toepasselijke recht. Deze opvatting is gegrond op het feit dat echtgenoten die een afwijkend stelsel aannemen wellicht beter geïnformeerd zijn — «de» doelstelling van de wetgever — dan echtgenoten die zich tot het gemeen stelsel beperken. Buiten deze overtuiging ligt naar onze opvatting het «no-mansland».

11. Een *eerste opvatting* is de wereldwijde verplichting : waar ook ter wereld een Belg een huwelijkscontract aangaat en een ander dan een Belgisch stelsel het geschiktst acht, zou hij rekening moeten houden met art. 1389 B.W. (19).

Een *tweede mogelijkheid* is geënt op het Italiaans voorbeeld : de bepaling is slechts toepasselijk wanneer het Belgisch recht geroepen is de rechtsverhouding te regelen. De redenering die hier gevolgd wordt is de volgende : de echtgenoten hebben de mogelijkheid van het toepasselijke gemeen stelsel af te wijken bij contract, maar aan deze mogelijkheid zijn perken gesteld : slechts algemene verwijzingen naar door dezelfde wetgever uitgebouwde stelsels zijn geldig. Neemt men daar geen genoegen mee hetzij dat men een nieuw, naar eigen smaak gebouwd stelsel neemt, hetzij dat men in het buitenland iets gevonden heeft dat aan de eigen inzichten betreffende het geschiktste stelsel beantwoordt, dan moet men alle voor dit new-look-stelsel noodzakelijke regels in het contract opnemen (20).

De opmerking dat in dit geval moeilijk kan uitgelegd worden waarom er dan niet in de tekst staat : «indien de man Belg is» (21) gaat niet op. Het

(19) Hetzelfde toepassingsgebied als het Nederlands verbod eigenhandig te testen.

Een vormregel met het toepassingsgebied van een regel betreffende de bekwaamheid.

(20) H. BORN, *o.c.*, nr. 32 ; R. VANDER ELST, *Rép. Not.*, tw. D.I.P., t. XV, Livre XIV, I, nr. 17, blz. 67 bis.

(21) H. BORN, *o.c.*, nr. 33, is een andere opvatting toegedaan. Hij meent dat zo men een niet-synthetische regel in art. 1389 B.W. ziet, dit een impliciete erkenning van het autonomiebeginsel inzake het huwelijkscontract zou zijn en dus een optie voor de *lex contractus*.

Hij haalt m.i. op die wijze conclusie en premisse door elkaar. De regel van art. 1389 B.W. is inderdaad makkelijker verstaanbaar indien men uitgaat van een «gewijzigde» verwijzingsregel inzake huwelijksgoederenrecht en de aangehaalde opvatting zou van daaruit beter verdedigbaar zijn. Zulks beduidt evenwel niet dat uit het «indien een van hen Belg is» de voorafgaande overtuiging dient afgeleid dat de verwijzingsregel inderdaad gewijzigd is.

hele probleem van de toepasselijke verwijzingsregel voor het huwelijks-goederenrecht is de Belgische wetgever duidelijk ontgaan. Of de wetgever heeft er zich althans niet over willen uitspreken.

12. Van de drie geboden alternatieven :

a) locus regit actum : indien het contract in België wordt gesloten en bovendien binnen het dwingend kader van het toepasselijke Belgische recht (het kleinste toepassingsgebied) ;

b) een vormvoorschrift maar, naar het voorbeeld van het eigenhandig testament van de Nederlander, met het toepassingsgebied van een regel betreffende de bekwaamheid, toepasselijk telkens een Belg een dergelijk contract wenst te sluiten (het ruimste toepassingsgebied)

c) een vormvoorschrift, maar met hetzelfde toepassingsgebied als de dwingende regels ten gronde van het huwelijkscontract, toepasselijk telkenmale krachtens de «geldende» verwijzingsregels het Belgisch recht het kader biedt waarbinnen de toekomstige echtgenoten contractuele vrijheid genieten, kan geen oplossing het aureool van de zekerheid opvorderen.

Welk van de drie ?

13. Men zou onder het motto «Is het niet nodig, het kan geen kwaad», kunnen aanraden telkenmale krachtens een van de drie vorige oplossingen vereist wordt het stelsel integraal op te nemen dit dan maar te doen ; dus wanneer een der partijen Belg is, het volledige vreemde stelsel overnemen, met de bij nummer 10 initio aangegeven uitzondering. Het bevestigend of ontkennend antwoord op dit voorstel gaat nauw samen met de opportuniteit van het voorschrift. Als men overtuigd is van het nut van de voorgestelde regel, zal men met een lichter gemoed de inderdaad niet lichte karwei opnemen.

14. In onze aanhef stelden we reeds dat deze bepaling een vrij hinderlijk karakter kan vertonen. Toch heeft ze o.i. voordelen. Een gebilateraliseerde regel zou ongetwijfeld nuttig kunnen zijn. Als voorbeeld van dergelijke regel kan gelden : «Indien bij het huwelijkscontract verwezen wordt naar een stelsel dat niet dat is van de nationaliteit van een der echtgenoten, dient men de definiërende bepalingen van het gekozen stelsel integraal in het contract op te nemen». Men kan het toepassingsgebied van deze regel vernauwen door bijvoorbeeld naar het voorbeeld van de Duitse regel, de woonplaats aan de nationaliteit toe te voegen als grond die van de opname van het hele stelsel, vrijstelt. Bovendien zou het toepassingsgebied nog vernauwd worden door de boven aangegeven uitzondering voor het rechtsstelsel dat de patrimoniale verhouding der echtgenoten zal beheersen. Binnen deze grenzen wegen de voordelen duidelijk tegen de nadelen op. Men mag toch niet vergeten dat men slechts het

gekozen stelsel dient uit te tekenen, zonder in extenso alle bepalingen over te nemen. Een buitenlands stelsel wordt conform deze bepaling steeds weer als een origineel ontwerp van partijen beschouwd en moet in functie van die opvatting geredigeerd worden. Een moeilijke opdracht, dat zeker.

15. In ieder geval is de beperking tot de hypothese dat een van de partijen Belg is, niet richtinggevend voor de te kiezen oplossing. Zij is ofwel :

- een bijzonder ongelukkige redactie, wijl men slechts de vreemdelingen de mogelijkheid wou bieden naar hun eigen stelsel te verwijzen. Men vergelijk hiermee ons onder nummer 14 geformuleerd voorstel.
- een poging om een apart toepassingsgebied voor de regel aan te geven en dan is de redactie zo mogelijk nog ongelukkiger. Deze bijdrage moge toch op het minst daarvan het bewijs zijn.
- ofwel was men van oordeel dat slechts Belgen deze bescherming behoeften en dat dus de Belgische nationaliteit van een der echtgenoten een minimale vereiste was om hem een zekere bescherming te bieden.

Sommige auteurs (22) concluderen luchtig in deze zin. Wij zijn van oordeel dat dergelijke ingesteldheid getuigt van een schrijnend gemis aan belangstelling voor de buitenlanders die hier ter plaatse hun huwelijkscontract redigeren. De argumentatie dat men toch moeilijk twee vreemdelingen, in den vreemde een contract sluitende, reeds op dat ogenblik dan dwingen rekening te houden met de eventualiteit dat ooit een Belgische rechter de geldigheid van hun contract zal beoordelen, gaat niet ten volle op. Men had immers het toepassingsgebied zo kunnen bepalen dat dergelijke hypothesen er automatisch buiten vielen.

Inderdaad, regel zoals voorgesteld onder nummer 14 kan bezwaarlijk tegengesteld worden aan echtgenoten, van wie men moeilijk kan verwachten dat ze op het ogenblik van hun huwelijk kennis nemen van het recht van een vreemde staat met wie ze slechts op een later ogenblik in contact komen.

16. Vandaar dan deze *correctie* dat er een minimale band dient te bestaan met het Belgisch recht op het ogenblik van de contractsluiting. Wij denken hier aan twee mogelijke hypothesen : algemene verwijzing naar een stelsel dat niet dat is van de woonplaats of de nationaliteit van een der echtgenoten zou verboden zijn telkenmale het Belgisch recht de rechtsverhouding ten gronde beheerst en telkenmale het contract in België gesloten wordt. In beide gevallen zou de regel van 1389 toepasselijk kunnen gemaakt worden.

Tot zover de lege ferenda.

(22) L. RAUCENT, *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux*, Leuven, 1976, blz. 39-40.

17. Deze beschouwingen leiden ons dan terug tot de beginvraag : het toepassingsgebied de lege lata.

Niettegenstaande geen enkele oplossing de zekerheid kan opeisen de juiste te zijn menen we dat *de bepaling van art. 1389 B.W. moet toegepast worden telkenmale krachtens de geldende verwijzingsregel het Belgisch recht de patrimonieële verhoudingen der echtgenoten beheerst. De vormregel heeft dus hetzelfde toepassingsgebied als de grondregels.*

Wij mogen daartoe volgende argumentatie aanvoeren.

18. De basisopvatting die uit het bestudeerde artikel gedistilleerd kan worden is dat een buitenlands stelsel gelijk gesteld wordt met een self-made stelsel, een eigen ontwerp. Dergelijke opvatting kan slechts staande gehouden worden, voor zover het stelsel, waartoe die norm behoort, ook de contractuele perken bepaalt. Deze norm kan slechts aanspraak maken op toepassing, als voorwaarde voor afwijking van het gemeen huwelijks-goederenrecht van *zijn* rechtsstelsel.

19. Er blijft dan nog keuze tussen het toepassingsgebied zoals bepaald door de «locus gegit actum»-regel en dat wat wij voorstellen, de zwakke tegenover de sterke bescherming.

Indien men de bescherming van de contractanten ontleedt, merkt men dat zij in feite in twee delen uiteenvalt.

a) *bescherming tegen onwetendheid* ; men weet bij algemene verwijzing niet wat men tekent, waarbij de vraag kan gesteld worden naar de voldoende kennis van hen die verwijzen naar een afwijkend Belgisch stelsel.

b) *bescherming tegen ongeldigheid* van bepalingen van het huwelijks-contract.

Art. 1387 B.W. bepaalt dat de echtgenoten hun overeenkomsten naar goeddunken regelen, mits zij daarin niets bedingen dat strijdig is met de openbare orde of de goede zeden.

Welnu, deze toetsing die essentieel is bij aanvaarding van een buitenlands stelsel, kan slechts efficiënt doorgevoerd worden indien men zich al de «dragende» regels van het gekozen stelsel voor de geest roept, indien men m.a.w. het gekozen stelsel reconstrueert in de akte. Geen stijlclausule waarbij het gekozen stelsel aangenomen wordt voor zover het niet strijdig is met dwingende bepalingen van Belgisch recht, maar een daadwerkelijke controle, regel per regel... onder aansprakelijkheid van de instrumenterende notaris.

Deze bescherming dat de bepalingen die men aanneemt ook degene zijn die de patrimonieelrechtelijke verhouding beheersen, de zekerheid niet alleen te weten wat men overeenkomt, maar ook dat datgene wat men overeenkomt geldig is, lijkt ons veel belangrijker dan de zogeheten bescherming tegen «onwetendheid».

20. Het komt ons voor dat dergelijke bescherming een ruimer toepassingsgebied vergt dan het gewone toepassingsgebied voor vormbepalin-

gen en dat het voor de hand liggende toepassingsgebied dan ook het boven aangegevene is, met name toepassing telkenmale het Belgisch recht het kader van de contractuele vrijheid aangeeft. Een bijkomend argument, evenwel niet meer dan een tekstargument, ligt in art. 1390 B.W. dat stelt dat bij gebreke van bijzondere overeenkomsten het gemeen stelsel dus van toepassing is. Gecombineerd met de sanctie van 1389 B.W., nietigheid van de overeenkomst, en gelet op het feit dat — rekenkundig onloochenbare vaststelling — beide artikelen op elkaar volgen, zou men kunnen argumenteren dat bij gebrek aan expliciete verwijzing het Belgisch gemeen recht toepasselijk is. Wat dan weer veronderstelt dat de sanctie van art. 1389 B.W. slechts optreedt en de bepaling slechts dient toegepast te worden indien men van het Belgisch recht moet afwijken, maar dan ook altijd.

21. Toegegeven de «locus regit actum»-oplossing heeft ook haar argumenten. Ze werden boven reeds aangegeven. Het belangrijkste blijft het onder nummer 7 uitgewerkt principe dat men van de gangbare regels van I.P.R. slechts mag afwijken indien de wetgever duidelijk dat voornemen heeft gemanifesteerd of indien zijn bedoeling duidelijk naar voren treedt. En vermits duidelijkheid en zekerheid nu niet de sterkste eigenschappen zijn van de besproken bepaling...

Het is desalniettemin onze overtuiging dat de «locus regit actum»-regel, hoe onbetwist ook aanvaard, onder alle algemene verwijzingsregels het minst op dergelijke behandeling aanspraak maken kan. Wanneer men aanneemt — zoals wij deden — dat een juiste kwalificatie onderstelt dat men vormregel noemt, elke regel die niet verbiedt een bepaalde wil te uiten maar slechts de mogelijkheid die wil te uiten beperkt door een bepaalde wijze van wilsuitering voor te schrijven, wanneer men derhalve afstand neemt van de overtuiging dat bovendien vereist is een «slechts gering maatschappelijk belang» (23), dan aanvaardt men ook dat het principe «locus regit actum» niet onomstootbaar dient vast te staan. Dergelijk principe schijnt immers meer bij de door ons verworpen dan bij de door ons aanvaarde kwalificatie «vormvoorschrift» aan te sluiten (24).

Deze redenering geldt nog meer voor vormbepalingen, die slechts op de partijen terugwerken. Een vrije opvatting kan aanvaard worden telkenmale het vormvoorschrift een beroep doet op de tussenkomst van bepaalde personen of instanties, die in den vreemde niet altijd voorhanden zijn (25). Deze vrijheid heeft evenwel minder bestaansredenen, wanneer

(23) Zoals reeds uiteengezet in voetnoot 11 verwerpen wij dergelijke opvatting.

(24) Grondopvatting is immers dat men met vormvereisten niet zo nauw moet kijken.

(25) Naast het gebrek aan belang, is de moeilijkheid aan bepaalde pleegvormen te voldoen vaak een argument voor een liberale opvatting inzake vormregels. Het authenticiteitsvereiste kan moeilijker op toepassing aanspraak maken in gebieden waar de figuur van de notaris onbekend is. (Vgl. Cass. 28 mei 1925, *loc. cit.*.)

zoals bij het hier besproken voorschrift de toepassing van de regel niet op dergelijke voorschriften slaat.

Het Hof van Cassatie oordeelde in die zin in zijn reeds herhaaldelijk geciteerd arrest. De argumentatie van het Hof beruiste op een opsplitsing van de vormregels in twee categorieën, diegene die op een «Préoccupation prédominante sociale ou d'intérêt général» (26) konden bogen en de andere. Wij menen dat deze redenering doorgetrokken kan worden en dat een dubbel onderscheid kan gemaakt worden voor vormregels, met name vormregels die een belangrijk (maatschappelijk) belang (als een grondregel, lijkt ons een criterium voor de kwalificatie) dienen en andere, enerzijds; vormregels die slechts op de partijen terugwerken en vormregels die bovendien een beroep doen op het optreden van bepaalde personen of instanties, anderzijds.

Het komt ons voor dat de «locus regit actum»-regel slechts aanspraak mag maken op principiële geldigheid voor de ene helft van deze vormregels met name :

a) voor regels zonder aanzienlijk belang ;

b) voor regels die een beroep doen op het optreden van bepaalde personen of instanties.

De hier beschreven opvatting over de «locus regit actum»-regel heeft bovendien het voordeel heel wat bezwaren tegen de kwalificatie «vormvoorschrift» weg te werken. Men vergelijkte maar met de discussie over de geldigheid van het eigenhandig testament.

Wat er ook van weze, hiermee moge in elk geval aangetoond zijn dat «het» argument voor de «locus regit actum»-regel op zichzelf niet afdoende is.

22. Wij concluderen dus dat een algemene verwijzing naar een buitenlands stelsel krachtens art. 1389 B.W. verboden is, wanneer het Belgisch recht de patrimoniale verhouding der echtgenoten beheerst.

Hiermee staan we voor een unilaterale regel van Belgisch I.P.R., zeker met de beperking tot de hypothese dat een van de echtgenoten Belg dient te zijn (27). Zonder deze beperking komt de regel zeker voor bilateralisatie in aanmerking (28).

De hieraan verbonden consequentie is dat voor buitenlandse rechtbanken deze «auto-délimitation» niet ingeroepen kan worden, tenzij het eigen I.P.R. van de betrokken rechtbanken een gelijkaardige behandeling van een gelijkaardig voorschrift zou kennen (29).

(26) *loc. cit.*

(27) R. DILLEMANS, *Huwelijksvermogensrecht*, Antwerpen, 1977, blz. 150-151.

(28) Zoals voorgesteld in ons besluit, nr. 26.

(29) F. RIGAUX, *Droit International Privé*, blz. 477 ; *La théorie des qualifications en droit international privé*, Brussel 1956, blz. 417-419 ; F. RIGAUX in *Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé*, nr. 48, blz. 81-82 ; L. HEYVAERT, *o.c.*, *R.W.*, 1953-54, 513 ; G. LAMMERTIJN, *o.c.*, *R.W.*, 1935-36, 1089.

Contra : L. DE VOS, *o.c.*, *T. Not.*, 1937, 177 ;

P.W. VAN DER PLOEG, *Huwelijksgoederenrecht en erfrecht in het Nederlands I.P.R.*, in

Dit probleem zou niet rijzen — evenmin als b.v. voor het eigenhandig testament van de Nederlander in België gemaakt — bij een opvatting over de verwijzingsregel voor vormvoorschriften zoals weergegeven onder nummer 21.

In concreto betekent deze «eigenwijze» behandeling door de rechtbanken dus niet noodzakelijk een vrijstelling van expliciete redactie wanneer de geldigheid van het contract slechts ter beoordeling zal staan van vreemde rechtbanken. Voor een Italiaanse rechtbank zal hetzelfde toepassingsgebied in aanmerking genomen worden als voor een Belgische rechtbank. Een Nederlandse rechtbank daarentegen zal de zuivere «locus regit actum» in aanmerking nemen (30).

Besluit

23. Deze bijdrage is een poging, een proeve tot oplossing, en geenszins een opstel dat met rustige zekerheid ter publicatie aangeboden wordt. Aanvankelijk aarzelden we te opteren, nadien haalde de gedachte aan de ontgoochelde lezer de bovenhand. De sporen van de aarzeling werden doelbewust niet weggewerkt in de tekst.

24. Drie mogelijke toepassingsgebieden dienen zich aan :

1) verbod van algemene verwijzing telkenmale een van de echtgenoten Belg is. Wij verwerpen deze wereldwijde verplichting en wel bepaald omwille van de sanctie : nietigheid van de contractuele afwijking van het gemeen recht en dus toepasselijkheid van het gemeen recht, *welke het ook weze*. Dergelijke «blinde» sanctie roept bij ons de herinnering op aan de tovenaarsknecht, die de krachten die hij opriep niet bedwingen kon.

2) verbod onderworpen aan de locus regit actum-regel : algemene verwijzing slechts verboden indien het contract én in België gesloten wordt én beheerst wordt ten gronde door het Belgisch recht. Op grond van een ontleding van de met het voorschrift bedoelde bescherming, oordeelden we dit toepassingsgebied te eng om de voorgenomen bescherming te kunnen realiseren. Deze idee werd slechts versterkt door een analyse van het begrip «vormregel».

3) de naar onze menig geldige oplossing : verbod van algemene verwijzing, wanneer het Belgisch recht het contractuele kader biedt, dus wanneer de vrijheid contractueel zijn stelsel van huwelijksgoederenrecht te kiezen beperkt wordt door het Belgisch recht. Vooral de efficiëntie en het nut van de aldus geboden bescherming stuwden ons naar deze overtuiging.

«Les régimes matrimoniaux et les successions en droit international privé,» blz. 954-55 ; KOSTERS-DUBBINK, *Algemeen deel van het Nederlands I.P.R.*, blz. 462-467, waarbij zij van een nadien verlaten versie van het Benelux-ontwerp uitgaan.

(30) In overeenstemming met de in voetnoten 10 en 14 bis weergegeven opvattingen.

25. Wat de wenselijkheid van de bepaling aangaat moge aangestipt worden dat men geenszins verplicht is het vreemde stelsel integraal over te nemen met al zijn bepalingen. Men moet het contract redigeren naar het model van het vreemd recht, alsof men een origineel ontwerp opstelde, onder toetsing aan de bepalingen van Belgisch dwingend recht. Hoe hinderlijk dergelijke werkwijze mag zijn, de nadelen wegen niet op tegen de voordelen, o.i. althans. Het ligt trouwens niet in de aard van onze notarissen tegen deze karwei op te zien.

De uitbreiding naar de hypothese waarin beide echtgenoten vreemdeling zijn ligt voor de hand, voor zover zij althans aan het Belgisch huwelijks-goederenrecht onderworpen zouden worden.

26. *De lege ferenda* zouden we zelfs voor een verdere uitbreiding durven opteren. Het verbod van verwijzing zou dan gelden, telkenmale een stelsel aangenomen wordt dat niet uitgebouwd wordt door het recht dat de patrimoniale verhouding der echtgenoten beheerst, door het recht dat de contractuele perken bepaalt, op inhoudelijk vlak.

Deze regel zou slechts gelden indien het Belgische recht (of gebilateraliseerd : het recht dat die norm kent) voldoende nauw bij het contract betrokken is, met name wanneer het Belgische recht toepasselijk is ten gronde maar ook wanneer het contract in België gesloten wordt.

(gebilateraliseerd : wanneer het recht dat de norm kent ten gronde toepasselijk is of wanneer het contract in het territorium van dit stelsel tot stand komt).

27. Andermaal dus een oproep tot en een stevige uitdaging voor het notariaat. Aan ditzelfde notariaat om in stee van de nadelen de voordelen te beklemtonen en aan te tonen dat art. 1389 B.W. niet die bittere pil is die men er meende in te zien, doch een krachtige inenting tegen de besmetting van het contract met een ongeldigheid die zich op het meest ongelegen ogenblik manifesteert. De neiging het toepassingsgebied zover te beperken zou dan als vanzelf wegvallen om plaats te maken voor een meer positieve ingesteldheid, waarbij men verwijzingen achterwege laat, zelfs waar dit niet verboden is.

Een vrome wens ?