

Tijdschrift@ipr.be

TIJDSCHRIFT VOOR INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT



Revue@dipr.be

REVUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

2012/1

Redactie – Rédaction:

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

Samenstelling van dit nr. – Composition de ce n°:

Cedric Vanleenhove (U Gent)

Uw bijdragen

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

Vos contributions

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

Citeerwijze

Tijdschrift@ipr.be 2012/1

Mode de citation

Revue@dipr.be 2012/1

INHOUD/CONTENU

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Hof van Justitie, zaak C-292/10, G/Cornelius de Visser, arrest van 15 maart 2012

Rechtbank eerste aanleg Antwerpen, vonnis van 22 april 2010

RECHTSLEER/DOCTRINE

Patrick Wautelet (ULg) - Les régimes matrimoniaux en droit international privé – Autour de trois questions d'actualité

ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Regelgeving / Réglementation

Aankondigingen / Annonces



INHOUDSOPGAVE/TABLE DES MATIÈRES

RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE	2
Hof van Justitie, zaak C-292/10, G/Cornelius de Visser, arrest van 15 maart 2012	2
Foto's op internet – Internationale bevoegdheid – Artikel 4, lid 1 Brussel I Verordening – Verblijfplaats verweerder onbekend – Toepassing artikel 5, lid 3 Brussel I Verordening – Openbare betekening naar nationaal recht – Verstekvonnis – Geen Europese executoriale titel – Toepasselijk recht – Artikel 3, leden 1 en 2 Richtlijn 2000/31 inzake elektronische handel – Plaats van vestiging dienstverlener moet bekend zijn.....	2
Photos sur internet – Compétence internationale – Article 4, paragraphe 1 règlement Bruxelles I – Domicile inconnu du défendeur – Application de l'article 5, paragraphe 3 règlement Bruxelles I – Signification publique selon le droit national – Jugement par défaut – Pas de titre exécutoire européen – Droit applicable – Article 3, paragraphes 1 et 2 Directive 2000/31 sur le commerce électronique – Lieu d'établissement du prestataire de services doit être connu	2
Rechtbank eerste aanleg Antwerpen, vonnis van 22 april 2010.....	22
Adoptie – Toepasselijk recht – Volle adoptie na grensoverschrijdend draagmoederschap – Adoptie door genetische wensmoeder – Artikel 62, §1 WIPR – Toepassing Belgisch recht – Aanwezigheid van wettige redenen	22
Adoption – Droit applicable – Adoption plénière après maternité de substitution – Adoption par la mère demandeuse génétique – Article 62, §1 CDIP – Application du droit belge – Présence de justes motifs ..	22
RECHTSLEER/DOCTRINE	29
Patrick Wautelet (ULg) - Les régimes matrimoniaux en droit international privé – Autour de trois questions d'actualité	29
ACTUALITEIT/ACTUALITÉ	44
Regelgeving / Réglementation	44
Aankondigingen / Annonces	45



RECHTSPRAAK/JURISPRUDENCE

Hof van Justitie, zaak C-292/10, G/Cornelius de Visser, arrest van 15 maart 2012

Foto's op internet – Internationale bevoegdheid – Artikel 4, lid 1 Brussel I Verordening – Verblijfplaats verweerder onbekend – Toepassing artikel 5, lid 3 Brussel I Verordening – Openbare betekening naar nationaal recht – Verstekvonnis – Geen Europese executoriale titel – Toepasselijk recht – Artikel 3, leden 1 en 2 Richtlijn 2000/31 inzake elektronische handel – Plaats van vestiging dienstverlener moet bekend zijn

Photos sur internet – Compétence internationale – Article 4, paragraphe 1 règlement Bruxelles I – Domicile inconnu du défendeur – Application de l'article 5, paragraphe 3 règlement Bruxelles I – Signification publique selon le droit national – Jugement par défaut – Pas de titre exécutoire européen – Droit applicable – Article 3, paragraphes 1 et 2 Directive 2000/31 sur le commerce électronique – Lieu d'établissement du prestataire de services doit être connu

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

15 maart 2012

In zaak C-292/10,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Landgericht Regensburg (Duitsland) bij beslissing van 17 mei 2010, ingekomen bij het Hof op 11 juni 2010, in de procedure

G

tegen

Cornelius de Visser,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: A. Tizzano, kamerpresident, M. Safjan (rapporteur), A. Borg Barthet, J.-J. Kasel en M. Berger, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,

griffier: B. Fülöp, administrateur,



gezien de stukken en na de terechtzitting op 25 mei 2011,

gelet op de opmerkingen van:

- de Deense regering, vertegenwoordigd door C. Vang als gemachtigde,
- Ierland, vertegenwoordigd door D. O’Hagan als gemachtigde, bijgestaan door A. Collins, SC, en M. Noonan, BL,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Varone, avvocato dello Stato,
- de Luxemburgse regering, vertegenwoordigd door C. Schiltz als gemachtigde,
- de Hongaarse regering, vertegenwoordigd door M. Z. Fehér, K. Szíjjártó en K. Molnár als gemachtigden,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. Wissels als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door M. Wilderspin en S. Grünheid als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 6 VEU, artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: “Handvest”), artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“richtlijn inzake de elektronische handel”) (PB L 178, blz. 1), de artikelen 4, lid 1, 5, punt 3, en 26, lid 2, van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1), en artikel 12 van verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executorialie titel voor niet-betwiste schuldvorderingen (PB L 143, blz. 15).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen G en De Visser betreffende een vordering wegens het tonen op internet van foto’s waarop G. gedeeltelijk naakt te zien is.



Toepasselijke bepalingen

Het recht van de Unie

Richtlijn 2000/31

3. Punt 23 van de considerans van richtlijn 2000/31 bepaalt:

“Deze richtlijn heeft niet ten doel aanvullende regels op het gebied van het internationale privaatrecht voor wetsconflicten vast te stellen en laat de bevoegdheden van de rechterlijke instanties onverlet. Bepalingen van het aan de hand van het internationale privaatrecht aangewezen toepasselijke recht mogen niet leiden tot een beperking van de vrijheid om diensten van de informatiemaatschappij aan te bieden zoals die zijn omschreven in deze richtlijn.”

4. Volgens artikel 1, lid 1, ervan heeft deze richtlijn tot doel “bij te dragen aan de goede werking van de interne markt door het vrije verkeer van de diensten van de informatiemaatschappij tussen lidstaten te waarborgen”.

5. Artikel 1, lid 4, van deze richtlijn bepaalt:

“Deze richtlijn bevat geen aanvullende regels op het gebied van het internationale privaatrecht en laat de bevoegdheid van de rechterlijke instanties onverlet.”

6. Artikel 3 van dezelfde richtlijn (“Interne markt”) bepaalt in lid 1:

“Iedere lidstaat zorgt ervoor dat de diensten van de informatiemaatschappij die worden verleend door een op zijn grondgebied gevestigde dienstverlener voldoen aan de in die lidstaat geldende nationale bepalingen die binnen het gecoördineerde gebied vallen.”

7. Artikel 3, lid 2, van richtlijn 2000/31 luidt als volgt:

“De lidstaten mogen het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij die vanuit een andere lidstaat worden geleverd, niet beperken om redenen die vallen binnen het gecoördineerde gebied.”

Verordening nr. 44/2001

8. Punt 2 van de considerans van verordening nr. 44/2001 luidt:

“Sommige verschillen in de nationale regels inzake de rechterlijke bevoegdheid en de erkenning van beslissingen bemoeilijken de goede werking van de interne markt. Bepalingen die de eenvormigheid van de regels inzake jurisdictiegeschillen in burgerlijke en handelszaken mogelijk maken alsook de vereenvoudiging van de formaliteiten met het oog op een snelle en eenvoudige erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissingen van de lidstaten waarvoor deze verordening verbindend is, zijn onontbeerlijk.”



9. Artikel 2 van deze verordening bepaalt het volgende:

“1. Onverminderd deze verordening worden zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen voor de rechten van die lidstaat.

2. Voor degenen die niet de nationaliteit bezitten van de lidstaat waar zij woonplaats hebben, gelden de regels voor de rechterlijke bevoegdheid die op de eigen onderdanen van die lidstaat van toepassing zijn.”

10. In artikel 3, lid 1, van dezelfde verordening wordt bepaald:

“Degenen die op het grondgebied van een lidstaat woonplaats hebben, kunnen slechts voor het gerecht van een andere lidstaat worden opgeroepen krachtens de in de afdelingen 2 tot en met 7 van dit hoofdstuk gegeven regels.”

11. Artikel 4 van deze verordening luidt als volgt:

“1. Indien de verweerder geen woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, wordt de bevoegdheid in elke lidstaat geregeld door de wetgeving van die lidstaat, onverminderd de artikelen 22 en 23.

2. Tegen deze verweerder kan ieder, ongeacht zijn nationaliteit, die op het grondgebied van een lidstaat woonplaats heeft, aldaar op dezelfde voet als de eigen onderdanen van die staat een beroep doen op de bevoegdheidsregels die daar van kracht zijn, met name de regels van bijlage I.”

12. In hoofdstuk II, afdeling 2, getiteld “Bijzondere bevoegdheid”, bepaalt artikel 5, lid 3, van verordening nr. 44/2001:

“Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat voor de volgende rechten worden opgeroepen:
[...]

3) ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad: voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen”.

13. Artikel 26 van deze verordening, dat staat in hoofdstuk 8, getiteld “Toetsing van de bevoegdheid en de ontvankelijkheid”, van voormeld hoofdstuk II, bevat de volgende bepalingen:

“1. Wanneer de verweerder met woonplaats op het grondgebied van een lidstaat voor een gerecht van een andere lidstaat wordt opgeroepen en niet verschijnt, verklaart het gerecht zich ambtshalve onbevoegd indien zijn bevoegdheid niet berust op deze verordening.

2. Het gerecht is verplicht zijn uitspraak aan te houden zolang niet vaststaat dat de verweerder in de gelegenheid is gesteld het stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk, zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was, te ontvangen, of dat daartoe al het nodige is gedaan.



3. Artikel 19 van Verordening (EG) 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 [PB L 160, blz. 37] is van toepassing in plaats van lid 2, indien de toezending van het stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk, overeenkomstig deze verordening moest plaatsvinden.

4. Wanneer verordening [...] nr. 1348/2000 niet van toepassing is, is artikel 15 van het Verdrag van 's-Gravenhage van 15 november 1965 inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of handelszaken [hierna: "Haagse verdrag van 1965"] van toepassing, indien de toezending van het stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk, overeenkomstig dat verdrag moest plaatsvinden."

14. Hoofdstuk III van verordening nr. 44/2001, met het opschrift "Erkenning en tenuitvoerlegging", bevat artikel 34, dat in punt 2 bepaalt dat een beslissing niet wordt erkend indien:

"het stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk, niet zo tijdig en op zodanige wijze als met het oog op zijn verdediging nodig was, aan de verweerder tegen wie verstek werd verleend, betekend of meegedeeld is, tenzij de verweerder tegen de beslissing geen rechtsmiddel heeft aangewend terwijl hij daartoe in staat was".

15. Artikel 59 van verordening nr. 44/2001 bepaalt het volgende:

"1. Om vast te stellen of een partij woonplaats heeft op het grondgebied van de lidstaat bij een van welks gerechten een zaak aanhangig is, past het gerecht zijn intern recht toe.

2. Indien een partij geen woonplaats heeft in de lidstaat bij een van welks gerechten een zaak aanhangig is, past het gerecht voor de vaststelling of zij een woonplaats heeft in een andere lidstaat, het recht van die lidstaat toe."

Verordening nr. 805/2004

16. Verordening nr. 805/2004 heeft volgens artikel 1 ervan tot doel om door de vastlegging van minimumnormen een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen in het leven te roepen ten behoeve van het vrije verkeer van beslissingen, gerechtelijke schikkingen en authentieke akten in alle lidstaten zonder dat in de lidstaat van tenuitvoerlegging een intermediaire procedure hoeft te worden ingeleid voorafgaand aan de erkenning en tenuitvoerlegging.

17. Artikel 5 van deze verordening, getiteld "Afschaffing van het exequatur", bepaalt het volgende:

"Een beslissing die in de lidstaat van oorsprong als Europese executoriale titel is gewaarmerkt, wordt in de andere lidstaten erkend en ten uitvoer gelegd zonder dat een verklaring van uitvoerbaarheid nodig is en zonder enige mogelijkheid de erkenning te betwisten."



18. Artikel 12, lid 1, van dezelfde verordening luidt als volgt:

“Een beslissing inzake een schuldvordering die onbetwist is in de zin van artikel 3, lid 1, sub b of c, kan alleen als Europese executoriale titel worden gewaarmerkt indien de gerechtelijke procedure in de lidstaat van oorsprong aan de in dit hoofdstuk vastgestelde vormvoorschriften voldeed.”

19. Artikel 14, leden 1 en 2, van verordening nr. 805/2004 bevat de volgende bepalingen:

“1. Betekening of kennisgeving van het stuk dat het geding inleidt, van een gelijkwaardig stuk en van enigerlei dagvaarding voor een terechtzitting aan de schuldenaar kan ook zijn geschied op een van de hierna vermelde wijzen:

a) in persoon op het persoonlijke adres van de schuldenaar, aan een persoon die als huisgenoot van de schuldenaar dezelfde woonplaats heeft of aldaar in dienst is;

b) wanneer de schuldenaar een zelfstandige of een rechtspersoon is, in persoon op het zakenadres van de schuldenaar, aan een persoon die bij de schuldenaar in dienst is;

c) door deponering van het stuk in de brievenbus van de schuldenaar;

d) door deponering van het stuk op het postkantoor of bij de bevoegde autoriteiten, en schriftelijke mededeling daarvan in de brievenbus van de schuldenaar, mits in de schriftelijke mededeling duidelijk wordt vermeld dat het om een gerechtelijk stuk gaat of dat deze schriftelijke mededeling rechtsgeldig is als betekening of kennisgeving en de toepasselijke termijnen doet ingaan;

e) per post zonder bewijs overeenkomstig lid 3 indien de schuldenaar zijn adres in de lidstaat van oorsprong heeft;

f) langs elektronische weg, blijkens een automatische aankomstbevestiging, op voorwaarde dat de schuldenaar vooraf uitdrukkelijk met deze wijze van betekening of kennisgeving heeft ingestemd.

2. Voor de toepassing van deze verordening is betekening of kennisgeving overeenkomstig lid 1 niet toegestaan indien het adres van de schuldenaar niet met zekerheid bekend is.”

Verordening (EG) nr. 1393/2007

20. Verordening (EG) nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (de betekening en de kennisgeving van stukken), en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad (PB L 324, blz. 79), is volgens artikel 1, lid 2, ervan niet van toepassing indien het adres van degene voor wie het stuk is bestemd, onbekend is.



21. Artikel 19 van verordening nr. 1393/2007 bepaalt onder het opschrift “Niet-verschenen verweerder”:

“1. Wanneer een stuk dat het geding inleidt of een daarmee gelijk te stellen stuk overeenkomstig de bepalingen van deze verordening ter betekening of kennisgeving naar een andere lidstaat moest worden gezonden en de verweerder niet is verschenen, houdt de rechter de beslissing aan totdat is gebleken dat:

a) hetzij van het stuk betekening of kennisgeving is gedaan met inachtneming van de in de wetgeving van de aangezochte lidstaat voorgeschreven vormen voor de betekening of kennisgeving van stukken die in dat land zijn opgemaakt en voor zich op het grondgebied van dat land bevindende personen bestemd zijn, of

b) hetzij het stuk daadwerkelijk is afgegeven aan de verweerder in persoon of aan zijn woonplaats op een andere in deze verordening geregelde wijze, en dat de betekening of kennisgeving respectievelijk de afgifte zo tijdig is geschied dat de verweerder gelegenheid heeft gehad verweer te voeren.

2. Elke lidstaat is bevoegd, overeenkomstig artikel 23, lid 1, te verklaren dat zijn rechters in afwijking van lid 1 een beslissing kunnen geven, ook wanneer geen certificaat van betekening, kennisgeving of afgifte is ontvangen, indien aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) het stuk is op één van de in deze verordening geregelde wijzen toegezonden;

b) sedert het tijdstip van toezending van het stuk is een termijn verlopen die door de rechter voor elk afzonderlijk geval wordt vastgesteld, doch die ten minste zes maanden zal bedragen;

c) in weerwil van alle redelijke inspanningen die daartoe bij de bevoegde autoriteiten of organen van de aangezochte staat zijn aangewend, kon geen bewijs worden verkregen.

3. Het bepaalde in de leden 1 en 2 belet niet dat de rechter in spoedeisende gevallen voorlopige of bewarende maatregelen kan nemen.

4. Wanneer een stuk dat het geding inleidt of een daarmee gelijk te stellen stuk overeenkomstig de bepalingen van deze verordening ter betekening of kennisgeving naar een andere lidstaat moest worden gezonden en de verweerder bij verstek is veroordeeld, kan de rechter, indien de termijn waarbinnen een rechtsmiddel had moeten worden aangewend is verstreken, de verweerder een nieuwe termijn toestaan waarbinnen hij het rechtsmiddel alsnog kan aanwenden, mits aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

a) de verweerder heeft niet de gelegenheid gehad zich te verweren of een rechtsmiddel aan te wenden, doordat het stuk respectievelijk de beslissing hem, buiten zijn schuld, niet tijdig heeft bereikt, en

b) de grieven van de verweerder zijn, naar het aanvankelijke oordeel van de rechter, niet van elke grond ontbloot.



Een verzoek om verlening van een nieuwe termijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel is slechts ontvankelijk indien het is ingediend binnen een redelijke termijn na het tijdstip waarop de verweerder van de beslissing kennis heeft gekregen.

Elke lidstaat kan, overeenkomstig artikel 23, lid 1, verklaren dat het verzoek niet ontvankelijk is, indien het is ingediend na het verstrijken van een in die verklaring genoemde termijn, die echter niet korter mag zijn dan één jaar te rekenen vanaf de dag waarop de beslissing is gegeven.

Lid 4 is niet van toepassing op beslissingen betreffende de staat of bekwaamheid van personen.”

Nationaal recht

22. Het Duitse wetboek van burgerlijke rechtsvordering (Zivilprozessordnung) bevat in de paragrafen 185, 186 en 188 de volgende bepalingen over openbare betekening:

“§ 185 Openbare betekening

Betekening kan door openbare bekendmaking (openbare betekening) plaatsvinden indien:

1. de verblijfplaats van de betrokkene onbekend is en betekening aan een vertegenwoordiger of gevolmachtigde niet mogelijk is,
2. in geval van rechtspersonen die een binnenlands zakenadres in het handelsregister moeten inschrijven, betekening niet kan geschieden op het geregistreerde adres of het in het handelsregister ingeschreven adres van een persoon die is gemachtigd betekeningen te ontvangen, noch op een zonder onderzoek bekend ander binnenlands adres,
3. betekening in het buitenland onmogelijk is of naar alle waarschijnlijkheid zal mislukken, of
4. geen betekening kan plaatsvinden omdat de plaats van de betekening de woning is van een persoon die op grond van de artikelen 18 tot en met 20 van de wet op de rechterlijke organisatie niet kan worden gedagvaard.

§ 186 Toestemming voor openbare betekening en uitvoering daarvan

- 1) Het aangezochte gerecht beslist of openbare betekening al dan niet wordt toegestaan. De beslissing kan zonder mondelinge behandeling worden gegeven.
- 2) Openbare betekening geschiedt door aanplakking in het gerechtsgebouw of door publicatie in een elektronisch informatiesysteem dat in het gerechtsgebouw toegankelijk is voor het publiek. De publicatie kan ook worden geplaatst in een voor bekendmakingen bestemd elektronisch informatie- en communicatiesysteem van het gerecht. De publicatie moet vermelden:



1. de persoon voor wie betekend wordt,
2. de naam en het laatste bekende adres van de geadresseerde van de betekening,
3. de datum, het referentienummer van de akte en de aanduiding van het voorwerp van de procedure, en
4. de plaats waar het stuk kan worden ingezien.

De publicatie moet vermelden dat een stuk openbaar wordt betekend en dat termijnen kunnen ingaan bij het verstrijken waarvan rechten kunnen vervallen. Bij de betekening van een dagvaarding moet de publicatie vermelden dat het stuk een oproep om te verschijnen bevat waarvan het verzuim nadelige gevolgen voor de rechten van de betrokkene kan hebben.

3) In de stukken moet worden vermeld van wanneer tot wanneer de openbare bekendmaking heeft plaatsgevonden.

[...]

§ 188 Tijdstip van de openbare bekendmaking

Het stuk geldt als betekend wanneer sinds de openbare bekendmaking een maand is verstreken. Het aangezochte gerecht kan een langere termijn bepalen.”

23. § 331 van het Duitse wetboek voor burgerlijke rechtsvordering bepaalt onder het opschrift “Verstekvonnis tegen de verweerder”:

“1. Indien de verzoeker tegen de op de zitting niet verschenen verweerder een verstekvonnis vordert worden de door de verzoeker gestelde feiten als niet bestreden beschouwd. Deze regel geldt niet voor de argumenten betreffende de bevoegdheid van het Gerecht op grond van artikel 29, lid 2, of 38.

2. De vordering wordt toegewezen voor zover het verzoekschrift dat rechtvaardigt en zij wordt afgewezen voor zover dat niet het geval is.

3. Indien de verweerder in strijd met § 276, leden 1, eerste volzin, en 2, niet tijdig heeft aangegeven dat hij verweer wil voeren, beslist het gerecht op vordering van de verzoeker zonder mondelinge behandeling. Dit geldt niet wanneer het gerecht de verklaring van de verweerder nog ontvangt voordat de door de rechters ondertekende uitspraak naar de griffie is gestuurd. Het verzoek kan reeds in het inleidend verzoekschrift worden gedaan. Een beslissing zonder mondelinge behandeling is ook toelaatbaar voor zover het betoog van de verzoeker zijn aanspraak in een nevenvordering niet rechtvaardigt, mits de verzoeker van deze mogelijkheid in kennis is gesteld voordat het gerecht beslist.”



Hoofding en prejudiciële vragen

24. De Visser is houder van de domeinnaam en verantwoordelijke voor de website www.*****.de. Onder de link “Fotos und Videos” (foto’s en video’s) op deze website is een foto van G te zien. Bij het aanklikken van de link “für weitere Fotos hier klicken” (voor verdere foto’s hier klikken) worden verschillende foto’s van G op de website getoond waarop zij ten dele naakt is te zien.

25. De achtergrond hiervan is dat G ongeveer in 2003 interesse heeft getoond in de website en de diensten van de Visser en daarom contact met hem heeft opgenomen. In de daaropvolgende periode werden door een medewerkster van De Visser en een door deze laatste ingeschakelde fotograaf foto’s van G in Duitsland gemaakt met als gebruiksdoel “für eine Party” (voor een feest). Op geen enkel moment heeft verzoekster echter ingestemd met publicatie van deze foto’s. Over het plaatsen op internet van de foto’s is ook nooit met haar gesproken en zijn met haar dus ook geen concrete afspraken gemaakt.

26. Pas in de loop van het jaar 2009 werd verzoekster door collega’s met deze op internet gepubliceerde foto’s geconfronteerd.

27. Zowel in het colofon van de website als ook in de database van het Duitse domeinregistratieorgaan Denic wordt als “Admin-C” (administrative contact) de heer N***** met een adres te Dortmund (Duitsland) vermeld. In het telefoonboek voor Dortmund is onder deze naam evenwel niemand geregistreerd

28. Waar zich de server bevindt waarop de website is opgeslagen, is niet bekend.

29. In het colofon van de website www.*****.de wordt De Visser genoemd als houder van de domeinnaam, met een adres te Terneuzen (Nederland) en een postadres te Venlo (Nederland). Betekening aan deze adressen was echter niet mogelijk daar de zendingen telkens retour kwamen met de aantekening dat de geadresseerde niet bekend was op dit adres. Op een desbetreffende vraag deelde het consulaat van het Koninkrijk der Nederlanden te München mee dat De Visser in Nederland nergens in een bevolkingsregister was ingeschreven.

30. Na verlening van rechtsbijstand aan G, gelastte de verwijzende rechter bij beschikking van 8 februari 2010 openbare betekening van het gedinginleidend stuk en opening van een schriftelijke preparatoire procedure. Daaraan voorafgaand was in het kader van de rechtsbijstandsverlening tevergeefs geprobeerd om de conceptdagvaarding per reguliere post aan verschillende adressen van De Visser te zenden.

31. De openbare betekening overeenkomstig Duits burgerlijk procesrecht vond in casu plaats door aanplakking van een kennisgeving van deze betekening op het daarvoor bestemde bord van het Landgericht Regensburg in de periode van 11 februari 2010 tot en met 15 maart 2010. De termijnen die De Visser in deze betekening waren gesteld om zijn recht van verweer uit te oefenen, waren op de dag van uitspraak van de verwijzingsbeslissing zonder enige reactie van laatstgenoemde verstreken. Volgens de verwijzende rechter moet gelet op de omstandigheden ervan worden uitgegaan dat deze tot dusver geen kennis heeft genomen van de tegen hem ingeleide procedure.



32. De verwijzende rechter voegt nog toe dat indien het recht van de Unie in de weg staat aan openbare betekening van het gedinginleidend stuk naar nationaal recht, G slechts de mogelijkheid resteert andere adressen van De Visser aan te geven met het oog op die betekening, hetgeen waarschijnlijk onmogelijk zal zijn wegens gebrek aan kennis en mogelijkheden, die vast te stellen. Dit zou evenwel mogelijk onverenigbaar kunnen zijn met artikel 47, eerste alinea, van het Handvest, omdat G daarmee feitelijk zou worden beroofd van de haar gegarandeerde doeltreffende voorziening in rechte.

33. Daar het voor het overige twijfels koesterde over de toepasselijkheid en de uitlegging van verordening nr. 44/2001 en over de vaststelling van het op de vordering in het hoofdgeding toepasselijke materiële recht, heeft het Landgericht Regensburg de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

“1) Staan artikel 6, lid 1, eerste alinea, eerste zinsdeel, [VEU] juncto artikel 47, lid 2, eerste zin, van het Handvest [...] of andere Europese bepalingen in de weg aan een zogenoemde openbare betekening naar nationaal recht (conform §§ 185 tot en met 188 van het Duitse wetboek van burgerlijke rechtsvordering, door de kennisgeving van de betekening voor de duur van één maand te afficheren op het daarvoor bestemde bord bij de rechterlijke instantie die de betekening beveelt), indien de verweerder in een (beginnende) civiele procedure weliswaar op zijn website een adres binnen het grondgebied van de Europese Unie opgeeft, maar een betekening aan dat adres niet mogelijk is bij gebreke van een verblijfplaats van verweerder aldaar en ook overigens niet kan worden vastgesteld waar de verweerder op dit moment verblijft?

2) Voor het geval dat de [eerste] vraag [...] bevestigend wordt beantwoord:

Is de nationale rechter dan gehouden de nationale bepalingen die een openbare betekening toestaan, conform de bestaande rechtspraak van het Hof (laatstelijk arrest van 12 januari 2010, C-341/08, Petersen, [Jurispr. blz. I-47]) buiten toepassing te laten, ook indien het nationale recht de bevoegdheid daartoe slechts toekent aan het Duitse Bundesverfassungsgericht (constitutionele rechter)?

en:

Moet verzoekster, om haar rechten te kunnen uitoefenen, aan de rechterlijke instantie een nieuw adres van de verweerder meedelen voor een nieuwe betekening van het gedinginleidend stuk, aangezien naar nationaal recht de procedure zonder openbare betekening en zonder informatie over de verblijfplaats van de verweerder niet kan plaatsvinden?

3) Voor het geval dat de [eerste] vraag [...] ontkennend wordt beantwoord: Staat artikel 26, lid 2, van verordening [...] nr. 44/2001 [...] in casu in de weg aan het wijzen van een verstekvonnis overeenkomstig § 331 van het Duitse wetboek van burgerlijke rechtsvordering, dus aan de afgifte van een executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen in de zin van verordening [...] nr. 805/2004 [...], voor zover de veroordeling tot betaling van smartengeld ten bedrage van ten minste 20 000,00 EUR wordt gevorderd, vermeerderd met rente, en advocatenkosten ten bedrage van 1 419,19 EUR vermeerderd met rente?



Voor de onderstaande vragen geldt telkens de voorwaarde dat verzoekster het geding op grond van de antwoorden van het Hof op de [eerste tot en met derde vraag] kan voortzetten:

4) Is verordening nr. 44/2001, gezien artikel 4, lid 1, en artikel 5, punt 3, van deze verordening, ook van toepassing in situaties waarin de verweerder in een civiele procedure, tegen wie wegens het beheer van een website een vordering is ingesteld tot staking, informatieverstrekking en betaling van smartengeld, weliswaar (vermoedelijk) burger van de Unie is als bedoeld in artikel 9, tweede zin, EU-Verdrag, maar zijn verblijfplaats onbekend is en het om die reden ook denkbaar, maar geenszins zeker is, dat hij zich thans bevindt buiten het grondgebied van de Unie en tevens buiten het overige toepassingsgebied van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Lugano op 16 september 1988), en tevens de precieze standplaats van de server waarop de website is opgeslagen, onbekend is, maar het voor de hand ligt dat deze zich binnen het grondgebied van de Unie bevindt?

5) Indien verordening n° 44/2001 in deze situatie van toepassing is: Moet de uitdrukking 'plaats waar het schadebrengende feit zich [...] kan voordoen' in artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 in het geval van (dreigende) schendingen van persoonlijkheidsrechten door de inhoud van een website aldus worden uitgelegd, dat [verzoekster] tegen de beheerder van de website, ongeacht waar (binnen of buiten het grondgebied van de Unie) deze gevestigd is, ook een vordering tot staking, informatieverstrekking en schadevergoeding kan instellen bij de gerechten van elke lidstaat waar die website kan worden opgeroepen,

of

is voor de bevoegdheid van de gerechten van een lidstaat waarin de verweerder niet is gevestigd, of indien er geen aanwijzingen zijn voor een verblijf van verweerder op het grondgebied van deze lidstaat, naast de louter technische mogelijkheid om die website op te roepen ook vereist dat er tussen de gelaakte inhoud of de website en de forumstaat een bijzondere band bestaat?

6) Indien een dergelijke bijzondere band vereist is: Welke criteria zijn bepalend voor die band?

Is het beslissend dat de website door de beheerder ervan doelbewust (ook) is gericht tot de internetgebruikers in de forumstaat, of volstaat het dat de op de website te raadplegen informatie objectief een band heeft met die staat, in die zin dat een conflict tussen tegenstrijdige belangen – het belang van verzoekster bij de eerbiediging van haar persoonlijkheidsrecht en het belang van de beheerder bij de vormgeving van zijn website – in de omstandigheden van het concrete geval, met name op grond van de inhoud van de website, zich in de forumstaat daadwerkelijk kan hebben voorgedaan of zich kan voordoen respectievelijk zich heeft voorgedaan doordat één of meer bekenden van degene wiens persoonlijkheidsrecht wordt geschonden, kennis hebben genomen van de inhoud van de website?

7) Is het voor de vaststelling van de bijzondere band van belang hoe vaak de website in de forumstaat is opgeroepen?



8) Voor het geval dat de verwijzende rechter na bovenstaande vragen bevoegd is om van deze vordering kennis te nemen: Zijn de rechtsbeginselen van het arrest van het Hof van 7 maart 1995 (Shevil e.a., zaak C-68/93, Jurispr. blz. I-415) tevens van toepassing op de boven geschetste situatie?

9) Indien voor de bevoegdheid geen bijzondere band vereist is, of indien daarvoor volstaat dat de gelaakte informatie objectief een band heeft met de forumstaat, in die zin dat een conflict tussen de tegenstrijdige belangen in de omstandigheden van het concrete geval, met name op grond van de inhoud van de website, zich in de forumstaat daadwerkelijk kan hebben voorgedaan of zich kan voordoen respectievelijk zich heeft voorgedaan doordat één of meer bekenden van degene wiens persoonlijkheidsrecht wordt geschonden, kennis hebben genomen van de inhoud van de website, en voor een dergelijke band niet vereist is dat de betrokken website in de forumstaat een minimumaantal keren is opgeroepen, of indien verordening nr. 44/2001 niet van toepassing is op de onderhavige casus:

Moet artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 2000/31/EG [...] aldus worden uitgelegd, dat aan die bepalingen een conflictenrechtelijke betekenis moet worden toegekend, in die zin dat zij ook in het burgerlijk recht de verplichting meebrengen om uitsluitend het recht van het land van herkomst toe te passen, waarbij de nationale collisieregels opzij worden geschoven,

of

vormen die bepalingen een correctief op materieelrechtelijk vlak, waardoor het materieelrechtelijke resultaat van het overeenkomstig de nationale collisieregels toepasselijke recht inhoudelijk gewijzigd wordt en wordt gereduceerd tot de vereisten van het land van herkomst?

10) Indien artikel 3, leden 1 en 2, van de [richtlijn 2000/31] een conflictenrechtelijk karakter heeft:

Verplichten die bepalingen enkel tot de uitsluitende toepassing van het materiële recht van het land van herkomst of ook tot de toepassing van de aldaar geldende collisieregels, zodat terugverwijzing door het recht van het land van herkomst naar het recht van het land van bestemming mogelijk blijft?

11) Indien artikel 3, leden 1 en 2, van [richtlijn 2000/31] een conflictenrechtelijk karakter heeft:

Is voor de bepaling van de vestigingsplaats van de aanbieder van de dienst van belang de (vermoedelijke) actuele verblijfplaats, de verblijfplaats bij het begin van de publicatie van de foto's van verzoekster of de (vermoedelijke) standplaats van de server waarop de website is opgeslagen?"

34. Bij brief van 28 oktober 2011 heeft de griffie van het Hof de verwijzende rechter een exemplaar van het arrest van 25 oktober 2011, eDate Advertising e.a. (C-509/09 en C-161/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie), doen toekomen met het verzoek te kennen te geven of hij, gelet op dat arrest, zijn vijfde tot en met elfde vraag wenste te handhaven.

35. Bij beslissingen van 10 en 16 november 2011, ingekomen bij het Hof op respectievelijk 10 en 16 november 2011, heeft de verwijzende rechter te kennen te geven dat



hij de vijfde tot en met tiende vraag introk, maar de elfde vraag handhaafde met de volgende nieuwe formulering:

“Moet artikel 3, leden 1 en 2, van [richtlijn 2000/31] gelet op het [reeds aangehaalde] arrest [...] eDate Advertising [...] aldus worden uitgelegd dat wanneer de vestigingsplaats van de aanbieder van de dienst onbekend is en zich mogelijk buiten het grondgebied van de [...] Unie bevindt, het toepasselijke recht in het gecoördineerde gebied uitsluitend wordt bepaald door het recht van de lidstaat waar de gelaedeerde zijn woonplaats of zijn vaste verblijfplaats heeft,

of

dient in het door [richtlijn 2000/31] gecoördineerde gebied ervoor te worden gezorgd dat de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij niet aan strengere voorwaarden is onderworpen dan voorzien in het vigerende materiële recht van de lidstaat waarvan de aanbieder vermoedelijk de nationaliteit bezit, of

dient in dit geval in het door [richtlijn 2000/31] gecoördineerde gebied ervoor te worden gezorgd dat de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij niet aan strengere voorwaarden is onderworpen dan voorzien in het vigerende materiële recht van alle lidstaten?”

36. Bijgevolg hoeft het Hof zich enkel uit te spreken over de aanvankelijk gestelde eerste vier vragen en de opnieuw geformuleerde laatste vraag.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

De vierde vraag

37. Met zijn vierde vraag, die als eerste moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen of in omstandigheden als die in het hoofdgeding artikel 4, lid 1, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan de toepassing van artikel 5, punt 3, van deze verordening op een vordering wegens het beheer van een website tegen een verweerder die vermoedelijk burger van de Unie is, maar die op een onbekende plaats verblijft.

38. In de verwijzingsbeslissing preciseert de verwijzende rechter immers dat hoewel er veel aanwijzingen zijn dat de verweerder zich op het grondgebied van de Unie bevindt, dat niet absoluut zeker is. Hij staat dus meer in het bijzonder stil bij de uitlegging van het criterium “geen woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat”, dat in zijn opvatting ingevolge artikel 4, lid 1, van verordening nr. 44/2001 toepassing van de nationale bevoegdheidsregels in plaats van de uniforme regels van die verordening gebiedt.

39. Dienaangaande zij in de eerste plaats in herinnering gebracht dat in omstandigheden waarin de woonplaats van een verweerder die onderdaan van een andere lidstaat is onbekend is, toepassing van de uniforme bevoegdheidsregels van verordening nr. 44/2001 in plaats van de in de verschillende lidstaten geldende bevoegdheidsregels strookt met het gebod van rechtszekerheid en met het doel van voormelde verordening, namelijk de versterking van de rechtsbescherming van personen die in de Unie wonen, door het voor de eiser gemakkelijker



te maken te bepalen welke rechter hij kan aanzoeken, en voor de eiser, redelijkerwijs te voorzien voor welk gerecht hij kan worden opgeroepen (zie met name arrest van 25 oktober 2011, eDate Advertising e.a., C-509/09 en C-161/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 44).

40. In de tweede plaats moeten de termen “geen woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat” in artikel 4, lid 1, van verordening nr. 44/2001 aldus worden begrepen dat toepassing van de nationale in plaats van de uniforme bevoegdheidsregels slechts mogelijk is indien het aangezochte gerecht over afdoende aanwijzingen beschikt die de conclusie wettigen dat de verweerder, burger van de Unie zonder woonplaats in de lidstaat van voormeld gerecht, daadwerkelijk buiten het grondgebied van de Unie woont (zie in die zin arrest *Hypoteční banka*, reeds aangehaald, punt 42).

41. Bij gebreke van dergelijke afdoende aanwijzingen staat de grensoverschrijdende bevoegdheid van een gerecht van een lidstaat ingevolge verordening nr. 44/2001 vast wanneer de voorwaarden voor toepassing van een van de bevoegdheidsregels van die verordening – daaronder mede die van artikel 5, punt 3, betreffende verbintenissen uit onrechtmatige daad – vervuld zijn.

42. Gelet op het voorgaande moet op de vierde vraag worden geantwoord dat in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding artikel 4, lid 1, van verordening nr. 44/2001 aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan toepassing van artikel 5, punt 3, van dezelfde verordening op een vordering wegens het beheer van een website tegen een verweerder die vermoedelijk burger van de Unie is, maar die op een onbekende plaats verblijft, indien het aangezochte gerecht niet over afdoende aanwijzingen beschikt die de conclusie wettigen dat die verweerder daadwerkelijk buiten het grondgebied van de Unie woont.

De eerste vraag en het eerste onderdeel van de derde vraag

43. Met zijn eerste vraag en het eerste onderdeel van zijn derde vraag – die samen moeten worden onderzocht – wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen of het recht van de Unie aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een verstekvonnis wordt gewezen tegen een verweerder aan wie – omdat zijn verblijfplaats niet kan worden bepaald – het gedinginleidend stuk openbaar is betekend naar nationaal recht.

44. Dienaangaande moet meteen worden opgemerkt dat verordening nr. 44/2001, zoals het geval was bij het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972, L 299, blz. 32), zoals gewijzigd bij de achtereenvolgende verdragen betreffende de toetreding van de nieuwe lidstaten tot dat verdrag, niet tot doel heeft alle procedureregels van de lidstaten te uniformiseren, maar ertoe strekt, de rechterlijke bevoegdheden voor de beslechting van geschillen in burgerlijke en handelszaken in de relaties tussen deze staten te regelen en de uitvoering van rechterlijke beslissingen te vergemakkelijken (arrest *Hypoteční banka*, reeds aangehaald, punt 37).

45. Bij gebreke van stelselmatige regelgeving voor de interne procedures door het recht van de Unie dienen derhalve de lidstaten in het kader van hun procesautonomie de procedureregels vast te stellen voor de bij hun gerechten ingediende vorderingen, maar die



regels mogen geen afbreuk doen aan het recht van de Unie, waaronder inzonderheid de bepalingen van verordening nr. 44/2001.

46. Hieruit volgt dat binnen het toepassingsgebied van die verordening een nationaal gerecht slechts krachtens een bepaling van nationaal recht een procedure kan inleiden tegen een persoon van wie de woonplaats onbekend is, indien de in diezelfde verordening neergelegde bevoegdheidsregels zich daartegen niet verzetten.

47. Aangaande de tijdens de procedure in acht te nemen vereisten moet eraan worden herinnerd dat de gezamenlijke bepalingen van verordening nr. 44/2001 zijn ingegeven door de bedoeling erover te zorgen dat, in het kader van de doelstellingen van deze laatste, de procedures die tot het geven van gerechtelijke uitspraken leiden verlopen met inachtneming van de rechten van de verdediging (zie arresten van 21 mei 1980, *Denilauler*, 125/79, *Jurispr.* blz. 1553, punt 13, en 2 april 2009, *Gambazzi*, C-394/07, *Jurispr.* blz. I-2563, punt 23).

48. Aan het vereiste van eerbiediging van de rechten van de verdediging, zoals dat ook is neergelegd in artikel 47 van het Handvest, moet echter worden voldaan onder eerbiediging van het recht van de eiser, de zaak voor een gerecht te brengen voor een uitspraak over de gegrondheid van zijn aanspraken.

49. In dit verband heeft het Hof in punt 29 van het reeds aangehaalde arrest *Gambazzi* geoordeeld dat de grondrechten, zoals de eerbiediging van de rechten van de verdediging, niet absoluut zijn, maar kunnen worden onderworpen aan beperkingen. Deze beperkingen moeten evenwel daadwerkelijk beantwoorden aan doelstellingen van algemeen belang die door de betrokken maatregel worden nagestreefd en mogen uit het oogpunt van het nagestreefde doel geen buitensporige inbreuk op bedoelde rechten vormen.

50. Dienaangaande zij in herinnering gebracht dat volgens de rechtspraak van het Hof het streven om situaties te vermijden waarbij een eiser de toegang tot de rechter wordt ontzegd omdat de verblijfplaats van de verweerder onbekend is, een dergelijke doelstelling van algemeen belang uitmaakt (arrest *Hypoteční banka*, reeds aangehaald, punt 51).

51. Het dwingende vereiste dat een onevenredige beperking van de rechten van de verdediging moet worden vermeden vindt uitdrukking in de regel die is neergelegd in artikel 26, lid 2, van verordening nr. 44/2001, volgens welke een gerecht verplicht is zijn uitspraak aan te houden zolang niet vaststaat dat de verweerder in de gelegenheid is gesteld het stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk, zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was, te ontvangen, of dat daartoe al het nodige is gedaan.

52. Wat enerzijds de toepasselijkheid van die bepaling betreft moet al aanstonds worden opgemerkt dat deze in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding niet terzijde wordt gezet door de in artikel 26, leden 3 en 4, van verordening nr. 44/2001 bedoelde regels, te weten artikel 19 van verordening nr. 1393/2007, of artikel 15 van het Haagse verdrag van 1965.

53. Het is juist dat de regelmatigheid van de betekening van het gedinginleidend stuk aan een verweerder tegen wie verstek is verleend, moet worden beoordeeld aan de hand van de bepalingen van voormeld verdrag (arrest van 13 oktober 2005, *Scania Finance France*, C-522/03, *Jurispr.* blz. I-8639, punt 30) en a fortiori de hand van de bepalingen van verordening nr. 1393/2007. Deze regel geldt echter slechts voor zover die bepalingen toepasselijk zijn. Zowel artikel 1, lid 2, van verordening nr. 1393/2007 als artikel 1, tweede



alinea, van het Haagse verdrag van 1965 bepalen dat deze instrumenten “niet van toepassing [zijn] indien het adres van degene voor wie het stuk is bestemd, onbekend is”.

54. Geconstateerd moet dus worden dat in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding noch artikel 19 van verordening nr. 1393/2007 noch artikel 15 van het Haagse verdrag van 1965 toepassing kan vinden, nu het adres van de verweerder onbekend is.

55. Aangaande anderzijds de uitlegging van artikel 26, lid 2, van verordening nr. 44/2001, deze bepaling moet, zoals het Hof recentelijk heeft geoordeeld, aldus worden begrepen dat wanneer niet vaststaat dat de verweerder in de gelegenheid is gesteld het gedinginleidend stuk te ontvangen, een krachtens die verordening bevoegd gerecht de procedure slechts geldig kan voortzetten indien alle mogelijke maatregelen zijn getroffen om de verweerder de mogelijkheid te geven zich te verdedigen. Daartoe moet het gerecht waarbij de zaak aanhangig is zich ervan vergewissen dat alle stappen die nodig zijn om de verweerder te vinden, met spoed en te goeder trouw zijn ondernomen (zie arrest *Hypoteční banka*, reeds aangehaald, punt 52).

56. Zelfs indien aan deze voorwaarden is voldaan, beperkt uiteraard de mogelijkheid om de procedure zonder medeweten van de verweerder voort te zetten door “openbare betekening”, zoals in het hoofdgeding, de rechten van de verdediging van de verweerder. Die beperking is echter gelet op het recht van een eiser op doeltreffende bescherming gerechtvaardigd, aangezien zonder een dergelijke betekening dit recht een dode letter zou blijven (zie arrest *Hypoteční banka*, reeds aangehaald, punt 53).

57. Anders dan de verweerder, die, wanneer hij zich niet doeltreffend heeft kunnen verweren, zijn rechten van de verdediging geldend zal kunnen maken door zich overeenkomstig artikel 34, lid 2, van verordening nr. 44/2001 te verzetten tegen de erkenning van de tegen hem uitgesproken rechterlijke beslissing, loopt de eiser namelijk het gevaar verstoken te blijven van elke mogelijkheid van beroep in rechte (zie arrest *Hypoteční banka*, reeds aangehaald, punt 54).

58. Voor het overige volgt uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens dat het recht op toegang tot een gerecht, gewaarborgd door artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, dat overeenstemt met artikel 47, tweede alinea, van het Handvest, niet in de weg staat aan “dagvaarding door aanplakking”, mits de rechten van de belanghebbenden naar behoren worden beschermd (zie EHRM, arrest *Nunes Dias v Portugal* van 10 april 2003, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-IV).

59. Op de eerste vraag en het eerste onderdeel van de derde vraag moet dan ook worden geantwoord dat het recht van de Unie aldus moet worden uitgelegd dat het er niet aan in de weg staat dat een verstekvonnis wordt gewezen tegen een verweerder aan wie – omdat zijn verblijfplaats niet kan worden bepaald – het gedinginleidend stuk openbaar is betekend naar nationaal recht, mits het aangezochte gerecht zich tevoren ervan heeft vergewist dat alle stappen die nodig zijn om de verweerder te vinden, met spoed en te goeder trouw zijn ondernomen.



De tweede vraag

60. Gelet op het antwoord dat in het voorgaande punt op de eerste vraag is gegeven hoeft de tweede vraag geen beantwoording.

Het tweede onderdeel van de derde vraag

61. Met het tweede onderdeel van zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen of het recht van de Unie aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een verstekvonnis dat is uitgesproken tegen een verweerder van wie het adres onbekend is, wordt gewaarmerkt als Europese executoriale titel in de zin van verordening nr. 805/2004.

62. Het is juist dat een verstekvonnis behoort tot de executoriale titels in de zin van artikel 3 van voormelde verordening die kunnen worden gewaarmerkt als Europese executoriale titel. Zoals in punt 6 van de considerans van verordening nr. 805/2004 wordt verklaard, kan van ontbreken van betwisting door de schuldenaar overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub b, sprake zijn wanneer hij verstek laten gaan bij een terechtzitting of geen gevolg geeft aan een verzoek van het gerecht, schriftelijk kenbaar te maken of hij zich in de zaak zal verweren.

63. Artikel 14, lid 2, van dezelfde verordening bepaalt echter dat “[v]oor de toepassing van deze verordening [...] betekening of kennisgeving overeenkomstig lid 1 niet [is] toegestaan indien het adres van de schuldenaar niet met zekerheid bekend is”.

64. Uit de bewoordingen zelf van verordening nr. 805/2004 blijkt dus dat een verstekvonnis dat is gewezen in een geval waarin de woonplaats van de verweerder niet kan worden bepaald, niet als Europese executoriale titel kan worden gewaarmerkt. Tot dezelfde conclusie leidt een analyse van de doelstellingen en de opbouw van die verordening. Die verordening voert immers een van het gewone stelsel van erkenning van rechterlijke beslissingen afwijkend mechanisme in, waarvan de voorwaarden per definitie eng moeten worden uitgelegd.

65. Zo wordt in punt 10 van de considerans beklemtoond dat wanneer een gerecht in een lidstaat een beslissing inzake een niet-betwiste schuldvordering heeft gegeven in een gerechtelijke procedure waarin de schuldenaar zich afzijdig heeft gehouden, de afschaffing van elke vorm van controle in de lidstaat van tenuitvoerlegging onlosmakelijk verbonden is met en afhankelijk van het bestaan van voldoende waarborgen voor de inachtneming van de rechten van de verdediging.

66. Zoals blijkt uit punt 57 van het onderhavige arrest kan de verweerder, doordat deze zich overeenkomstig artikel 34, lid 2, van verordening nr. 44/2001 kan verzetten tegen de erkenning van de tegen hem uitgesproken rechterlijke beslissing, zijn rechten van de verdediging afdwingen. Deze waarborg zou echter ontbreken indien in omstandigheden zoals die in het hoofdgeding een verstekvonnis tegen een verweerder die geen kennis heeft genomen van de procedure als Europese executoriale titel werd gewaarmerkt.



67. Geoordeeld moet dus worden dat een verstekvonnis tegen een verweerder van wie het adres onbekend is niet als Europese executorialie titel in de zin van verordening nr. 805/2004 dient te worden gewaarmerkt.

68. Bijgevolg moet op het tweede onderdeel van de derde vraag worden geantwoord dat het recht van de Unie aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een verstekvonnis dat is uitgesproken tegen een verweerder van wie het adres onbekend is, wordt gewaarmerkt als Europese executorialie titel in de zin van verordening nr. 805/2004.

De elfde vraag

69. Met zijn elfde vraag wenst de verwijzende rechter in hoofdzaak te vernemen of artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 2000/31 aldus moet worden uitgelegd dat het toepassing vindt in een situatie waarin de plaats van vestiging van de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij onbekend is.

70. Dienaangaande moet worden vastgesteld dat uit het reeds aangehaalde arrest eDate Advertising e.a. duidelijk blijkt dat de vestiging van de betrokken aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij in een lidstaat zowel de bestaansreden als de voorwaarde voor toepassing van het in artikel 3 van richtlijn 2000/31 neergelegde mechanisme is. Dat mechanisme beoogt immers het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij tussen de lidstaten te verzekeren door die diensten aan het rechtsstelsel van de lidstaat van vestiging van de aanbieders ervan te onderwerpen (arrest eDate Advertising e.a., reeds aangehaald, punt 66).

71. Nu voor de mogelijkheid artikel 3, leden 1 en 2, van genoemde richtlijn toe te passen dan ook vereist is dat de lidstaat op het grondgebied waarvan de aanbieder van de dienst van de informatiemaatschappij daadwerkelijk gevestigd is, bekend is (arrest eDate Advertising e.a., reeds aangehaald, punt 68), dient de verwijzende rechter na te gaan of verweerder in het hoofdgeding daadwerkelijk op het grondgebied van een lidstaat gevestigd is. Indien dat niet zo is, is het mechanisme van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2000/31 niet van toepassing.

72. In die omstandigheden moet op de elfde vraag worden geantwoord dat artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 2000/31 geen toepassing vindt in een situatie waarin de plaats van vestiging van de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij onbekend is, daar voor toepassing van die bepaling vereist is dat de lidstaat op het grondgebied waarvan de aanbieder van de dienst van de informatiemaatschappij daadwerkelijk gevestigd is, bekend is.

Kosten

73. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.



Het Hof (Eerste kamer) verklaart voor recht:

1) In omstandigheden zoals die in het hoofdgeding moet artikel 4, lid 1, van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, aldus worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan toepassing van artikel 5, punt 3, van dezelfde verordening op een vordering wegens het beheer van een website tegen een verweerder die vermoedelijk burger van de Unie is, maar die op een onbekende plaats verblijft, indien het aangezochte gerecht niet over afdoende aanwijzingen beschikt die de conclusie wettigen dat die verweerder daadwerkelijk buiten het grondgebied van de Unie woont.

2) Het recht van de Unie moet aldus worden uitgelegd dat het er niet aan in de weg staat dat een verstekvonnis wordt gewezen tegen een verweerder aan wie – omdat zijn verblijfplaats niet kan worden bepaald – het gedinginleidend stuk openbaar is betekend naar nationaal recht, mits het aangezochte gerecht zich tevoren ervan heeft vergewist dat alle stappen die nodig zijn om de verweerder te vinden, met spoed en te goeder trouw zijn ondernomen.

3) Het recht van de Unie moet aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een verstekvonnis dat is uitgesproken tegen een verweerder van wie het adres onbekend is, wordt gewaarmerkt als Europese executoriale titel in de zin van verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen.

4) Artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“richtlijn inzake de elektronische handel”) vindt geen toepassing in een situatie waarin de plaats van vestiging van de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij onbekend is, daar voor toepassing van die bepaling vereist is dat de lidstaat op het grondgebied waarvan de aanbieder van de dienst van de informatiemaatschappij daadwerkelijk gevestigd is, bekend is.

ondertekeningen



Rechtbank eerste aanleg Antwerpen, vonnis van 22 april 2010

Adoptie – Toepasselijk recht – Volle adoptie na grensoverschrijdend draagmoederschap – Adoptie door genetische wensmoeder – Artikel 62, §1 WIPR – Toepassing Belgisch recht – Aanwezigheid van wettige redenen

Adoption – Droit applicable – Adoption plénière après maternité de substitution – Adoption par la mère demandeuse génétique – Article 62, §1 CDIP – Application du droit belge – Présence de justes motifs

[zie Rb. Antwerpen 19 december 2008, Tijdschrift@ipr.be 2010, afl. 4, 140](#), Noot J. Verhellen.

Vonnis gewezen en uitgesproken te Antwerpen op 22 april 2010 in openbare zitting van de zevende kamer van de Jeugdrechtbank (JR 7 kamer) van de Rechtbank van Eerste Aanleg van het gerechtelijk arrondissement Antwerpen, door:

Dhr. C. Denoyelle, Jeugdrechter, enig rechter,
Dhr. P. Wagemans, Griffier.

Inzake UITSPRAAK VOLLE ADOPTIE [...]

door:

Mevrouw X, ingenieur, geboren te [...], op [...] 1969, van Belgische nationaliteit, wonende te [...]

verzoekende partij
hierna "de kandidaat-adoptante" genoemd

verschijnend in persoon,
bijgestaan door Mr. F. Aps, advocaat bij de balie van Leuven, met kantoor te 3001 Leuven,

van:

1. Y;

2. Z;

beiden geboren te [...] (Oekraïne) op [...] 2008, van Belgische nationaliteit, wonende te [...]

wettelijke vertegenwoordiger:

De heer W., geboren te [...], op [...] 1959, van Belgische nationaliteit, wonende te [...]



1. Rechtspleging en vordering

De zaak werd aanhangig gemaakt bij deze jeugdrechtbank door een verzoekschrift dat de kandidaat-adoptante op de griffie heeft neergelegd op 9 juli 2009. Hierin wordt verzocht de adoptie uit te spreken van de tweeling Y en Z, beiden geboren op [...] 2008 te [...] (Oekraïne).

De kandidaat-adoptante en de vader van de kinderen werden gehoord tijdens de zitting van 24 maart 2010. Zij waren persoonlijk aanwezig en kandidaat-adoptante werd bijgestaan door een advocaat.

Substituut-procureur des Konings L. Spaas heeft mondeling advies uitgebracht en bevestigde het positieve schriftelijk advies van 25 februari 2010 van eerste substituut-procureur des Konings K. Dekoninck.

De voorschriften van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken werden nageleefd.

2. Situering en feiten

2.1. De kandidaat-adoptante lijdt aan het syndroom van Mayer-Rokitansky - Küster, heeft geen baarmoeder, en kan dus onmogelijk een kind baren. In eerste instantie vroeg zij (en haar echtgenoot) familieleden en verwanten of zij draagmoeder wilden zijn. Enkele pogingen bij een nichtje mislukten.

Na informatie te hebben opgezocht op het internet, stelde het koppel vast dat in sommige landen draagmoederschap wettelijk geregeld is, in tegenstelling tot België.

2.2. De kandidaat-adoptante en haar echtgenoot namen contact op met een advocatenkantoor in Oekraïne, die zorgde voor de begeleiding en opstart van een draagmoederschapsprocedure aldaar.

Tijdens de zitting verklaart de kandidaat-adoptante dat er –achteraf beschouwd- ongeveer 30.000 EUR is betaald aan het advocatenkantoor. Dit kantoor zorgde naar verluidt niet alleen voor juridisch advies, maar ook voor alle praktische zorgen, verblijfskwesties, vertalingen/tolken, contacten met de professionele privé-fertiliteitskliniek, enzovoort. In dit totaalpakket zouden ook de kosten vervat zijn voor de verschillende I.V.F.-pogingen, echografie, medicatie, opvolging van de draagmoeder door artsen, verblijfskosten van de draagmoeder, en dergelijke meer.

De fertiliteitsbehandelingen en het draagmoederschap werd begeleid door de Nadiya-kliniek in [...] (Oekraïne).

2.3. Door de draagmoeder, een zekere A., werd op 18 november 2007 een verklaring ondertekend dat zij instemde met het dragen en baren van het kind dat genetisch verwant is met de kandidaat-adoptante en haar echtgenoot. De draagmoeder bevestigde (samengevat) dat zij geen intentie had om aanspraak te maken op ouderschapsrechten/plichten met betrekking tot de kinderen uit het draagmoederschap. Integendeel, het was uitdrukkelijk de bedoeling van de draagmoeder dat de wensouders exclusief alle rechten en plichten als ouders zouden



hebben. De draagmoeder bevestigde uitdrukkelijk dat het in het belang van het kind was dat de wensouders alleen het hoederecht zouden hebben. Zij schreef dat zij ten volle zou meewerken opdat de wensouders een band zouden kunnen hebben met het kind en het onder hun hoede zouden kunnen nemen vanaf de geboorte.

2.4. Na het hoogtechnologisch draagmoederschap waarbij embryo's (ontstaan door in vitro fertilisatie van een eicel van de wensmoeder met het semen van de wensvader) werden ingebracht in de baarmoeder van de Oekraïense draagmoeder, beviel de draagmoeder in [...] op [...] 2008 van een tweeling.

Conform de Oekraïense wetgeving werden de geboorteaktes op [...] 2008 op naam gesteld van de kandidaat-adoptante en haar echtgenoot. Volgens een Oekraïens DNA-onderzoek van 21 augustus 2008 zouden zij wel degelijk de genetische ouders zijn.

2.5. Op advies van de directie personenrecht van de federale overheidsdienst Buitenlandse Zaken weigerde de Belgische ambassade in Kiev echter deze geboorteaktes te erkennen, zodat de kinderen en de kandidaat-adoptante enkele maanden lang in Oekraïne dienden te verblijven.

2.6. Op 29 oktober 2008 werd de vaderlijke afstamming door erkenning vastgesteld door de heer Geert Versnick, optredend als ambtenaar van de burgerlijke stand in Gent. In de erkenningsaktes wordt vermeld dat de kinderen afstammen van een "onbekende moeder".

2.7. Bij vonnis van 19 december 2008 van de burgerlijke rechtbank van Antwerpen werd voor recht gezegd dat de aktes die naar aanleiding van de geboorte van beide kinderen op [...] 2008 werden opgesteld in Oekraïne in België niet als geboorteaktes zouden gelden, maar wel als aktes waaruit de vaderlijke erkenning blijkt. Het Openbaar Ministerie berustte in dit vonnis.

2.8. Door de vaderlijke erkenning en door het vonnis van 19 december 2008 konden de kinderen naar België komen. Op 7 januari 2009 werden de kinderen op vaders adres in België ingeschreven.

2.9. Thans wenst de kandidaat-adoptante, de genetische moeder van beide kinderen, "haar" tweeling te adopteren om zo ook de moederlijke afstamming vast te stellen.

Het openbaar ministerie is van mening dat "het belang van de kinderen primeert op het feit dat de kinderen geboren werden via tussenkomst van een draagmoeder in Oekraïne" en dat de volle adoptie mag uitgesproken worden.

3. Beoordeling

Interlandelijke of binnenlandse adoptie?

3.1. Overeenkomstig artikel 360-2, 1° B.W. zijn de bepalingen betreffende de interlandelijke adoptie van toepassing wanneer het kind vanuit de Staat van herkomst naar België werd overgebracht, hetzij ná zijn adoptie in het herkomstland door een persoon/ personen met gewone verblijfplaats in België, hetzij "met het oog op" een dergelijke adoptie in België of in deze Staat.



3.2. De kandidaat-adoptante houdt voor dat zij en haar echtgenoot bij aanvang van de draagmoederschapsprocedure in Oekraïne niet wisten dat er zich juridische problemen konden stellen na de geboorte, in die zin dat niemand hen had ingelicht over de mogelijkheid dat de Belgische overheid de in Oekraïne opgestelde geboorteaktes niet zou erkennen. In het verzoekschrift tot erkenning van de geboortecertificaten schrijft de huidige kandidaat-adoptante dat zij er te goeder trouw van uitging “dat het voorleggen van de geboorteakten van de kinderen met de namen van de wensouders er op vermeld, voldoende was om de kinderen als hun afstammelingen te erkennen, zodat een adoptieprocedure niet nodig zou zijn”. Zij verwijst bovendien naar een motiveringsonderdeel van het vonnis van de burgerlijke rechtbank van Antwerpen dat bevestigde dat zij te goeder trouw waren.

3.3. Zelfs indien er sprake is van goede trouw in hoofde van de kandidaat-adoptante, dan nog is het niet onmogelijk dat de intentie tot adoptie door de kandidaat-adoptante is ontstaan korte tijd nadat de Antwerpse burgerlijke rechtbank uitsluitend de vaderlijke afstamming heeft erkend, en vóór de tweeling in België aankwam.

De rechtbank heeft echter geen aanwijzingen dat de kandidaat-adoptante de strenge adoptiewetgeving wilde omzeilen, laat staan dat bewezen is dat zij reeds de intentie had om de tweeling te adopteren vóór zij naar België werden overgebracht. Het openbaar ministerie verschaft hieromtrent geen gegevens.

Bijgevolg wordt de binnenlandse adoptieprocedure toegepast.

Ontvankelijkheid

3.4. De kandidaat-adoptante voldoet aan de leeftijdsvereisten, zoals die gesteld zijn in artikel 345 van het Burgerlijk Wetboek. De voorbereidende cursus werd gevolgd.

Het verzoek tot adoptie is ontvankelijk.

Geschiktheid en toestemmingen

3.5. Gelet op art. 62,§1 van het Wetboek Internationaal Privaatrecht, het vonnis van 19 december 2008 van de burgerlijke rechtbank van Antwerpen, en de erkenningsaktes die in Gent werden opgesteld, staat naar Belgisch recht de moederlijke afstamming niet vast en is dus enkel de toestemming van de wettelijke vader vereist.

De echtgenoot van de kandidaat-adoptante is ook de wettelijke vader van de kinderen. Hij heeft ter zitting zijn toestemming gegeven.

3.6. Overeenkomstig art. 346-2, laatste lid B.W. is in deze zaak een maatschappelijk onderzoek om de geschiktheid te beoordelen, niet verplicht.



Grond van de zaak

3.7 Adoptie is een instelling waarbij tussen twee personen op basis van een rechterlijke uitspraak een juridische band wordt gecreëerd die grosso modo dezelfde rechtsgevolgen meebrengt als een gewone afstammingsband.

De rechtbank moet nagaan of de voorgenomen adoptie op wettige redenen steunt, of de adoptie in het hoger belang van het kind is en in overeenstemming is met de fundamentele rechten die het kind op grond van het internationaal recht toekomen. (art 344-1 B.W.)

3.8. In België is niets uitdrukkelijks geregeld over draagmoederschap, laat staan over grensoverschrijdend draagmoederschap. Er is geen expliciet verbod. Evenmin is er wettelijke duidelijkheid over het geoorloofd karakter van een adoptie na draagmoederschap. Wel zijn er een aantal al dan niet recente of hernomen wetsvoorstellen in meer of mindere mate pro of contra “zwangerschap-voor-een-ander” (o.a. wetsvoorstel 52/969 Vautmans van 11 maart 2008 tot regeling van het draagmoederschap; wetsvoorstel 52/170 Nyssens van 4 oktober 2007 tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat; wetsvoorstel 52/822 De Schampheleere van 14 februari 2008 tot wijziging van het Strafwetboek voor wat betreft het draagmoederschap; wetsvoorstel 4-122 Monfils van 26 juli 2007 houdende verbod op de kinderhandel; wetsvoorstel nr. 4-193 Vankrunkelsven van 24 september 2007 tot regeling van het draagmoederschap; wetsvoorstel nr. 4-308 Defraigne van 18 oktober 2007 betreffende de draagmoederschap; wetsvoorstel nr. 4-551 Beke van 12 februari 2008 tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap; wetsvoorstel 4-555 Beke, Schoupe, Vandenberghe, de Bethune en Lanjri van 12 februari 2008 tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap en de publiciteit hiervoor; wetsvoorstel 4-633 mahoux van 13 maart 2008 betreffende het draagmoederschap; wetsvoorstel 4-1428 de bethune, Lanjri en beke van 17 september 2009 tot aanvulling van het Strafwetboek met het oog op de strafbaarstelling van de verkoop van kinderen). De rechtbank heeft bovendien kennis genomen van de Aanbeveling van 14 maart 2009 van het Beneluxparlement over commercieel draagmoederschap en de bestraffing ervan, en het zeer lezenswaardig advies nr. 30 van 5 juli 2004 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek.

Vast staat dat er uitermate verschillende wettelijke keuzes zijn gemaakt in het buitenland en de rechtspraak in het binnen- en buitenland is dan ook zeer uiteenlopend. Waar in België en West-Europa de tendens bestaat om zeker "commercieel" draagmoederschap tegen te gaan, hebben andere Staten daar schijnbaar geen bezwaar tegen.

De rechtbank is van oordeel dat het haar niet toekomt om dergelijke fundamentele beleidskeuzes te maken in de plaats van de wetgever.

3.9. Abstractie gemaakt van het draagmoederschap zou het voor de tweeling in kwestie zeker gewettigd en in hun hoger belang zijn dat de reeds bestaande band tussen de kinderen en de kandidaat-adoptante ook juridisch wordt bevestigd.

Het lijkt geen twijfel dat in deze concrete zaak de adoptie beantwoordt aan een realiteit dat de kinderen de kandidaat-adoptante reeds als moeder beschouwen. Het moederschap van de kandidaat-adoptante is dus niet alleen genetisch, maar ook sociaal-psychologisch, zowel



vanuit het oogpunt van de kinderen als van de kandidaat-adoptante die ze reeds opvoedt samen met haar echtgenoot, de wettelijke vader van de kinderen. De adoptie zou een harmonische ontwikkeling van deze kinderen kunnen bevorderen.

3.10. Oordelen dat de voorgenomen adoptie strijdig is met de openbare orde of niet steunt op wettige redenen precies door het hoogtechnologisch draagmoederschap, zou een sanctie uitmaken van deze kinderen die hoegenaamd niet gekozen hebben voor de wijze waarop zij ter wereld zijn gekomen (vergelijk art. 2-1 Kinderrechtenverdrag dat discriminatie op grond van afkomst en geboorte afkeurt).

Daarenboven is er het bijzonder gegeven dat door de Oekraïense wetgeving de (draag)moeder niet als moeder te beschouwen is, zodat de kinderen thans te beschouwen zijn als halve wezen. De draagmoeder heeft (weliswaar op voorhand) duidelijk te kennen gegeven dat zij zeker niet voor de tweeling die zij heeft geboord, zou zorgen. In die zin wordt in casu geen afbreuk gedaan aan het klassieke idee inzake adoptie dat voor een kind een (geschikte) ouder gevonden moet worden. Evenmin wordt afbreuk gedaan aan het subsidiariteitsprincipe.

3.11. Het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind beoogt volgens de preambule bescherming te bieden aan het kind, ook vóór de geboorte. Artikel 35 I.V.R.K. bepaalt dat Staten maatregelen moeten nemen om verkoop van of handel in kinderen te voorkomen "voor welk doel ook of in welke vorm ook".

Artikel 2 a. van het door België ondertekend Aanvullend Protocol inzake de verkoop van kinderen, kinderprostitutie en kinderpornografie bij het Kinderrechtenverdrag definieert verkoop van kinderen als iedere handeling of transactie waarbij een kind wordt overgedragen door een persoon of groep personen aan een andere persoon of groep personen tegen betaling of een andere vorm van vergoeding.

Ofschoon het I.V.R.K. geen directe werking heeft, dient de rechtbank de Belgische wetgeving te interpreteren in overeenstemming met dit verdrag.

De rechtbank is van oordeel dat de voornoemde beginselen niet zomaar van toepassing zijn op de voorliggende zaak; de grens met kinderhandel lijkt in dezen niet overschreden. Van dwang, vormen van uitbuiting, fraude of wetsontduiking (in België of Oekraïne) is geen sprake.

Bovendien stelt de rechtbank vast dat het openbaar ministerie geen doorgedreven onderzoek heeft gevoerd naar de betalingen die zijn verricht om het draagmoederschap in Oekraïne te vergoeden. De rechtbank heeft dan ook geen objectieve gegevens om na te gaan of de -naar eigen zeggen- 30.000 EUR de normale vergoeding of onkosten (medische uitgaven, verblijfskosten, inkomstendervingen, honoraria, juridische opvolging, enz.) voor het medisch verantwoorde draagmoederschap overschrijden. Uit het gegeven dat er een geldsom werd betaald, kan in casu niet worden afgeleid dat alle betrokkenen handelden met een louter winstoogmerk.

3.12. Uit het voorgaande volgt dat er in de huidige stand van de wetgeving geen beletselen zijn die de adoptie door de kandidaat-adoptante in de weg staan. Het hoger belang van de kinderen Y en Z is gediend met de adoptie door hun genetische moeder.



4. Beslissing

De Jeugdrechtbank beslist na tegenspraak, en,

Verklaart de vordering van de kandidaat-adoptant ontvankelijk.

Spreekt de volle adoptie uit

door **Mevrouw X.**, ingenieur, geboren te [...], op [...] 1969, van Belgische nationaliteit, wonende te [...]

Van

1. Y;

2. Z;

beiden geboren te [...] (Oekraïne) op [...] 2008, van Belgische nationaliteit, wonende te [...]

ingevolge het verzoekschrift, op 9 juli 2009 neergelegd ter griffie van deze rechtbank.

Zegt dat de naam van de ten volle geadopteerde kinderen in de toekomst "[...]" zal zijn en de voornamen ongewijzigd blijven, zodat de kinderen derhalve in de toekomst " Y" en "Z" zullen heten.

Legt de gedingskosten ten laste van de verzoekende partij.

Handtekeningen

De griffier, de jeugdrechter,



RECHTSLEER/DOCTRINE

Patrick Wautelet (ULg) - Les régimes matrimoniaux en droit international privé – Autour de trois questions d'actualité

La présente contribution, issue d'une communication faite lors d'une journée d'étude organisée par l'institut de formation judiciaire, a pour ambition de faire le point sur trois questions d'actualité que suscite le droit international privé des régimes matrimoniaux. Ces questions ont été sélectionnées non seulement compte tenu de leur importance pour la pratique des régimes matrimoniaux, mais également parce qu'elles sont susceptibles d'intéresser d'autres matières.

Section 1 – L'irritante question de l'homologation des conventions modificatives d'un régime matrimonial

La loi du 18 juillet 2008 a mis fin en Belgique, de manière générale, à l'obligation d'obtenir l'homologation, par le tribunal de première instance, des conventions modificatives de régime matrimonial. Cette intervention du législateur avait pour but de simplifier la procédure de modification.

Le législateur n'a pas prêté d'attention, lors de l'adoption de cette loi, aux situations internationales. Ceci peut surprendre lorsque l'on sait que la question de la modification des conventions de régime matrimonial est l'une des plus complexes du droit international privé et qu'elle suscite en outre, depuis longtemps, un flot de commentaires.

Il ne faut dès lors pas s'étonner que l'intervention du législateur a retenu l'attention de la doctrine spécialisée.¹ L'attention s'est surtout portée sur la question de l'impact de la loi nouvelle sur l'obligation faite aux couples dont le mariage possède des liens avec un ou plusieurs Etats étrangers, de soumettre un projet de modification au visa du tribunal. Voilà un couple de ressortissants français qui s'installent en Belgique. Ils souhaitent, pour une raison ou une autre, modifier leur contrat de mariage. Plusieurs situations doivent être distinguées. Outre qu'ils peuvent déjà être liés par un contrat, la distinction essentielle concerne l'ampleur de la modification envisagée par les époux. Ceux-ci peuvent en effet se contenter de modifier l'un ou l'autre aspect de leurs relations, sans souhaiter modifier le droit applicable à leurs relations. On peut imaginer des époux mariés sous un régime communautaire qui souhaitent y adjoindre une clause de partage inégal de la communauté.

Toute autre est la situation d'époux qui veulent adapter leurs relations à leur nouvel environnement et choisissent pour ce faire de se soumettre au droit de l'Etat de leur résidence. La distinction entre les deux hypothèses est fondamentale. Elle commande en effet la détermination des règles applicables. Dans le premier cas, il s'agit d'un changement à l'intérieur d'un régime existant, sans modification de la loi applicable. L'article 53 § 1, 4° du

1 Voy. surtout C. DE BUSSCHERE, "Aspecten van het Belgisch internationaal privaatrecht inzake minnelijke wijzigingen van het huwelijksvermogensstelsel tijdens het huwelijk, zonder rechtkeuze", *Rev. gén. dr. civ.*, 2009, 449-460 et H. JACOBS, "Heeft de wet wijziging huwelijksvermogensstelsel inzake het internationaal privaatrecht alle problemen opgelost?", in *Liber amicorum Achille Cuypers*, I. PEETERS et al. (éds.), Larcier, 2009, 143-156.



Code prévoit pour cette hypothèse l'application de la loi qui régit les relations entre époux. Si cette loi devait être fondée sur le principe de l'immutabilité du régime matrimonial, les époux ne pourraient modifier leur régime.²

Lorsque la modification touche non seulement le régime matériel des époux, mais aussi le droit applicable au régime, il résulte de l'article 50 du Code que c'est la loi choisie par les époux qui est pertinente. L'on comprend immédiatement que cette méthode rend inutile la question de principe de la modification - le contrat peut-il être modifié ou non. Le législateur belge a en effet, implicitement mais certainement, accordé à tous les époux, quel que soit leur régime antérieur et la loi qui leur était applicable, la possibilité de modifier leur régime, le cas échéant, en opérant d'abord un choix pour la loi belge.

La question qui continue à préoccuper, est celle de savoir comment une telle modification doit avoir lieu et, plus précisément, s'il est nécessaire d'obtenir l'*homologation* par un tribunal.

Dans le cadre belge, la loi du 18 juillet 2008 a supprimé l'intervention du tribunal. En droit français, le tribunal est cependant toujours appelé à intervenir dans certaines circonstances à se prononcer sur la modification du régime, notamment lorsque l'une des parties a des enfants mineurs ou lorsque l'acte a suscité, dans les trois mois de la notification qui en aura été faite, une opposition des enfants majeurs du couple ou des créanciers.³

Si les époux français résident en Belgique et s'adressent à un notaire belge pour recevoir le contrat modificatif, doit-on considérer qu'ils doivent obtenir l'homologation du tribunal s'ils ont des enfants mineurs ? Le tribunal de Tournai a répondu par la négative à cette question, estimant que dès lors que la loi de 2008 "se caractérise ... par la suppression généralisée de l'intervention du tribunal", le tribunal était sans compétence pour connaître de la demande d'homologation.⁴

Avec d'autres commentateurs, nous estimons que ce raisonnement ne peut convaincre. Le tribunal néglige en effet la délicate question de la qualification de l'exigence d'homologation. Considérant que cette exigence n'existe plus en droit belge, il en déduit que le tribunal ne pourrait plus connaître de la demande. C'est oublier que les relations internationales privées peuvent conduire dans bien des cas une juridiction belge à connaître d'une institution inconnue du droit belge. Conclure à l'absence de compétence en raison du caractère étranger de l'institution au fond, conduirait à nier la spécificité des relations internationales. Il faut certes respecter l'équilibre des compétences d'attribution de l'architecture judiciaire belge.⁵ Cependant, dès lors que l'on a pu identifier de façon générale le contexte dans lequel une institution étrangère se meut, il est possible de la placer dans le grand cadre belge.

Cet exercice d'adaptation ne résout cependant pas la question initiale: l'homologation constitue-t-elle une exigence de forme ou de fond? La controverse existait déjà avant la

2 L'on sait que dans cette hypothèse, une modification pourrait quand même être envisagée, à condition que les époux déclarent d'abord se soumettre au droit belge.

3 Art. 1397 al. 5 du Code civil français. Voy. aussi l'art. 1-119 du NBW néerlandais – ce dernier imposant de manière générale l'approbation du tribunal alors que la disposition française n'impose d'obtenir l'homologation que si l'une des parties a des enfants mineurs ou si l'acte a suscité l'opposition des enfants majeurs du couple ou d'un créancier. Au Luxembourg par contre aucune homologation n'est imposée par la loi (voy. l'art. 1397 du Code civil et les articles 1026 e.s. du Nouveau Code de procédure civile).

4 Civ. Tournai, 30 janvier 2009, *Rev. gén. dr. civ.*, 2009, 492.

5 Ainsi, il ne serait pas possible de saisir le président du tribunal de 1ère instance d'une demande qui ne lui a pas été spécialement attribuée par le Code judiciaire ou une loi spéciale.



codification et n'a pas été résolue de façon décisive depuis.⁶ Si la modification de régime est soumise au droit belge, aucune difficulté ne se pose. La loi belge est en effet applicable tant au fond qu'en ce qui concerne la forme, puisque changement de régime est effectué en Belgique). Aucune difficulté ne se pose dès lors, l'intervention du tribunal n'est pas requise.

Ceci laisse toutefois entier la question de savoir si une telle modification sera suivie d'effet en France. Il semble qu'en l'absence d'homologation judiciaire, le sort réservé à une modification effectuée par deux époux français à l'étranger ne soit pas accueillie favorablement en France.⁷ Ceci pourrait conduire les époux à préférer une modification d'ampleur plus réduite, qui ne modifierait pas l'application de la loi française. Si les époux choisissent la loi française ou s'ils modifient leur régime soumis à la loi française, sans modifier la loi applicable (modification 'interne', dans le cadre de ce que la loi applicable au régime autorise),⁸ se pose la question de savoir s'il faut considérer que l'exigence d'homologation imposée par le droit français, est applicable. Si certains plaident pour interroger la loi étrangère à laquelle la modification est subordonnée,⁹ d'autres privilégient une approche imposant le détour par la voie judiciaire lorsque la loi locale l'exige.¹⁰

La question de la qualification n'est pas propre aux régimes matrimoniaux. Elle est susceptible d'apparaître à chaque fois que la règle de rattachement distingue entre la forme et le fond d'un acte. Or cette distinction est classique en droit international privé. L'on pense à la formation du mariage,¹¹ à la reconnaissance d'un enfant¹² ou encore aux dispositions testamentaires.¹³ Dans chaque cas, la difficulté consiste à identifier avec précision le domaine d'application de la règle de rattachement visant les aspects formels de la relation. Dans le cas de la filiation, la

6 On trouve dans l'exposé des motifs qui accompagnait la proposition de Code une indication qui laisse penser que le législateur a retenu la thèse du rattachement exclusif à la loi territoriale. Les développements indiquent en effet que "Le terme 'formalités' qu'utilise l'alinéa 2 [de l'article 52] couvre les conditions de publicité. Dès lors qu'un notaire belge est appelé à intervenir, il faut respecter la condition de publicité prévue par l'article 1395 du Code civil" (*Doc. Parl.*, Sénat, 2003-04, n° 3-27/1, p. 83). MM. Rigaux et Fallon déduisent de cette indication que la procédure d'homologation prévue par l'article 1395 du Code civil constitue une formalité (*Droit international privé*, Larcier, 2005, 554, n° 12.77). D'autres commentateurs prennent appui sur la même formule pour considérer que l'exigence d'homologation constitue une exigence substantielle (voy. par ex. la réponse du Centre de consultation de la Fédération des Notaires, reproduite in *Notamus*, 2009/1, n° 192 – qui s'appuie principalement sur la circonstance que le législateur a évoqué, au titre des "formalités" visées par l'art. 52 al. 2 du Code, les "conditions de publicité", ce qui excluerait l'exigence d'homologation).

7 Mme Révillard indique que lorsque deux époux français ont modifié leur régime matrimonial dans un pays qui ne soumet pas cette modification à une exigence d'homologation, le changement de régime matrimonial intervenu par acte notarié étranger ne peut prendre effet sur les biens immobiliers situés en France (M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois/Lextenso, 2010, 169, n° 324).

8 P. ex. Civ. Tournai, 30 janvier 2009, *Rev. not. b.*, 2009, 333, note J.-L. VAN BOXSTAEL – en l'espèce deux ressortissants français mariés sous un régime de séparation de biens souhaitaient modifier leur régime pour conserver le même régime mais y adjoindre une société d'acquêts limitée et y apporter le logement principal de la famille.

9 P. ex. H. JACOBS, *art. cit.*, in *Liber amicorum Achille Cuypers*, I. PEETERS et al. (éds.), Larcier, 2009, (143-156), 151-153, n° 13; C. DE BUSSCHERE, *art. cit.*, *Rev. gén. dr. civ.*, 2009, (449), 453, n° 12 et, du même auteur, "Artikel 1397 van het France Burgerlijk Wetboek. De minnelijke wijziging tijdens het huwelijk, van het Franse huwelijksvermogensstelsel van echtgenoten die in België wonen en zich tot een Belgische notaris wenden", note sous Mons, 15 juin 2009, *Rev. gén. dr. civ.*, 2010, 295-300, spéc. p. 299, n° 12.

10 P. ex. F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, 554, n° 12.77. M. Barnich suggérait également d'imposer l'homologation judiciaire pour toute modification effectuée en Belgique (L. BARNICH, "Présentation du nouveau code belge de droit international privé", *Rev. not.*, 2005, (6), 40).

11 L'article 46 du Code s'intéresse aux exigences substantielles alors que l'article 47 du Code vise les "formalités relatives à la célébration du mariage".

12 L'article 64 retient un rattachement particulier pour les formalités d'une telle reconnaissance.

13 L'article 83 du Code retient un rattachement particulier pour la forme des dispositions testamentaires.



question a été soulevée à propos de la nécessité de faire homologuer par voie judiciaire la reconnaissance d'un enfant. Si un ressortissant néerlandais souhaite reconnaître en Belgique un enfant né d'une mère belge, alors qu'il est marié avec une ressortissante néerlandaise, l'article 62 commande d'interroger la loi néerlandaise pour déterminer si une telle reconnaissance est possible. Si la reconnaissance s'avère possible, encore faut-il déterminer si elle doit faire l'objet d'une notification quelconque à l'épouse de l'auteur de la reconnaissance – comme l'impose le nouvel art. 319bis du Code civil -, voire même si elle doit être homologuée par une juridiction pour être valable – comme l'impose le droit néerlandais.¹⁴

Dans les deux cas, l'on est en droit d'hésiter sur le rattachement à retenir: faut-il considérer que ces questions constituent des exigences formelles ou doit-on au contraire voir dans ces exigences des conditions substantielles, soumises par le biais de l'article 62 à la loi de la filiation? Si l'on opte pour la première lecture, il faudrait se référer à la règle alternative de l'article 64 qui permet de retenir soit la loi du lieu où la reconnaissance est effectuée, soit la loi applicable à la filiation.¹⁵

L'incertitude qui continue à régner sur ces questions, est pour le moins irritante. Elle l'est d'autant plus qu'elle suscite d'autres difficultés. Partant de l'idée que la suppression en droit belge de l'exigence d'homologation d'une modification du régime matrimonial avait emporté disparition de la compétence du président du tribunal, on a ainsi pu se demander à qui soumettre la demande d'homologation lorsque la loi étrangère l'exigeait.¹⁶ On a pu suggérer

14 L'article 204 § 1 lit. e du Code civil néerlandais (NBW) prévoit qu'une reconnaissance est nulle lorsqu'elle est effectuée par un homme marié à une autre femme (ou homme...) que la mère. Selon cette disposition, il est toutefois possible de solliciter du tribunal une autorisation permettant la reconnaissance. Pour ce faire, il faut convaincre le tribunal soit qu'il existe ou a existé entre l'homme et la mère un lien "*die in voldoende mate met een huwelijk op één lijn valt te stellen*", soit qu'il existe une "*nauwe persoonlijke betrekking*" entre l'homme et l'enfant.

15 La pratique n'a, à notre connaissance, pas encore apporté une réponse définitive à cette question. Selon Mme Saroléa, l'exigence d'homologation constitue une condition formelle S. SAROLEA, "Le nouveau droit international privé belge – Etat et capacité des personnes – les relations parents – enfants", *J.T.*, 2005, (173), 185, n° 125 et "Le Code de droit international privé et le droit familial. Le grand nettoyage de printemps", *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, (819), 866, n° 56. D'autres commentateurs adoptent une position plus hésitante. Voy. surtout E. GULDIX, "Article 64", in *Le Code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al. (éds.), Bruylant/Intersentia, 2006, 341-342 (qui remarque que "Het lijkt erop dat de wetgever bij het uitwerken van zijn verwijzingsregeling voor de oorspronkelijke afstamming te weinig rekening gehouden heeft met de grote complexiteit van het materiële afstammingsrecht") et J. VERHELLEN, "Drie jaar Wetboek ipr: een verkennende analyse van vragen uit de praktijk", *T. Vreemd.*, 2008, (19), 23-24 – Mme Verhellen soulève la question sans apporter de réponse. *Comp.* avec l'observation de M. Fallon (note sous Civ. Arlon, 17 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, 187) qui tout en se demandant si l'homologation relève du fond ou de la forme, indique que cette homologation pourrait relever "davantage" du fond "puisque le juge est amené à habiliter au vu d'un examen de la réalité d'un lien que la reconnaissance tend à exprimer". Le tribunal de Liège a cependant considéré, au moins implicitement, que l'exigence d'homologation devait être appréciée sur base de la loi de la filiation, loi désignée par l'article 62 § 1 (Civ. Liège, 21 janvier 2005, en cause *N'Diaye Mohamed Moustapha*, RQ 04/3894/B - en l'espèce, une requête en homologation d'une reconnaissance avait été déposée par un ressortissant belge d'origine guinéenne. Après avoir constaté que l'auteur de la reconnaissance possédait la nationalité belge, le tribunal a conclu à l'application de la loi belge et fait droit à l'exigence d'homologation sur base de l'art. 319bis C. civ. (ancienne version), qui exigeait l'homologation. Cette décision ne permet pas de trancher avec certitude la question puisque le droit applicable était identique que l'on se base sur l'art. 62 ou 64 du Code).

16 Se fondant sur le constat que la loi de 2008 "se caractérise ... par la suppression généralisée de l'intervention du tribunal", le tribunal de Tournai a estimé qu'il était sans compétence pour connaître de la demande d'homologation: Civ. Tournai, 30 janvier 2009, *Rev. gén. dr. civ.*, 2009, 492. Cette décision a été réformée en appel (Mons, 15 juin 2009, *Rec. gén. not. enr.*, 2009, n° 26.106, p. 303 et les observations de V. VANDERCAM et V. LELUBRE, "La suppression de l'homologation judiciaire des conventions matrimoniales s'applique-t-elle également à un couple étranger établi en Belgique et soumis au droit étranger?").



de confier cette compétence au notaire.¹⁷ La pratique semble avoir au contraire retenu l'idée de confier cette mission au tribunal de première instance, statuant sur base de sa compétence résiduelle.¹⁸

Dans l'attente d'une éventuelle clarification soit jurisprudentielle, soit législative, il reste à conseiller aux époux qui souhaitent modifier leur régime d'opter pour la solution la plus certaine et de demander l'homologation judiciaire, à chaque fois qu'un doute existe.¹⁹ Ce détour par une juridiction n'est certes pas sans allonger la procédure de modification. En outre, il n'est pas exclu que la juridiction saisie estime qu'une homologation ne s'impose pas, auquel cas la requête sera déclarée sans fondement. Cette méthode a au moins le mérite de garantir aux époux que la modification ne pourra pas être remise en question ultérieurement.

* * *

17 M. van Boxstael (*Rev. not. b.*, 2009, 334-335) suggère que puisque le juge n'a plus en droit belge aucun titre à intervenir, il devrait revenir au notaire, seule autorité fonctionnellement habilitée à ce faire, d'exercer le contrôle auquel le droit français invite le juge à procéder. Plus d'intervention du juge donc.

18 P. ex. H. JACOBS, *art. cit.*, 154, n° 18 et la décision de la Cour d'Appel de Mons précitée.

19 Une autre question surgit qui concerne l'obligation de rédiger un inventaire. Selon l'art. 1394 al. 2 C. civ., un inventaire est requis lorsque la modification du régime matrimonial entraîne la liquidation du régime préexistant. D'où la question: quand y-a-t-il liquidation du régime préexistant? Si la modification de régime joue uniquement pour l'avenir (ce qui est permis par le Code), il n'y a pas, selon M. Bouckaert, de liquidation du régime existant. On pourrait dès lors se passer d'inventaire. Mme Jacobs se montre plus prudente: au nom du pragmatisme, elle explique qu'il est conseillé de rédiger un inventaire, ne fut-ce que parce qu'un tel inventaire permettra lors d'une liquidation ultérieure du régime de régler les questions de preuve entre époux (H. JACOBS, *art. cit.*, in *Liber amicorum Achille Cuypers*, I. Peeters et al. (éds.), Larcier, 2009, (143-156), 155, n° 20).



Section 2 – Le passage d'un échelon à l'autre ou les limbes de la règle de rattachement

Le Code de droit international privé utilise abondamment la technique des règles de rattachement 'par échelle'.²⁰ Ces règles permettent de désigner, outre un droit à titre principal, un ou plusieurs droits dont l'application peut intervenir lorsque le facteur de rattachement retenu à titre principal s'avère inopérant. Partant, la règle de rattachement par échelle est un signe de modestie face à l'éclatement des situations internationales.²¹ Comme à chaque fois que le droit se fonde sur un raisonnement par étages,²² il importe de préciser avec soin le moment du passage d'un échelon à l'autre.

Cette question peut surgir à propos du régime matrimonial de deux époux. L'on sait que l'article 51 du Code retient un système de rattachements multiples: le rattachement principal se fait à la loi de l'Etat sur le territoire duquel les deux époux ont établi après le mariage leur résidence habituelle.²³ S'il n'est pas possible d'identifier une telle résidence, l'article 51 impose de retenir la loi de la nationalité commune des deux époux. Enfin, dans un dernier temps, c'est la loi du lieu de célébration du mariage qui est retenue. Le passage d'un échelon à l'autre ne posera dans la grande majorité des cas aucune difficulté. La pratique apprend toutefois que certains situations suscitent des interrogations sur l'articulation précise entre les différents éléments de la règle.

Voilà deux ressortissants marocains qui se marient au Maroc. Après quelques semaines passées ensemble, Madame revient en Belgique où elle vivait avant le mariage. Monsieur de son côté demeure au Maroc le temps que dure la procédure d'obtention d'un visa regroupement familial. On le sait, cette procédure peut s'avérer fort longue.²⁴ Entre temps, des événements peuvent se produire qui modifient la composition du patrimoine des jeunes époux. Madame peut se porter acquéreur d'un appartement en Belgique destiné à accueillir les époux. Se pose alors la question du régime matrimonial auquel les époux sont soumis, notamment pour déterminer si madame peut procéder à l'achat seule, sans le consentement de son mari.

La question n'est pas théorique: entre le droit marocain et le régime légal prévu par le droit belge existe une distance certaine. L'on sait en effet que le droit marocain, comme de nombreux droits d'inspiration musulmane, ne réserve pas un sort particulier aux biens acquis par les époux pendant le mariage. Considéré dans une perspective belge, le droit marocain peut dès lors être décrit comme imposant aux époux un régime de séparation de biens.²⁵

20 Dont on a pu dire qu'elle était en "pleine extension" (M.-L. NIBOYET et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 2007, 101, 169.

21 Sur l'origine et l'apparition progressive des rattachements en cascade, voy. J. D. GONZALES CAMPOS, "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé", *Recueil des cours*, 2000, vol. 287, (9), 226-231.

22 L'on pense par exemple aux clauses contractuelles relatives aux différends, qui imposent aux parties à un contrat de se soumettre d'abord à une médiation avant de soumettre le différend à l'arbitrage. Dans ce cas aussi, il est important d'être très attentif à l'articulation entre les différentes étapes de résolution des litiges.

23 Sur les raisons de cette 'inversion' de l'échelle classique de Kegel, voy. M. FALLON, "La loi belge de droit international privé, pour un bicentenaire", *Travaux comité fr. droit international privé*, 2004-2005, (89), 96-97.

24 Selon l'article 10 de la directive 2004/38 du 29 avril 2004, l'étranger doit pouvoir disposer des documents permettant son séjour dans les 6 mois après la demande.

25 Voy. les explications de L. JORDENS-COTRAN, *Nieuw Marokaans familierecht en Nederlands ipr*, SdU uitgevers, 2007, 768-769.



L'interrogation sur le droit applicable ne suscitera pas de difficulté si les époux ne cohabitent jamais – par exemple parce que, lassé d'attendre le visa, la relation se casse et monsieur décide de ne pas rejoindre son épouse. Dans ce cas en effet, il est évident que l'on ne peut retenir l'application de la loi de la première résidence habituelle des époux. Cette question devient par contre pertinente si, après quelque temps d'attente, monsieur obtient l'autorisation de s'installer en Belgique avec son épouse. Dans cette hypothèse, faut-il considérer que les époux sont mariés sous le régime légal de droit belge? Si l'on s'en tient aux faits, ils n'ont pas résidé ensemble en Belgique après leur mariage, cette résidence commune n'a été acquise que quelques temps après le mariage.

Sans doute est-il possible de répondre avec fermeté si la période qui a séparé le mariage de l'installation du couple en Belgique est fort longue – par exemple plus d'un an. Lorsqu'un époux rejoint son épouse un an après le mariage, une lecture raisonnable de l'article 51 du Code de droit international privé commande de retenir non pas la loi de la résidence commune, mais bien celle de la nationalité commune.²⁶

Qu'en est-il toutefois lorsque la séparation n'a été que temporaire – par exemple quelques semaines? Peut-on dans ce cas considérer que les époux ont dès leur mariage acquis une résidence habituelle commune qui, au départ virtuelle, est devenue réelle après quelque temps? La question pourrait se poser dans un autre contexte – imaginons un français et une belge qui se marient et décident de passer leur lune de miel dans un pays lointain. Voilà que monsieur est arrêté par les autorités locales suite à un accident de la circulation. S'il n'est libéré qu'après quelques semaines, voire quelques mois, alors que son épouse a déjà rejoint la Belgique, faut-il considérer qu'ils n'ont pas eu de résidence habituelle sur le territoire du même Etat après leur mariage?

Dans toutes ces hypothèses se pose la question de la définition exacte du passage d'un échelon à l'autre. Quand y-a-t-il défaillance du premier facteur de rattachement? L'on peut se poser cette question à propos de toutes les règles de rattachement qui empruntent à Kegel son échelle. L'on pense par exemple à l'article 48 du Code, qui gouverne les effets du mariage, à l'article 55 qui vise le divorce ou encore à l'article 99 § 1 qui vise la responsabilité délictuelle. L'attention portée par les rédacteurs du Code au conflit mobile permettra dans bien des cas d'éviter l'incertitude. Le facteur de rattachement retenu par principe sera en effet cliché dans le temps – il en va ainsi de la résidence habituelle des époux en matière de divorce, qui doit exister “lors de l'introduction de la demande” ou encore de la résidence habituelle comme facteur de rattachement en matière d'effets du mariage, dont l'article 48 précise qu'elle s'apprécie “au moment où ces effets sont invoqués”.

Ces précisions, qui visent principalement à éviter le conflit mobile, ne permettront pas dans tous les cas de répondre à la question du passage d'une branche à l'autre d'une règle à rattachements multiples.

26 C'est en ce sens que vont les deux exemples donnés par Mme Révillard à propos de l'article 4 de la Convention de La Haye de 1978, qui retient également une échelle de rattachement en matière de régimes matrimoniaux. Mme Révillard évoque la situation de deux couples mariés, dont l'un des époux vit en France et l'autre au Maroc ou en Algérie. Elle conclut logiquement que le 1er facteur de rattachement de l'article 4 se montre inopérant vis-à-vis de ces époux et qu'il faut dès lors préférer un rattachement à la loi nationale (M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, 7ème éd., Defrénois/Lextenso, 2010, 201, n° 381.



Le problème n'est pas neuf. Il avait déjà été aperçu lors de la rédaction de la Convention de La Haye de 1978 – qui a directement inspiré les rédacteurs du Code. L'article 4 de cette convention retient un schéma de solution similaire à celui retenu par l'article 51 du Code. Se pose dès lors également la question de savoir quelle lecture adopter lorsque les époux ne cohabitent pas directement après le mariage.

Dans son rapport explicatif relatif à la Convention, M. von Overbeck indiquait qu'il n'était pas exclu qu'un certain laps de temps puisse s'écouler entre le mariage et la première résidence habituelle des époux. Selon M. von Overbeck, *“Il n'est pas nécessaire que les époux prennent immédiatement après le mariage leur résidence habituelle dans le même Etat”*.²⁷ Le rapporteur rappelait d'ailleurs qu'au contraire du texte adopté par les Etats, l'article 4 alinéa premier de l'avant-projet de convention exigeait que la résidence habituelle soit établie *“immédiatement”* après le mariage.

M. von Overbeck en déduisait que *“si pour des raisons pratiques, les époux maintiennent temporairement la résidence habituelle qu'ils avaient avant le mariage, et qu'ensuite, successivement, ils établissent leur résidence habituelle dans un même Etat tiers, l'alinéa premier peut encore s'appliquer”*.²⁸ Et le rapporteur d'ajouter que *“Il en est de même si un époux ne prend qu'au bout d'un certain temps sa résidence habituelle dans l'Etat où l'autre a déjà sa résidence habituelle”*.²⁹

Ces explications accréditent l'idée qu'il est possible d'appliquer le facteur de rattachement principal même lorsque les époux ne cohabitent pas directement après le mariage.³⁰ Reste à déterminer ce que l'on entend par *“au bout d'un certain temps”*. Dans ses commentaires, M. Droz suggérait une appréciation stricte puisqu'il évoquait le cas d'un époux qui *“rejoint au bout d'un laps de temps assez court (sinon on tomberait dans l'exception [de la loi nationale commune des époux]) son conjoint établi dans un autre Etat”*.³¹ Comme dans d'autres contextes, la difficulté est de déterminer jusqu'où s'étend le temporaire...

Certes, ces situations sont sans doute exceptionnelles.³² Elles n'en demeurent pas moins difficiles à résoudre. La difficulté se situe précisément dans l'appréhension de la limite qui sépare le temporaire de ce qui ne l'est plus. L'on trouve dans le rapport établi par M. von Overbeck à propos de l'avant-projet de convention de plus amples explications à ce sujet. Après avoir rappelé qu'il n'est pas nécessaire, pour que la règle de la résidence habituelle s'applique, que *“les époux devront prendre résidence habituelle le lendemain du mariage”*,³³ M. von Overbeck soulignait que les époux *“devront le faire dans un délai relativement court”*.

27 *Actes et documents de la Treizième session*, T. II: Régimes matrimoniaux, Imprimerie Nationale, 1978, La Haye, 362, n° 149.

28 *Idem*.

29 *Ibid*.

30 Dans son commentaire, M. von Overbeck ajoutait que *“En revanche, la disposition ne pourra plus s'appliquer si un époux changeait de résidence habituelle après le mariage pour s'établir, non pas dans le pays où l'autre époux a sa résidence habituelle, mais dans un pays tiers. A plus forte raison en sera-t-il ainsi, si chacun des époux établit une nouvelle résidence habituelle dans un autre pays”* (*ibid.*).

31 G. A. L. DROZ, *“Les nouvelles règles françaises de conflit en matière de régime matrimoniaux”*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1992, (631), 647, n° 27.

32 Comme le signalait M. von Overbeck, qui reconnaissait que *“Sans doute pourra-t-il y avoir des espèces dans lesquelles l'application de la disposition présentera des difficultés, mais la très grande majorité des cas normaux pourront être résolus sans difficulté et il ne faut pas s'attacher à des cas d'école”* (*Actes et documents de la Treizième session*, précité, 362, n° 149).

33 Contrairement au texte définitivement adopté, l'avant-projet retenait la loi de la première résidence habituelle à condition que les époux l'établissent *“immédiatement”* après le mariage.



Et le Rapporteur d'évoquer la situation “d'époux qui continueraient pendant une longue période après le mariage à voyager constamment et à n'avoir en fait aucune résidence habituelle”, pour conclure que “les règles générales des conventions ne sauraient résoudre de façon satisfaisante des cas tout à fait exceptionnels et que toute disposition peut être réduite à l'absurde au moyen de cas d'école judicieusement choisis.”³⁴

Que conclure de cette incursion dans le droit conventionnel? Il paraît acquis qu'une certaine tolérance est de mise à l'égard d'époux récemment mariés. Ils pourront bénéficier de l'application du droit de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle même si cette résidence n'est acquise qu'un certain temps après le mariage. Les explications et exemples fournis à l'occasion de la négociation de la Convention de 1978, montrent cependant que ce laps de temps doit rester assez bref. Il ne semble pas envisageable de considérer que des époux qui ont été séparés pendant plusieurs mois, peuvent acquérir une première résidence conjugale.

La circonstance que les époux n'ont pas choisi d'être séparés, ne peut à notre sens modifier l'analyse. Certes, la résidence habituelle comprend une part subjective, puisqu'il est permis de tenir compte de l'intention des parties concernées.³⁵ Et il est indéniable que dans le scénario envisagé ici, les époux souhaitent résider ensemble, comme le montre la circonstance que monsieur introduit dès la conclusion du mariage une demande visant à obtenir un visa pour s'établir en Belgique. Si ces époux ne cohabitent pas pendant les premiers mois, ils ne sont séparés que par une difficulté administrative qui ne modifie pas leur intention de cohabiter. Il demeure que les époux ne résident pas sur le territoire du même Etat. Tenir compte de leur intention semble dès lors impossible, sauf à dénaturer le concept de résidence habituelle pour y inclure une résidence 'virtuelle'. Cette interprétation introduirait en outre un élément d'incertitude lié à l'interprétation de l'intention des époux, alors que le législateur a entendu que le texte assure la sécurité juridique.³⁶

Au mieux dès lors, une possibilité subsiste de tenir compte d'une résidence habituelle 'retardée' lorsque les époux ne sont séparés que pendant un temps fort limité – même si elle est arbitraire, une période d'un mois nous semble constituer la limite supérieure. Si la séparation n'a pas excédé cette période, il n'est pas exclu que l'on puisse tenir compte de la résidence habituelle même si elle n'a pas suivi exactement le mariage. Aucun automatisme ne nous semble de mise. L'appréciation doit au contraire être fonction des circonstances concrètes de l'espèce et en particulier de la question de savoir pourquoi les époux n'ont pas résidé habituellement sur le territoire du même Etat immédiatement après leur mariage.

Au-delà de ce délai, il faut considérer que les époux ne peuvent bénéficier de l'application de la loi de leur première résidence habituelle commune. Si madame a fait l'acquisition d'un bien pendant la période qui a précédé la réunion des époux, c'est donc à la loi nationale commune des époux, voire à la loi du lieu de célébration de leur mariage, qu'il faudra emprunter le régime légal applicable. Le cas échéant, il pourrait être fait application de la clause d'exception (art. 19 Codip) pour soumettre les époux qui n'ont pas immédiatement cohabité après leur mariage, à la loi du pays de leur résidence. Pour poursuivre sur l'exemple du couple franco-belge dont l'époux a été arrêté pendant la lune de miel et n'a pu rejoindre la Belgique qu'après quelques mois de détention dans un pays étranger, il nous semble que si la question

34 Rapport de la Commission spéciale établi par M. von Overbeck, (138), p. 156, n° 82.

35 Comme l'indiquent F. RIGAUD et M. FALLON, *op. cit.*, 211-212, n° 5.67.

36 Comme l'a indiqué M. FALLON, *op. cit.*, *Travaux comité fr. droit international privé*, 2004-2005, (89), 103 e.s.



du régime matrimonial se pose après quelques années de mariage, il est possible de privilégier sur base de la clause d'exception un rattachement à la loi belge, loi du pays dans lequel les époux ont vécu ensemble une fois réunis, pour écarter le rattachement subsidiaire à la loi du pays dans lequel les époux se sont mariés.

Une dernière difficulté mérite d'être abordée. La question du régime matrimonial des époux est susceptible d'être posée à différents moments: elle peut notamment être soulevée plusieurs années après le mariage, à l'occasion d'un décès ou d'un divorce. Elle peut aussi être pertinente alors que les époux viennent de se marier. Ce sera le cas lorsque l'un des époux souhaite se porter acquéreur d'un bien quelques temps après le mariage, alors que les époux ne sont pas encore réunis. Si l'acquisition a lieu quelques mois après le mariage, il faudra considérer que les époux ne peuvent bénéficier du rattachement principal à la loi de leur résidence habituelle. Qu'en est-il lorsque l'acquisition intervient fort peu de temps après le mariage? L'application de l'article 51 impose dans ce cas de se projeter dans l'avenir pour déterminer si la réunion physique interviendra dans un délai suffisamment rapproché pour justifier l'application de la loi de la résidence habituelle. Un tel exercice de prédiction peut souvent s'avérer impossible. Pour parer aux éventuelles difficultés, une attitude pragmatique peut consister à obtenir l'aval de l'époux demeuré à l'étranger. S'il consent à l'acquisition par son épouse, ou si les époux achètent ensemble, l'on peut au moins éviter une difficulté liée à l'application de l'art. 1418 § 1 lit. a C. civ.

* * *



Section 3 – L'ordre public de droit international privé et ses conséquences

Une troisième et dernière question mérite de retenir l'attention. L'objet en est fourni par une récente décision de la Cour d'Appel de Mons dans une espèce qui opposait deux ressortissants rwandais à propos de la liquidation de leur régime matrimonial.³⁷ Après avoir constaté que les règles du Code de droit international privé ne pouvaient s'appliquer, puisque les époux s'étaient mariés bien avant l'entrée en vigueur du Code, la Cour retient l'application de la loi rwandaise conformément à la règle dégagée par la jurisprudence. Se penchant sur le droit rwandais, la Cour constate qu'une évolution s'est produite au Rwanda, le législateur ayant adopté en 1999 des nouvelles dispositions relatives au régime matrimonial. La loi du 12 novembre 1999 a modifié le Code civil rwandais pour y introduire une partie consacrée notamment aux régimes matrimoniaux. Ces dispositions ne pouvaient cependant trouver à s'appliquer en l'espèce puisque, selon le régime de droit transitoire prévu par le législateur rwandais, les couples mariés sous l'empire de l'ancienne législation n'étaient soumis aux nouvelles règles qu'à condition de faire une déclaration expresse en ce sens.³⁸ En l'espèce, les époux, mariés sans contrat de mariage, n'avaient pas fait de déclaration modificative de régime matrimonial.

La Cour d'Appel s'attache dès lors à déterminer le contenu du droit coutumier. S'appuyant sur une doctrine ancienne,³⁹ la Cour constate que selon les règles coutumières, *“les biens acquis par la femme avant son mariage ... demeurent sa propriété, par contre, ceux acquis durant le mariage deviennent la propriété du mari, hormis les terres dotales”*.

Confrontée à cette règle coutumière, c'est très naturellement que la Cour s'interroge sur l'application éventuelle de l'exception d'ordre public. La Cour relève en effet que la règle coutumière crée une discrimination entre l'homme et la femme dans le partage des biens matrimoniaux. Considérant que le principe de l'égalité entre l'homme et la femme fait partie intégrante de l'ordre public international belge, la Cour refuse d'appliquer la coutume rwandaise.

L'on pourrait s'attarder sur l'appréciation que fait la Cour de la compatibilité de la règle coutumière rwandaise avec l'ordre public⁴⁰ ou encore sur la détermination du contenu du droit étranger.⁴¹ Il nous paraît intéressant, dans le cadre limité de la présente contribution,

37 Mons (2ème chbre), 16 décembre 2008 et 19 mai 2009, décisions inédites, RG 2007/RG/188, en cause *Ryezembere c. Mukamaronko*.

38 L'article 93 de la loi précise que *“... les époux mariés avant l'entrée en vigueur de la présente loi restent liés par le régime matrimonial adopté, à moins que, dans un délai de deux ans, ils ne fassent, devant l'Officier de l'état civil, une déclaration de modification de ce régime”*.

39 L'ouvrage de M. Bourgeois, *Banyarwanda et Barundi*, paru en 1954.

40 Sans doute pourrait-on considérer que la règle coutumière rwandaise s'explique dans le contexte particulier du Rwanda, notamment en raison de la valeur des terres. Une étude anthropologique pourrait sans doute apprendre que la femme possède dans la tradition rwandaise d'autres modes d'acquisition de propriété, notamment la dot, qui servent à compenser le régime inégalitaire mis en place par la coutume lors de la liquidation du régime matrimonial. Voy. sur l'intérêt de la perspective anthropologique, M.-CL. FOGLETS, *“Legal Anthropology”*, in *Imperative inheritance law in a late modern society: five perspectives*, C. CASTELETIN et A. VERBEKE (éds.), Intersentia, 2010, (39-63), spéc. pp. 47-51. Il reste que de nombreuses études montrent un déséquilibre significatif dans la propriété des terres au Rwanda selon les sexes (p. ex. C. ANDRÉ, *“Custom, Contracts and Cadastres in North-West Rwanda”* in *Securing Land Rights in Africa*, T.A. BENJAMINSEN et CH. LUND (éd.), Frank Cass, 2003, 153-172).

41 A ce sujet, l'on notera que la Cour n'a pas consulté des ouvrages plus récents, comme par exemple M. IMBLEAU et W. A. SCHABAS, *Introduction au droit rwandais*, Yvon Blais, 1999, 470 p. ou encore l'ouvrage de M. CHARLES NTAMPAKA, *Les personnes et la famille*, Université Nationale du Rwanda, Faculté de Droit, 1993, 189 p.



d'attirer l'attention sur les conséquences du recours à l'exception d'ordre public. La pratique apprend en effet que sur ce point, un certain flottement règne.

L'exception d'ordre public est une cause d'éviction du droit étranger. Elle permet à une juridiction belge de refuser le résultat normal de la règle de rattachement. Que doit faire le juge lorsqu'il constate qu'il lui est impossible de retenir l'application du droit étranger? ⁴² L'article 21 du Code de droit international privé précise que "lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée".⁴³ Cette disposition souligne bien qu'après avoir constaté que le droit étranger contient une disposition ou un principe contraire à l'ordre public, le juge belge ne peut sans autre forme de procès revenir vers le droit belge. L'article 21 *in fine* du Code permet certes au juge d'appliquer le droit belge. Il s'agit cependant d'une solution subsidiaire. Le Code précise d'ailleurs que le retour vers le droit belge ne s'effectue qu' "au besoin".

Le raisonnement semble simple: il suffit au juge d'écarter la disposition litigieuse pour chercher une autre solution au sein du droit étranger, le recours au droit belge n'étant qu'une solution subsidiaire. Cette position ambitieuse est bien conforme au postulat fondamental du droit international privé belge, selon lequel le droit étranger doit être accepté comme tel, dans sa normativité.

La difficulté est cependant évidente: sauf situation exceptionnelle, le droit étranger ne comprendra, pour un problème donné, qu'une seule disposition. L'on imagine en effet difficilement un Etat adopter plusieurs versions d'une même disposition pour parer aux difficultés que pourrait susciter l'application d'une des dispositions de son droit par un juge étranger. Ainsi, un droit étranger qui subordonne la conclusion du mariage à une condition liée à la confession religieuse des époux, ne prévoira pas une solution alternative pour le cas où la règle liée à la confession des époux devrait susciter des réserves dans le chef d'une juridiction étrangère appelée à l'appliquer.

Dans bien des cas, la difficulté ne sera pas visible. Lorsqu'un droit étranger prévoit un empêchement à mariage déduit de la confession des candidats au mariage et que cet empêchement est considéré contraire à un principe fondamental de liberté de religion, il suffira d'écarter la disposition litigieuse du droit étranger. Une fois le droit étranger excisé de la disposition jugée inacceptable, il pourra être appliqué sans autre réserve. Les candidats au mariage demeureront soumis à leur loi nationale, à l'exclusion de la disposition litigieuse. Il n'est pas nécessaire dans ce cas de s'interroger sur une disposition de substitution, qu'elle provienne du droit étranger ou d'un autre droit.⁴⁴ De même, lorsque le droit étranger déclaré

42 On a déjà pu souligner que lorsque l'exception d'ordre public est utilisée pour refuser d'accueillir un jugement étranger, elle remplit une fonction purement négative. Il n'est en effet nullement besoin de s'interroger sur la solution qui prendra la place du jugement étranger censuré (voy. P. LAGARDE, "Public policy", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 3/11, Mohr, 1994, 53, n° 59).

43 *Comp.* avec la position en droit français où l'on enseigne que l'exception d'ordre public produit un effet de substitution, la loi du for se substituant, pour la question litigieuse, à la loi étrangère évincée par le jeu de l'exception d'ordre public (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, I, 464, n° 468).

44 L'on a proposé d'analyser le mécanisme de l'exception d'ordre public dans cette hypothèse comme conjugant d'une part une fonction négative (écarter la disposition du droit étranger litigieuse) et d'autre part une fonction positive, qui pourrait prendre la forme d'une règle unilatérale de rattachement du for visant la question précise qui fait l'objet de la disposition étrangère litigieuse. Dans cette interprétation, il n'est bien entendu plus nécessaire de réserver une quelconque place au droit étranger déclaré applicable. Voy. les explications de J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht*, Intersentia, 1997, 216, n° 388 et spécialement la note 1084.



applicable accorde à l'un des époux la possibilité unilatérale de mettre fin au mariage, l'action de l'exception d'ordre public permettra d'écarter cette possibilité. La suite logique de l'action est que la juridiction saisie devra déclarer non fondée la demande de dissolution du mariage introduite par l'époux. Il ne sera dans ce cas pas nécessaire de faire appel à une disposition de substitution.⁴⁵

Il reste que dans bien des cas, il ne sera pas aisé de déterminer les suites à réserver à l'action de l'exception d'ordre public. S'il apparaît par exemple qu'un droit étranger applicable à un contrat prévoit un délai de prescription jugé bien trop long, que doit faire le juge belge? S'il écarte le délai de prescription, doit-il considérer, sans autre forme de procès, que l'action n'est pas prescrite? Ce faisant, il risque d'aboutir à un résultat qui pourrait précisément contredire le principe d'ordre public qui justifie que la disposition de droit étranger soit écartée. Doit-il au contraire tenter de trouver un autre délai de prescription dans le droit étranger déclaré applicable? C'est ce à quoi semble inviter l'article 21 du Code.⁴⁶

La même difficulté se produit lorsque le droit étranger déclaré applicable ne permet pas de faire droit à la demande, pour une raison qui paraît, aux yeux des conceptions du for, intolérable. Voilà un droit étranger, applicable à l'établissement d'un lien de filiation en vertu de l'article 62 du Code, qui ne permet pas l'établissement d'un tel lien en raison de l'absence de mariage entre la mère et le père. Il n'y a dans ce cas pas à proprement parler de disposition étrangère à écarter. C'est au contraire l'absence de disposition permettant d'établir le lien de filiation qui suscite une difficulté. Le recours à l'ordre public permet dans ce cas de constater que l'inexistence d'une disposition légale, est contraire à un principe fondamental. Comment le raisonnement doit-il ensuite être poursuivi? Il paraît évident qu'il sera impossible de trouver une "disposition pertinente" en droit étranger, à tout le moins une disposition qui permet d'établir un lien de filiation. Tenter de s'appuyer sur le droit étranger, par exemple en y repérant un principe général ou en empruntant la solution à un droit d'une même famille, porte en soi le germe d'une dénaturation de la loi étrangère, comme le démontre l'espèce commentée.

Partant de l'idée noble qu'il faut trouver une solution en droit rwandais, la Cour s'est en effet tournée, après avoir écarté la règle de droit coutumier, vers la règle nouvellement adoptée par le législateur rwandais.⁴⁷ Ce faisant, la Cour semble respecter le prescrit de l'article 21 puisqu'elle fonde sa décision sur une disposition de droit rwandais. En réalité, ce procédé suscite une question. La Cour d'Appel n'a-t-elle pas méconnu les règles de droit transitoire du droit étranger? Il en fait pas de doute que la règle de droit transitoire du droit étranger doit être

45 Il en ira de même lorsqu'une juridiction belge est confrontée à une demande en divorce fondée sur l'apostasie d'un des époux. Dans ce cas, il suffira de constater que la disposition de droit étranger qui permet le divorce sur cette base, est incompatible avec un principe fondamental de liberté de religion et de rejeter sur cette base la demande. Voy. les autres exemples donnés par P. LAGARDE, *op. cit.*, 53, n° 59.

46 A la suite notamment de la position du droit allemand. Dans un arrêt demeuré célèbre, le *Reichsgericht* a censuré la décision d'une Cour d'Appel qui, après avoir constaté que le droit suisse, applicable à la cause, ne prévoyait pas de délai de prescription, a jugé que cette solution était contraire à l'ordre public allemand pour retenir l'application des règles allemandes relatives à la prescription (RG, 19 décembre 1921, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1926, 278). Le *Reichsgericht* a condamné cette solution, indiquant qu'il était préférable de puiser la solution d'abord en droit suisse, pour ne retenir le droit allemand que s'il s'avérait impossible de trouver une solution en droit suisse.

47 Plus précisément, la Cour note que "à défaut pour les parties d'avoir opté pour un régime matrimonial déterminé, il apparaît judicieux de leur appliquer, non pas n'importe lequel des régimes matrimoniaux prévus par la loi rwandaise de 1999, mais le régime légal supplétif de cette loi, soit le régime de la communauté universelle rwandais".



appliquée correctement, comme doit l'être le droit étranger lui-même.⁴⁸ En substituant au droit coutumier le droit nouveau, la Cour n'a-t-elle pas modifié le droit étranger qu'elle prétendait respecter?

L'application d'une disposition équivalente du droit étranger peut avoir les apparences d'une solution raisonnable. Elle aboutira cependant souvent, comme on l'a déjà constaté,⁴⁹ à une dénaturation de la loi étrangère. De manière générale, lorsque l'on tente d'appliquer le droit étranger malgré l'exclusion d'une de ses dispositions, les difficultés seront sérieuses. Ne risque-t-on pas d'appliquer le droit étranger dans une configuration qu'il ne connaît pas? La matière de la filiation offre un bon exemple: si le droit étranger ne permet pas l'établissement de la filiation en l'absence de mariage entre la mère et l'homme qui revendique la qualité de père, que peut-on emprunter au droit étranger? Si l'on écarte la règle de l'imprescriptibilité d'une action posée en droit étranger, peut-on en revenir à un autre délai de prescription prévu par ce droit – par exemple le délai le plus long?

Dans ces hypothèses, il faut sans doute comprendre l'invitation à retenir d'abord une disposition “pertinente” de droit étranger comme une obligation de moyen et non de résultat. Certes, le raisonnement impose de s'interroger sur l'existence d'une solution alternative en droit étranger. Il faut cependant raison garder. Dans bien des cas, il ne sera pas possible de dégager une telle solution, sauf si l'on accepte de dénaturer le droit étranger. L'invitation que fait l'article 21 à appliquer le droit étranger pourra dès lors dans un grand nombre de cas être déclinée. C'est sans doute à la lumière de ces observations qu'il faut comprendre l'analyse offerte par M. Fallon du fonctionnement de l'article 21 du Code: dans un exposé récent, M. Fallon indiquait que “l'effet de l'exception est, traditionnellement, un retour vers le droit du for”. Et M. Fallon d'ajouter que “Le Code le confirme, mais non sans exiger au préalable la vérification de la possibilité d'appliquer, dans le droit étranger désigné, toute autre 'disposition pertinente’”.⁵⁰ Ce faisant, M. Fallon semble indiquer que le principe posé par l'art. 21 est celui de l'application de la loi belge comme loi de substitution, le détour par une disposition pertinente du droit étranger n'étant qu'une étape intermédiaire dont la vérification est nécessaire, mais qui doit se faire sans jusqu'aboutisme.⁵¹ Si telle est l'interprétation à suivre, elle ajoutera une dose de pragmatisme bienvenu au fonctionnement de l'exception d'ordre public qui, dans une conception stricte, serait excessivement difficile à mettre en œuvre.

Dans ces limites, le fonctionnement de l'ordre public se décompose en plusieurs étapes: après avoir constaté que la disposition de droit étranger ne peut recevoir application, l'interprète doit s'interroger sur la question de savoir s'il est nécessaire de disposer d'une solution de substitution pour combler la lacune créée par l'effet de l'exception. S'il apparaît que la seule éviction du droit étranger ne suffit pas, il faudra consulter le droit étranger dans son ensemble,

48 Voy. Cass., 13 mai 1996 (*Dessart / Société d'Etat de droit zaïrois 'Gécamines-Exploitation'*), *Pas.* 1996, I, 455 – spécialement la 1ère branche du 7ème moyen qui reprochait à l'arrêt entrepris d'avoir fait application d'une disposition du droit de la RDC – alors Zaïre – abrogée en 1973. Se fondant sur le principe de l'application immédiate des lois nouvelles accepté en droit congolais, la Cour rejette le moyen après avoir constaté que ce principe ne s'appliquait pas en matière contractuelle. Voy. les autres références in J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht*, Intersentia, 1997, 216, n° 388 et spécialement la note 1084. En France on a pu contester la nécessité d'appliquer le droit transitoire étranger pour déterminer le champ d'application de la loi étrangère dans le temps – voy. les travaux de P. COURBE, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, 1981.

49 Voy. notamment P. LAGARDE, *op. cit.*, 55-56, n° 62.

50 M. FALLON, *op. cit.*, *Travaux comité fr. droit international privé*, 2004-2005, (89), 95.

51 *Comp.* avec les observations in F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, 326, n° 7.55 – MM. Rigaux et Fallon critiquent l'effet de substitution du droit du for pour préférer l'approche dictée par la jurisprudence allemande, qui tend à identifier dans le droit étranger une disposition de substitution.



pour identifier une solution alternative. Le respect dû au droit étranger impose une certaine modestie lors de cet exercice: dans de nombreux cas, aucune solution alternative n'apparaîtra clairement. Le constat de l'impossibilité d'identifier une "autre disposition pertinente" du droit étranger sera à notre estime la règle et non l'exception. Prétendre identifier dans le droit étranger une disposition de substitution fait en effet naître le risque de dénaturer le droit étranger.⁵²

L'application du droit belge au titre de loi de substitution sera dès lors la règle, sans pour autant que cette application entraîne une neutralisation complète du droit étranger. L'excision de la disposition litigieuse est en effet ponctuelle et n'entraîne pas l'élimination complète du droit étranger.⁵³

52 Le BGH a suggéré une voie médiane qui consiste, lorsqu'il apparaît que le droit étranger est contraire à l'ordre public, de puiser dans une convention internationale un standard qui permet de construire une règle nouvelle (BGH, 27 mars 1991, *IPRax*, 1992, 101, spéc. 103 – en l'espèce il s'agit d'un *obiter post dictum* dans une espèce portant sur une demande visant à obtenir la condamnation d'un ex-époux au paiement d'une pension alimentaire. Après avoir constaté que la Cour d'appel avait refusé, à tort, d'appliquer le droit de la république dominicaine pour apprécier la demande, le BGH a indiqué que le juge de renvoi, s'il devait constater que l'application de ce droit étranger comportait une violation de l'ordre public, ne pourrait se contenter d'en revenir au droit allemand des aliments entre ex-époux, mais qu'il devrait dégager une "solution appropriée". Pour ce faire, le BGH indique qu'il faudra prendre en considération le standard posé par l'art. 11 para. 2 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973, applicable à l'espèce, selon lequel "il doit être tenu compte des besoins du créancier et des ressources du débiteur dans la détermination du montant de la prestation alimentaire". On appréciera la complexité de la solution...

53 Ce que la pratique des tribunaux a tendance à négliger, comme le notent F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, 326, n° 7.55 – qui relèvent que "La jurisprudence belge n'est pas toujours attentive à la nécessité de limiter l'éviction à ce qui est indispensable". Pour un exemple récent, voy. Civ. Liège, 22 février 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, 718 - le tribunal a retenu, sans autre explication, l'application du droit belge après avoir constaté que l'application du droit turc ne pouvait être retenue.



ACTUALITEIT/ACTUALITÉ

Regelgeving / Réglementation

San Marino treedt toe tot het CISG

Op 22 februari 2012 is San Marino toegetreden tot het Weens Koopverdrag (CISG). Het Verdrag treedt voor wat San Marino betreft in werking op 1 maart 2013.

Bijlagen bij de Brussel I Verordening gewijzigd

[Verordening 156/2012](#) van 22 februari 2012 heeft bijlagen I tot en met IV van de Brussel I Verordening gewijzigd.

Montenegro treedt toe tot het Haags Betekeningsverdrag en het Verdrag van Den Haag van inzake de bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken

Op 16 januari 2012 is Montenegro toegetreden tot het Verdrag van Den Haag van 15 november 1965 inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke zaken en in handelszaken ('Haags Betekeningsverdrag') alsook tot het Verdrag van Den Haag van 18 maart 1970 inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken

Le Saint-Marin est devenu membre du CVIM

Le 22 février 2012 le Saint-Marin est devenu membre de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM). La Convention entre en vigueur pour le Saint-Marin le premier mars 2013.

Les annexes du Règlement Bruxelles ont été amendées

Le [règlement 156/2012](#) du 22 février 2012 a amendé les annexes I à IV du règlement Bruxelles I.

Le Monténégro devient membre de la Convention de la Haye relative à la signification et de la Convention de la Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale

Le 16 janvier 2012 le Monténégro est devenu membre de la Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et aussi du Convention de la Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale.



Aankondigingen / Annonces

Sponsorship Vis Moot Court

De Universiteit Gent nam van 30 maart tot 5 april deel aan de 19e William C. Vis Arbitration Moot Court in Wenen. Het Instituut voor Internationaal Privaatrecht en de Gentse ploeg danken volgende sponsors voor hun financiële steun:

L'Université de Gand a participé du 30 mars à 5 avril au 19ième William C. Vis Arbitration Moot Court à Vienne. L'Institut du Droit International Privé et l' équipe de Gand remercient les sponsors suivants pour leur aide financière:



Linklaters

